

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

"LA VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR UNA NUEVA FIGURA JURÍDICA PARA DISOLVER EL VÍNCULO MATRIMONIAL, EL DIVORCIO VOLUNTARIO UNILATERAL O INCAUSAL."

TESIS DE GRADO

HERBERT ESTUARDO MATA CALDERON

CARNET 12285-04

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

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

"LA VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR UNA NUEVA FIGURA JURÍDICA PARA DISOLVER EL VÍNCULO MATRIMONIAL, EL DIVORCIO VOLUNTARIO UNILATERAL O INCAUSAL."

TESIS DE GRADO

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

POR

HERBERT ESTUARDO MATA CALDERON

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, 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: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. CLAUDIA ANNABELLA ESTRADA VÁSQUEZ DE GONZÁLEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. JOSÉ JORGE ALVA HERRERA

M.A. Claudia Annabella Estrada Vásquez
Abogado y Notario

Guatemala, 2 de octubre de 2014.

Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

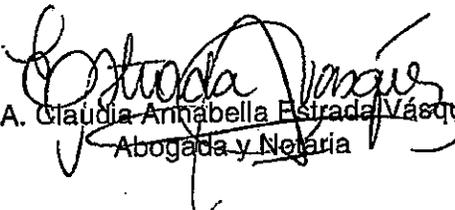
Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el nombramiento recaído en mi persona como asesor, del trabajo de tesis titulado **"LA VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR UNA NUEVA FIGURA JURIDICA PARA DISOLVER EL VINCULO MATRIMONIAL, EL DIVORCIO VOLANTARIO UNILATERAL O INCAUSAL"** elaborado por el estudiante **HERBERT ESTUARDO MATA CALDERON** carné 12285-04.

Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones al alumno, quien cumplió con presentar las mismas dentro del plazo establecido en el Instructivo de Tesis de la Facultad. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis referida se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones existentes en la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN A FAVOR** del trabajo de tesis investigado y elaborado por **HERBERT ESTUARDO MATA CALDERON** a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar.

Habiendo cumplido con la designación encomendada por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,


M.A. Claudia Annabella Estrada Vásquez
Abogada y Notaria

Licenciado
José Jorge Alva Herrera
Abogado y Notario

Guatemala, 13 de enero del 2015

Señor:

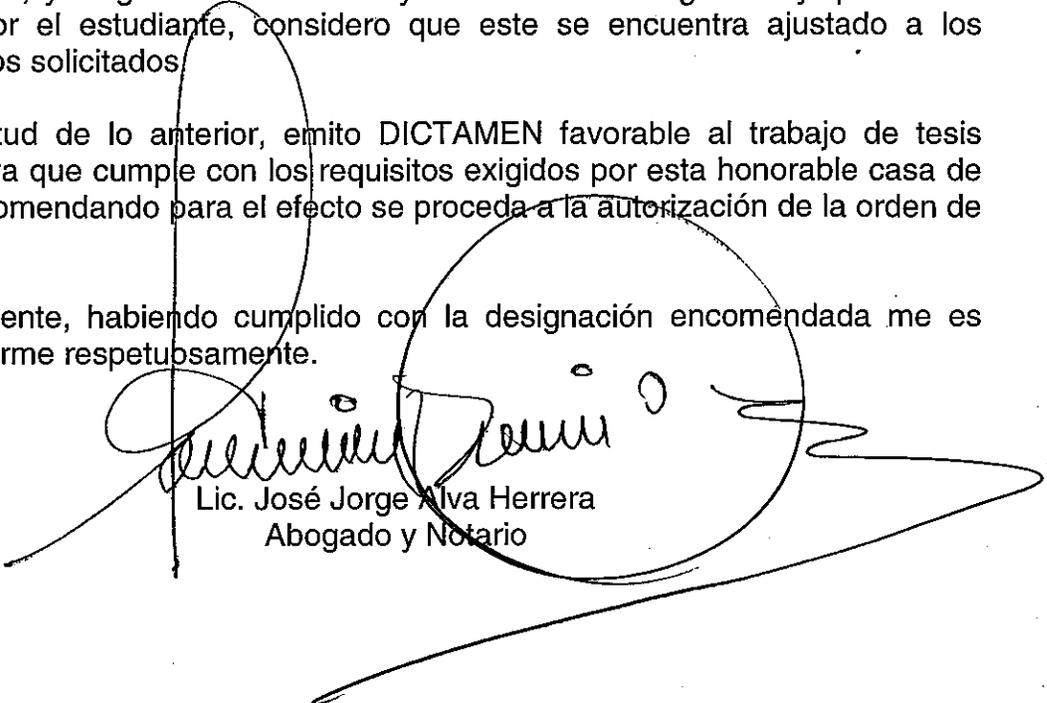
M.A. Alan Alfredo González De León
Secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente.

Respetable señor Secretario:

En cumplimiento a la designación como Revisor de Fondo y Forma del trabajo de Tesis desarrollado por el estudiante **HEBERT ESTUARDO MATA CALDERON**, carne número 1228504, titulado "**LA VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR UNA NUEVA FIGURA JURIDICA PARA DISOLVER EL VINCULO MATRIMONIAL, EL DIVORCIO VOLUNTARIO UNILATERAL O INCAUSAL**", me permito manifestarle que dicho trabajo fue revisado detenidamente; y luego de los cambios y observaciones sugeridas y que fueran cumplidas por el estudiante, considero que este se encuentra ajustado a los requerimientos solicitados.

En virtud de lo anterior, emito DICTAMEN favorable al trabajo de tesis relacionado ya que cumple con los requisitos exigidos por esta honorable casa de estudios, recomendando para el efecto se proceda a la autorización de la orden de impresión.

Finalmente, habiendo cumplido con la designación encomendada me es grato suscribirme respetuosamente.



Lic. José Jorge Alva Herrera
Abogado y Notario



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante HERBERT ESTUARDO MATA CALDERON, Carnet 12285-04 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07856-2015 de fecha 13 de enero de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR UNA NUEVA FIGURA JURÍDICA PARA DISOLVER EL VÍNCULO MATRIMONIAL, EL DIVORCIO VOLUNTARIO UNILATERAL O INCAUSAL."

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, al día 1 del mes de septiembre del año 2017.



**LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar**

RESPONSABILIDAD: *“El autor de esta tesis será el único responsable del contenido y conclusiones de la tesis”*

DEDICATORIA

A DIOS

Y A LA VIRGEN MARIA:

Por la vida, salud y amor, porque han guiado cada paso de mi vida.

A MI MADRE:

Sandra Janet Calderón Castellanos, por ser un ejemplo de mujer, que representa la lucha y perseverancia, su amor incondicional, dedicación, apoyo y sabios consejos han hecho de mi la persona que soy. Las palabras sobran para agradecer todo ese esfuerzo y dedicación.

A MI PADRE:

Daniel Mata Hernández, su amor, determinación y su apoyo incondicional, por todos esos consejos sabios y no sabios, porque ha sido un apersona de ejemplo y de perseverancia.

A MIS ABUELITOS:

Arístides Roberto Calderón Valdés (Q.E.P.D) y Elisa Consuelo Castellanos Aguilar, palabras que no alcanzarían para demostrar lo mucho que han marcado mi vida, mis segundos padres, los que consiente, sus sabios consejos, han sido un ejemplo de vida, sin ellos esto no sería posible.

A MIS TIOS

Erick Roberto Calderón Castellanos y Vilma Patricia Calderón Castellanos, porque han sido mi inspiración, me han llenado de muchos consejos sabios, y han hecho de mí una mejor persona.

A MI DEMAS FAMILIA

Y AMIGOS

Que siempre me han acompañado en esta aventura, en las buenas y en las malas, que me han brindado ese apoyo incondicional, y nunca me han abandonado. Los verdaderos amigos son parte de nuestra familia.

Y a todas aquellas personas que han contribuido en la realización de esta meta.

RESUMEN EJECUTIVO

En este trabajo de investigación se desarrolla todo lo referente a la institución del matrimonio y divorcio, enfocándonos a la necesidad de crear una nueva figura jurídica como lo es el divorcio voluntario unilateral o incausal también denominado divorcio exprés.

El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, debiendo existir el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear y educar a los hijos, y sobre todo auxiliarse entre sí. Si bien es cierto que nuestra legislación busca siempre salvaguardar los derechos y obligaciones que nacen de la familia y por ende busca el bienestar de sus miembros, nuestra legislación también reconoce que de existir conflictos en el núcleo familiar debe acudir a la institución del divorcio.

El divorcio es aquella institución por la que se rompe o se disuelve el vínculo matrimonial, en virtud de existir conflicto entre los cónyuges o bien por la simple anuencia de las partes para disolver el matrimonio. Nuestra legislación ordinaria reconoce dos clases de divorcio, el divorcio por mutuo consentimiento o por causa justificada.

Nuestra sociedad se encuentra en constante evolución, es por eso que se ha determinado que es necesario implementar una figura jurídica que ayude a disolver el vínculo matrimonial, el divorcio voluntario unilateral o incausal es una modalidad del divorcio con el cual basta la voluntad de las partes para poner fin al vínculo matrimonial. Esta clase de divorcio es de recién aplicación en legislaciones como México, Brasil y España, y sus estadísticas han demostrado lo eficaz que ha sido su implementación.

Se logró determinar que si bien en Guatemala se intentó la implementación de dicha figura, mediante el decreto 27-2010, la misma no constituye dentro de sus elementos el divorcio voluntario unilateral o incausal, también denominado divorcio exprés.

Es importante destacar que la pronta aplicación de esta figura ayudaría enormemente a las partes involucradas, cónyuges, y al Estado, en virtud que representa economía y celeridad procesal.

Indice

	Pág.
Introducción.....	1

Capítulo 1

Generalidades del Matrimonio

1.1. Definiciones de matrimonio.....	4
1.2. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	7
1.3. Caracteres.....	10
1.4. Los regímenes económicos dentro del matrimonio.....	13

Capítulo 2

Disolución del matrimonio

2.1. Formas de disolución del matrimonio.....	17
2.2. El divorcio.....	18
2.3. Etimología de la palabra “divorcio”.....	20
2.4. Evolución del divorcio a través del tiempo.....	21
2.4.1. El divorcio en los pueblos primitivos.....	22
2.4.2. El divorcio en los pueblos orientales.....	22
2.4.3. El divorcio en la India.....	23
2.4.4. El divorcio en el derecho romano.....	23
2.5. Características de la acción del divorcio.....	25
2.6. Elementos del divorcio.....	27
2.7. Diferencia entre separación y divorcio.....	29
2.8. El divorcio y sus clases.....	33
2.8.1. Divorcio por mutuo acuerdo.....	34
2.8.2. El divorcio por causa determinada.....	36

Capítulo 3

El divorcio en la legislación comparada

3.1. El divorcio en la legislación comparada.....	37
3.2. El divorcio en la legislación extranjera antigua.....	37
3.2.1. En el derecho Romano.....	37
3.2.1.1. Causas del divorcio en el derecho Romano.....	38
3.2.2. El divorcio en el derecho Germano.....	38
3.2.3. En el derecho francés.....	39
3.2.4. En el derecho Español.....	39
3.2.5. En el derecho Eclesiástico	40
3.3. El divorcio en la legislación extranjera moderna.....	42
3.3.1. En el derecho francés moderno.....	42
3.3.2. Divorcio en México.....	43
3.3.2.1. El divorcio voluntario unilateral o incausado en México.....	45
3.3.2.2. Clases de divorcio en México.....	47
3.3.3. Divorcio en Brasil.....	50
3.3.4. Divorcio en España.....	51
3.3.4.1. Clases de divorcio en España.....	53
3.3.5. Divorcio en Estados Unidos de Norte América.....	56
3.3.6. Derechos europeos y americanos.....	58
3.3.7. El divorcio en Guatemala.....	59
3.4. Sistemas de divorcio en el derecho comparado.....	65

Capítulo 4

Del Divorcio Voluntario Unilateral o Incausal

4. Del Divorcio Voluntario Unilateral o Incausal.....	67
4.1. Divorcio Exprés.....	68
4.2. Concepto del divorcio incausal.....	70
4.3. Garantías derivadas del divorcio voluntario unilateral o incausal	71
4.4. Elementos del divorcio voluntario unilateral o incausal.	71
4.5. Regulación del divorcio voluntario unilateral o incausal.....	72
4.6. Análisis jurídico del divorcio voluntario unilateral o incausal.....	73
4.7. Procedimiento para realizar el divorcio voluntario unilateral o incausal.....	76
4.8. Órgano jurisdiccionales competentes y la importancia de regular el divorcio voluntario unilateral o incausal (divorcio exprés) en Guatemala.....	77

Capítulo 5

Análisis y Presentación de Resultados

5.1 Análisis y Presentación de Resultados.....	81
Conclusiones.....	87
Recomendaciones.....	89
Lista de referencias.....	91
Anexo 1.....	95

Introducción

Divorcio significa el apartamiento legítimo de los consortes que anteriormente hayan estado unidos por el vínculo del matrimonio, el divorcio puede darse por muerte de uno de los cónyuges, por voluntad de ambos cónyuges o bien por voluntad de uno solo de los cónyuges de poner término al matrimonio.

Es un tópico que representa suma importancia en la realidad familiar guatemalteca, en virtud de la creciente desnaturalización de la institución del matrimonio así como de figuras afines al mismo como lo es el divorcio, el estado y los miembros de esta sociedad deben de velar por el resguardo de los principios fundamentales de ambas instituciones, creando mecanismos que mantenga y fomenten el espíritu fundamental de dichas instituciones, siendo necesario que de una manera objetiva se estudien, analicen y propongan nuevas figuras que fortalezcan la institución más importante de nuestra sociedad como lo es la familia.

El objetivo general del tema se enfocó en la realización de un estudio comparativo entre las reformas al Código Civil guatemalteco del año dos mil diez, decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, relativas a la separación y divorcio voluntario con la legislación foránea en donde impera la normativa que le da vida a la figura jurídica del divorcio exprés, también conocido como divorcio incausal, es decir que es una modalidad del divorcio con el cual basta la voluntad de uno de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, mismo que no requiere de la existencia de alguna causal o motivo legal para decretar la separación, con lo que se logró determinar que en la legislación ordinaria civil guatemalteca no existe el divorcio exprés como tal, sino únicamente una reforma sustancial que aminora el procedimiento para la obtención del divorcio voluntario y que el fin que persigue dicha reforma es descongestionar los tribunales de justicia.

Entre los objetivos específicos sujetos a la investigación se partió de la necesidad de reformar la institución del divorcio, creando así una nueva forma jurídica para disolver el vínculo matrimonial, voluntario unilateral o incausal.

El presente tema se limitó a analizar la importancia, semejanzas y diferencias entre el divorcio exprés regulado en otras legislaciones y las reformas que sufrió el Código Civil guatemalteco relativos a la separación y divorcio. El desarrollo del tema abordado se destinó a determinar la viabilidad de implementar dentro del ordenamiento jurídico nacional la figura del divorcio voluntario unilateral o incausal, requisitos, función, plazos y autoridad competente para conocer de estos casos. Por tanto, la implementación de ésta figura, beneficiaría tanto a los cónyuges en conflicto, por la rapidez y economía procesal, observando uno de los principios fundamentales de esta figura como lo es el caso de la "Libertad de Estado Civil", así como al estado, que mediante la implementación del divorcio voluntario unilateral o incausal, descongestionaría los tribunales de justicia, por la celeridad y eficacia del mismo.

Las limitaciones que se encontraron a lo largo de la investigación es la falta de bibliografía debido a que se trata de un tema de recién aplicación, así como acceso a estadísticas en los centros de justicia, que justifique la necesidad de implementar la figura del divorcio voluntario unilateral o incausal. Estos obstáculos se trataron de superar a través del estudio de campo que se realizará en su oportunidad.

En relación al aporte de esta investigación que se puedan tomar en consideración, la posible reforma al Código Civil, para que se implemente la figura del divorcio voluntario unilateral o incausal, tomando en cuenta la reducción o eliminación del plazo necesario para iniciar con el trámite, así como suprimir las causales de divorcio, contenidas en el artículo 155 del Código Civil, y por lo consiguiente introducir el convenio entre las partes cuando existan hijos o bienes en los cuales las partes deben de determinar en posesión de quien quedan, y de esta manera hacer mucho más ágil el proceso de divorcio en el

país, siempre velando por el la libertad de estado civil de las personas y los principios generales del derecho.

Para el desarrollo del presente tema se realizó un cuadro comparativo o de cotejo, tomando como referencia la legislación guatemalteca, comparándola con legislaciones extranjeras que cuentan con la figura del divorcio unilateral o incausal, misma que nos proporcionó datos e información, derivado del análisis de cada una de las legislaciones investigadas.

El estudio se encuadrará dentro de la modalidad Jurídico Comparativa, ya que en la misma se evaluará la importancia de la implementación del divorcio voluntario unilateral o incausal en otros sistemas jurídicos y se comparará con nuestra legislación vigente, para saber si beneficiaría su implementación en nuestro país, además se llevará a cabo una investigación de tipo jurídico descriptiva, con la cual analizará la institución del divorcio en sus diferentes modos, y se establecerá la importancia de aplicar cambios dentro de los mismos, y el análisis de la nueva figura que agilicen los procesos de divorcio en el país.

Finalmente, con la presente investigación se logra determinar que el divorcio voluntario unilateral o incausal es una modalidad de disolver el vínculo matrimonial a través de la simple manifestación de la voluntad de no querer continuar unido en matrimonio, es decir, sin tener que comprobar alguna causal. Por lo que se determinó que las reformas que se dieron en el año dos mil diez en el Código Civil guatemalteco relativas a la separación y divorcio voluntario no se configuran en la instrucción del divorcio exprés, sino únicamente una reforma sustancial que aminora el procedimiento para la obtención del divorcio voluntario y que el único fin que persigue es descongestionar los tribunales de justicia.

CAPÍTULO 1

1. Generalidades del Matrimonio

*Acerca de la palabra matrimonio, el Diccionario Osorio y Florit, indica “vocablo que tiene su etimología en las voces latinas **matris** y **munium**, que, unidas, significan oficio de la madre, aunque con más propiedad se debería decir carga de la madre, porque es ella quien lleva de producirse el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto”.¹ Él filósofo Dr. Y P. Alejandro Almanza, si bien acepta estas raíces, las traduce así: “defensa de la madre, porque por el matrimonio afirma tiene la madre quien la defiende”.²*

El ponente hace referencia a la génesis de la palabra matrimonio en la que concluye, que es una palabra compuesta que significa “*oficio de la madre*”.³

1.1. Definiciones de matrimonio

Antes de entrar a definir el matrimonio es importante hacer algunas indicaciones históricas. El tratadista Castán Tobeñas, citado por Nery Muñoz señala que: la concepción del matrimonio como un acto civil, regulado exclusivamente, por las leyes seculares, fue preparada por la reforma protestante al negar al matrimonio su calidad de sacramento.

En 1580 se introdujo por primera vez el matrimonio civil en Holanda, al obligarse a todos los católicos y a los que no profesaban la fe calvinista a celebrar el matrimonio en presencia de ministro calvinista o ante el oficial civil.

¹ Osorio y Florit. Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires Argentina. Editorial. Heliasta Viamonte. 1974. Pág. 453.

² Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Guatemala. Tomo I; Universidad Rafael Landívar. Editorial. Académica Centroamericana, 1982. Pág. 220.

³ Cicu, Antonio. **Derecho de Familia**. Editorial Ediar, Italia, 1947. Pág. 145.

El ejemplo de Holanda fue seguido por Inglaterra, que en 1652 promulgó una ley de matrimonio civil obligatorio que estuvo en vigor hasta la vuelta de los *Estuardos* en 1660.

Más tarde la tendencia secularizadora de la revolución francesa facilitó la difusión del matrimonio civil.

La institución francesa de 1791, estableció que, La ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil y el Código de Napoleón siguiendo esa pauta, llevó a cabo la completa secularización del matrimonio.

*Diego Espín Canovas nos da una noción del matrimonio diciendo que: “Es una institución básica del derecho de familia y de aquí su importancia social. Es la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia”.*⁴

En el anterior párrafo se explica la importancia del matrimonio, su fin primordial así como un concepto acerca del mismo tema.

Guillermo Cabanellas citando a Planiol y fiel al concepto civilista, da al matrimonio la siguiente definición *“El matrimonio es un conjunto por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión que la ley sanciona y ellos no pueden romper a voluntad”.*⁵

A su vez el gran jurisconsulto romano Modestino, define a esta institución en los términos siguientes: *“La unión del varón y de la hembra, consorcio de toda la vida, y*

⁴ Espin Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España. volumen IV. Ed. Revista de derecho privado. 1975. Pág. 16.

⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 11º. ed. Ed. Heliasta. SRL. Buenos Aires, Argentina, 1978. Pág. 78.

*comunicación del derecho divino y humano; basado en la comunidad de condición social y de creencia religiosa.*⁶ Siempre de acuerdo a Cabanellas.

Manuel Somarriva Undurraga define al matrimonio como: *“Institución compuesta por un conjunto de reglas esencialmente imperativas, cuyo fin es dar a la unión de sexos, a la familia, una organización y moral que corresponda a la vez a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del hombre como también a las directivas dadas por la noción del derecho”*.⁷

Expone el ponente que el matrimonio es una de las instituciones sociales de mayor relevancia. Indiscutiblemente que es la célula, núcleo o base de la familia.

La institución del matrimonio es el lógico y natural resultado de la necesidad orgánica y social del hombre y la mujer. Es obvio que los dos elementos de la especie humana (varón y mujer), se complementan al formar o constituir la entidad matrimonial, para su perpetuación y bienestar común.

Es importante también hacer mención que el matrimonio es un acuerdo privado entre dos personas que deciden compartir sus vidas y hacerlo en el marco de cierta formalidad. Formalidad que subraya su carácter de compromiso y que busca el apoyo del prójimo para la pareja contrayente.

Nuestra legislación en el Código Civil, en su artículo 78, nos define al matrimonio de la siguiente manera: “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 auxiliares entre sí”.

⁶ Cabanellas, Guillermo. **Loc. Cit.**

⁷ Somarriva Undurraga, Manuel. **Derecho de familia.** Santiago de Chile. Tomo uno; Editorial Talleres Fiscales. 1946. Pág. 9.

Las principales razones que informan los fines del matrimonio han sido tomadas muy en cuenta por el legislador guatemalteco en el anterior artículo del Código Civil, en el cual se ve la casi perfección en el conjunto de dichos fines, al regular: con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

1.2. Naturaleza jurídica del matrimonio

Varias teorías se han vertido sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, cada una con el matiz de la filosofía o creencia que la inspira, lo que le da una concepción unilateral o parcial al concepto de su naturaleza. A continuación se exponen las diferentes teorías que tratan de explicarlas.

a. Teoría contractual:

“Sostenida por una doctrina tradicional, en vista que se forma por el consentimiento de los contrayentes; pero son los teóricos del liberalismo, los que han defendido, las consecuencias de la consideración del matrimonio como un contrato, han sido en primer término, la reafirmación de la tesis del matrimonio civil, y en segundo lugar, la doctrina del divorcio quad vinculum (divorcio vincular), pues si las nupcias han sido contraídas por el consentimiento de las partes, lógicamente el disenso puede ser destruida.”⁸

Se crítica esta teoría en el sentido de que el matrimonio no reúne todos los elementos de un contrato jurídicamente hablando, no surge de él sustancialmente, falta además el objeto, reducido como se sabe, en los contratos, a la entrega recíproca de dos prestaciones en toda su integridad, y carente, así mismo de la causa, pues que en aquellos contratos es la liberalidad o el interés y en el matrimonio no puede admitirse.

⁸ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pamplona, Madrid, España. Ed. Arazandi. Volumen 6º. 1979. Pág. 979.

La doctrina moderna se empeña en negar al matrimonio su carácter tradicional de contrato, pues como puede verse el matrimonio asume el carácter de un contrato únicamente por la prestación del consentimiento, uno de los elementos esenciales del contrato y que en nada difiere con el consentimiento que se presta en el matrimonio; sin embargo en los otros elementos, difiere totalmente, como el objeto, que en el contrato son las prestaciones, mientras que en el matrimonio no puede señalarse materialmente, si no que se compone o se traduce en los fines del mismo con la perpetuación de la especie y la educación de los hijos, todo ello saturado de un aire moral y espiritual.

En la causa, no se diga; en el contrato se persigue un interés patrimonial propiamente, mientras que en el matrimonio, la causa es otra, es el afecto como se ha indicado anteriormente.

Entonces la crítica de la teoría contractual, deviene por tomar el consentimiento como el único elemento que determina la vida del contrato, dejando a un lado los otros elementos que lo integran, tan determinantes como la causa y el objeto.

b. Teoría del sacramento:

Esta tesis es de los canonistas quienes además de sostener que el matrimonio es un contrato, agregan que es un sacramento, cuando se trata de los matrimonios de los bautizados. Esta teoría no tiene mayor relevancia, en vista que se circunscribe únicamente aquellos matrimonios contraídos por los bautizados, dejando a un lado la mayoría de los contraídos por personas que no son bautizadas, razón por la que no se le da importancia.

c. Teoría del negocio jurídico bilateral de orden familiar y de carácter solemne:

Son los autores italianos los que han hablado de un negocio jurídico bilateral de matiz amplio, porque, en definitiva, es constituido por la voluntad de las partes, si bien luego

en su desarrollo no tenga éstas el poderío que el orden jurídico asigna a aquellas en la vida de los contratos.

d. Teoría de la convención jurídica:

Sostenida por los españoles, quienes entienden que el matrimonio es sólo una convención jurídica (un acuerdo entre las partes) y no un contrato. En cierta forma tienen razón los que sostienen esta teoría, en el sentido de que el matrimonio no es un contrato, por carecer de un contenido económico que es la base del acuerdo de voluntades en el contrato; mientras que en aquél, la base es el afecto.

Aún cuando de ambas instituciones jurídicas, que son acuerdos de voluntades, derivan consecuencias jurídicas, se diferencian en el motivo de su creación económico y afectivo, quizá, sea ésta la principal nota de diferencia.

El matrimonio es más que una convención o acuerdo de voluntades, puesto que la convención puede considerarse como un elemento del contrato configurado en el consentimiento y el matrimonio tiene otros elementos, además de éste, aún cuando sean diferentes que los de un contrato con características especiales, particulares, que le dan el aspecto de un contrato *sui generis*.

e. Doctrina moderna:

Sostiene que el matrimonio es una institución, ya que el matrimonio como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse. Una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente, y los efectos de la institución se producen de modo automático.

Al parecer esta doctrina considera el matrimonio como un contrato de adhesión. De que el matrimonio es una institución, es incuestionable, puesto que todas las figuras jurídicas son instituciones de derecho.

El problema está en que si es un contrato de adhesión o no lo es. Ya se dijo anteriormente de que no encuadra la figura de un contrato por las razones que ya se trataron, también en vista de que por más que se diga que es de adhesión, siempre será un contrato cuya causa profunda es patrimonial, es un interés económico, de modo que no es muy técnico llamarle contrato desde el punto de vista científico, porque por más que se le de un carácter especial de contrato, siempre sería contrato, lo que no es adecuado y el matrimonio por la causa de su origen, que es el afecto, no lo es, sino una institución especial, única en su género, aún cuando tiene ciertos elementos idénticos como los de un contrato puro, como consentimiento, tiene características bien distintas.

Nos inclinamos por la opinión de que el matrimonio es una institución con caracteres de un contrato especial, mejor dicho un contrato *sui generis*, sin embargo nuestro Código Civil, como lo señalamos oportunamente regula al matrimonio como una institución social y lo define de esa manera en su artículo 78.

Del análisis del referido artículo se deduce claramente que la ley considera al matrimonio como una institución, ya que no deja entrever los otros elementos como para considerarlo un contrato, sin embargo el consentimiento es un elemento que lleva implícita esa definición, porque el funcionario que autoriza el matrimonio, no puede hacerlo si los interesados no le manifiestan expresamente su consentimiento al acto que se celebra, así lo establece el artículo 99 del Código Civil, por lo que arribamos a la conclusión de que el matrimonio es una institución social y jurídica.

1.3. Caracteres

Doctrinariamente algunos autores señalan diversos caracteres del matrimonio actual.

Sin embargo, dentro de los caracteres más acertados María Luisa Beltranena de Padilla establece los siguientes: “*a. Institución de naturaleza civil; b. Institución de orden civil; c. institución de orden público; d. Un contrato; e. Heterosexual; f. Fundado en el principio monogámico; g. La perpetuidad.*”⁹

En el apartado anterior, el ponente deja plasmadas las distintas características que posee el matrimonio y hace mención de la autora María Luisa Beltranena de Padilla, quién es la que hace la separación notoria de dichas características, mismas que por su relevancia las desarrollamos a continuación:

a. Institución de naturaleza jurídica civil:

Nuestra legislación determina las formalidades exigidas para el matrimonio y determina los derechos y obligaciones que surgen entre los cónyuges por la celebración de éste.

b. Institución de orden civil:

El matrimonio como institución de orden civil esta organizado y tutelado por el Estado con independencia del carácter religioso o canónico.

c. Es una institución de orden público:

De orden público ya que esta absolutamente excluida o sustraída del imperio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contrayentes; a quienes les está vedado aportar las leyes o normas correspondientes para crearse un régimen diferente.

⁹ Caballeros del Villar, **Ingrid Lorena. Análisis de los daños y perjuicios que se ocasionan en el régimen de comunidad absoluta de bienes y la comunidad de gananciales cuando el notario no da aviso del matrimonio.** Guatemala, 2006. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pág.17.

d. Es un contrato:

“Es un contrato porque nace y se funda en el consentimiento de los contrayentes; tiene su origen en el acuerdo de voluntades de dos personas, con ánimo de obligarse. Es un contrato sui-géneris porque se diferencia de los demás contratos ya que se rige por normas legales, de interés público, y, por ende, no susceptibles de ser alteradas por los contratantes y que prohíben someterlo a condiciones suspensivas o resolutorias.”¹⁰

Los contratos comunes persiguen fines patrimoniales o materiales; en cambio en el matrimonio se atiende a objetivos morales o espirituales, en que importan las personas de modo principal. Esta característica es bastante discutible, dada la naturaleza jurídica del matrimonio como una institución social. Debido a la definición legal regulada en el artículo 78 del Código Civil.

e. Es heterosexual:

Es heterosexual, es decir, que solamente se puede contraer entre personas de sexo opuesto o diferente, en absoluta congruencia con los elementos complementarios de la especie humana. La ley no podría en ningún caso permitir o autorizar matrimonio entre homosexuales, por la sencilla razón sería contraria a la naturaleza.

f. Esta fundado en el principio monogámico:

El principio monogámico es la unión de un solo varón con una sola mujer. La ley no autoriza la poligamia simultánea (poliandria o poliginia); aunque sí la poligamia sucesiva o sucesión de matrimonios legales por la disolución del matrimonio anterior.

¹⁰ Caballeros del Villar, Ingrid Lorena. **Loc. Cit.**

g. La perpetuidad:

La perpetuidad es una característica fundamental, que debe entenderse en el sentido de estabilidad. Es evidente que el complejo de intereses de todo orden que nacen del matrimonio (espiritual, moral, material) requiere, tanto para los propios cónyuges, como para la familia y la sociedad en general su conservación y mantenimiento, hasta que uno de los esposos, irremisiblemente, se tenga que extinguir la comunidad matrimonial de modo natural.

1.4. Los regímenes económicos dentro del matrimonio

Al abordar el tema de los regímenes económicos es necesario también abordar las capitulaciones matrimoniales, que son el equivalente a la del contrato de bienes con ocasión del matrimonio, y a la del negocio jurídico o contrato de matrimonio que se usa simplemente en otras legislaciones como por ejemplo Francia, España y Colombia.

Se le conoce como el contrato matrimonial otorgado mediante escritura pública, por el cual se establecen las futuras condiciones de la sociedad conyugal, en cuanto al régimen patrimonial de ésta.

En Guatemala, son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio. Para algunos autores es un “contrato” otorgado mediante escritura pública, por el cual se establecen las futuras condiciones de la sociedad conyugal en cuanto al régimen patrimonial de ésta. Revisten matices de complejidad y singularidad que les dan también enorme interés desde el punto de vista técnico y jurídico.

No hay acuerdo en la doctrina en cuanto a conceptualizar las capitulaciones como contrato o como institución; hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a normar sus derechos, y hay

institución cuando se halla algo fundado o establecido como las capitulaciones dentro del matrimonio el cual pertenece al derecho civil. Los que se inclinan por la tesis contractualista, se apoyan en el principio de autonomía de la voluntad, y en que del mismo se desprenden obligaciones para los otorgantes. Los que afirman que tienen un carácter institucional, indican que no derivan obligaciones cuando únicamente se celebran para fijar el régimen económico matrimonial y que el principio de autonomía de la voluntad no tiene aplicación, pues para el caso de silencio, es decir a no elegir uno en particular, la ley les impone un régimen subsidiario.

Con el nombre de regímenes económicos, se designa al régimen que rige la organización patrimonial del matrimonio. Este régimen debe constar en las denominadas capitulaciones matrimoniales o convenciones matrimoniales como también se les denomina en la doctrina.

“Según la autorizada palabra del tratadista Manuel Osorio y Florit, la organización patrimonial la deben hacer constar en escritura pública los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil y que tiene por objeto establecer el régimen económico de la sociedad conyugal, determinando los bienes que cada uno aporta, las donaciones que el esposo hace a la esposa y otras cláusulas patrimoniales de presente y para futuro.”¹¹

Atendiendo a ello, es correcta la sistemática jurídica guatemalteca, que en el artículo 119 del Código Civil indica textualmente: “Las capitulaciones matrimoniales deberán constar en escritura pública o en acta levantada ante el funcionario que haya de autorizar el matrimonio. El testimonio de la escritura o la certificación del acta, se inscribirán en el Registro Civil, una vez efectuado el matrimonio; y también en el

¹¹ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1984. Pág. 453.

Registro de la Propiedad, si se afectaren bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos.”

En todo caso, tal y como lo estipula el artículo 121 del Código Civil, son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas que contravengan el Código Civil o si restringen derechos y obligaciones de los cónyuges o con respecto a los hijos.

Al tenor del artículo 121 del Código Civil guatemalteco, las capitulaciones deben comprender:

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

En ese orden de ideas, de acuerdo al artículo 122 del Código Civil: “En el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridos durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio.” Por el contrario, dicha normativa civilista en su artículo 123 indica que si se adopta el régimen de separación absoluta, cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos. Serán también propios de cada uno de los cónyuges, los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios personales o por actividades comerciales o industriales.

Finalmente, de acuerdo al artículo 124, al adoptarse el régimen de comunidad de gananciales, los cónyuges conservan la propiedad sobre los bienes que tenían al

contraer matrimonio y de los adquiridos durante el mismo, pero si se disuelve la institución matrimonial, partirán por mitad los frutos (por ejemplo, los alquileres) de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación, cargas fiscales y municipales; los que se adquirieran con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno de los cónyuges; y los que adquiera cada cónyuge con su actividad productiva.

En todo caso, cualquiera que sea el régimen económico adoptado, el mismo puede modificarse en cualquier tiempo (artículo 125 del Código Civil), y si no se celebraron capitulaciones, la ley es taxativa al respecto al indicar que se tendrá por adoptado el régimen de comunidad de gananciales, según el artículo 126 del Código Civil.

“Independiente de lo anterior, el artículo 127 del Código Civil es claro al dejar a salvo de las capitulaciones, la propiedad exclusiva de cada cónyuge sobre los bienes que adquiera por herencia, legados, donaciones u otro título gratuito y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedades, deducidas las primas pagadas durante el matrimonio.”¹²

¹² Saquil Ovalle, Edwin Manrique. **Análisis de la tendencia actual a que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio y su relación con la legislación guatemalteca.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2009. Pág. 24.

CAPÍTULO 2

2. La disolución del matrimonio

El derecho de familia tiene muchas dimensiones y recibe la influencia no sólo de factores legales sino, también, socioeconómicos. Las leyes que afectan las relaciones pueden cambiar a medida que las tradiciones y las actitudes evolucionan. Como estas leyes son complejas y están sujetas a cambios, este trabajo de investigación intenta proporcionar información sólo de carácter general; no sustituye el asesoramiento jurídico.

Finalizar un matrimonio puede ser un suceso de particular perturbación, que involucra muchas incertidumbres y emociones. Si el divorcio o la separación son inevitables o es lo que más le conviene, un abogado puede orientarlo en la protección de sus derechos.

La disolución del matrimonio es la conclusión del vínculo personal y económico de los cónyuges, sus formas de disolución pueden ser: a) **Legal**: que se va a dar por divorcio, forma que a manera personal es la más recurrente para disolver el matrimonio, por muerte presunta, por la separación de los esposos sin que se rompa el vínculo; y b) **Natural**: que se da cuando ocurre la muerte de unos de los cónyuges.

2.1. Formas de disolución de matrimonio

Como se determinó con anterioridad, se entiende como disolución de matrimonio a la finalización o conclusión del vínculo tanto personal como económico de los cónyuges o esposos.

Existen, por tanto, distintas formas de disolución de matrimonio, cada una con sus propios efectos. Veamos:

- a) El divorcio: Se entiende por divorcio la disolución del vínculo matrimonial legalmente establecido. Éste se da por medio de la dictación de sentencia por parte de la autoridad judicial.
- b) Muerte presunta: Procede cuando uno de los cónyuges se encuentra desaparecido y existe incertidumbre sobre si aún está viva o no. En este caso, la otra parte deberá solicitar al juez la declaración por muerte presunta con el fin de disolver el matrimonio. La muerte presunta deberá ser declarada por juez competente. Dicha declaración acarrea los mismos efectos que la disolución por muerte natural.
- c) Disolución de matrimonio sin ruptura vincular: Se entiende como la separación de cuerpos sin que haya desvinculación matrimonial, en el sentido de que ambas partes ya no comparten habitación, aunque vivan en la misma casa. Entiéndase como el dicho popular “conviven más no viven”.
- d) Disolución natural del matrimonio: Procede con el fallecimiento de uno de los cónyuges. La parte sobreviviente o supérstite puede volver a casarse pues adquiere la libertad de estado.

