

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
"EVOLUCION Y FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO"

TESIS  
Presentada a La Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

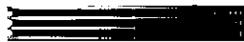
AURA CRISTINA RUANO DE LEON DE DE LA CRUZ

Previo a optar al Grado Academico de  
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
y a los Titulos de  
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1997

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD

GUATEMALA



19  
-(3348)  
14

JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

CANON Lic. José Francisco De Mata Vela  
JURISPRUDENCIAL I: Lic. Saulo De León Estrada  
JURISPRUDENCIAL II: Lic. José Roberto Mena Izeppi  
JURISPRUDENCIAL III: Lic. William René Mendez  
JURISPRUDENCIAL IV: Br. Homero Iván Quiñonez Mendoza  
JURISPRUDENCIAL V: Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel  
SECRETARIO: Lic. Héctor Anibal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO  
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Oscar Hugo Mendieta Ortega  
Vocal: Lic. César Landelino Franco López  
Secretario: Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Hector Efrain Trujillo Aldana  
Vocal: Lic. Rolando Segura Grajeda  
Secretario: Lic. Rodrigo Enrique Franco López

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas  
establecidas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los  
Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público  
de Tesis).



Guatemala, febrero 20 de 1,997.



608-7

licenciado:  
José Francisco de Mata Vela.  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Ciudad Universitaria.  
Zona 12.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
**SECRETARIA**

25 FEB. 1997

RECEBIDO  
Horas 16 minutos 45  
OFICIAL

Estimado señor Decano:

Me es grato informarle que he asesorado a la Bachiller AURA CRISTINA RUANO DE LEON de DE LA CRUZ, en el desarrollo de su trabajo de tesis, titulado "EVOLUCION Y FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO", cumpliendo con resolución emitida por el Decanato de esa Facultad y habiendo finalizado dicha investigación, emito el dictamen siguiente.

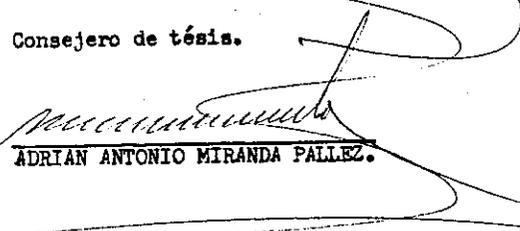
I. Estimo que el tema escogido y asignado a la Bachiller Ruano de León de De la Cruz, es de contenido jurídico-social y de gran trascendencia dentro de la sociedad y dentro del conglomerado estudiantil.

II. La bibliografía consultada fue la adecuada al tema, que con las limitaciones que son propias en nuestro medio, sus conclusiones resultan congruentes con su contenido, en tanto que las recomendaciones son producto del análisis jurídico que merecen las conclusiones a que se han arribado; y,

III. Por las razones expuestas, considero que el trabajo de tesis en mención, cumple con los fines fijados y por ende debe aprobarse, ya que las críticas asentadas en el trabajo son acertadas, estimando que está en mi deber informarle que el mismo llena el cometido deseado y en su elaboración fue manifiesta la dedicación y esmero de su autora.

En espera de haber cumplido, aprovecho la oportunidad para manifestarle al señor Decano, mi más alta consideración y suscribirme como su atento servidor.

Consejero de tesis.

  
ADRIAN ANTONIO MIRANDA PALLEZ.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, seis de marzo de mil novecientos noventa y -  
siete.-----

Atentamente, pase al Lic. SAULO DE LEON ESTRADA, para que  
proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller -  
AURA CRISTINA RUANO DE LEON de DE LA CRUZ y en su oportu-  
nidad emita el dictamen correspondiente.-----

alhj.





2180-97

Guatemala, 6 de Mayo de 1,997.

Licenciado  
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA,  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos.  
Ciudad Universitaria.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

- 6 MAYO 1997

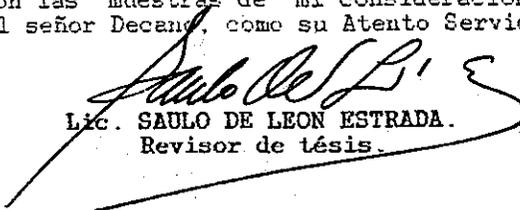
RECEBIDO  
Horas 14:30  
OFICIAL

Señor Decano:

En cumplimiento de providencia emanada de ese Decanato, tengo el agrado de manifestar a Usted que procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller AURA CRISTINA RUANO DE LEON, la cual denominó "EVOLUCION Y FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO".

La Bachiller RUANO DE LEON desarrolló en su investigación aspectos generales sobre institutos del Derecho de Familia y específicamente sobre Las Fuentes de dicha rama del Derecho. Utilizó en su trabajo bibliografía adecuada y moderna en relación al tema relacionado, como a la vez hizo uso de las normas jurídicas vigentes en relación al mismo, y expuso algunos criterios de orden personal en los que sustenta dicho trabajo. Lo anterior me lleva a afirmar, que el trabajo de tesis elaborado si llena los requisitos reglamentarios exigidos como para ser aceptado para su discusión en el examen público de la sustentante.

Con las muestras de mi consideración, me es grato suscribirme del señor Decano, como su Atento Servidor.

  
Lic. SAULO DE LEON ESTRADA.  
Revisor de tesis.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



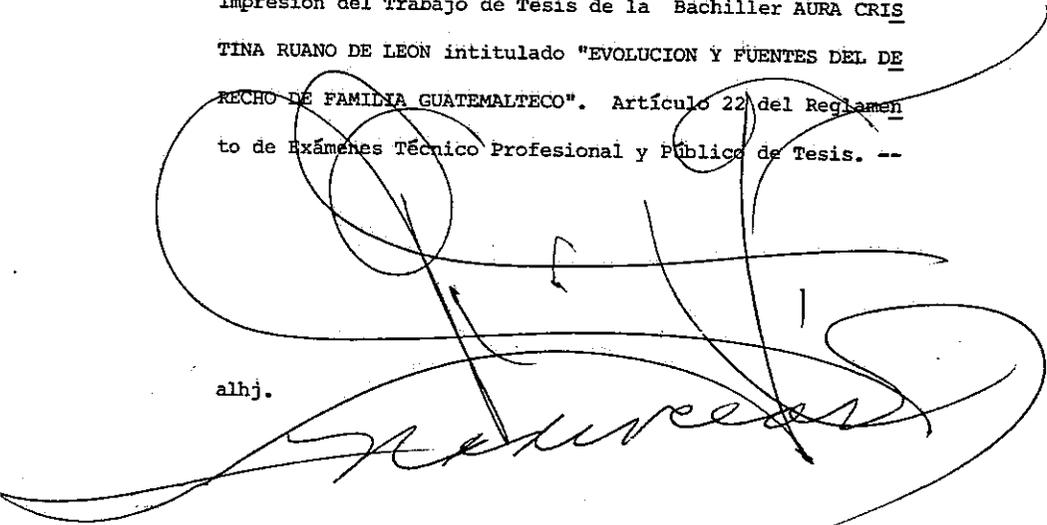
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Ed. Universitaria, Zona 12  
Ciudad, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, quince de mayo de mil novecientos noventa y -  
siete. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la  
Impresión del Trabajo de Tesis de la Bachiller AURA CRIS  
TINA RUANO DE LEON intitulado "EVOLUCION Y FUENTES DEL DE  
RECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO". Artículo 22 del Reglamen  
to de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis. --

alhj.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

## DEDICATORIA

A: DIOS por haberme concedido el sagrado don de la vida, por sus incesantes bendiciones y por su protección.