Siendo de estas formas de disolver el matrimonio la más común el divorcio, institución que es la médula espinal de esta investigación y que a continuación comenzara a analizarse.

2.2. El divorcio

La mayoría de los tratadistas del derecho al referirse al divorcio, lo hacen describiéndolo como una institución, y esta claro que esa es su naturaleza jurídica.

Puig Peña, al referirse al divorcio lo define como sigue: *“Que el divorcio es aquella institución por cuya virtud se rompe o se disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas, o contra las cuales no se ha promovido impugnación alguna, dejando a los esposos en libertad para contraer nuevo consorcio.”*¹³

Manuel Osorio, define al divorcio así: *“acción y efecto de divorciar y divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio; separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho”*.¹⁴

Guillermo Cabanellas, señala: *“que es la ruptura de un matrimonio válido. Se distinguen tres especies de el, que son: el de separación de cuerpos y bienes, el vincular y la separación del lecho y techo”*.¹⁵

Planiol y Ripert, citados por el Lic. Alfonso Brañas, escriben: *“El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”*.¹⁶

En su concepto más amplio la palabra divorcio significa la separación legítima de un hombre y una mujer que anteriormente hayan estado unidos por el vínculo del matrimonio, en su concepción etimológica, **divortium** consistía en la disolución matrimonial que se daba en el Derecho Romano, la cual podía darse: a) por muerte de uno de los cónyuges; b) por incapacidad matrimonial de cualquiera de los cónyuges; c) por voluntad de ambos cónyuges; y d) por voluntad de uno solo de los cónyuges de

¹³ Puig Peña, Federico. **Op. Cit.** Pág. 505.

¹⁴ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Claridad, S.A., 1987. 797 Págs. 260.

¹⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires, Argentina: 12ª. ed.; actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De Las Cuevas; Ed. Heliasta, S.R.L. 1997. 422 Págs. 731.

¹⁶ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 1t.; Guatemala: Ed. estudiantil Fénix Universidad de San Carlos, 1996. Pág. 175.

poner termino al matrimonio, esta última causa podía producirse de dos formas por el **divortium** o por el **repudium**. “Sin embargo existe confusión en estos términos para los distintos autores, pues para algunos el **repudium** consistía en el deseo de poner fin al matrimonio, y el divorcio era el efecto producido por dicha expresión, pero para otros autores el **repudium** era la disolución del matrimonio por voluntad de una de los cónyuges, y el divorcio lo consideran como la disolución por mutuo acuerdo.”¹⁷

Considero que la postura más correcta es la primera en virtud de que en base a los datos históricos, cuando el hombre o la mujer encontraban dentro del matrimonio alguna causa que consideraran suficiente para ponerle término a este, podían hacerlo de forma unilateral, y a esta decisión le llamaban repudio, sin embargo el efecto inmediato del repudio ya fuese del hombre o de la mujer, era el divorcio.

2.3. Etimología de la palabra “divorcio”

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

La mayoría de autores consideran al divorcio como la ruptura del vínculo conyugal válido, el cual tiene como efecto principal dejar en libertad a los esposos para contraer nuevas nupcias. Debe tomarse en cuenta que la figura del divorcio no es una figura moderna o de reciente creación y aplicación, ya en los tiempos bíblicos era conocida, pues tal como se establece en el **Deuteronomio 24.1**, se establecía que cuando alguien tomaba a una mujer y se casaba con ella, si no le agradaba por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribía carta de divorcio, se la entregaba en la mano y la despedía de su casa. Una vez que estaba fuera de su casa, podía ir y casarse con otro hombre.

¹⁷ Vaquias Xajil, Edy Alejandro. **Análisis jurídico sobre el divorcio por causa determinada y necesidad de reformar el inciso 2do. Del Artículo 154 del Código Civil Decreto 106, en cuanto se establezca un tiempo máximo de divorcio a través de juicio ordinario.** Guatemala, 2007. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pág. 2.

Los tratadistas Ripert y Bolanger citados por Monroy Cabra dicen: *“las legislaciones antiguas con las que entro en contacto la iglesia, admitían el divorcio. El derecho romano, en época imperial, lo autorizaba en una forma amplia, sin intervención del juez, y sin exigir siquiera el consentimiento reciproco de las partes: la repudiación unilateral era posible por parte de la mujer, lo mismo que por parte del marido. De todo ello resultaron abusos que fueron denunciados con vigor por moralistas como Séneca o poetas satíricos como Juvenal. Las costumbres germánicas, lo mismo que la ley judía, permitían al marido repudiar a su mujer por su voluntad y sin causa determinada”*.¹⁸

El divorcio como institución, se ha discutido desde varios puntos de vista, hallándose entre las discusiones más importantes la religiosa y la laica, mismas que dan origen a la doctrina de la iglesia y las diversas teorías laicas, constituyéndose la doctrina de la iglesia como la mas dura enemiga de dicha institución, reaccionando en su contra desde el principio de su regulación y aplicación, Ripert y Boulanger citado por Monroy Cabra explican: *“durante varios siglos, muchos padres de la iglesia, entre otros Tertuliano, autorizaban el divorcio siguiendo el texto de San Mateo, pero la tesis de indisolubilidad absoluta fue defendida por San Agustín, y proclamada cada vez con más frecuencia con los concilios, sobre todo a partir del siglo VIII. Su triunfo ya no es discutido en el siglo XII, Graciano y Pedro Lombardo deciden ambos que se prohíba el divorcio por causa de adulterio”*.¹⁹

Es oportuno indicar que los padres que al principio autorizaban el divorcio lo hacían en base al texto de **San Mateo 5.31** el cual indicaba que cualquiera que repudiara a su mujer, estaba facultado para darle carta de divorcio. Tratase de la carta de divorcio explicada en forma más amplia en Deuteronomio. Tenían los padres en estos dos textos el fundamento Bíblico para autorizar los divorcios, mencionados no solo en el antiguo sino también en el nuevo testamento.

¹⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Derecho de familia**. Bogotá, Colombia: Ed. Librerías Jurídicas Wilches, 1982. Pág. 219.

¹⁹ **Ibid.** Pág. 220.

2.4. Evolución del divorcio a través del tiempo

“De forma general se ha podido establecer que desde tiempos antiguos ha existido el divorcio como medio de romper el vínculo matrimonial, en algunos países inclusive, existió el ya estudiado “repudio” que otorgaba al marido la facultad de abandonar a su esposa ya sea mediante causa justa o sin ella.”²⁰

En los siguientes numerales el autor hará una referencia territorial del modo en que fue considerado el divorcio en distintos pueblos orientales y en Roma.

2.4.1. El divorcio en los pueblos primitivos

El concepto de afecto marital en los pueblos primitivos es tan materialista como lo era en la edad de piedra. En Asia existe una idea tan amplia del vínculo matrimonial que carece de una perfecta documentación; sin embargo a pesar de ello puede concluirse que el divorcio y el repudio son ampliamente conocidos, aunque rodeados de prescripciones legales que en muchos casos lo hacen difícil o lo restringen. El vínculo matrimonial en los pueblos primitivos aparece como resultado de la pasión sexual espontánea, unida con sentimientos hereditarios e instintivos de simpatía, a su vez derivados del amor sexual. El vínculo matrimonial en estos pueblos se origina del instinto dirigido a la reproducción.

2.4.2. El divorcio en los pueblos orientales

“En Babilonia, los matrimonios se regulaban por el Código de Hamurabi, el cual distingue dos clases de divorcio: a) el divorcio deseado por el esposo, y b) el divorcio solicitado por la mujer. Si el esposo es el que pide el divorcio puede hacerlo a su voluntad, pero si la mujer es irreprochable debe indemnizarla restituyéndole la dote y

²⁰ Vaquiax Xajil, Edy Alejandro. **Op. Cit.** Pág. 4.

una parte del campo, jardín y bienes muebles, así como una porción hereditaria, para que crié a los hijos, y una vez criados, podrá pasar a ulteriores nupcias.”²¹

El anterior párrafo explica que si la mujer es culpable porque comete locuras, desorganiza su casa y descuida al marido, este puede repudiarla sin darle nada, y si toma a otra mujer, la repudiada quedara como esclava. Si la mujer es la que pide el divorcio, tomara su dote e irá a la casa del padre, pero, si resulta culpable, se le arrojará al agua.

En Persia, el vínculo originado por el matrimonio, es negocio perfectamente compatible con la facultad que tienen las mujeres para contraerlo, por un periodo comprendido entre una hora y noventa y nueve años. Se admite el repudio, confundido con el divorcio, si bien entre los pueblos mas civilizados suele ser frecuente el matrimonio por toda la vida.

2.4.3. El divorcio en la India

En estos pueblos hubo mayor estimación del matrimonio, se admite excepcionalmente su anulación y el repudio. La anulación procedía cuando el padre daba a su hija en matrimonio con algún defecto sin advertirlo el esposo; y el repudio procedía en varios casos, entre otros la esterilidad de la mujer, la aversión de la mujer al marido, cuando se encuentre enferma de lepra, u otra enfermedad contagiosa, etc. Todas las causas expresadas en ley, procedían de parte de la mujer y nunca de parte del marido.

2.4.4. El divorcio en el derecho Romano

“El derecho romano es interesante para nuestro estudio ya que de el se derivan muchas instituciones que actualmente recoge nuestra legislación, reguladas de acuerdo al siglo en que vivimos, las mas antiguas leyes de Roma, revestían carácter religioso. El

²¹ Vaquiax Xajil, Edy Alejandro. **Op. Cit.** Pág. 5.

matrimonio aparece organizado como institución civil, pero bajo solemnidades religiosas. Se consideró en Roma el divorcio como inherente al matrimonio, los jurisconsultos repetidas veces declararon nula toda convención que tuviese por objeto prohibir y restringir la disolución matrimonial.”²²

Con el anterior análisis nos podemos dar cuenta que el divorcio en el derecho romano es el que más se apega a nuestra legislación, debido a sus características específicas, la forma de aplicarse y las solemnidades que representa.

El divorcio tenía lugar: 1) por consentimiento mutuo, al cual se le conocía como **bona gratia**, y 2) por voluntad de un solo cónyuge, al cuál se le llamaba **repudiatio**. La ley de las doce tablas contenía una fórmula, en virtud de la cual el marido estaba facultado para abandonar a su mujer. Cada cónyuge podía en virtud de simple declaración mutua, y privada, disolver el matrimonio, llegándose luego a admitir no solo el **mutus disensus**, sino también el **repudium** por declaración de una de las partes, aunque fuese contra la voluntad de la otra.

El divorcio en Roma fue de tan amplia aplicación, que concluyó en una verdadera calamidad pública, tornándose incluso en una costumbre entre los ciudadanos romanos, quienes veían el divorcio como un simple trámite.

Con el cristianismo disminuye el influjo del divorcio, habiendo Constantino establecido causas para solicitarlo. Los divorcios en que no existiera causa justa eran castigados, pero no nulos, pues el emperador no se atrevió a romper con el principio fundamental que domino Roma.

Es importante citar que desde el Siglo X obtuvo la iglesia la jurisdicción en materia de divorcio, y fue la iglesia quien promovió el principio de la indisolubilidad del matrimonio.

²² Vaquias Xajil, Edy Alejandro. **Op. Cit.** Pág. 6.

Posteriormente la reforma negó la naturaleza sacramental al matrimonio y admitió la disolución en cuanto al vínculo en caso de adulterio. Según algunos autores, ese fue el primer precedente a tomar en cuenta, luego siguieron otros motivos: como el abandono malicioso conocido como **desertio** y la **cuasio desertio**. Al principio el divorcio se efectuaba en virtud de declaración unilateral de voluntad, más tarde la doctrina protestante exigió una declaración de autoridad competente.

Así con esos lineamientos y considerado por los civilistas el matrimonio un mero contrato, como resultado lógico se llega a la aceptación del divorcio como rescisión del contrato matrimonial.

2.5. Características de la acción del divorcio

Dentro de las características de la acción de divorcio se encuentran las expresadas por el tratadista Roginas Villegas, que son:

1. *“La acción sujeta a caducidad: Esta es la extinción de una acción o de una obligación por el transcurso del tiempo que determine la ley; se caracteriza por la extinción fatal de la acción, derecho u obligación por el transcurso del tiempo; se pone de manifiesto no por el momento en que realmente sucedieron los hechos, sino por el momento en que el cónyuge inculpable tenga conocimiento de los mismos.”*²³

Al respecto el artículo 158 del Código Civil guatemalteco, establece: “El divorcio o la separación solo puede solicitarse por el cónyuge que no haya dado causa a el, y dentro de los seis meses siguientes en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda.”

²³ Alva Herrera, José Jorge. **La desintegración familiar y su regulación legal**. Guatemala, (s.e.) (S.E.) 1991. Pág. 79.

2. *"Se extingue por reconciliación o perdón: Esta característica se encuentra regulada en el artículo 432 del Código Procesal Civil y Mercantil: En cualquier estado del proceso de separación o de divorcio y aún después de la sentencia de separación, pueden los cónyuges reconciliarse, quedando sin efecto dicha sentencia..."*²⁴
3. Es susceptible de renuncia y desistimiento: Esto se refiere a la renuncia de continuar el proceso, y la legislación guatemalteca en el Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 582 establece: Cualquiera puede desistir del proceso que ha promovido o de la oposición que ha formulado en un proceso en que es parte; por consiguiente este desistimiento impide renovar en el futuro el mismo proceso y supone la renuncia derecho respectivo.
4. Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio: Esta característica es sencilla de comprender, ya que si el cónyuge fallece antes de que se tramite el divorcio, el status legal de la persona automáticamente pasa a soltera, y si se esta llevando a cabo un juicio de divorcio, queda disuelto el matrimonio y obviamente termina el procedimiento iniciado por uno o ambos cónyuges.
5. *"La acción de divorcio, solo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo: Es importante resaltar que esto se aplica cuando la persona quiere interponer demanda de divorcio en la vía ordinaria, no se aplica en el divorcio voluntario, esto lo regula el artículo 158 del Código Civil guatemalteco; las causas comunes para que la persona pueda solicitar el divorcio en la vía ordinaria se encuentran reguladas en el artículo 155 del Código citado; la causal de divorcio que conforma el título de esta investigación, se desarrollará a continuación."*²⁵

²⁴ **Ibíd.** Pág. 80.

²⁵ Cano Cifuentes, Natividad Cirila. **Análisis jurídico y doctrinario de la violencia psicológica en el matrimonio, una causa de divorcio no positiva en Guatemala.** Guatemala, 2011. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pág. 8.

2.6. Elementos del divorcio

Para que se otorgue un divorcio en Guatemala y en la mayoría de las legislaciones extranjeras, se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) La existencia del matrimonio

Esta se comprueba al presentar la certificación del acta de matrimonio que contiene la certeza y legalidad que le otorga el Registro Nacional de las Personas en Guatemala, la cual para proceder a su disolución, es necesario que se solicite de alguna de las formas permitidas por la ley.

b) Iniciar la acción correspondiente ante el juez que compete

La cual puede ser mediante el trámite del divorcio ordinario o el divorcio voluntario. En cuanto al divorcio ordinario es necesario que se presente en vía ordinaria civil, le corresponderá por cuestiones de competencia el que tuvieron establecido como último domicilio conyugal.

c) La causal en la que se funde la demanda de divorcio, la cual estará fundada en la ley

La causa es simplemente el fundamento que tiene la parte actora o demandante para presentar la acción contra el demandado, que sirva como motivo o razón para disolver el vínculo matrimonial. La reformas al Código Civil guatemalteco, del año dos mil diez pretendieron dejar sin efecto las causales que invoca el artículo 155, sin embargo hasta la fecha no existe modificación alguna en dicha normativa ya que es necesario invocar cualquiera de las quince causales para dar inicio a la acción de divorcio.

d) La legitimación procesal

Es otro elemento básico para iniciar esta acción y es la aptitud para actuar de cada uno de los cónyuges, es decir, es una legitimación que otorga la ley, ya sea en el papel de demandante o de demandado.

Esta acción solo puede ser iniciada por los propios interesados, es personalísima y no es transmisible ni en vida ni por muerte. A menos de que nombren sus respectivos mandatarios judiciales.

e) El plazo para iniciar la acción de demanda de divorcio

Es la oportunidad en la cual puede ser iniciada la acción de divorcio tanto ordinario como voluntario. Nuestra legislación en su artículo 154 estipula que el plazo mínimo para dar inicio a una acción de divorcio voluntario es de un año contados desde la fecha en que se celebró el matrimonio, mientras que para el divorcio ordinario es necesario que haya transcurrido el plazo de seis meses para iniciarlo.

f) Que no tengan ninguna clase de conciliación

Una vez que la parte actora haya otorgado el perdón tácito o expreso, ya no podrá llevarse a cabo el proceso de divorcio, ni podrá hacer uso de la causal por la que demanda, así mismo si en cualquiera de las etapas, las partes se otorgan el perdón, lleguen a un acuerdo o reconciliación de los cónyuges, en ese momento se da por terminado el juicio.

g) Formalidades que se llevan en el proceso

Dentro de estas formalidades se pueden mencionar, que no exista conciliación tal y como ya se dejó establecido, la ratificación de la demanda en la primera audiencia para

la cual son citadas las partes, la ratificación del convenio de las partes que se refiere a en quien serán confiados los hijos si los hubiere, por cuenta de quien quedará fijada la pensión alimenticia y la liquidación de patrimonio conyugal dependiendo del régimen económico que adoptaron al darle origen al vínculo.

2.7. Diferencia entre separación y divorcio

El término divorcio tiene dos acepciones: por una parte significa divorcio vincular, también denominado como divorcio absoluto o divorcio pleno, por otra parte significa separación de personas y de bienes, también conocido como divorcio relativo, divorcio menos pleno, o sencillamente lo denominan separación.

“En tiempos antiguos cuando se utilizaba el término divorcio se entendía que se referiría solo a la separación de cuerpos en la cual subsistía el vínculo conyugal, por lo que fue necesario crear otro término para describir el divorcio que tiene como efecto la ruptura del vínculo conyugal, a este le denominaron divorcio vincular.”²⁶

En virtud de lo anterior se considera el divorcio como la ruptura del vínculo conyugal, por voluntad de ambos esposos o de uno solo de ellos, con el efecto principal de quedar libres para contraer nuevas nupcias.

El párrafo anterior describe la característica más conocida y la diferencia más marcada que existe entre el divorcio y la separación, la cual consiste en la ruptura del vínculo conyugal, además abarca también las clases de divorcio, por mutuo acuerdo y por causa determinada, y la consecuencia del divorcio posterior a la ruptura del vínculo conyugal como lo es dejar libres a los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

²⁶ Vaquias Xajil, Edy Alejandro. **Op. Cit.** Pág. 13.

El Código Civil regula el efecto propio del divorcio en el artículo 161 y al respecto establece: “Es efecto propio del divorcio la disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.”