A: La Gloriosa UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, por permitirme obtener de su docencia los conocimientos que me llevan a culminar la presente meta.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, templo del saber en donde pude encontrar mi verdadera vocación.

A: El Instituto Normal para señoritas Centro América (INCA), centro de Educación que me vió florcer como estudiante.

A: LA ESCUELA primaria para niñas SARA CERNA ZEPEDA, aposento en donde aprendí mis primeras letras.

A: Mi inolvidable padre FELICITO RUANO Y RUANO, ejemplo de fortaleza y de humildad, como un homenaje póstumo por todo lo que me brindó en vida.

A: Mi madre LAURA DE LEON DE RUANO, como un homenaje a todos sus esfuerzos que como madre me ha brindado.

A: Mi hijo HECTOR ALBERTO ser que inspira mi existencia.

A: Mi esposo LICENCIADO JUAN ALBERTO DE LA CRUZ SANTOS, por su amor, paciencia y apoyo incondicionales, alicientes que contribuyeron en la conclusión de mi carrera profesional.

A: Mis hermanos GLORIA, CESAR, ADDLFO y ANA con cariño fraternal.

A: Mis sobrinos en general, como un incentivo a la conclusión de sus metas y en forma especial para ANA LUCIA.

A: Mis suegros, cuñados, cuñadas, y concuñas con estimación especial.

A: Carlos Alberto y Claudia Lorena De La cruz con cariño especial.

A: La Licenciada MARIA ADELA RODRIGUEZ DE DARDON, por su amistad sincera.

A: Mis compañeros de estudio: Marta Elena Cu, Leonel Lopez Mayorga, Edwin Bautista, Julio Perez Garabito, Vida de Perez Garabito, Lucy de Hernández, Maritza de Izquierdo, Elizabeth Arriaga, Haroldo Barreda, Juan José Gandara, por su especial amistad, y

A: Usted, por acompañarme en esta ocasión.

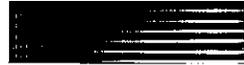


I N D I C E



Pág.

Introducción.....	I
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DE FAMILIA GUA- TEMALTECO.....	1
I.1. LA FAMILIA Y SU ORIGEN.....	1
I.2. ESTADOS PREHISTORICOS.....	22
I.2.a. Estado Salvaje.....	24
I.2.b. Barbarie.....	36
I.2.c. Civilización.....	46
I.3. LA FAMILIA EN LA ANTIGUEDAD.....	49
I.3.a. Grecia.....	49
I.3.b. Roma.....	57
I.3.c. Babilonia.....	67
I.3.d. Asiria.....	72
I.3.c. La Familia Hebrea.....	79
CAPITULO II	
EL DERECHO DE FAMILIA EN GENERAL.....	89
II.1. Concepto.....	92
II.2. Relaciones Familiares.....	96

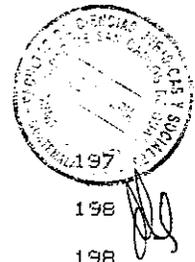


II.3. PARENTESCO.....	103
II.4. MATRIMONIO.....	117
II.5. ADOPCION.....	137
II.6. FILIACION.....	151

CAPITULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA.....	160
--	-----

III.1. LAS FUENTES EN GENERAL.....	160
III.1.a CONCEPTO.....	160
III.2. FUENTES FORMALES.....	162
III.2.a LA LEGISLACION.....	164
III.2.b LA COSTUMBRE.....	172
III.2.c LA JURISPRUDENCIA.....	178
III.2.d LA DOCTRINA.....	180
III.3. FUENTES REALES.....	183
III.4. FUENTES HISTORICAS.....	184
III.5. OTRAS FUENTES.....	185
III.5.a LOS TRATADOS.....	186
III.5.b EL CONVENIO.....	190
III.5.c LA VOLUNTAD UNILATERAL.....	192
III.6. FUENTES ESPECIFICAS CONSTITUTIVAS DEL DERECHO DE FAMILIA:.....	190
El Matrimonio.....	190
El Parentesco.....	192



La Filiación..... 198

La Legitimación..... 198

La Adopción..... 198

CAPITULO IV

EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA Y SU LEGISLACION.. 199

IV.1. LEGISLACION GUATEMALTECA EN MATERIA DE DERE-  
CHO DE FAMILIA..... 200

IV.1.a La Constitución Política de La República de -  
Guatemala..... 201

IV.1.b Ley del Organismo Judicial..... 206

IV.1.c Ley de Tribunales de Familia..... 209

IV.1.d Código Civil..... 216

IV.1.e Código Procesal Civil y Mercantil..... 218

IV.1.f Código de Menores..... 220

IV.1.g Disposiciones Accesorias..... 225

IV.2. CAUSAS QUE DERIVAN LA FALTA DE LEGISLACION EN  
MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO..... 227

IV.2.a Causas Políticas..... 227

IV.2.b Causas Sociales..... 228

IV.3. NECESIDAD DE LA CREACION DE UN CODIGO DE FAMI  
LIA GUATEMALTECO..... 229

IV.3.a Necesidades Básicas del Derecho de Familia -  
Guatemalteco..... 229

IV.3.b Inoperancia de la ley de Tribunales de Fami  
lia..... 230





IV.3.c Aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil en los Juzgados familiares y sustentación de diversos criterios en su aplicación.....	231
IV.4. CONSECUENCIAS SOCIO-JURIDICAS DERIVADAS DE LA FALTA DE LEGISLACION EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO.....	232
IV.4.a Consecuencias Jurídicas.....	232
IV.4.b. Consecuencias Sociales.....	233
IV.5 LOS JUZGADOS DE FAMILIA.....	234
IV.6. LOS JUECES DE FAMILIA.....	241
CONCLUSIONES.....	248
BIBLIOGRAFIA.....	251

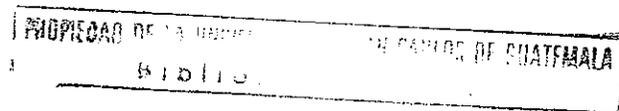


## INTRODUCCION

Encontrandome en el umbral del mundo jurídico profesional, he preparado el presente trabajo de tesis no solamente con el propósito de llenar un requisito más de la carrera jurídica, sino con el afán de contribuir en el estudio y solución del problema nacional de la falta de codificación en materia de derecho de familia, que como muchas otras instituciones en Guatemala, carece de normatividad propia que llene la totalidad de las necesidades existentes en una sociedad en vía de desarrollo como la guatemalteca.