Del concepto más generalizado de divorcio vincular se pueden estudiar algunas características tales como:

- a. La ruptura del vínculo conyugal, para que exista divorcio debe existir ruptura total del vínculo de otro modo estaríamos ante una simple separación la cual tiene efectos propios regulados en el artículo 160 del Código Civil el que establece: “Son efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, los siguientes: 1o. El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge; y 2o. El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.”
- b. La disolución del vínculo conyugal debe ser en vida de ambos esposos, de no ser así sería una disolución del vínculo por muerte de uno de los cónyuges, pero esta figura es distinta al divorcio.
- c. La ruptura del vínculo conyugal debe ser solicitada por voluntad de uno de los cónyuges por existir una causa determinada regulada expresamente en la ley, la cual se conoce como divorcio por causa determinada y se tramita en un juicio ordinario de divorcio, pero la disolución del vínculo conyugal también puede ser solicitado por la voluntad de ambos cónyuges, esta se denomina divorcio por mutuo acuerdo, y se tramita en un juicio voluntario de divorcio por mutuo acuerdo.
- d. El vínculo conyugal que se rompe debe ser válido, pues de otra manera estaríamos ante una declaración de nulidad del matrimonio ya que no puede

haber disolución del vínculo pues este no existió jamás, por existir impedimentos esenciales.

- e. El efecto principal y posterior a la disolución del vínculo conyugal es dejar en libertad a los cónyuges para que puedan contraer matrimonio nuevamente, es de hacer notar que la libertad se otorga en igual manera a ambos cónyuges. Aunque anteriormente en nuestra legislación existían algunas limitaciones que afectaban a la mujer para contraer nuevas nupcias, con la entrada en vigencia del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, se dejó sin vigencia el inciso 3 del artículo 89, el cual impedía a la mujer contraer nuevamente matrimonio si no habían transcurrido trescientos días desde la disolución del anterior vínculo matrimonial. Es importante resaltar que nuestra legislación ha dado un paso importante en la búsqueda de la igualdad de derechos y obligaciones entre el hombre y la mujer en relación a la familia y sus instituciones.

Para entender mejor la figura de la separación es necesario de forma breve referirnos a su origen, como fue señalado anteriormente en la antigüedad cuando se referían simplemente al divorcio esta en realidad era una separación sin disolución del vínculo conyugal y resultaba de la sola voluntad de los esposos.

“Posteriormente las leyes romanas y las costumbres germánicas permitían el divorcio vincular, ello fue visto de forma negativa por la iglesia católica, quienes lucharon contra estas leyes hasta suprimir esta figura, crean entonces el principio de la indisolubilidad del matrimonio y adoptan la figura de la separación, con la finalidad de proteger la sagrada institución del matrimonio, enseñan que era posible la separación de los cónyuges sin disolución del vínculo y que esa separación era lícita, además de atribuirse jurisdicción competente para declarar la separación lo cual lo diferencia de la separación de tiempos antiguos, establecen diversas causas para que la separación procediera, por ejemplo: por el caso de adulterio de uno de los cónyuges, el cónyuge

afectado podía romper para siempre la vida en común sin romper el vínculo conyugal, salvo que haya consentido la causal, haya perdonado expresa o tácitamente al cónyuge culpable, o el cónyuge afectado también hubiere cometido adulterio o lo haya propiciado.”²⁷

En virtud de lo anterior la mayoría de autores consideran a la separación como la suspensión de la vida en común declarada judicialmente, pero subsistiendo el vínculo conyugal en virtud de lo cual los cónyuges separados no pueden contraer nuevas nupcias.

Por lo tanto concluyo en que el divorcio vincular disuelve el vínculo conyugal, otorgándole a las partes la libertad de poder contraer nuevamente matrimonio, mientras que la separación solo suspende la vida en común de los cónyuges, existiendo impedimento para las partes de poder volver a contraer nupcias.

Dejando a un lado el análisis sustantivo del divorcio y la separación, considero importante abordar en el presente trabajo, el aspecto procesal de cada una de las figuras, divorcio y separación, pues tanto la separación como el divorcio de las personas puede declararse de dos formas:

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

Tanto la separación como el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges solo puede solicitarse después de transcurrido un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio, disposición que pretende evitar los matrimonios simulados que pudieren disolverse rápidamente.

²⁷ Vaquias Xajil, Edy Fernando. **Op. Cit.** Pág. 14.

Así como la separación y el divorcio pueden solicitarse por mutuo acuerdo de los cónyuges, también puede solicitarlo solo uno de ellos alegando cualquiera de las causales expresamente reguladas en la ley, pero en este caso solo puede solicitar la separación y el divorcio el cónyuge que no haya dado causa a el, y dentro de los 6 meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funda la demanda.

Cabe mencionar que aunque nuestro ordenamiento jurídico regula expresamente dos vías para resolver los conflictos emanados del divorcio, tanto la vía ordinaria como la vía voluntaria, sería acertado implementar una tramitación similar para la separación, mismo que a consideración del ponente se podrían tramitar de la siguiente manera:

- a. Juicio ordinario de divorcio por causa determinada.
- b. Juicio ordinario de separación por causa determinada.
- c. Juicio voluntario de divorcio por mutuo acuerdo.
- d. Juicio voluntario de separación por mutuo acuerdo.

El divorcio y la separación por causa determinada se tramitan mediante un juicio ordinario, y el trámite es el mismo para ambas figuras.

El divorcio y la separación por mutuo acuerdo, se tramitan mediante el juicio voluntario de divorcio o separación por mutuo acuerdo, el cual tiene un procedimiento especial regulado a partir del artículo 426 al artículo 434 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Característica interesante consiste en que si los cónyuges han sido separados en sentencia firme, esta separación constituye una de las causales expresamente reguladas para poder solicitar uno de los cónyuges el divorcio por causa determinada.

2.8. El divorcio y sus clases

Actualmente nuestra legislación es una de las más avanzadas en materia de divorcio, ello en virtud de regular dos clases de divorcio:

- a. el divorcio por mutuo consentimiento y
- b. el divorcio por causa determinada.

Así lo regula el primer párrafo del artículo 154 del Código Civil, el que establece: “La separación de personas, así como el divorcio podrán declararse: 1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2º. Por voluntad de uno de ellos por causa determinada.”

- c. Y el divorcio exprés, que aunque en la actualidad no se encuentra legislado en nuestro ordenamiento jurídico, es de su importancia abordar dicho tema, ya que en un futuro no muy lejano se podría implementar dicha figura en nuestro legislación.

2.8.1. Divorcio por mutuo acuerdo

“Es aquel en el cual ambos cónyuges acuerdan la disolución del vínculo matrimonial, y lo así lo manifiestan ante el órgano jurisdiccional competente con la finalidad de obtener de este una sentencia que legalmente declare la ruptura del vínculo.”²⁸

Con respecto al párrafo anterior se concluye en que el divorcio por mutuo acuerdo es aquel en el cual se manifiesta de forma bipartita la decisión de disolver el vínculo matrimonial, con el fin que el proceso sea más ágil y libre de conflictos.

El Código Civil regula una limitación en cuanto al plazo para solicitar el divorcio por mutuo acuerdo, el cual es de un año contado desde la fecha en que se celebró el

²⁸ Vaquias Xajil, Edy Alejandro. **Op. Cit.** Pág. 15.

matrimonio, esto con la finalidad entre otros de evitar matrimonios simulados o fraudulentos que pudieren disolverse con facilidad.

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

El artículo referido, hace mención del proyecto de convenio que deben presentar los cónyuges al momento de iniciar la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo, este proyecto de convenio tiene como finalidad asegurar el bienestar de los hijos procreados durante el matrimonio, y el mismo debe ser consentido voluntariamente por los cónyuges antes de presentar su escrito inicial ante el órgano jurisdiccional, ello en virtud de que por tratarse de un divorcio voluntario, no se espera que durante la audiencia de conciliación pueda surgir un inconveniente en cuanto a los puntos del convenio, o que de forma inesperada los solicitantes no estén de acuerdo con estos.

Tal como fue citado anteriormente en cuanto a su aspecto procesal el divorcio por mutuo acuerdo tiene un procedimiento especial regulado mediante jurisdicción voluntaria en nuestra normativa Procesal Civil y Mercantil.

2.8.2. El divorcio por causa determinada

“Es aquel en el cual uno de los cónyuges por voluntad unilateral lo solicita ante un órgano jurisdiccional competente, alegando una de las causales que están expresamente numeradas en la ley e imputable al otro cónyuge, la cual es sometida a comprobación por todos los medios de prueba necesarios, para concluir con una sentencia que declare la disolución del vínculo conyugal.”²⁹

En Guatemala se numeran las causales que pueden originar la solicitud de divorcio por causa determinada, mismo que se encuentra regulado en el artículo 155 del Código Civil guatemalteco.

Dentro de las limitaciones reguladas por la legislación guatemalteca en cuanto a esta clase de divorcio tenemos que el divorcio por causa determinada solo puede solicitarlo el cónyuge que no haya dado causa a el, evitando con ello que pueda solicitarse el divorcio por una causa provocada deliberadamente por uno de los cónyuges.

También se fija un plazo para poder solicitar el divorcio por causa determinada, el cual es dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado al conocimiento del cónyuge los hechos en que se funde la demanda, esto en virtud de que si se plantea la demanda posterior a los seis meses se considera que se está consintiendo la causal.

En su aspecto meramente procesal, el divorcio por causa determinada se tramita en la vía ordinaria, en virtud de no tener una tramitación especial, situación que en los siguientes capítulos se profundizara más sobre el tema.

²⁹ Vaquias Xajil, Edy Alejandro. **Op. Cit.** Pág.17.

CAPITULO 3

3.1. El divorcio en la legislación comparada

Hablar de este tema significa que se abordaran las causas y consecuencias que existen, por las cuales las legislaciones aceptan el divorcio propiamente dicho y las que lo diferencian del divorcio por mutuo consentimiento. En el divorcio vincular éstas siempre se asientan sobre principios de culpabilidad, solamente hay motivo de divorcio si está determinado por la ley.

3.2. El divorcio en la legislación extranjera antigua

“Entre los antiguos se permitía el libelo de repudio dado por uno de los cónyuges. En Grecia, una ley de Solón, declaró que el derecho de repudiar en determinados casos correspondía a ambos cónyuges. Entre los hebreos era un derecho del marido, sin necesidad de alegar causa alguna. En Roma se concedió en un principio solamente al marido, permitiéndose también más adelante a las mujeres. La Iglesia no lo permitió, admitiendo solamente el divorcio relativo.”³⁰

El párrafo anterior es una pequeña síntesis de lo que se vivía en los países en la edad antigua, con respecto al divorcio, en las situaciones en que era acepta.

3.2.1. En el derecho Romano

Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente.

Con la conversión de los emperadores al cristianismo, se impusieron una serie de obstáculos al divorcio. En tiempos de Justiniano, las causas eran justas causas; quien

³⁰ Rosales Girón, Ofelia, **El divorcio aprobado en España**. Diario El Imparcial, Jueves 2 de julio de 1981. Pág. 10.

provocaba o pedía divorcio, podía quedar impune, pero para quien hubiese dado motivo, para el mismo se aplicaban penas severas.

3.2.1.1. Causas del divorcio en el derecho Romano

- a. Para ambos cónyuges: ser su consorte cómplice de crímenes contra el Estado o contra la vida del cónyuge y la ausencia o cautividad sin tenerse noticias del ausente o cautivo durante cinco años.
- b. El marido podía repudiar a la mujer: cuando contra su voluntad concurría a baños o convites, o permanecía fuera de la casa, a no haber sido expulsada por el mismo; si contra su voluntad o con ignorancia del marido tomaba parte en los espectáculos públicos; y si cometía adulterio.
- c. Podía intentar la mujer divorcio: cuando el marido la inducía al adulterio o atentaba a su castidad; cuando con menosprecio de su esposa tenía concubina en su propia casa o no la abandonaba aunque ésta residiese fuera de ella, después de reiteradas amonestaciones; cuando la acusaba falsamente de adulterio; y por impotencia probada durante tres años consecutivos.

3.2.2. El divorcio en el derecho Germano

No se admite la separación de cuerpos, estableciéndose en su lugar la llamada cesación de la comunidad conyugal, que puede pedirse en lugar del divorcio absoluto y por las mismas causas que éste.

La legislación germana admite como causas del divorcio:

- a. El adulterio, la bigamia y otros actos punibles (salvo que el demandante los consintiera o fuese cómplice de ellos.)
- b. Asechanzas contra la vida.
- c. Abandono malicioso.

- d. Imposibilidad de la continuación de la vida en común y enfermedad mental durante más de tres años después del matrimonio sin esperanza de restablecimiento.
- e. La negativa de dar al matrimonio la consagración de la Iglesia, si por las creencias religiosas de uno de los cónyuges es a éste moralmente imposible la continuación de la unión.
- f. La interrupción de la convivencia conyugal durante tres años.

La acción para promover el divorcio se extingue por no haberla establecido dentro de los seis meses siguientes a tenerse conocimiento de la causa para el mismo.

3.2.3. En el derecho Francés

En este país se introdujo por primera vez el divorcio absoluto en 1972, bastando para él la simple alegación de incompatibilidad de humor o de carácter por uno de los esposos.

Dentro de las causas que existían en 1886 encontramos:

- a. El adulterio de cualquiera de los cónyuges.
- b. Sevicia e injurias graves.
- c. Condena de un cónyuge a pena aflictiva e infamante.

3.2.4. En el derecho Español

Sólo se admite el divorcio relativo. Algunos han planteado recientemente la cuestión del divorcio absoluto.

Las causa de 1889 que en su artículo 105 del Código Civil contempla como motivos para solicitar el divorcio son:

- a. El adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.
- b. Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.
- c. La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.
- d. El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la convivencia en su corrupción o prostitución.
- e. La condena del cónyuge a cadena o reducción perpetua.

En el artículo “El divorcio Aprobado en España” escrito por Ofelia Rosales dice:

“El parlamento aprobó la semana pasada la ley del divorcio en España, con lo que terminó el intenso debate sobre esto: ...Dijo el informante internacional que la ley entrará en vigencia 20 días después de ser publicada en el Boletín Oficial del Estado. Así que con la aprobación del divorcio en España sólo quedan en Europa tres países en donde aún está proscrito. La católica Irlanda y las pequeñas repúblicas de Malta y San Marino.”³¹

Agrega el despacho internacional, que las encuestas de la opinión pública indican que el 71% de la ciudadanía están a favor de la ley del divorcio, a pesar de la enconada oposición de la Iglesia.

3.2.5. En el derecho Eclesiástico

“La Iglesia distingue entre el matrimonio rato y el matrimonio consumado. En este último sólo puede disolverse por la muerte de uno de los cónyuges. En el matrimonio rato (no

³¹Guzmán, Mauricio. **La acción de divorcio en la ley salvadoreña**. San Salvador, El Salvador. (s.e.) (s.f.) 1956. Pág. 79.

consumado por cúpula) se dan las causas por las cuales el matrimonio puede disolverse en la legislación.”³²

En el anterior apartado se destaca que el derecho eclesiástico, practicado y con mayor auge en tiempos antiguos, se podía notar la tajante e imperante norma que prohibía divorciarse por motivos de discordia, desacuerdo entre otras, dando lugar a que el matrimonio podía disolverse en su mayoría de veces por causa de muerte de algunos de los cónyuges (***mortis causa***).

- a. Por la solemne profesión religiosa de uno de los cónyuges en una orden aprobada por el Pontífice.
- b. Por dispensa pontificia concedida por justa causa a petición de ambas partes o de una sola de ellas, aunque la otra disienta.
- c. Adulterio, tanto de la mujer como del varón con tal que sea cierto, consumado y manifiesto.
- d. Peligro de salud espiritual o provocación de pecado mortal, cuando uno de los cónyuges provoca e insta al otro a cometer graves delitos.
- e. Sevicia o malos tratos.
- f. Crimen de herejía o apostasía por parte de uno de los cónyuges.
- g. Enfermedades contagiosas, si a juicio de los médicos pueden comunicarse por la sola cohabitación.
- h. Muda del marido continuamente de domicilio sin necesidad y si la diferencia de clima produce a la mujer grave peligro espiritual o corporal.
- i. Cohabitación molesta.
- j. Por mutuo consentimiento.

³² Divorcio. **Enciclopedia Espasa-Calpe, S.A.**, T. 18, 2ª. Parte. Pág. 1666.

3.3. El divorcio en la legislación extranjera moderna

A partir de la revolución francesa, casi todos los países han ido introduciendo junto con el matrimonio civil o posteriormente al mismo, el divorcio civil. En los países protestantes, existe desde la Reforma una posibilidad de divorcio, aunque limitada.

Las diversas legislaciones se han mostrado muy desiguales sobre el número y naturaleza de las causas de divorcio que admiten.

3.3.1. En el derecho Francés moderno

*“En el derecho francés la evolución se produjo de la siguiente manera: fue hasta la Revolución Francesa como las ideas respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor. Sin embargo, no fue en la primera constitución francesa de 1791 como se estableció legalmente el divorcio, sino hasta una ley del año siguiente, es decir, de 1792.”*³³ Esta ley francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable. También la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio.

En el Código de Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

³³ Sandoval Chinchilla, Blanca Yolanda. **La necesidad de implementar un nuevo sistema de divorcio en nuestra legislación civil.** Guatemala, 1999. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pág. 19.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código Napoleón, pero con motivo de una Carta constitucional de 1814 que le dio al catolicismo el valor de religión de Estado, por la ley de 1816 se suprimió el divorcio. Se ha interpretado esta ley de 1816, como un desagravio de la Iglesia, causado por la Revolución francesa, que a su vez trajo como consecuencia que el catolicismo no fuese religión de Estado.

*“A partir de 1816 y hasta 1844, no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de Estado.”*³⁴ Era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las Cámaras de Diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron siempre rechazados. No fue sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de ley de 1816, sino más bien en la forma que lo estableció el Código Napoleón. Es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia y de condenas criminales.

3.3.2. Divorcio en México

Anteriormente México regulaba en su artículo 155 del Código Civil para el Distrito Federal indicaba: "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". El transcrito precepto, especialmente en la parte que alude a que el vínculo del matrimonio es indisoluble, es expresión de la voluntad del legislador para dar a esta institución la deseada, aun hoy, característica de no extinción, a no ser por la muerte de los cónyuges.

El deseo de indisolubilidad matrimonial es manifestación de diversos intereses en juego: un hogar tranquilo, la educación y el ejemplo a los hijos, la paz y tranquilidad

³⁴ **Ibid.** Pág. 20.

social, etcétera; pero por razones que a continuación se expresarán se ha tenido que adoptar el divorcio y la nulidad del matrimonio.

El Divorcio y nulidad se consideran males menores que mantener un vínculo matrimonial dañino para los esposos, para su familia y para la sociedad. Desgraciadamente, las instituciones del divorcio y de la nulidad se suelen utilizar como pretexto para vidas licenciosas.

Lo ideal sería un matrimonio con los caracteres apuntados en el precepto transcrito, que seguramente daría origen a una sociedad, del que es piedra angular, que fuese tranquila. En un matrimonio con dichos caracteres se pueden educar hijos que lleguen a ser ciudadanos útiles a la patria.

No siendo posible en diversos casos el sostenimiento de un matrimonio ideal, y observando que la permanencia de la unión conyugal sin los caracteres del amor, del respeto, de la colaboración mutua y de la inteligencia de los consortes en muchos casos no es posible, el legislador mexicano ha creado la institución del divorcio.