Siendo La Familia la base fundamental de La Sociedad, generadora de todo tipo de relaciones familiares en torno a las cuales gira el Derecho de Familia, se hace necesario en su estudio indagar en la historia sobre su origen y desarrollo. Asimismo también se hace necesario determinar cuales son las consecuencias socio-jurídicas que se derivan por la falta de legislación de dicha rama del derecho, por lo que el presente trabajo ha sido titulado "EVOLUCION Y FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO", tratando que el mismo logre llegar a la vista de aquellos a los que esta encargada la labor legislativa en Guatemala, y se logre en un futuro no lejano contar con un Código de Familia Guatemalteco.

SU AUTORA.



UNIVERSIDAD DE GUATEMALA



"EVOLUCION Y FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO"

CAPITULO I

"ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO"

I.1. LA FAMILIA Y SU ORIGEN.

Para poder tener una noción certera de cuales son los origenes historicos del Derecho de Familia guatemalteco, debemos remontarnos a los antecedentes mismos del Derecho de Familia en general, asimismo para poder encontrar las raices de dicho derecho debemos investigar acerca del origen de la familia, teniendo que remontarnos a la vez a los estados prehistoricos del surgimiento del hombre sobre el globo terrestre.

Por lo anterior, asi como auxiliados tanto de las ciencias Naturales, de las ciencias Sociales o Culturales, y de la religión, tenemos que el origen de la familia se remonta al origen mismo del globo terrestre, quizas aún antes del aparecimiento del hombre sobre la tierra.

Las especies animal y vegetal existieron, aun antes de que el hombre se las ingeniara en dividir las, existieron entonces desde su origen grupos de especies animales y vegetales que en un momento dado el hombre [cuando ya era inteligente] dio en llamar especies, generos, familias, ordenes, clases, tipos, esto para poder tener un orden y reunir las especies segun su grado de semejanza, en grupos superiores y jerarquizarlos, de forma que abarcaran el conjunto de los reinos animal y vegetal.

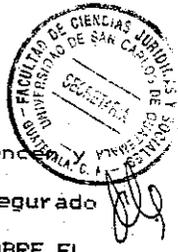


Una de las mejores definiciones de las especies es la de Cuvier: "La especie es el conjunto de individuos nacidos unos de otros o descendientes de padres comunes, así como todos los que se parecen entre sí." (1).

De este modo entran en la Especie Humana (Homo Sapiens) no solo nuestros ascendientes y descendientes, sino también nuestros hermanos y hermanas, primos, primas y todos los seres que se nos parecen en el mismo grado.

Es así como encontramos diversas teorías que tratan en sus estudios de explicar el origen primero de la familia, ya que entre dichos estudios se han dictado teorías como la "EVOLUCIONISTA", que nos dice que: "el mundo viviente actual es el resultado de una larga evolución..., las especies lejos de ser estables, son variables y se derivan unas de otras por transformación." (1,bis). Admite resueltamente esta teoría que las especies, lejos de ser estables son variables y se derivan unas de otras por transformación, por lo que se le denomina también teoría DEL TRANSFORMISMO O CONCEPCIÓN DE LAS REVOLUCIONES DEL GLOBO. El mundo vivo actual es el resultado de una larga evolución, tanto así que los seres vivos se reproducen de manera excesiva y entran, por consiguiente, en la lucha por la vida o, como se dice también, en la competencia vital, los individuos más

1/VALENTIN GOMEZ. "ENCICLOPEDIA METODICA LAROUSSE". p.p. 680 y 783, Tomo II.



fuertes, mas habiles, mas inteligentes, mejor armados, vencen y transmiten a sus descendientes los caracteres que han asegurado su suprenacia. EL HOMBRE MAS FUERTE, SIEMPRE PREVALECE SOBRE EL MAS DEBIL.

Esta misma teoria nos da una definici3n primera de la especie indicando que es un agrupamiento estable, considerandola como un conjunto de los individuos que no estan diferenciados a3n para cesar de tener descendientes comunes, tanto asi que si se pudiera reconstruir todas las especies desaparecidas y compararlas con las actuales, se veria que forman una sola, -LA INMENZA FAMILIA. Esto ha sido de tal forma que puede advertirse que el orden de aparici3n de las especies animales y vegetales no es un orden cualquiera. Los tipos m3s simples han precedido siempre a los m3s complejos. El hombre actual ha sido precedido de un hombre m3s rudimentario, de donde la evoluci3n en general ha sido progresiva, siendolo tambien el de la familia.

Asimismo encontramos que si la especie es el conjunto de animales o vegetales que, nacidos unos de otros o de padres comunes, estan unidos entre si por los lazos de la herencia y se parecen como hermanos y hermanas, tenemos tambien que las especies son unidades sistematicas verdaderas cuyo conjunto, dividido en generos, FAMILIAS, ordenes, clases y tipos constituyendo los reinos animal y vegetal.

La TEORIA CREACIONISTA, nos indica que la base de la





existencia del mundo y el hombre radica en un creador unico  
omnipotente, que todo lo sabe y lo puede, quien en un momento  
dado decidio crear al mundo y al hombre, esto lo  
extraemos de las citas biblicas que dicen: "En el principio creo  
Dios los cielos y la tierra."; "Luego dijo Dios: Produzca la  
tierra seres vivientes segun su genero,..."; "Entonces dijo Dios:  
Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra  
semejanza..."; "Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de  
Dios lo creo; varon y hembra los creo." (2).