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal mexicano, olvidando el ideal del antiguo 155, que ha sido transcrito, indica: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". No sólo alude el precepto al efecto de la disolución del vínculo conyugal, consecuencia del divorcio, sino que tal parece que existió un afán de dejar en aptitud a los cónyuges de rehacer una nueva vida matrimonial.

De acuerdo con la ley mexicana del divorcio, existen dos tipos de divorcio: Necesario y Por mutuo consentimiento o voluntario. Es necesario el divorcio que cualquiera de los cónyuges reclama ante la autoridad judicial aduciendo y fundando causales que el Código Civil Mexicano, en el artículo 267, menciona.

Considerado el divorcio un mal (necesario), y ante la realidad que se vive en los procesos judiciales en que se ventila, es preferible el voluntario, pues en el necesario se aducen causales en la demanda que, si bien muchas veces no comprobadas, implican razón de desprestigio para la parte a quien se imputan. Es posible que el expediente judicial correspondiente un día llegue a manos de un hijo de alguna de las partes, o de otra persona con las mismas relacionada, y, se haya o no probado la causa que motiva, o se dice que ha motivado la demanda, de cualquier manera origina, por lo menos, sospecha de que la conducta aducida haya existido.

El artículo 267 del Código Civil mexicano señala veintiuna causas de divorcio necesario, todas las cuales pueden poner en disputa conductas o situaciones de las partes, aducidas para hacer procedente en su contra la sentencia de divorcio, o que desprestigian la conducta de la persona a quien se le imputan. En la forma expresada, este tipo de divorcio resulta denigrante y siempre lesivo de la reputación de las partes.

Esto es lo que ocurre en Distrito Federal mexicano, pero no sucede lo mismo en los demás Estados Federados, cuyos regímenes son extremadamente liberales; las Cortes de varios Estados mexicanos admiten los divorcios por correspondencia, sin ningún requisito de residencia y por voluntad unilateral.

3.3.2.1. El divorcio voluntario unilateral o incausado en México

La reforma se inspira en la ley española 15/2005, que suprime las causales del divorcio, y reforma, entre otros el Artículo 81 del código del mismo país, cuya redacción fue tomada de forma casi íntegra del Artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal más el tiempo requerido para solicitarlo, que en España es de tres meses, mientras que en el Distrito Federal es de un año y la adición de la frase “sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita” para reiterar que no será necesario acreditar la situación o hecho diverso al estar casados para obtener el divorcio.

El procedimiento del divorcio incausado establece que uno o ambos cónyuges deben presentar su solicitud por escrito acompañada de la propuesta de convenio para regular las consecuencias de la disolución del matrimonio, principalmente de alimentos, de división de bienes y custodia de menores. Una vez radicada y notificada no hay forma de evitar la disolución. Cualquier conflicto entre las partes se limitará a los términos del convenio antes mencionado.

Esta reforma se fundamenta en dos puntos: primero, que solo los cónyuges tienen la facultad de señalar las causas que sean lo suficientemente graves para terminar el matrimonio y no así el Estado, y segundo que la tramitación del mismo evitara el desgaste y el daño que usualmente conlleva el divorcio, especialmente por el tiempo de su tramitación.

Esto hace afirmar que la aplicación de esta reforma es violatoria del segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución mexicana vigente, es decir la garantía de audiencia que establece: Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino ante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos en el que se cumplirán las formalidades esenciales del procedimiento conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Conforme al siguiente argumento: Antes de la presentación del divorcio existía una relación jurídica calificada como atributo de la persona y una serie de derechos y obligaciones que se derivan de la misma. Con la declaración unilateral de una de ellas la autoridad judicial determina la terminación de la misma y la extinción de derechos y obligaciones entre los cónyuges sin mayor trámite. Sólo admite contención si procede la división de bienes, custodia de menores y fijación de alimentos. El cónyuge que no presentó y que posiblemente no desea la disolución del matrimonio sufrirá, por el acto de privación consistente en la sentencia de divorcio, de forma definitiva e irreparable las consecuencias de la disolución, es decir, la modificación de su estado civil y los derechos que se derivan del matrimonio.

Es muy importante señalar que el titular de ésta garantía es todo sujeto gobernado. La garantía de audiencia consiste en la máxima oportunidad defensiva que tiene todo gobernado antes de ser privado de sus bienes o de sus derechos por actos de autoridad.

Respecto al alcance de la garantía de audiencia nuestro máximo tribunal sostiene que existe la obligación por parte de las autoridades responsables de dar oportunidad al agraviado o quejoso de que se exponga todo lo que se considere conveniente para la defensa de sus intereses.

En este supuesto el gobernado no puede oponerse al divorcio, podrá oponerse a dar alimentos, a la forma en la que se dividan los bienes o se determine la custodia de quien está sujeto a su patria potestad, pero el divorcio procederá.

3.3.2.2. Clases de divorcio en México

El Código Civil mexicano contempla tres tipos de divorcio: *divorcio administrativo*, *divorcio voluntario* y *divorcio necesario*. Definir el tipo de divorcio a solicitar es esencial pues para cada uno se necesita hacer trámites diferentes.

a) Divorcio administrativo

“Este divorcio se tramita ante el Juez del Registro Civil, para realizarlo se necesita cubrir los siguientes requisitos y, una vez cubiertos, el Juez levantará un acta de solicitud de divorcio.”³⁵ A los quince días deberán acudir ante el Juez para ratificar su solicitud. El Juez levantará el acta de divorcio y los declarará legalmente divorciados una vez hayan cumplido los siguientes requisitos:

³⁵ Vásquez Lizarraga, Ana Marcela. **Los tres tipos de divorcio**. <http://mexico.thebeehive.org/civic-rights/actas-y-documentos/divorcio/los-3-tipos-de-divorcio>; Consultado el 10 de enero de 2014.

1. Ambos deben estar de acuerdo en divorciarse.
2. Los dos deben ser mayores de edad y no haber tenido hijos durante su matrimonio.
3. Si se casaron por sociedad conyugal, ambos deben estar de acuerdo en la forma en que se repartirán los bienes.
4. Solicitar juntos, personalmente, el divorcio al Juez del Registro Civil.
5. Haber estado casados por lo menos un año.
6. Presentar copias certificadas de su acta de matrimonio y nacimiento para comprobar que son mayores de edad y que están casados.

b) Divorcio voluntario

El divorcio voluntario es el que solicitan los interesados ante el Juez de lo Familiar. Este divorcio procede cuando tienen hijos menores de 18 años o los cónyuges son menores de edad, también cuando están casados por sociedad conyugal y no se ponen de acuerdo sobre cómo repartir los bienes. Es necesario que presenten una solicitud de divorcio por escrito ante el Juez de lo Familiar junto con un convenio que señale lo siguiente:

1. Quién o quiénes se harán cargo de los hijos del matrimonio durante el proceso legal del divorcio y después del mismo.
2. Dónde vivirá cada uno de los cónyuges durante el proceso del divorcio.
3. La cantidad que deberá pagar un cónyuge a otro para mantener a los hijos durante el proceso y después del divorcio.
4. Cómo se van a repartir los bienes.

Para promover un divorcio voluntario es necesario que hayan estado casados más de un año. Después de haber cubierto estos requisitos, el Juez cita a los cónyuges para buscar una reconciliación, si no se da, decreta el divorcio. El Ministerio Público también

interviene en este tipo de divorcio para proteger a los hijos menores de edad. En este divorcio, la patria potestad de los hijos la ejercen los ambos padres.

Si el divorcio se concreta, la mujer tiene derecho a recibir dinero para cubrir sus gastos, en caso de que no trabaje, y los de sus hijos, trabaje o no, siempre y cuando no vuelva a casarse o a vivir en unión libre con otra pareja.

c) Divorcio necesario

Este tipo de divorcio se promueve a petición de uno de los cónyuges ante el Juez de lo Familiar y es necesario que tenga alguna de las siguientes causas:

1. Adulterio comprobado.
2. Cuando el marido proponga que la esposa se prostituya.
3. Que uno obligue al otro a cometer cualquier tipo de delito.
4. Cuando alguno de los dos corrompe a los hijos.
5. Si uno de los dos padece alguna enfermedad contagiosa, incurable o hereditaria.
6. Abandono por alguna de las partes de la casa conyugal sin justificación.
7. La violencia que uno ejerza sobre el otro.
8. Negativa a cubrir los gastos de los hijos.
9. Haber sido condenado a prisión más de dos años por cometer un delito.
10. Ser alcohólico, drogadicto o adicto a las apuestas.
11. La separación de los cónyuges por más de dos años por cualquier otra razón.

Para tramitarlo es necesario presentar una demanda de divorcio ante el Juez de lo Familiar explicando las causas por las que decidió tramitar su divorcio que deben ser una o más de las arriba mencionadas. Después se le informa a la otra parte que ha sido demandada para que se defienda, es el Juez quien decide si procede o no el divorcio necesario.

Hasta antes del año dos mil cinco con la entrada en vigencia de la ley 15/2005, en México era necesario aportar una causal para solicitar el divorcio necesario o incausado, por lo que con las reformas sufridas en su Código Civil, en este preciso momento no es necesario invocar una causal y menos comprobarla.

3.3.3. Divorcio en Brasil

El divorcio en Brasil, un país íntimamente ligado al catolicismo fue legalizado en el año de 1977. Pero a partir de julio del año 2010, las parejas brasileñas podrán romper sus matrimonios por la vía rápida. Más de tres décadas después de la instauración del divorcio en el país, el Congreso aprobó una enmienda constitucional que reduce los trámites burocráticos de hasta dos años y permite la disolución prácticamente inmediata del enlace.

La llamada “*Enmienda 66*” elimina la actual exigencia de obtener la separación judicial un año antes del divorcio o de demostrar que la pareja llevaba al menos dos años separada de hecho.

Así, los matrimonios podrán desvincularse "de inmediato", según el Congreso, y sus integrantes quedarán libres para casarse nuevamente con otras personas si lo desean. La enmienda elimina los dos procedimientos utilizados anteriormente para disolver las uniones de forma consensuada, una de las cuales pasa por la demostración de que la pareja ha vivido separada dos años y la otra, más corta, que obliga a los cónyuges a esperar trescientos sesenta y cinco días después de presentar la petición ante un juez o un notario.

Esto hace presumir que el procedimiento para la disolución del matrimonio fue simplificado, disminuyendo así la interferencia del Estado en la vida de las personas, sin que se altere el principio brasileño más importante que es el de la protección a la familia.

Además de esta norma, en Brasil otra ley que se está analizando en el Congreso permitirá, si es aprobada, que las parejas puedan pedir el divorcio con menos burocracia, por Internet.

Esta nueva ley promulgada por el ex presidente Lula Da Silva, hace que divorcios, separaciones, inventarios y separaciones de bienes puedan ser simplemente registrados en una notaría, sin participación alguna del sistema judicial. La nueva ley contempla que el divorcio se pueda efectuar por medio de escritura pública, si no existe conflicto entre las partes que deberán estar acompañadas de sus abogados. Esta nueva ley forma parte de la reforma del Poder Judicial Brasileño, que teóricamente se verá liberado para tratar los casos de divorcios conflictivos.

3.3.4. Divorcio en España

La Ley de Divorcio de 1932, aprobada durante la II República Española, fue la primera ley que reguló el divorcio en España. La Ley de 23 de septiembre de 1939, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del 5 de octubre de 1939, deroga la ley del divorcio de 1932 y declara nulas todas las sentencias de divorcio, a instancia de una de las partes.

En la actualidad en España la Ley 15-2005 publicada en el BOE el 9 de julio de 2005, regula los siguientes aspectos que se relacionan con el divorcio:

- a. Posibilidad de guarda y custodia compartida
- b. Desaparece la casi siempre necesaria separación previa, pudiendo acceder directamente al divorcio.
- c. Quienes ahora mismo estén en causas pendientes de separación, pueden solicitar el divorcio ante el Juzgado.

Tras la reforma del Código Civil español operada en julio de 2005, los cónyuges pueden optar bien por la separación, bien por el divorcio, sin que sea preciso acceder primero a la separación para solicitar seguidamente el divorcio. Así, es posible disolver el matrimonio directamente.

Para acceder al divorcio bastará acreditar que han transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio sin tener que alegar ninguna causa justificando la petición. Como en el caso de la separación, el divorcio puede solicitarse judicialmente de mutuo acuerdo o de forma contenciosa, sin que quepa un divorcio “*de hecho*”.

Al igual que en la separación judicial de mutuo acuerdo, el procedimiento judicial es rápido y sencillo. Basta con acompañar a la demanda (que puede ser presentada por los dos cónyuges o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro), un convenio regulador en el que después deberán ratificarse los cónyuges y en el que consignarán los pactos alcanzados respecto a la guardia y custodia de los hijos, régimen de visitas, pensiones, uso del domicilio familiar, etc. El Juez y el Ministerio Fiscal, en su caso, velarán los intereses de los menores y por el respeto de los acuerdos firmados por los cónyuges.

En el otro caso, se puede solicitar por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, por lo que en este caso no se acompaña ningún convenio regulador, y sin necesidad de alegar ninguna causa, siendo necesario que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio.

No será necesario que haya transcurrido este plazo cuando se acredite que existe un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad y seguridad sexual del cónyuge que solicita la separación, de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Al igual que la separación contenciosa, el procedimiento es largo, complejo y con un importante coste no sólo económico sino también personal para ambas partes. Dependiendo de las circunstancias del caso, es posible tramitar con carácter previo o simultáneo al procedimiento de divorcio, las llamadas medidas provisionales destinadas a regular la situación patrimonial entre los cónyuges (cargas del matrimonio) y fundamentalmente respecto a los hijos (atribución de la patria potestad de la guardia y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, pensión de alimentos, etc.) mientras se desarrolla el procedimiento de divorcio y hasta su conclusión.

El divorcio en España disuelve el vínculo matrimonial por lo que se altera el estado civil de los que hasta ese momento eran cónyuges, a quienes se les permite contraer un nuevo matrimonio.

Esta disolución del vínculo conlleva la pérdida de los derechos sucesorios entre los cónyuges, la pérdida de la pensión de viudedad, así como de las obligaciones derivadas directamente del matrimonio: los deberes de ayuda y fidelidad, el compromiso de velar por el interés de la familia, la obligación de prestar alimentos, etc.

La ruptura de este vínculo no afecta a las obligaciones de los cónyuges para con sus hijos puesto que las mismas surgen de la relación de parentesco y no de la existencia de la unión matrimonial.

3.3.4.1. Clases de divorcio en España

a) Divorcio contencioso

Se resolverán por los trámites del juicio verbal, y con sujeción además a las siguientes reglas:

1. *“A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho.”*³⁶
Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.
2. La reconvenición se propondrá con la contestación a la demanda. Por su parte el actor dispondrá de 10 días para contestarla a la reconvenición de la demanda. En este sentido sólo se admitirá la reconvenición: Fundada en causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio; El cónyuge demandado pretenda el divorcio; El cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.
3. A la vista, es decir al desarrollo del juicio, deberán asistir tanto los cónyuges por sí mismos como sus respectivos abogados. En caso de incomparecencia sin causa justificada podrá determinarse que los hechos alegados por la otra parte, la que comparezca, fueran admitidos para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.
4. El tribunal por su parte puede solicitar de oficio todas las pruebas que estime necesarias, además podrá oírse a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. Se salvaguarda, en todo momento, los intereses del menor e intentará que su comparecencia sea en las condiciones idóneas para sus intereses.
5. En cualquier momento del proceso, las partes podrán ponerse de acuerdo y solicitar que continúe el procedimiento según el divorcio de común acuerdo.

³⁶ Casillas, Alejandro. **Esquema procesal del divorcio en España**. <http://www.cuestionesprocesales.es/esquema-procesal-del-divorcio-en-espana/>. Consultado el 15 de enero de 2014. Publicado el 23 de octubre de 2013.

b) Divorcio por mutuo acuerdo

En los divorcios de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se iniciarán con el escrito ante el tribunal competente acompañado de:

1. Certificación de la inscripción del registro del matrimonio.
2. En el caso de que existan hijos en el matrimonio de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.
3. Propuesta de convenio regulador y los documentos en los que se base dicho convenio de regulador, o la prueba para acreditarlo.

Admitida la solicitud de divorcio a trámite por el Secretario Judicial, citará a los cónyuges dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición.

Si no fuera ratificada el secretario acordará el archivo de las actuaciones y deberá realizarse el procedimiento por el divorcio contencioso.

Ratificada por ambos cónyuges se practicará la prueba que se hubiera propuesto, o solicitará más documentación si ésta fuera insuficiente.

Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

Cumplido todo lo anterior el Juez dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose sobre el convenio regulador. En caso de no aprobarse el convenio, existirá un plazo de diez días para proponer un nuevo convenio.

El procedimiento para el divorcio de mutuo acuerdo o contencioso viene regulado en el artículo 769 y siguientes de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

3.3.5. Divorcio en Estados Unidos de Norte América

La razón por la que una pareja casada está buscando un divorcio tiene relación con los procedimientos de divorcio. Si bien técnicamente materias tales como la infidelidad no afectan la posibilidad de obtener o no, en un Estado de responsabilidad objetiva de divorcio, la infidelidad puede afectar a otros asuntos importantes para la solución del divorcio.

Técnicamente, todos los Estados en los Estados Unidos tienen alguna forma de divorcio sin culpa. Sin embargo, los procedimientos para obtener un divorcio sin culpa varían significativamente entre los Estados. En un verdadero estado de divorcio sin culpa, el cónyuge no tiene que demostrar alguna razón específica para su petición de poner fin al matrimonio. En cambio, el cónyuge que solicita el divorcio puede pedir al tribunal que ponga fin al matrimonio debido a que el matrimonio ha sufrido una ruptura irremediable, o los cónyuges tienen diferencias irreconciliables.

La parte que busca el divorcio sin culpa no necesita probar que la otra parte violó sus votos y cualesquiera alegatos de infidelidad son irrelevantes para la cuestión de si la pareja debe ser considerada legalmente divorciada.

El impacto de la infidelidad en estos aspectos de los arreglos de divorcio es altamente dependiente de los hechos concretos del asunto. La infidelidad por sí misma puede no afectar la custodia de los hijos, la división de la propiedad marital, y la asignación de la pensión alimenticia, sino que la forma particular en que se realizó el adulterio puede tener un efecto significativo sobre el resultado de un divorcio. Además, algunos estados tienen ambas clases de divorcio: "sin culpa" y "con culpa"; y el impacto del adulterio

puede ser significativo si existen bases para un divorcio "con falta" en esas jurisdicciones.

En América del Norte, la legislación divorcista se ha divulgado bajo la influencia de los Estados Unidos. El régimen legal del matrimonio depende en aquel país de las legislaturas locales. Ya en 1786, Massachusetts, y en 1787 Nueva York, establecieron el divorcio; la institución fue introduciéndose en los demás estados, aunque todavía hoy se mantiene una gran diversidad de regímenes. Pero las que dan la tónica general son las legislaciones más avanzadas; pues como los actos llevados a cabo en un estado hacen plena fe y tienen pleno efecto en los demás, los interesados se someten a las Cortes más liberales, donde el juicio será más breve y sencillo y no habrá que producir una prueba enojosa. Nevada, Florida, Arkansas, Idaho, Wyoming y las islas vírgenes se han convertido en verdaderas fábricas de divorcios y han hecho estériles las restricciones contenidas en algunas leyes estatales, tales como la cláusula de la Constitución de Carolina del Sur que hasta 1949 mantuvo el principio de la indisolubilidad y que en esa fecha fue derogada en vista de su completa inoperancia.