Segun esta teoria puede inferirse que la primera familia  
existente [entendiendose esta en su forma mas simple como el  
conjunto de personas descendientes unas de otras que habitan en  
un mismo lugar y conviven entre si], en el globo terrestre fue  
la de Adan y Eva, con sus correspondiente descendencia,  
derivandose ya de este tipo de convivencia, las diferentes clases  
de familias Monogamicas como la original de Adan y Eva, pero ya  
Poligamicas las de sus diferentes descendientes, tal y como lo  
afirma la siguientes cita Biblica: " Y Lamec tomo para si dos  
mujeres; el nombre de la una fue Ada, y el nombre de la  
otra, Zila." (3).

2/ GENESIS. 1:1,24,46,27.

3/ GENESIS. 1:19.



Los primeros intentos de trazar una evolución histórica de la familia como institución social se remontan al siglo XVIII.

Historiadores como Bachofen, Mac-lennan, Lewis Morgan y el mismo Federico Engels, han dedicado su vida a la investigación del origen de La Familia, escudriñando en relatos escritos y hablados de investigadores que les han precedido y en investigaciones propias todo aquello que se relacione con los Estados Prehistoricos que forjan el origen mismo de la Familia.

Coincidentemente, Lewis Morgan y Federico Engels, basan sus teorías sobre el origen prehistorico de la familia en la teoría materialista de Karl Marx, la cual es descrita por Engels de la siguiente forma: "el móvil esencial y decisivo al cual obedece la Humanidad en la Historia, es la producción y la reproducción de la vida inmediata. A su vez, estas son de dos clases. Por un lado la producción de los medios de existir, de todo lo que sirve para alimento, vestido, domicilio y de los utensilios que para ello se necesitan; por otro la producción del hombre mismo, la propagación de la especie. Las instituciones sociales bajo las que viven los hombres de una época y de un país dados, están íntimamente enlazados con estas dos especies de producción por el grado de desarrollo del trabajo y por el de la familia." (4)

4/ FEDERICO ENGELS. "EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO". p. 6.

Hasta 1860 no existe aun una historia de la familia, y el origen del hombre se encontraba aún bajo el influjo exclusivo de los cinco libros de Moises, pudiendose encontrar descritos en dichos libros la que podria llamarse la forma Patriarcal de la familia, que se describe alli con mas detalles que en ninguna otra parte, admitiendose de un modo corriente no solo como la familia más antigua sino que despues de suprimida la poligamia, identificabase aquella con la familia Plebeya contemporanea, de tal suerte, que la familia en general no habia sufrido ninguna evolucion historica, admitiendose, a lo sumo, que en los tiempos primitivos pudo haberse dado un periodo de comercio sexual sin reglas.

J.J. Bachofen, da un paso decisivo en sus investigaciones acerca del origen de la familia, en su libro "El Derecho Materno", publicado en 1,861. El mencionado autor describe un Regimen Familiar basado en la autoridad de la madre, regido por un estado inicial de promiscuidad, coincidiendo con un modo de vida predominantemente agricola; siguiendole la instauración de la Familia Patriarcal, cuya vida se apoyaba en el pastoreo.

Dicho autor asienta alli las siguientes proposiciones:

"1.- Que los seres humanos habian vivido primitivamente en la promiscuidad, que designa de un modo impropio con el nombre de hetairismo.

2.-Que un comercio sexual de esta indole excluye toda



certidumbre de paternidad, que por consiguiente, la descendencia solo podia contarse en linea femenina (es decir, con arreglo al derecho materno), y que en ese caso estuvieron en su origen todos los pueblos de la antigüedad.

3.- Que a consecuencia de este hecho, las mujeres, como madres y unicos parientes ciertos de la generaci3n joven, gozaban de tal aprecio y respeto, que, segun parecer de Bachofen, llegaron hasta la preponderancia femenina absoluta (ginecocracia).

4.-Que el paso de la Monogamia, en que la mujer pertenece exclusivamente a un solo hombre encerraba la transgresi3n de una ley religiosa primitiva (es decir, de hecho la transgresi3n del derecho inmemorial que los demas hombres tenian sobre aquella mujer,) transgresi3n que debia expiarse o cuya tolerancia debia rescatarse por medio del abandono temporal de la mujer." (5).  
Seguidamente el autor puntualiza que el paso del Hetairismo a la Monogamia y del Derecho Materno al Paterno se realiza, sobre todo en los pueblos griegos, a consecuencia de la intromisi3n de nuevas ideas religiosas.

Bachofen basado en su mistisismo cree que fueron las divinidades griegas las que realizaron en los tiempos heroicos

5/ Ibidem. Pag. 5.





de Grecia el milagro de echar abajo el Derecho Materno y sustituirlo por el Derecho Paterno.

Nos ilustra el autor Federico Engels, que Bachofen basa su tesis acerca del origen de la familia en todos aquellos pasajes de la literatura antigua, pero a mi parecer muchos de ellos los toma Bachofen de todas aquellas Mitologías pertenecientes a los pueblos más antiguos como lo son el romano, el griego, germano y otros, lo que hace que sus aseveraciones no tengan una base concreta tal y las haga con un basamento místico, tal y como le designaba Engels en una de sus citas "Místico genial" (6).

A las investigaciones de Bachofen, le sucede aproximadamente en el año de 1,865, las del jurisperito J.F. Mac-Lennan, quien al parecer es completamente opuesto al misticismo de Bachofen, teniendo ideas muy contrarias y basando las mismas en argumentos más concretos y con bases reales.

En su caso Lennan encuentra en muchos pueblos salvajes las siguientes características:

-Matrimonios motivados por raptos violentos, los que se daban por la prohibición existente dentro de la tribu de que se dieran matrimonios entre los miembros de la misma, viéndose los hombres obligados a buscar mujer en tribus diferentes a la suya.

6/ Ibidem. Pags. 5 y 7.



-La búsqueda de mujer fuera de la tribu de origen, trajo como resultado la exogamia.

Existían tribus que únicamente eran endogamas, en donde la usanza de matar a las niñas enseguida del nacimiento dió como origen que una mujer fuera posesión de varios hombres al mismo tiempo, lo que dió como resultado la Poliandria.

La poliandria a su vez, dió como origen la descendencia en línea Materna o sea el origen del Derecho Materno, por la incertidumbre de saber quien de todos sus hombres podía ser el padre del hijo.

En resumen, Lennan dividió a las tribus existentes en la antigüedad en tribus Endógamas y Tribus Exógamas. Antítesis que produjo en su tiempo grandes polémicas, ya que la existencia real de dichas tribus jamás fue realmente demostrada.

En Inglaterra Mac-Lennan fue considerado como el fundador de la historia de la Familia, al iniciarse con el El Derecho Materno con el cual se dice dió inicio la historia de la familia.

Lennan en sus estudios solamente conoció tres clases de Matrimonio: \en dichos estudios ya le llamaba Matrimonio\ a la Poligamia, La Poliandria y la Monogamia, a pesar de existir ya por otros estudios (Lubbock, El Origen de la Civilización, 1870), pruebas del origen del Matrimonio por grupos, en los cuales una serie de hombres poseían en común a una serie de mujeres.

Pocos años después en 1871, aparece en escena el

norteamericano Lewis H. Morgan, con nueva documentación y con el libro "La Sociedad Antigua", publicado en 1,877, quien elaboró las ideas de Bachofen, explicando mediante ellas los usos familiares de los indígenas norteamericanos, que había estudiado de manera especial. La nueva documentación aportada por Morgan fue decisiva para la investigación, con la única diferencia de que este autor fijó sus investigaciones en los pueblos Indio Americanos, aunque tuviera como base los resultados ya descritos de las antiguas civilizaciones del viejo Mundo. Morgan distinguía un primer estadio de promiscuidad; un segundo estadio caracterizado por la Familia Consanguínea, dentro de la cual solo estaba vedada la unión sexual entre padres e hijos; un tercer (llamado la familia Punalua) en que dos grupos de hermanos hermanas, grupos no vinculados entre sí por parentesco, se unían promiscuamente; un cuarto estadio caracterizado por la Familia Sindiasmica Matriarcal, que señala el comienzo del matrimonio individual, aunque con fuerte tendencia a la Poligamia. El tránsito al quinto estadio está vinculado al traspaso de la autoridad de la madre al padre (familia Sindiasmica Patriarcal) el sexto y último estadio es la Familia Monógama del Occidente moderno.

El gran mérito de Lewis H. Morgan consistió en haber descubierto y reconstruido con sus principales rasgos la base prehistórica de nuestra historia escrita, y haber encontrado en

las asociaciones de raza de los indios de Norte America, la clave que nos permite en los tiempos modernos descifrar todos aquellos importantes e insolubles enigmas de la historia de las antiguas civilizaciones griega, romana y germanica, que a la vez nos sirven de base para descifrar los enigmas de nuestra propia civilizacion.

Morgan basado en dichas investigaciones dedujo las siguientes conclusiones:

1.- "Que el sistema de parentesco indio-americano estaba igualmente en vigor en Asia, y, bajo forma un poco modificada, en numerosas poblaciones de Africa y de Australia. [Referiase con esto al sistema de parentesco basado en el matrimonio por grupos].

2.- Que este sistema se explicaba perfectamente por una forma de matrimonio por grupos, a punto de desaparecer en Hawai y en otras islas Australianas.

3.- Pero que en estas mismas islas existia, junto a esa forma de matrimonio, un sistema de parentesco que sólo podia explicarse mediante una forma desaparecida hoy, de matrimonio por grupos, más primitiva aún." (7)

Mas adelante, en el año de 1,875, Mac-Lennan ante las nuevas

Z/ Ibidem. Pags. 5 y 7.



teorías revolucionarias de Morgan, trata de defender la suya. Lo es la existencia única de tribus endógamas y exógamas en las civilizaciones antiguas, basando su defensa en el respaldo que según el le da la existencia de todo lo escrito acerca de la vida de ciertos pueblos antiguos en donde destaca el relato de Cesar en la obra Tácito, según el cual "los Bretones tienen sus mujeres en común por grupos de diez o doce" (8). Así como el hecho de que en todas las demás relaciones que los autores antiguos hacen de la comunidad de las mujeres entre los bárbaros, de lo que saca sin vacilar la consecuencia del Reino de la Poliandria en todos los pueblos antiguos.

A su vez Mac-Lennan pretende hechar abajo la teoría de los matrimonios en grupo preferida por Morgan. Aduciendo que dichos sistemas de parentesco no son más que simples formulas de cortesia social dentro de las tribus, en donde cualquiera podia decirle a otro de sus miembros o hasta a un extranjero la formula de cortesia HERMAND - HERMANA - PADRE.

Por lo demas la defensa ya descrita de Lennan sobre su tesis no llenó su cometido, quedando en entredicho.

Posteriormente en el año 1,877 reaparece Morgan reafirmando con más elementos de convicción su tesis acerca de los

-----  
8/ Ibidem. Pags. 5 y 7.



matrimonios por grupos entre los Indios Americanos, y afirma con sus nuevos elementos lo que destaca segun Engels en los siguientes parrafos: "pero, en la epoca en que aún dominaba el matrimonio por grupos (y, según toda verosimilitud, ha existido en todas partes en un momento dado), la tribu se escindio en cierto número de grupos consanguineos por lado Materno (gentes), en el seno de los cuales estaba prohibido con absoluto rigor el matrimonio; de tal suerte, que los hombres de una "gens" es verdad que podian tomar mujeres en la tribu, y las tomaban efectivamente en ella, pero estaban obligados a tomarles fuera de su propia "gens". De esta manera, la "gens" era exógama en sentido estricto; pero la tribu, que comprendía la totalidad de las "gentes", era tambien estrictamente endógama." (9).

En síntesis la "gens" de los indios americanos organizada en base al derecho Materno, sirvió de base para descubrir la forma primitiva de donde surgió la "gens" ulterior basada en el derecho paterno, "gens" tal y como la encontramos en los pueblos civilizados de la antigüedad. Quedando por tal motivo explicado el origen de la gens griega y romana, que hasta entonces habia sido un enigma para todos los historiadores.

-----  
9/ FEDERICO ENGELS. "EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO". p.p.17.



La teoría de Morgan ganó la adhesión de muchos estudiosos como Marx y Federico Engels, quienes la estudiaron e hicieron suya, adaptándola a la teoría general del materialismo histórico, con lo cual las ideas de Morgan alcanzaron gran difusión fuera de los círculos especializados que se interesaban en el tema. A estas teorías basadas en la de Morgan se han dirigido muy variadas críticas, las cuales se apoyan en que Morgan ha trazado una evolución de la institución familiar a partir de un estado inicial de promiscuidad que es una construcción puramente teórica que nunca ha sido comprobada con hechos, y en que ha ordenado arbitrariamente como eslabones de esa cadena evolutiva a distintas formas de familia, sin lograr demostrar que cada una de esas formas provenía genéticamente de la precedente.

La escuela Historicocultural de antropología, propone en cambio una clasificación en tipos, relacionada con su clasificación de culturas. Recogiendo una idea de Bachofen, vincula el predominio de la autoridad del hombre o la mujer en la familia con el predominio del reino animal o vegetal en las fuentes de sustentación de la misma, dedicándose el varón por su lado a labores como la recolección de frutos, luego a la caza y al pastoreo; la mujer por su lado se dedica a la recolección de vegetales, luego a la agricultura.