Veamos el caso del Estado de Florida. La Florida es uno de los numerosos estados que ha abolido la culpa como causa de divorcio. Esta ley reduce el posible daño que causa el proceso de divorcio al esposo, a la esposa y a sus hijos. Lo único que se exige es que el matrimonio se haya "deshecho irremediablemente".

Cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución del matrimonio. Lo único que hay que probar es que existe un matrimonio, que una parte ha sido residente de la Florida por lo menos durante seis meses inmediatamente antes de presentar la petición y que el matrimonio se ha deshecho irremediablemente. (Hay otra causa poco utilizada: la incompetencia del cónyuge durante por lo menos tres años antes del pedido de disolución). Sin embargo, en algunas circunstancias, se puede considerar la culpa para asignar la pensión alimenticia, para realizar la distribución equitativa del activo y pasivo conyugal y para determinar la tenencia de los hijos.

Cada caso de divorcio es único y, por lo tanto, los resultados varían. Si bien la culpa no es un tema que se tenga en cuenta al otorgar la disolución, la división de los bienes y las posesiones, la responsabilidad por la manutención de los miembros de la familia y la tenencia de los hijos pueden ser cuestiones controvertidas.

El proceso de divorcio es sumamente emocional y traumático para todos aquellos que se ven afectados. Los cónyuges a menudo no conocen los derechos y obligaciones impuestos por ley. Los secretarios de los tribunales y los jueces pueden responder algunas de sus preguntas básicas, pero tienen prohibido brindar asesoramiento legal. Sólo su abogado puede brindarle este tipo de asesoramiento. Se deben cumplir estrictamente los requisitos impuestos por ley y las reglas judiciales, de lo contrario el ciudadano norteamericano puede perder ciertos derechos para siempre..

3.3.6. Derechos europeos y americanos

En Europa, en realidad las disposiciones del Código francés inspiraron a los Códigos de Bélgica, Luxemburgo y Rumania, para admitir el divorcio sanción, es decir, que el divorcio ante causas graves pero países como España e Italia no lo admitieron. Más aún tuvieron la idea de la indisolubilidad del vínculo aún en los casos de adulterio. Siguieron al derecho canónico en cuanto a la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas.

El divorcio pleno o en cuanto al vínculo, es una de las instituciones jurídicas objeto de las más ardientes controversias doctrinales y de más acentuada diversidad legislativa. He aquí un breve resumen de los principales sistemas que se practican con los pueblos modernos:

- a. El de las legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio (Italia, España, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay).

- b. Legislaciones que lo rechazan para los católicos, (Inglaterra, Austria, Serbia, Bulgaria).
- c. Legislaciones que admiten el divorcio, pero sólo por causas determinadas que implican faltas graves de los cónyuges (Francia, Portugal, Inglaterra, Holanda, Honduras).
- d. Legislaciones que lo admiten, aún por ciertos hechos que no revisten el carácter de las faltas (Alemania, Suiza, Estados Unidos de América).
- e. Legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo (Bélgica, Portugal, Ecuador, Venezuela, Guatemala, Cuba, Santo Domingo y Nicaragua).
- f. Legislaciones que admiten el divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges (Unión Soviética y en algún aspecto, Uruguay).

3.3.7. El divorcio en Guatemala

Existen dos formas de divorcio aceptadas por el Código Civil, Decreto Ley 106, y Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, por causa determinada y por mutuo consentimiento.

Con respecto al divorcio por causa determinada u ordinario, la legislación civil guatemalteca especifica quince causas de divorcio o separación, las que se enuncian a continuación haciéndoles breve comentario:

1. La infidelidad de cualquiera de los cónyuges.

Alfonso Brañas nos dice al respecto que la infidelidad como causa de divorcio ha de tener las características del adulterio, para que el vínculo matrimonial se disuelva, ésta debe ser en forma grave y atentatoria a la esencia del matrimonio.

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

Hermides Morales considera que por malos tratamientos debe atenderse no sólo la brusquedad y brutalidad en el trato corporal, sino la omisión de cuidados, socorros físicos y alimentos debidos.

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

“Esta causal pone de manifiesto la total desarmonía en el hogar, porque se atenta contra la integridad del cónyuge o de los hijos, se está lesionando la base del matrimonio.”³⁷

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

Las características de esta causal son la voluntariedad y la sin razón del abandono y la ausencia.

“Esta causal se refiere al abandono de la casa conyugal, por lo que para invocarla es preciso que haya existido, la que no existe cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados en la casa de los padres, de otros parientes o de terceras personas en donde carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.”³⁸

³⁷ Brañas, Alfonso. **Op. Cit.** Pág. 212.

³⁸ **Ibíd.** Pág. 213.

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

Aquí se da un grave hecho inmoral, porque ello demuestra deslealtad antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo. Implica además una injuria, que es la que se sanciona con el divorcio.

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

Esta causa es una gravedad extraordinaria. La palabra prostitución no debe ser empleada aquí en su sentido estricto, sino en la desvalorización de su conducta moral. Corromper significa dañar, podrir, depravar, echar a perder, pervertir y este vocablo nos dice el diccionario, es viciar con malas doctrinas o ejemplos las costumbres.

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

Uno de los deberes del matrimonio es alimentar a los hijos y auxiliarse entre sí los cónyuges. Si se incumple con tales deberes se está faltando a uno de sus fines.

8. La disipación de la hacienda doméstica

Por hacienda doméstica debe entenderse los bienes destinados a sostener el hogar, éstos involucran bienes muebles y dinero.

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

La embriaguez y el uso de estupefacientes son circunstancias para declarar la incapacidad civil (Art. 9 del Código Civil de Guatemala). Es claro que los vicios acarrear males tan grandes. El mal ejemplo y la situación económica y moral de la familia peligran y cuando estos vicios amenacen causar la ruina de la familia y son motivo de desavenencia conyugal, son causa de divorcio.

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

“Tanto la denuncia como la acusación deben ser calumniosas. Calumnia es una invención fraudulenta que mancilla el honor y la inocencia de una persona. Es la falsa imputación que se hace a una persona, que se sabe es inocente.”³⁹

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

Es preciso, para que se dé esta causal, que haya intervención judicial y solamente que se cumpla este requisito puede haber causa de divorcio.

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

Esto pertenece generalmente a las llamadas causas eugenésicas del divorcio. Estas deben hacer imposible la convivencia.

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

³⁹ Brañas, Alfonso. **Op. Cit.** Pág. 214.

La impotencia a la que se refiere esta causal, debe ser posterior al matrimonio; si es anterior, es un impedimento para su celebración (Art. 145, inciso 2º. Del Código Civil guatemalteco) que origina la nulidad, la cual debe ejercitarse dentro de un término de seis meses de efectuado el matrimonio (Art. 148 del Código Civil guatemalteco) y si no se ejercita ya no podrá invocarse como nulidad, ni como causal de divorcio.

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

El artículo 145 inciso 3º del Código Civil guatemalteco, indica que puede anularse el matrimonio por incapacidad mental al celebrarlo, refiriéndose a una incapacidad transitoria. Para que sea causal de divorcio, esta incapacidad debe ser incurable a efecto de que pueda declararse el estado de interdicción.

15. La separación de personas declarada en sentencia firme.

En la separación el vínculo matrimonial se mantiene. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja en libertad a los cónyuges para contraer nuevo matrimonio.

El artículo 158 del Código Civil guatemalteco da los requisitos para que las causales enunciadas sean efectivas:

1. Solamente pueden ser invocadas por el cónyuge inocente y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda.
2. Puede declararse el divorcio por el simple allanamiento de la parte demandada. Con la entrada en vigencia del decreto 27-2014 del Congreso de la República de Guatemala se derogó el párrafo segundo del artículo 154 de mismo cuerpo legal,

que anteriormente no permitía declarar el divorcio o separación con el simple allanamiento de la parte demandada.

3. La confesión de la parte demandada no es suficiente prueba para que se declare el divorcio.

Del divorcio por mutuo consentimiento, no se encuentra ninguna definición mediante el cual se obtiene el divorcio, así el Código Civil establece en el artículo 154, último párrafo: “La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contando desde la fecha en que se celebró el matrimonio.”⁴⁰

Asimismo el Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 426, establece en la misma forma con el mismo sentido. El divorcio por mutuo acuerdo, como una de las formas de disolución del matrimonio, se encuentra regulado tanto en el Código Civil, en sus artículos 154, inciso 2º y último párrafo, 163 y 165 como en el Código Procesal Civil y Mercantil, en sus Artículos del 426 al 433. Como ocurre en varias instituciones de nuestro derecho vigente, hay normas procesales en el Código Civil, que a veces son una repetición de normas contenidas en el Código Procesal y otras veces no es repetición, si no complemento de las contenidas en este último. En el caso en estudio, el artículo 163 del Código Civil, es una repetición de lo contenido en el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El artículo 154 del Código Civil guatemalteco establece el mutuo acuerdo de los cónyuges como una de las dos formas en que se puede obtener el divorcio, el divorcio ordinario es por voluntad de uno de ellos, mediante causa determinada.

A continuación se detallan brevemente los pasos a seguir dentro del procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo, basado en el Código Procesal Civil y Mercantil:

⁴⁰ Acuña Jerónimo, Kattyna Elizabeth. **Análisis de matrimonio y la importancia de que el divorcio por mutuo acuerdo pueda hacerse constar, en jurisdicción voluntaria.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2008. Pág. 27.

1. Primera solicitud
2. Primera resolución
3. Notificaciones
4. Junta conciliatoria
5. Aprobación del convenio
6. Inscripción del convenio
7. Sentencia
8. Apelación

3.4. Sistemas de divorcio en el derecho comparado

Independientemente de la anterior evaluación histórica de lo que se refiere al divorcio necesario, pueden clasificar dos grandes formas del mismo: El divorcio sanción y el divorcio remedio. Se llama divorcio sanción a aquel que se establece por causas graves, como delitos, hechos inmorales, actos que implican el incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o que sean contrarios al estado matrimonial, por cuanto que destruyan la vida en común, así como los vicios: abuso de drogas enervantes, embriaguez consuetudinaria, o el juego, cuando constituya un motivo constante de desavenencia conyugal. El divorcio remedio ya no supone una culpa, sino que se decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos cuando existan enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias.

Las diversas legislaciones se han mostrado muy desiguales sobre el número, y naturaleza de las causales de divorcio que admiten. Unas solamente admiten como tales las culpas graves cometidas por un esposo contra el otro: tal es el sistema del Código de Napoleón y de la ley francesa de 1884 que parcialmente se separa de las primitivas disposiciones del Código; tal es el sistema del Código neerlandés (holandés). Otras legislaciones permiten el divorcio por hechos que no tienen el carácter de incumplimiento a un deber. Como la emigración, el estado de ausencia, la locura. Es

éste el sistema de la ley francesa de 1792 y del Código Civil alemán. Ambas categorías de legislaciones se basan en dos concepciones diferentes del divorcio: las primeras lo consideran como una sanción de los hechos que no son imputables a culpa de uno de los cónyuges, no son causas de divorcio, debiendo el otro soportarlos por enojos que sean para él, como riesgos inseparables de la existencia humana. Las segundas, por el contrario, ven en el divorcio un remedio de liberar a uno de los esposos del lazo conyugal, tan pronto como pueda alcanzarse ya el fin del matrimonio, aunque no haya ninguna culpa por parte del otro cónyuge.

CAPÍTULO IV

4. Del Divorcio Voluntario Unilateral o Incausal

Es innegable que la familia constituye, por excelencia, la célula principal de la Sociedad y del Estado, por consiguiente, debe estar dotada por éste, de instrumentos jurídicos que brinden protección y seguridad en las relaciones familiares, sin embargo, el Legislador no puede permanecer ajeno a las circunstancias reales que cotidianamente transforman a la sociedad, derivado del disfuncionamiento de la institución de donde surge la familia; de manera que debe estar a la vanguardia para generar instituciones jurídicas con eficacia, mecanismos de divorcio que hagan posible que las parejas que en un momento decidieron unirse para crear una familia, decidan, después, separarse para retomar una nueva vida.

De esa manera surge la modalidad del divorcio voluntario unilateral o incausal, figura jurídica que no requiere del consentimiento de ambos cónyuges, ni de la expresión de una causa concreta que lo pueda justificar o bien se tenga que probar dicha circunstancia en juicio, para que el Juez de familia pueda decretar la disolución del matrimonio, esto significa que únicamente basta con el deseo de uno de los cónyuges para iniciar con su tramitación. A dicha figura también se le conoce como “divorcio exprés o exprés”, palabra equivalente a lo que en inglés se le denomina ***no-fault divorce***.

Con esta modalidad los trámites de divorcio se simplifican notablemente, y procesalmente es posible obtener el divorcio tan sólo unos meses después de haber presentado la demanda. En países como México, España y Brasil, se ha dado un paso importante en la implementación de la figura del divorcio unilateral o incausal.

Si bien es cierto que la legislación guatemalteca no regula el divorcio unilateral o incausal, los legisladores guatemaltecos en el año dos mil diez iniciaron con el cabildeo

de las reformas al Código Civil que, entre otras, buscarían implementar una nueva figura que simplificaría y agilizaría el proceso de divorcio en Guatemala. Fue así como mediante la promulgación del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala que se procedió a reformar dicha normativa, sin incluir en su contenido al divorcio unilateral o incausal, que aunque quedaron vestigios del intento de implementar dicha figura, tal y como se plasma en los considerandos de dicha ley, los mismo quedaron en un intento de reformar la institución del divorcio en Guatemala.

Sin embargo con la entrada en vigencia de las reformas del año 2010 se logra agilizar el proceso ordinario de divorcio no así el procedimiento de divorcio y por lo tanto el mismo no constituye la figura del divorcio unilateral o incausal, ya que la legislación guatemalteca aún exige comprobar cualquiera de las quince causales que regula en el artículo 155 del Código Civil.

4.1. Divorcio Exprés

Término coloquial con el que también es conocido divorcio voluntario unilateral o incausal, según expertos en la materia dicho sobrenombre surge en México a mediados del año dos mil cinco con la entrada en vigencia de las reformas del mes de julio al Código Civil Federal de México, dicha figura ha ganado amplia aplicación en tan poco tiempo debido a que ha logrado reducir notablemente los plazos para que los interesados puedan obtener en sentencia firme el divorcio. Esta figura busca innovar la institución del divorcio y en futuro no muy lejano pretende dejar en desuso el divorcio por mutuo consentimiento y por causa justificada, tal y como ya sucede en algunas legislaciones internacionales, tales como México, España y Brasil.

El divorcio exprés permite a cualquiera de los cónyuges poder iniciar la tramitación de divorcio tenga o no tenga causa determinada.

Los primeros antecedentes de esta clase de divorcio surgen en el año dos mil cinco en España; y aunque Guatemala no reconoce la figura del divorcio exprés, para algunos profesionales del derecho y medios de comunicación, en su momento especularon acerca de dicha figura, debido a que el Decreto 27-2010 del Congreso de la República quedó plasmado en Código Civil, en el artículo 156 que "*La acción podrá ser promovida por cualquiera de los cónyuges*". A consideración del autor de la presente investigación la reforma a dicho artículo no encuadra en la figura del divorcio exprés, puesto que la ley sigue exigiendo una razón o causa determinada para invocar el divorcio y por otro lado no existe un trámite específico que pueda agilizar el proceso de divorcio.

En el año dos mil diez, poco después de la entrada en vigencia de las reformas al Código Civil guatemalteco, surgió un caso singular, que conmocionó a gran parte de la población del país, el denominado "divorcio presidencial" por medio del cual el entonces Presidente de República de Guatemala Álvaro Colom y su entonces esposa Sandra Torres de Colom, con el afán de que ésta pudiese ser candidata a la presidencia de las elecciones del año dos mil once, decidieron ponerle fin a vínculo matrimonial, fue de esa manera que la prensa local lo denominó divorcio "exprés". Si bien es cierto que uno de los principios fundamentales del divorcio exprés es la celeridad en su tramitación, esto no significa que sea el espíritu de la normativa, puesto que además se debe reflejar el principio de libertad de estado, no debe existir razón o causa que justifique el trámite de divorcio.

Es importante señalar que aunque la demanda de divorcio exprés, tenga la característica de voluntariedad por el hecho de que lo puede iniciar cualquiera de los cónyuges, se debe tomar en cuenta que su tramitación se debe sustanciar en juicio ordinario especial, tal y como se tramita en varios países del mundo, aunque muchas personas se han tomado la idea de que esta figura podría encuadrar en una tramitación ante notario o un órgano administrativo (como sucede en México) para

que el mismo tenga un trámite mucho más rápido, no importando lo oneroso que pueda resultar y, así puedan obtener el auto declaratorio de divorcio por autoridad competente.

Pero en la actualidad solo un órgano jurisdiccional (Juez de Familia) está facultado para declarar la disolución de un matrimonio por medio del divorcio, ya sea de forma voluntaria o por causa determinada.

4.2. Concepto de divorcio incausal

El divorcio es la consecuencia de la decisión acordada entre los dos cónyuges o tan solo la voluntad de uno de ellos, según corresponda el caso, de disolver el vínculo matrimonial por las diferencias irreconciliables que se suscitaron en la pareja.

Dentro de estas diferencias y obviamente atendiendo a que cada caso tendrá sus propias peculiaridades, podemos contar: la infidelidad de algunos de los cónyuges, el abandono, injurias, violencia doméstica para con el cónyuge y los hijos, la cual puede ser o física o psicológica o una combinación de ambas.

Algunos autores definen al divorcio exprés como un trámite legal derivado del divorcio, con el cual basta la voluntad de una de las partes sin necesidad de invocar un motivo o una causa para romper el vínculo matrimonial.

“El diccionario Jurídico Espasa define al divorcio incausal como la disolución del matrimonio sin necesariamente existir litigio.”⁴¹

Se puede determinar que el divorcio voluntario o incausal, también conocido como “divorcio exprés” es materializado por uno o ambos cónyuges que consideran la

⁴¹ Diccionario Jurídico Espasa. **Divorcio**. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe, S. A. 1999. Pág. 355.

convivencia marital imposible, debido a una serie de situaciones que dan como resultado la falta de ánimo de convivencia marital.

4.3. Garantías derivadas del divorcio voluntario unilateral o incausal

Desprendidas del análisis de la investigación, el ponente numera algunas garantías que este tipo de divorcio ofrece tanto para las partes involucradas como para el estado, las cuales se numeran a continuación:

1. Exime a las partes de invocar y justificar causas específicas para solicitar el divorcio.
2. La simplificación del procedimiento de divorcio.
3. La inexistencia de un término probatorio y en general de trámites que innecesariamente prolonguen la subsistencia del vínculo.
4. Reducción de costos para las partes y el Estado.
5. Certidumbre para los justiciables en tiempo y forma de resolución.
6. Protección mayor en los aspectos relativos a la custodia, convivencia, alimentos e indemnización si procede con motivo del divorcio y disolución y liquidación de la sociedad conyugal si es el caso, como cuestiones inherentes al divorcio.

4.4. Elementos del divorcio voluntario unilateral o incausal

1. Elementos subjetivos: Cónyuges un hombre y una mujer. Para tener la calidad de cónyuge es necesario haber contraído matrimonio, que el mismo fuese debidamente autorizado y que no haber sido impugnado de nulidad.
2. Elemento objetivo: La voluntad de las partes o una de las partes de poner fin al vínculo matrimonial. Una de las características fundamentales del

divorcio exprés es la incausalidad o sea la carencia de un motivo o razón que justifique el proceso de divorcio.

3. Elementos formales: Esta se rige por una serie de procedimientos que se necesita cumplir para que se declare el divorcio. Si es por decisión unilateral el mismo debe de cumplir con requisitos previos, como un convenio que regule la guarda y custodia de los menores de edad, alimentos, reparto de bienes, etc.

4.5. Regulación del divorcio voluntario unilateral incausal

Con respecto a la regulación del divorcio incausal o exprés, es necesario resaltar que en la legislación guatemalteca aún no existe normativa que ampare la creación de dicha figura, aunque muchos autores consideran necesario hacer mención a las reformas del año 2010 como parte de su aplicación, el ponente considera poco viable denominar a dichas figuras como divorcio voluntario unilateral o incausal, ya que si bien es cierto que la legislación guatemalteca ahora permite que la parte demandada se allane a las pretensiones de la parte demandante dentro de un proceso ordinario de divorcio, esto no significa que se den todos los presupuestos necesario para que se de el divorcio voluntario unilateral o incausal puesto que aún se encuentran vigente entre otras normativas, las causales a que hace referencia el artículo 155 del Código Civil guatemalteco.

A consideración del ponente es imperante llevar a cabo una reforma sustancial en torno a esta figura jurídica, por lo que sería necesario, derogar las diversas causales del divorcio necesario vigente, para dar paso a un procedimiento de divorcio sin la invocación de causales, por el que se privilegie el acuerdo de voluntades entre las partes, o aún de solo una de ellas, sin que esto implique menoscabar sus derechos o de los hijos habidos en matrimonio, eminentemente de orden público en esta materia, pues solo se trata de concluir una relación de derecho que en la realidad ya no cumple con el fin para el que se estableció.

4.6. Análisis jurídico del divorcio voluntario unilateral incausal

El divorcio incausal o exprés como se le ha llamado así por abogados especialistas en divorcio; no es otra cosa que la forma de disolución del vínculo del matrimonio ágil y económica y que en un plazo corto deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

Los abogados especialistas en divorcio incausal o exprés dicen que este divorcio podrá ser solicitado por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, (es por ello que los profesionales en la materia lo denominan divorcio incausado); exprés, porque la duración del juicio de divorcio es muy breve, ya que no pasan por el tortuoso camino del divorcio ordinario.

En algunas partes del mundo como España, Brasil, Estados Unidos y México también existe esta modalidad de divorcio, debido a que no requiere del consentimiento de ambos cónyuges, ni la expresión de una causa concreta que lo justifique o se tenga que probar en juicio, para que un Juez de familia decrete la disolución del matrimonio en un corto plazo. Esto ha motivado que a menudo se le denomine como “divorcio exprés”. Con esta reforma, en la ciudad de México y otros Estados del mismo país, primero se decreta el divorcio, administrativamente, y después se tramitan uno o más expedientes para la resolución de los temas relativos a la patria potestad, guarda y custodia de los menores, pensión alimenticia, derecho de convivencia o visita, partición de bienes, y en su caso, compensación a favor del cónyuge que se haya dedicado prioritariamente a las labores del hogar y la crianza temprana de los hijos, que pueden llevarse varios meses o incluso años.

Los efectos comunes de la implementación del divorcio incausal o exprés, lo son la liquidación del patrimonio conyugal, el derecho de los alimentos a favor del cónyuge

inculpable, la suspensión o pérdida de la patria potestad cuando la causal de separación la lleve y haya petición expresa de parte interesada. Sus efectos propios lo son: el derecho del cónyuge inculpable a la sucesión intestada del otro cónyuge; la mujer pierde el derecho de seguir usando el apellido del marido; los hijos quedan bajo la protección de autoridad para seguridad de sus personas y sus bienes, y se dicta medida urgente. El Juez determina la guarda y cuidado de los hijos, si hubieran procreado. Y el efecto propio del divorcio exprés es que disuelve el vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.

En el divorcio se establece la forma y fondo de como poder modificar o disolver el mismo, ya sea por mutuo acuerdo por medio del proceso en jurisdicción voluntaria o, por voluntad de uno de ellos mediante casusa determinada que se tramita en el proceso de juicio ordinario, ambos regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, y por consiguiente se debe establecer los motivos o causas propias para cada caso en particular, para que pueda surtir sus efectos; en consecuencia previo a analizar los efectos propios del divorcio se debe establecer las causas que motivan el surgimiento de dicha institución.

Este tipo de divorcio exprés, en consecuencia tiene los mismos efectos que el divorcio ordinario, regulado en el Código Civil.

El efecto principal del divorcio exprés es quedarse de forma libre civilmente para contraer nuevas nupcias, ésta es la característica más conocida y la diferencia más marcada existente entre la separación y el divorcio exprés, la cual consiste en la ruptura del vínculo matrimonial, y además también abarca las clases de divorcio, las que se mencionan a continuación como lo son: El divorcio por mutuo acuerdo, por causa determinada, el divorcio exprés.

Ahora bien el juicio ordinario en la mayoría de legislaciones es el modelo de los procesos de conocimiento, o como algunos autores lo denominan "el proceso tipo", y

así fue regulado en el Artículo noventa y seis, del Código Procesal Civil y Mercantil, al establecerse que: "Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilaran en juicio ordinario". De acá se deduce que el divorcio exprés encajaría a la perfección dentro de esta vía.

En el divorcio exprés, lo podría solicitar cualquiera de los cónyuges, ya sea que tiene o no la culpa ya que en cualquier tiempo se puede invocar el divorcio exprés y lo cual faculta para poder iniciar con un memorial de demanda contra el otro cónyuge siempre que se dé la separación o abandono voluntarios de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año. Al respecto es necesario señalar que el artículo 155 en su numeral 4 se debe interpretar atendiendo a la causa que motivo ya sea el divorcio o la separación pero debe tomarse en cuenta que es exactamente por un tiempo determinado, si bien es cierto que puede solicitarse en cualquier tiempo pero siempre y cuando debe pasar más de un año de conformidad con la ley, y así poder establecer la separación o divorcio.

Atendiendo como lo establece la ley es de suma importancia establecer que se tiene como causas comunes para obtener la separación y el divorcio, ya que encuadra dentro del marco de la ley el supuesto de separación y abandono voluntarios de la casa podrá ser promovida por cualquiera de los cónyuges.

Al respecto es necesario señalar que la norma civil pretende proteger la institución del matrimonio, ello en virtud de proteger a la descendencia humana y como tal a la familia como ente garante para habitar en armonía y las relaciones entre el conglomerado social, ello en virtud se evita la disolución del matrimonio por causas deliberadamente producidas o mal intencionadas.

Respecto al plazo en que debe demandarse se establece que es dentro de los primeros seis meses de conocidos los hechos en que se funda la demanda, se pretende en este caso al igual que en el anterior proteger la institución del matrimonio, ello al suponer

que si un cónyuge plantea la demanda posterior a los seis meses regulados, ha transcurrido tiempo suficiente como para considerar que los hechos que propician la causal han sido consentidos por el cónyuge afectado.

4.7. Procedimiento para realizar el divorcio voluntario o incausal

El trámite de un divorcio son los actos que se llevan a efecto ante las autoridades facultadas por la ley para llevarlo a cabo, podría dilucidarse ante un Juez competente o bien un órgano administrativo autorizado por la ley. Los actos van desde las acciones previas de recopilación de la documentación necesaria que se ha de presentar a el Juez, hasta la presentación del escrito de demanda de divorcio.

La documentación necesaria para presentar junto con la demanda de divorcio, son todos aquellos documentos que certifican los actos que vamos a probar previamente antes que la demanda pueda ser admitida por la autoridad.

Un primer documento es el acta certificada de matrimonio, si se va a tramitar un divorcio, es necesario presentar este documento para acreditar el vínculo matrimonial que se quiere disolver.

Presentar las actas certificadas de nacimiento de los hijos que hubo dentro del matrimonio.

Convenio por escrito, firmado por los dos conyugues, convenio necesario que se debe presentar, en el que se establezca con claridad y precisión, la condición que van a guardar los hijos menores de edad, en cuanto a su seguridad económica como lo es: alimentación, vestido, educación vivienda, etc., quien va a ejercer la patria potestad, que en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, por lo general la ejercen ambos padres.

Establecer dentro del escrito de demanda de divorcio, el domicilio conyugal. Toda la documentación debe de presentarse en original con las copias respectivas

4.8. Órganos jurisdiccionales competentes y la importancia de regular el divorcio voluntario unilateral o incausal (exprés) en Guatemala

Toda solicitud de divorcio será tramitada ante los juzgados de Familia. Invocar la figura de divorcio exprés significa que el juzgador dilucide únicamente la ruptura del vínculo matrimonial, dejado a un lado otros aspectos como la patria potestad (si existieren hijos menores de edad), patrimonio conyugal, alimentos, etc.

De existir hijos menores de edad sería necesario y de suma importancia, que antes de que el juez de familia dicte sentencia, los cónyuges determinen sus derechos y obligaciones sobre los mismos, mediante un convenio que sea firmado ante juez competente, en virtud de que deben de prevalecer siempre los derechos de los menores de edad.

Si bien el patrimonio conyugal es otra tema de suma importancia, el mismo podrá resolverse, durante la tramitación del divorcio exprés mediante un convenio que determine la liquidación del patrimonio conyugal, o bien posteriormente, de existir voluntad de los cónyuges se podrá celebrar convenio, en caso contrario mediante la implementación de un juicio civil ordinario de liquidación de patrimonio conyugal, no obstante permitiría que bienes adquiridos con posterioridad a la sentencia de divorcio pertenezcan ya de forma privativa al cónyuge que los adquirió.

Según la legislación local, el “divorcio exprés” debería de ser tramitado en los Tribunales de Familia, y debería implementarse con un plazo que no supere los treinta días, ya que únicamente se dilucidará el vínculo matrimonial y no otros asuntos subsidiarios del mismo. El ponente fundamenta lo expuesto en virtud del análisis jurídico de la Ley de tribunales de Familia, tal y como se expresa a continuación:

“Artículo 2. Corresponden a la jurisdicción de los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad de matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.”

“Artículo 3. Los Tribunales de Familia están constituidos:

- a. Por los Juzgados de familia que conocen de los asuntos de primera instancia; y
- b. Por las Salas de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia.”

El fallo judicial, por tratarse de un asunto de interés de ambas partes que solo concierne a los integrantes de la pareja, no es susceptible de impugnación alguna, de acuerdo a leyes vigentes en Guatemala.

En nuestro medio hoy existen dos tipos de divorcio:

1. Cuando ambos cónyuges están de acuerdo (lo pueden solicitar cuando haya transcurrido un año del término de la vida en común).
2. Cuando sólo uno de los cónyuges lo pide.

Debido al incremento de los procesos judiciales de divorcio y a la congestión de los mismos en los tribunales de justicia en los últimos años, es necesario reformar ciertos procedimientos judiciales y crear nuevos métodos que puedan facilitar la disolución del matrimonio.

En Guatemala, se ha podido observar que en la última década, el número de matrimonios ha aumentado, así como también el número de divorcios, siendo mayor el número de divorcios por causa determina que por mutuo consentimiento, mismo que los plazos se alarguen por existir congestión en el sistema judicial, y ha hecho que sea un

procedimiento largo y oneroso que en algunos caso puede tardar hasta cinco años para declararse la disolución del matrimonio, y de cierto modo desgastan la buena relación que entre los cónyuges e hijos podía existir.

Mientras, que en otras situaciones, el divorcio se puede dar por mutuo consentimiento, en el cual ambas partes desean de manera voluntaria iniciar las diligencias de divorcio, aunque a veces resulta ser largo y oneroso, no es tan complicado como el divorcio unilateral, ya que el mismo no requiere citar alguna causa o motivo que justifique el poder declarar la disolución del matrimonio. Es importante destacar que el divorcio por mutuo acuerdo, las diligencias se pueden iniciar ante un notario legalmente autorizado, mientras que en un divorcio unilateral, el mismo se inicia ante el órgano jurisdiccional competente, reduciendo los gastos y evitando el fraude.

Es por ello, que ante la problemática expuesta y la poca agilidad de los procesos y atendiendo al principio de libertad de estado civil, es necesario implementar en nuestro ordenamiento jurídico una nueva figura dentro de la institución del divorcio, de esta manera esta investigación pretende analizar la viabilidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico una nueva figura legal dentro de la institución del divorcio, como lo es el divorcio voluntario unilateral o incausal, también llamado divorcio exprés.

Además, hay que tener en cuenta que la legislación permite que en los casos de divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges, junto con el convenio regulador, presenten una propuesta de liquidación del régimen económico matrimonial, que tendrá pleno sentido cuando dicho régimen sea el de sociedad de gananciales, pero también cabe cuando en el régimen de separación de bienes se ha creado un patrimonio común. Esto es muy aconsejable que se haga en este momento, pues el divorcio únicamente disuelve la sociedad de gananciales, pero no la liquida.

En cuanto al tiempo que puede pasar desde que se presenta la demanda y hasta que se dicta sentencia, no puedo concretar nada pues va a depender fundamentalmente del

volumen de trabajo que tenga el juzgado concreto y de su ritmo de trabajo. Con ésta modalidad de divorcio se garantiza el trámite ya que es seguro mucho mas rápido, menos costoso, más beneficioso y psicológicamente menos desgastante para las partes.

CAPÍTULO V

5.1. Análisis y Presentación de resultados

El cuadro de cotejo es un listado de características, aspectos, cualidades, semejanzas o diferencias sobre una institución en la que interesa determinar esos aspectos. Se centra en registrar la aparición o no de una conducta durante el período de observación. Ofrece solo la posibilidad del ítem dicotómico y su formato es muy simple.

En otras palabras el cuadro de cotejo es un instrumento que nos permite obtener información más precisa sobre el nivel de logro de un comportamiento o actitud, indicando su presencia o ausencia, en un concepto, institución o categoría.

Entre las características del cuadro de cotejo se encuentra que este se basa en una observación estructurada o sistemática, en tanto se planifica con anterioridad los aspectos que esperan observarse. Sirve para indicar si una conducta está presente en la comparación de una institución.

Entre sus ventajas se halla que es de fácil manejo para el investigador porque implica solo marcar lo observado. Evalúa fácilmente pautas evolutivas comparando en una trayectoria con claridad lo que se ha adquirido y lo que no.

Para realizar un cuadro de cotejo es necesario especificar una realización o describir una institución, en este caso el divorcio, hay que ordenar la lista de comportamientos o características de la institución que se analiza, para realizar es necesario tener un objetivo, siendo en este caso el análisis y comparación de los tipos de divorcio entre las diferentes legislaciones.

El divorcio plantea uno de los más graves problemas de las sociedades modernas. Su proliferación en el mundo entero parece convertirlo en un fenómeno normal. Hombres y mujeres se divorcian con la misma naturalidad con que se casan. Múltiples son los factores de orden moral, social, político y económico que han confluído para propagarlo. Entre los hallados tenemos:

- a. Hay ante todo una declinación evidente de las convicciones morales y religiosas. La familia no se concibe ya con un contenido pleno de deberes, sino como un centro que hace más cómoda y agradable la vida; por tanto, a las primeras dificultades, los cónyuges se desligan y buscan su felicidad en nuevas uniones. La nuestra es una generación poco dispuesta a soportar contratiempos y pesares; y
- b. La emancipación de la mujer ha complicado las relaciones conyugales. La subordinación a la autoridad marital ha sido reemplazada por una unión basada en la igualdad. Donde antes gobernaba una voluntad, hoy rigen dos, con su inevitable secuela de conflictos.

En la legislación comparada, actualmente, la mayor parte de las legislaciones admiten el divorcio, con mayor o menor extensión. Son contados los países que se mantienen fieles al principio de la indisolubilidad del vínculo.

Se determinó que en América, la legislación divorcista se ha divulgado bajo la influencia de los Estados Unidos. El régimen legal del matrimonio depende en aquel país de las legislaturas locales. Ya en 1786, Massachusetts, y en 1787 nueva York, establecieron el divorcio; la institución fue introduciéndose en los demás estados, aunque todavía hoy se mantiene una gran diversidad de regímenes.

Pero las que dan la tónica general son las legislaciones más avanzadas; pues como los actos llevados a cabo en un Estado hacen plena fe y tienen pleno derecho, los

interesados se someten a las Cortes más liberales, donde el juicio será más breve y sencillo y no habrá que producir una prueba enojosa.

Por ejemplo en Nevada, Florida, Arkansas, Idaho, Wyoming y las islas vírgenes se han convertido en verdaderas fábricas de divorcios y han hecho estériles las restricciones contenidas en algunas leyes estatales, tales como la cláusula de la Constitución de Carolina del sur que hasta 1949, mantuvo el principio de la indisolubilidad y que en esa fecha fue derogada en vista de su completa inoperancia.

En América del sur han establecido el divorcio Uruguay, Perú, Venezuela, Ecuador y Bolivia; igual solución ha sido incorporada a la legislación de los países centroamericanos, incluyendo a Guatemala en esta gama de países en donde el divorcio hoy en día se convierte en un proceso mucho más expedito y sin contienda.

Lo mismo ocurre con México, cuyo régimen es extremadamente liberal; las Cortes de varios estados mexicanos admiten los divorcios por correspondencia y por internet, sin ningún requisito de residencia y por voluntad unilateral.

En cambio, mantienen la indisolubilidad del vínculo los siguientes países: en América del sur: la Argentina, Paraguay y Chile. En Europa únicamente Irlanda.

Al realizar el análisis de las distintas legislaciones se pudo determinar que la institución del divorcio surge como herramienta que utilizan los Estados para asfixiar las incompatibilidades de caracteres justificada por hechos que surgen en el hogar conyugal, cuya magnitud como causa de infelicidad de los cónyuges y de perturbación social, suficientes para motivar el divorcio, será apreciada por los legisladores y jueces para poder otorgarle sobre todos los puntos de vista salud mental a los cónyuges, es decir el surgimiento y otorgamiento del divorcio, al igual que el matrimonio tutelan a la familia, pues al decretar la separación de los cuerpos o la disolución del vínculo matrimonial el Estado protege a la familia.

En cuanto a las clases de divorcio, se determinó que en todas las legislaciones analizadas es factible otorgar el divorcio exprés, mismo que viene a proteger a la familia y lo saca de esos trámites engorrosos, desgastantes y prolongados dentro los tribunales de justicia.