En las culturas primitivas, en las que ninguna de esas formas de subsistencia se ha desarrollado lo suficiente para



sobresalir sobre las demas, el hombre y la mujer se hallan en estricta igualdad; el matrimonio es monogamico y dificilmente disoluble, no existen relaciones extramatrimoniales. Dentro de las culturas primarias, en la totemica de cazadores superiores la estirpe adquiere predominio sobre la familia (culto del totem, vida en comun de niños y jovenes en casas de la comunidad), y la mujer pasa a encontrarse en situación subordinada. En la cultura caracterizada por la primitiva agricultura matriarcal, la mujer adquiere nueva importancia; la familia que establece la filiacion, y el jefe de la familia es, no el padre, sino el hermano de la madre. Desaparecen las ceremonias de iniciación masculina; pero el totemismo perdura como sistema paralelo al de la familia matriarcal, y los varones se asocian contra el predominio femenino. En esta cultura surge tambien la poligamia.

En la cultura de los pastores nómadas la familia es patriarcal, con moderada poligamia; la libertad de la mujer se desvanece por completo. En las culturas secundarias, producto de contaminaciones entre las primarias, los caracteres de estas se combinan de modo variable. Las sociedades civilizadas modernas derivan primariamente de la cultura de pastores nómadas (arios, semitas, mongoles); en ellas el punto de partida es un sistema acentuadamente patriarcal, en que la autoridad paterna tiene correlarios tan extremos como el derecho de exposicion de los hijos. La poligamia no desaparece por completo, como

PROPIEDAD DE LA BIBLIOTECA NACIONAL DE GUATEMALA  
Biblioteca Nacional





institución legal o como costumbre extralegal. La situación de la mujer sigue siendo subordinada; el repudio por parte del marido es fácil; en algunos casos extremos a la mujer al quedar viuda debe darsele muerte. En otras culturas secundarias la combinación de elementos totémicos, de ubicación geográfica, de parentesco matriarcal o patriarcal, dan lugar a complicadas reglas sobre el matrimonio, en las que predomina la exogamia (prohibición de matrimonio entre los miembros de un grupo, cualquiera sea el carácter de este).

La clasificación de los tipos familiares propuesta por la escuela historicocultural no está tampoco libre de críticas. En primer lugar, la renuncia a trazar una evolución de la institución familiar a través de esos tipos sucesivos es más aparente que real. Al proceso lineal de Morgan sucede aquí un proceso doble (degradación desde la primitiva monogamia hasta la sociedad agrícola matriarcal y de pastores); redención, gracias a las verdades éticas reveladas por el entonces, un criterio moral que no propone ocultarse, y hace suyas las normas de inspiración cristiana idealmente vigentes en la sociedad moderna occidental.

En la moderna sociedad occidental y las sociedades filiales por ella establecidas en otras zonas del planeta, la familia es un resultado de la descomposición de la antigua gran familia patriarcal. La familia Occidental moderna está compuesta del



matrimonio y sus hijos; dentro de ella el padre y la madre ejercen la misma autoridad, tal como ha sido reconocido ya en algunos sistemas juridicos. La poligamia, subsistente en otras sociedades contemporaneas, se hace cada vez mas repudiada a medida que la situación de la mujer dentro de la familia se acerca a la igualdad, situación que puede provocar tambien la desintegración de la misma familia en la actualidad. Siendo asi que la familia reducida en su numero de miembros y en sus funciones como la conocemos ahora esta sufriendo la influencia de la aparición de fuerzas disociadoras producto de la revolución economico-social. La familia es un fenomeno universal, es una institución social que paradójicamente no evoluciona a medida que la sociedad lo va haciendo; por el contrario; a sociedades primitivas, familias mas complejas. La familia moderna vemos que tiende a desaparecer influenciada de esas fuerzas disociadoras producto de la revolución economico-social, que buscan nuevas y mas modernass formas de convivencia social.

Al decrecer el papel de la familia en el ciclo económico, al decrecer su importancia en la educación de los hijos, como resultado esta ultima, decrece tambien la fuerza de los vinculos que unen entre ellos a los miembros de la familia. Otro factor disociante, vinculado con el anterior, es la aparición cada vez mas frecuente de separaciones entre los esposos, que constituyen por su parte nuevas familias. El divorcio, existente en la edad



moderna en escasas legislaciones, se generaliza en el siglo a ese reconocimiento social; la sociedad sanciona cada vez mas debilmente, aunque con intensidad variable segun las regiones, la intensidad de las creencias religiosas y las clases sociales, a los esposos que se separan. Todos estos factores de disolución hacen presagiar quizas en forma remota la posibilidad de la disolución de la familia, la cual batalla en contra de las fuerzas ocultas que pueden definir su desaparición tratando de asegurar su supervivencia aun en los tiempos futuros, agregando esfuerzos para adaptarse a situaciones sociales nuevas.

Existe tambien la llamada Teoria Historico Sociologica que determina tres corrientes sociologicas en la relación con la posible forma social primitiva de la familia, la cual la subdivide en la siguiente forma:

- a) EL PATRIARCADO;
- b) EL MATRIARCADO;
- c) Las teorias que buscan explicar los lazos de cohesión social en la existencia de factores aglutinantes.

En las teorias del Patriarcado y el Matriarcado, aun cuando distintas en cuanto a su elemento fundamental (madre o padre), sustentan un origen familiar de la Sociedad, basado en la consanguinidad, o sean los lazos creados por el parentesco, que asignan un principio de autoridad a favor de los progenitores. Esta teoria determina que los seres humanos se unen en primer



termino por consanguinidad, constituyendo la base de la sociedad conocida como familia.

Al referirnos a los factores aglutinantes que tratan de explicar los lazos de cohesión social, tenemos en primer lugar la consanguinidad como primer factor aglutinante, en segundo termino encontramos que las familias se unen por las relaciones familiares que surgen entre si; y en tercer lugar se tiene que otro factor aglutinante lo es el ambiente geografico o sea El Domicilio, el cual al constituirse voluntariamente por la residencia en un lugar, como resultado de la convivencia, operando al transformar el nomadismo de las familias primitivas en vida sedentaria, lo cual va dando forma a la organización de la sociedad primitiva.

Parece ser entonces que la familia pudo originarse junto con el desarrollo del lenguaje en el hombre primitivo y con el uso que este empieza a hacer de utensilios para la caza y su vida cotidiana, asi como en el momento en que los hombres tuvieron la necesidad de tener un lugar fijo donde guardar el producto de la caza y almacenar los frutos silvestres recolectados, descubriendo entonces el fuego y sus beneficios como el calor, la luz, su utilidad para ahuyentar a las fieras por las noches y cocinar la carne que cazaban. Con el fuego nace el hogar.

Poseyendo el hombre ya un lugar estable en donde pernoctar, se le representa la alternativa siguiente: morir en manos del





hombre más fuerte, o convivir con todos los demás hombres [entiendese el genero hombre equivalente a los dos sexos], sumisamente y formando grandes grupos, tratando de sobrevivir todos por todos en colectividad, surgiendo entonces la primera división del trabajo por sexos, los hombres a la cacería y la mujer a la recolección de frutos y al cuidado de los hijos.

Seguidamente las que ya pueden ser llamadas familias, crecen, pues se hacen necesarias más manos para ayudar en las labores de supervivencia, iniciandose la reunión de dichas familias en lo que se dió por llamar Clanes o Tribus, iniciandose lo que persiste hasta la actualidad las luchas por la tierra, las luchas por el poder.

Si en otro sentido nos remontamos al origen de la familia en Guatemala, encontramos tambien en nuestra Historia que en el libro del pueblo de los Quiches, el glorioso Popol Vuh, llamado por mi la Biblia en pequeño de los Quiches, se narra la creación de todo lo existente, del mundo, del hombre, y de los animales. En el se narra que la abuela Ixmucane molio maiz para formar con la masa obtenida los cuerpos de los jefes de las cuatro tribus existentes: BALAM QUICHE, BALAM ACAM, LIQUI BALAM Y MAJUCUBAJ.

La explicación sobrenatural de la creación del mundo y de la vida puede ser comparable a la descrita en La Biblia Sagrada, en El Genesis del Antiguo Testamento, describese entonces una etapa eneludible en el camino que recorre el hombre tratando de



explicarse la verdad de lo existente por medio del conocimiento de la misma realidad que le rodea.

El estudio de las formas sociales de vida familiar de los pueblos indigenas de nuestras tierras centroamericanas, pone en relieve que antes de la conquista española, los pueblos indigenas habian llegado a cierto grado de desarrollo y por consiguiente su antigua organizaci3n se basaba en lazos de sangre, al igual que en los pueblos antiguos del viejo continente. Las narraciones de historiadores españoles como Tomas Sage y de Fuentes y Guzman, dan un cuadro que pone de manifiesto la existencia de dicha organizaci3n social.

Existieron tribus como la de los AHAGUAES o Principales, Tribus Originales, CONFEDERACIONES DE TRIBUS llamadas impropiamente Monarquias o Reinos. Hubo las llamadas CASAS o CALPUL, conformadas por grupos menores de personas dirigidas por los jefes de las tribus originales.





I.2. ESTADOS PREHISTORICOS.

Del analisis precedente se desprende que los primeros animales se desarrollaron en el transcurso de la evolucion de la tierra, diferenciandose en un principio en generos, especies, hasta llegar a la forma más desarrollada de un sistema nervioso central en forma de vertebrado que fue llamado Hombre. Llamose entonces PROCESO DE HUMANIZACION a esta transición de animal mono en Homo Sapiens "HOMBRE". El hombre aparece en el periodo actual o CUATERNARIO, aproximadamente hace un millon de años, siendo los vestigios mas antiguos con que se cuenta acerca del surgimiento del ser humano, el denominado HOMBRE DE NEANDERTAL, el cual vivió al abrigo de rocas y cavernas, no existiendo vestigios de formas de vida en grupos o en familias.

Se ha demostrado cientificamente que El Estado y El Derecho no han existido siempre, consiguientemente se infiere que La Familia en el sentido estricto con que se conoce en la actualidad o sea como Institución social tampoco ha existido siempre. Han sido el surgimiento de las distintas necesidades que el hombre se ha creado las que han dado origen a estas Instituciones que desde su creación han venido a moldear la totalidad del vivir cotidiano del hombre, con anuencia y aceptación del mismo.

Es entonces con el surgimiento del hombre sobre el globo terrestre que se inicia el largo camino de búsqueda de soluciones a todas aquellas necesidades y apremios que surgen con



el convivir cotidiano, iniciandose entonces sus primeros descubrimientos, sus primeros inventos, se dan sus primeros logros, tenemos entonces la recolección de alimentos, el fuego, el vestido, la caza, el pastoreo, etc.

Desde el punto de vista de los estudiosos de la Prehistoria, el desarrollo del hombre que se ha dado en forma sucesiva despues de su aparición sobre la tierra, se ha dividido en distintas edades culturales en las cuales el hombre se las ha ingeniado en el uso de distintos elementos que ha tomado de la naturaleza y que le han servido para la transformación de la misma, dentro de estos elementos encontramos la piedra, y el palo primero usados en forma rudimentaria y que poco a poco se fueron puliendo según las distintas necesidades.

Es Morgan, el primero que con el conocimiento de causa debido trata de introducir un orden bastante preciso en la Prehistoria de la Humanidad.

Estas epocas las divide Morgan en las principales como lo son: EL SALVAJISMO, LA BARBARIE, Y LA CIVILIZACION, subdividiendolas cada una en sub-periodos como lo son: EL INFERIOR, EL MEDIO Y EL SUPERIOR, dependiendo cada periodo o estadio del logro o de los progresos realizados por el hombre en la producción de Los Medios de Existencia.

Todos los pueblos de la faz de la tierra han pasado por estos periodos, incluyendo nuestros pueblos indigenas que no escapan a dicho orden.



I.2.a. ESTADO SALVAJE.

ESTADIO INFERIOR:

Tanto Morgan como el propio Federico Engels definen la primera fase del desarrollo social de La Humanidad como UN ESTADO SALVAJE, describiendolo Engels como "el periodo en que predomina la apropiación de productos naturales enteramente formados; las producciones artificiales del hombre estan destinadas, sobre todo a facilitar esa apropiación." (10). Dicho periodo es conocido en su fase inferior como INFANCIA DEL GENERO HUMANO O REGIMEN DE LA COMUNIDAD PRIMITIVA.