En cuanto al plazo para solicitar el divorcio dentro de las legislaciones analizadas, se pudo determinar que en la mayoría de legislaciones siempre era necesario que trascurriera un año después de la celebración del matrimonio para poder pretender el divorcio, lo que crea una semejanza entre las legislaciones. Como se puede notar en la actualidad y tras reformas que sufrieron las distintas legislaciones, ya no es necesario que se de ese año de vida en común para poder solicitar el divorcio, dependiendo de la legislación puede ser inmediatamente la solicitud o bien tres meses como lo es el caso de España. Esto significa que las legislaciones analizadas han reformado sus códigos civiles y otorgado el derecho a sus ciudadanos de recuperar su libertad de estado prácticamente de forma inmediata.

En referencia a las causas que dan origen al divorcio en las legislaciones analizadas, se puede decir que las causales de divorcio pueden ser muchas, pero en la mayoría de los casos se trata de problemas de convivencia de los integrantes de la pareja, ya sea por la relación entre ellos o por factores externos a la pareja. Según la legislación de cada país, es causa de divorcio el mutuo disenso; la bigamia; el adulterio; el delito de un cónyuge contra otro; la enfermedad física o mental, que ponga en riesgo la vida del otro cónyuge; la violación de los deberes inherentes al matrimonio; injurias graves; abandono malicioso. Pero todas coinciden en que la principal causa para otorgar el divorcio es la protección de la familia.

En lo relativo a los efectos del otorgamiento del divorcio, mucho coinciden las legislaciones analizadas pues todas rigen lo relativo a que si es otorgado tendrá que liquidarse el patrimonio conyugal, a la suspensión o perdida de la patria potestad sobre

los hijos, lo relativo a la insubsistencia del vínculo matrimonial, en todas las legislaciones la disolución del vínculo conyugal deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio. En si existe la necesidad en todos los procesos que se analizaron de crear un convenio que regule a los ex cónyuges y en el que consignarán los pactos alcanzados respecto a la guardia y custodia de los hijos, régimen de visitas, pensiones, uso de la residencia familiar, y siempre tomando en cuenta los intereses de los menores.

Con respecto a la figura del divorcio voluntario unilateral o incausal, también conocido como divorcio exprés, en las legislaciones analizadas se pudo concluir que México, España, Estados Unidos y Brasil han logrado revolucionar la institución del divorcio mediante la implementación de ésta figura que ha sido una gran opción tanto para las partes como para el estado, ya que ha logrado acelerar los procesos de divorcio y a descongestionado los tribunales de justicia. Si bien es cierto que en cada legislación se le conoce a esta figura con nombres diferentes, se ha podido establecer que la misma siempre encuadra en el divorcio exprés.

A su vez, se pudo establecer que en Guatemala aún no existe normativa alguna que ampare la implementación del divorcio exprés; la entrada en vigencia del decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, no representa la implementación del divorcio exprés en el país, si bien es cierto que dicho decreto ha logrado agilizar los procesos ordinarios de divorcio, permitiendo a la parte demanda allanarse a las pretensiones del demandado, esto no significa que cumpla con los requisitos necesarios para denominarlo divorcio exprés.

De esta cuenta se determina que la referida reforma del año dos mil diez no se trata de una ley de divorcios “exprés”, sino una reforma que viene a facilitar el trámite y procedimiento del divorcio en Guatemala.

El ponente cree necesario destacar que la implementación del divorcio exprés en la legislación guatemalteca beneficiaría enormemente tanto a la población como al Estado, ya que es importante que nuestro ordenamiento jurídico evolucione, y busque nuevas alternativas que beneficien a la población, si bien es cierto que la familia es el núcleo de la sociedad, el mundo en donde vivimos se desarrolla constantemente lo que hace necesario e importante buscar nuevas alternativas que beneficien a la población.

CONCLUSIONES

1. El matrimonio es una institución jurídica y social en la que se origina el vínculo o lazo conyugal entre los que lo componen. Este vínculo es reconocido por la sociedad, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por vía de los usos y costumbres. Además establece entre los consortes una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por la ley y que varían, dependiendo de cada sociedad.
2. El divorcio se puede delimitar como la disolución del vínculo conyugal que deja a los consortes en la posibilidad de contraer otro matrimonio. Además se puede decir que es la desavenencia del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno o ambos esposos y que al concluir la acción se obtendrá la disolución del matrimonio. Por lo tanto divorcio es la rotura absoluta y definitiva del vínculo matrimonial entre los cónyuges, con la interposición de una autoridad judicial competente.
3. La diversidad de legislaciones que se han mostrado en este estudio demuestran muy desiguales números y naturaleza de las causales de divorcio, hablar de causas y secuelas del divorcio en el derecho comparado nos hace referirnos a las razones por las cuales las legislaciones aceptan el divorcio propiamente dicho y las que lo diferencian del divorcio por mutuo consentimiento. Por lo tanto dependiendo de la legislación que estudiemos encontraremos que las causas para invocar el divorcio son múltiples pero todas conllevan a la ruptura o disolución del matrimonio.
4. El divorcio voluntario unilateral o incausal es la forma de disolver el matrimonio a través de la simple manifestación de la voluntad de no querer continuar unido en matrimonio, es decir, sin tener que comprobar alguna causal, también conocido

como divorcio exprés y busca la protección del principio de Libertad de Estado de los cónyuges.

5. Del análisis y discusión de resultados del trabajo se presenta como un instrumento humano integral que puede auxiliar al investigador para la resolución del fenómeno planteado en la investigación, por lo tanto del instrumento se deduce que el divorcio es un tema de actualidad en donde el legislador debe de proponer nuevas fórmulas legislativas para regular de una manera más expedita la disolución del matrimonio. Además se puede establecer que el divorcio voluntario unilateral o incausal (divorcio exprés), actualmente no se encuentra legislado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, si bien es cierto que el tema del divorcio exprés tomo relevancia en el año dos mil diez, con la entrada en vigencia del Decreto 27-2010, hasta la fecha no se ha logrado su implementación en la legislación guatemalteca.

RECOMENDACIONES

1. A los catedráticos de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil y Mercantil de las distintas Universidades del país, para que en sus ponencias referentes a la regulación del divorcio voluntario unilateral o incausal y su procedimiento judicial expliquen la verdadera naturaleza jurídica del divorcio exprés y las nuevas alternativas para su planteamiento ante los juzgados de primera instancia de familia de la república de Guatemala.
2. Al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala para que fomenten la investigación científica de sus agremiados, programando para ello foros, talleres y seminarios que contengan temas relacionados con la necesidad de la implementación de la figura del divorcio voluntario unilateral o incausal (divorcio exprés como también se le conoce en otras legislaciones).
3. A los abogados litigantes del derecho procesal civil, para que asesoren a sus clientes con la regulación del Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, el que modifica al Código Civil Decreto Ley 106, ya que dicho decreto no regula el divorcio voluntario unilateral o incausal, pues únicamente representa una celeridad en el procedimiento ordinario de divorcio al permitir que la parte demandada pueda allanarse a las pretensiones de la parte demandante.
4. A la sociedad guatemalteca en general para que tomen conciencia de que el matrimonio es una institución social que tiene como primordial objeto la consecución de la existencia humana y no un simple método experimentativo que sino llena las expectativas, le aguarda un procedimiento de disolución expedita.
5. A los juzgados de Familia para que del análisis de sus estadísticas se pueda determinar la necesidad de implementar la figura del divorcio voluntario unilateral

o incausal, basados en los principios procesales de celeridad y economía procesal.

LISTADO DE REFERENCIAS

Referencia Bibliográficas

1. ACUÑA JERONIMO, Kattyna Elizabeth. **Análisis del matrimonio y la importancia de que el divorcio por mutuo acuerdo pueda hacerse constar, en jurisdicción voluntaria.** Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2008.
2. ALVA HERRERA, José Jorge. **La desintegración familiar y su regulación legal.** Guatemala, (s.e.) (S.E.) 1991.
3. BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Guatemala. Tomo I; Universidad Rafael Landívar. Ed. Académica Centroamericana, 1982.
4. BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 1t.; Guatemala: Ed. estudiantil Fénix Universidad de San Carlos, 386 Págs., 1996.
5. CABALLEROS DEL VILLAR, Ingrid Lorena. **Análisis de los daños y perjuicios que se ocasionan en el régimen de comunidad absoluta de bienes y la comunidad de gananciales cuando el notario no da aviso del matrimonio.** Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2006.
6. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires, Argentina: 12^a. ed.; actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De Las Cuevas; Ed. Heliasta, S.R.L. 1997. 422 Págs.

7. CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 11^o. ed. Editorial Heliasta. SRL. Buenos Aires, Argentina, 1978.
8. CANO CIFUENTES, Natividad Cirila. **Análisis jurídico y doctrinario de la violencia psicológica en el matrimonio, una causa de divorcio no positiva en Guatemala**. Guatemala, 2011. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
9. CICU, Antonio. **Derecho de Familia**. Editorial Ediar, Italia, 1947.
10. Diccionario Jurídico Espasa. **Divorcio**. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe, S. A. 1999.
11. Divorcio. Enciclopedia Espasa-Calpe, S.A., T. 18, 2^a. Parte.
12. ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España. volumen IV. Ed. Revista de derecho privado. 1975.
13. GUZMÁN, Mauricio. **La acción de divorcio en la ley salvadoreña**. San Salvador, El Salvador. (s.e.) (s.f.) 1956.
14. MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho de familia**. Bogotá, Colombia: Ed. Librerías Jurídicas Wilches, 1982. 428 Págs.
15. OSORIO Y FLORIT. Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires Argentina. Ed. Heliasta Viamonte. 1974.
16. OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Claridad, S.A., 1987. 797.

17. PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pamplona, Madrid, España. Ed. Arazandi. Volumen 6º. 1979.
18. ROSALES GIRÓN, Ofelia, **El divorcio aprobado en España**. Diario El Imparcial, Jueves 2 de julio de 1981.
19. SANDOVAL CHINCHILLA, Blanca Yolanda. **La necesidad de implementar un nuevo sistema de divorcio en nuestra legislación civil**. Guatemala, 1999. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
20. SAQUIL OVALLE, Edwin Manrique. Análisis de la tendencia actual a que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio y su relación con la legislación guatemalteca. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2009.
21. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de familia. Santiago de Chile. Tomo I; Ed. Talleres Fiscales. 1946.
22. VAQUIAX XAJIL, Edy Alejandro. **Análisis jurídico sobre el divorcio por causa determinada y necesidad de reformar el inciso 2do. Del Artículo 154 del Código Civil Decreto 106, en cuanto se establezca un tiempo máximo de divorcio a través de juicio ordinario**. Guatemala, 2007. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Referencias Electrónicas:

1. <http://www.elperiodico.com.gt/es/20100811/opinion/169119>; Consultado el 12 de abril del 2012. Publicado el Guatemala, miércoles 11 de agosto de 2010.

2. http://www.prensalibre.com/noticias/Congreso-facilita-tramite-divorcio_0_311968842.html; consultado el 12 de marzo de 2012. Publicado el 6 de agosto de 2010.
3. <http://www.s21.com.gt/opinion/2010/08/13divorciofacil-felicidad>. Consultado el 23 de febrero de 2012. Publicado el 13 de agosto de 2010.

Referencias Normativas

1. **Asamblea Nacional Constituyente**, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.
2. **Consejo de Ministros**, Decreto Ley Número 106, Código Civil, 1963.
3. **Consejo de Ministros**, Decreto Ley Número 107, Código Procesal Civil y Mercantil, 1963.
4. **Congreso de la República de Guatemala**, Decreto 314, Código de Notariado de la República de Guatemala, 1946.
5. **Congreso de la República de Guatemala**, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, 1989.

ANEXO 1

Cuadro de cotejo el cual nos mostrará las clases de divorcio, los procedimientos utilizados y plazos requeridos para decretar el divorcio en Guatemala, España, México y Brasil, con el que se podrá establecer las diferencias y similitudes en dichas legislaciones.

	Código de Civil Decreto 106 del Congreso de la República	Código Civil Español	Código Civil Mexicano	Código Civil de Brasil
Clases de divorcio	<ul style="list-style-type: none"> • Divorcio por causa determinada • Divorcio Voluntario 	<ul style="list-style-type: none"> • Separación Judicial de Mutuo Acuerdo (Divorcio Voluntario) • Divorcio Contencioso 	<ul style="list-style-type: none"> • Divorcio administrativo • Divorcio voluntario • Divorcio necesario o incausado 	<ul style="list-style-type: none"> • Divorcio Directo • Divorcio Indirecto • Divorcio Express
Plazo para iniciar un divorcio	<ul style="list-style-type: none"> • En el caso del divorcio voluntario, es necesario que haya transcurrido por lo menos un año después de la celebración del matrimonio para poder entablar el proceso voluntario. • En Guatemala, no existe la figura del divorcio voluntario unilateral o incausal, por lo que no existe un procedimiento para solicitar el mismo. 	<ul style="list-style-type: none"> • En el caso de que sea por Separación Judicial de Mutuo Acuerdo, bastara con acreditar que han transcurrido 3 meses después de la celebración del matrimonio. • En el caso de que se por divorcio no es necesario que transcurra el plazo de 3 meses, bastara con acredite que existe un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge que solicita la separación, de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. 	<ul style="list-style-type: none"> • En todos los casos y clases de divorcio, en la legislación mexicana únicamente podrán solicitarla después de un año de haber celebrado el matrimonio, sin necesidad de invocar una causal para solicitarlo. 	<ul style="list-style-type: none"> • En el caso del divorcio directo, resulta de la separación de hecho por más de dos años. • En el caso del divorcio indirecto resultante de la separación judicial o del desquite. Esta conversión sólo puede ocurrir después de un año de previa separación judicial. • En el divorcio express La llamada "Enmienda 66" en Brasil, elimina la actual exigencia de obtener la separación judicial un año antes del divorcio o de demostrar que la pareja llevaba al menos dos años separada de hecho. Es decir actualmente no hay plazo para solicitar esta clase

				de divorcio.
Causas del divorcio	<ul style="list-style-type: none"> Las causales de divorcio pueden ser muchas, pero en la mayoría de los casos se trata de problemas de convivencia de los integrantes de la pareja, ya sea por la relación entre ellos o por factores externos a la pareja. Según la legislación de cada país, es causa de divorcio el mutuo disenso; la bigamia; el adulterio; el delito de un cónyuge contra otro; la enfermedad física o mental, que ponga en riesgo la vida del otro cónyuge; la violación de los deberes inherentes al matrimonio; injurias graves; abandono malicioso. 	<ul style="list-style-type: none"> Por un lado puede porque exista un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge que solicita la separación, de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. 	<ul style="list-style-type: none"> Una de las causas para darle vigencia y positividad al divorcio incausado es que solo los cónyuges tienen la facultad de señalar las causas que sean lo suficientemente graves para terminar el matrimonio y no así el Estado, y segundo que la tramitación del mismo evitara el desgaste y el daño que usualmente conlleva el divorcio, especialmente por el tiempo de su tramitación. 	<ul style="list-style-type: none"> La disolución del matrimonio fue simplificado, disminuyendo así la interferencia del Estado en la vida de las personas, sin que se altere el principio brasileño de mayor de la protección a la familia. Liberar los casos de divorcios conflictivos.
	<p>Entre los efectos comunes en Guatemala, hayamos:</p> <ul style="list-style-type: none"> Liquidación del patrimonio conyugal Derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable. Suspensión o pérdida de la patria potestad cuando la causal de separación la lleve, y haya petición expresa de parte interesada <p>Entre los efectos propios del divorcio</p>	<ul style="list-style-type: none"> Un convenio regulador en el que después deberán ratificarse los cónyuges y en el que consignarán los pactos alcanzados respecto a la guardia y custodia de los hijos, régimen de visitas, pensiones, uso del domicilio familiar, etc. El juez y el Ministerio Fiscal, en su caso, velarán los intereses de los menores y por el respeto de los acuerdos firmados por los cónyuges. 	<ul style="list-style-type: none"> En el caso del divorcio necesario o incausado uno o ambos cónyuges deben presentar su solicitud por escrito acompañada de la propuesta de convenio para regular las consecuencias de la disolución del matrimonio, principalmente de alimentos, de división de bienes y custodia de menores. Una vez radicada y notificada no hay forma de evitar la disolución. 	<ul style="list-style-type: none"> Los matrimonios podrán desvincularse "de inmediato", según el Congreso, y sus integrantes quedarán libres para casarse nuevamente con otras personas si lo desean. El divorcio exprés en Brasil hace que divorcios, separaciones, inventarios y separaciones de bienes puedan ser simplemente registrados en una notaría, sin participación alguna del sistema judicial. La nueva ley

<p>Efectos del divorcio</p>	<p>hayamos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho del cónyuge inculpable a la sucesión intestada del otro cónyuge. • La mujer pierde el derecho de seguir usando el apellido del marido. • Los hijos quedan bajo la protección de autoridad para seguridad de sus personas y sus bienes, y se dicta medida urgente. • El Juez determina la guarda y cuidado de los hijos, si hubieran procreado. • Insubsistencia del vínculo matrimonial. • Disolución del vínculo conyugal. La disolución del vínculo conyugal, que deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio. • El parentesco por afinidad se extingue. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es posible tramitar con carácter previo o simultáneo al procedimiento de divorcio, las llamadas medidas provisionales destinadas a regular la situación patrimonial entre los cónyuges (cargas del matrimonio) y fundamentalmente respecto a los hijos (atribución de la patria potestad de la guarda y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, pensión de alimentos ...) mientras se desarrolla el procedimiento de divorcio y hasta su conclusión. • Disuelve el vínculo matrimonial por lo que se altera el estado civil de los que hasta ese momento eran cónyuges, a quienes se les permite contraer un nuevo matrimonio. • Esta disolución del vínculo conlleva la pérdida de los derechos sucesorios entre los cónyuges, la pérdida de la pensión de viudedad, así como de las obligaciones derivadas directamente del matrimonio: los deberes de ayuda y fidelidad, el compromiso de velar por el interés de la familia, la obligación de prestar 		<p>contempla que el divorcio se pueda efectuar por medio de escritura pública, si no existe conflicto entre las partes que deberán estar acompañadas de sus abogados.</p>
------------------------------------	---	--	--	---

		alimentos, etc.		
Requisitos del planteamiento del divorcio exprés	<ul style="list-style-type: none"> No existe tramitación vigente para el divorcio en la legislación guatemalteca. 	<ul style="list-style-type: none"> Deben haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. La demanda podrá ser presentada por ambos cónyuges o bien por uno de ellos con el consentimiento del otro. Será competente el Juez de primera instancia del domicilio conyugal. 	<ul style="list-style-type: none"> Tener mínimo un año de haber contraído matrimonio civil. Tener último domicilio conyugal en Distrito Federal o Estado de México. Querer tramitar el divorcio uno o ambos cónyuges. Contar con copia certificada de acta de matrimonio. Contar con copia certificada de acta de nacimiento de los hijos, aun siendo mayores de edad (si los hay). Contar con documentos legales que acrediten la propiedad de los bienes adquiridos en el matrimonio (si los hay). Será competente un Juez de lo familiar. 	<ul style="list-style-type: none"> Los matrimonios podrán desvincularse de inmediato. Será competente el Tribunal Supremo Federal de Brasil. Pueden ser registrados ante una notaria sin intervención judicial.