Este fue un periodo de apropiación de todos los productos que ofrecia la naturaleza, los primeros hombres vivian entonces de la recoleccion de frutas silvestres, raices y se dedicaban a la caza y la pesca de manera primitiva. El hombre vivió sobre los arboles, los frutos que recolectaba le servian de alimento. La tarea de sobrevivir le era mas dificil de lo que puede imaginarse debido a el bajo nivel de desarrollo de las fuerzas de produccion y al poco desarrollo de su inteligencia. Carecia de techo, no tenia abrigo pues vivia desnudo y permanecia en una lucha constante con la naturaleza misma. Poco a poco, el hombre motivado por sus necesidades se ve obligado a aprender muchas

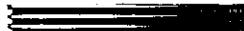
-----  
10/ FEDERICO ENGELS. Ob. Cit. Pag. 30.



actividades. Descubre la piedra, contruye instrumentos de caceria con piedras y con palos, en forma rudimentaria, caza animales salvajes, recolecta frutos y raices y se alimenta de ellos, la piel de los animales le sirve para abrigarse. Las cavernas las utiliza para guarecerse del frio, la lluvia y protegerse de los animales salvajes. El principal producto de esta epoca es la elaboracion de un lenguaje articulado con el que ya se comienza a comunicar.

Ninguno de los pueblos primitivos actuales, pertenece a este periodo o Estado Primitivo, ya que pertenecen a un periodo más desarrollado, pero el hecho de no existir vestigios escritos directos, no indica que dicho periodo no haya existido, partiendo de que si se acepta el origen del hombre desde un grado de inteligencia nulo, tenemos que aceptar dicha transición, encontrandose vestigios muy escasos en sociedades de este tipo en ASIA, AFRICA Y EUROPA, y el mismo continente Americano, siendo estos pruebas de hecho que apoyan la aseveración de la existencia no solo de dicho periodo, sino del hombre que habito en el mismo.

El uso de la piedra en este estadio inferior le da el calificativo de periodo EOLITICO que proviene del griego EOS que significa AURORA, y de LITHOS que significa PIEDRA. En esta epoca el hombre vivia en grupos de pocos individuos, probablemente al aire libre, protegiendose contra el viento en cuevas o debajo de salientes rocosas. El hombre del EOLITICO, es





probable que tambien hiciera uso de trozos de madera puntiagudos y de huesos largos de animales que cazaba, pero no es sino hasta el periodo PALEOLITICO del griego PALEIOS, VIEJO y de LITHOS, PIEDRA, cuando ya hace la union de la piedra con la madera y los huesos, fabricando asi sus primeros instrumentos de caza, los que tambien le servian para defenderse y para arrancar frutos de los arboles.

Los hombres de esta epoca conocieron el fuego y habitaban alternativamente en cuevas y al aire libre, la actividad del hombre era muy elemental y funcionaba unicamente por fines biologicos muy elementales tales como la alimentacion, la defensa y el alojamiento. La mayoria de los individuos de esta epoca apenas comenzaba a aceptar la convivencia que los interrelacionara, fue el tiempo el que les hizo sentir la necesidad de convivir en grupos para defenderse de las fieras, y en grupo fue la unica forma de poder cazar animales de gran tamaño, los que luego eran repartidos entre los que ayudaban a cazarlos. Pero dentro de lo anterior cabe destacar que es la mano del hombre el primer Instrumento de trabajo descubierto por el hombre, con lo cual se demuestra las ventajas de dicha actividad, produciendo los medios de sustento necesarios para su supervivencia.

Es debido entonces a la necesidad de proteccion y alimento que el hombre se ve compelido a unirse en grupos, formando asi



lo que se dio por llamar primero MANADAS, luego HORDAS, por lo que a este periodo tambien es llamado REGIMEN DE LA MANADA PRIMITIVA, los grupos eran nomadas y relativamente poco numerosos, dandose ya una jefatura que podia ser un hombre o una mujer.

**ESTADIO MEDIO:**

Es conocido este periodo como LA EDAD DE PIEDRA, no diferenciandose casi en nada del estadio inferior, ya que existen muchas similitudes. Es el uso del fuego lo que hace cambiar sustancialmente las condiciones de vida material del Hombre, ya que con su uso la carne que consume comienza a cocerla sobre el fuego, y del mismo obtiene calor en los dias frios que con anterioridad le producian la muerte. Dentro de sus logros se encuentran ya no solo la caza de animales domesticos sino que se agrega la actividad de la pezca, ya utilizandose en sus instrumentos de caza las puntas triangulares con las que le es mas facil la caza de su presa, son tambien inventados una forma de raspadores que sirven para descuartizar a los animales y para cortar las pieles o madera. Debido a la actividad pesquera el hombre siguio los cursos de los rios y las costas de los mares. La constante busqueda de alimento no le permitio al hombre vivir en un lugar fijo siendo NOMADAS todas las manadas de esta epoca. Se incrementa la caza de los grandes animales que vivian en





rebaños, así como la pesca la que da lugar al inicio de construcción de piraguas de troncos de árboles con el uso de hachas rudimentarias. Se inician las primeras viviendas aunque no eran utilizadas aun para vivir en forma definitiva. Aparecen los primeros tejidos rudimentarios de fibras vegetales, la piedra pulimentada y la utilización de utensilios y recipientes de madera y se inicia la fabricación de los de barro con la ayuda del fuego. La característica especial de esta época es que las manadas eran NOMADAS lo que dio lugar a que se difundieran por la totalidad de la tierra. La ocupación de nuevas zonas, el instinto descubridor del hombre y el poseer el fuego por frotamiento, dieron lugar a la obtención de nuevos alimentos, tales como raíces y tubérculos cocidos dentro de cenizas calientes y hornos rudimentarios excavados entre el suelo. La cacería ya fue a veces ocasional ya que no se sostenían únicamente de la misma. La piedra que se usaba ya no era tan rudimentaria como en el estado inferior. Se inventó el arco y la flecha que le hicieron más fácil la caza y la pesca. Con el incremento de la caza, se da origen a la ganadería primitiva, surge también la agricultura y da inicio en el final de este estadio medio a la vivienda permanente y la convivencia sedentaria. El desarrollo de sus habilidades lo comienza a demostrar el hombre con la utilización de la piedra ya pulida mejor trabajada y más manejable. Los instrumentos más comunes



fueron los cuchillos, raspadores, flechas, sierras y otros. Los individuos de este periodo se iniciaron en las artesanias, labraban cuchillos y hacian arpones para la pezca y propulsores para el lanzamiento de dardos con los que cazaban a sus presas, fabricaron ya utencilios domesticos como espatulas, alisadores para preparar las pieles, agujas etc.

Lo importante de este periodo fue que el hombre seguia viviendo errante en pequenos grupos y se refugiaban en cavernas, aunque ocasionalmente construian viviendas.

**ESTADIO SUPERIOR:**

Se desarrolla este periodo con el uso de LA AGRICULTURA DE ARADA que sustituye a LA AGRICULTURA DE AZADA, en la cual se desarrollan las fuerzas productivas existentes, se emplea el ganado como fuerza de tiro, se sigue utilizando el arco y la flecha los que unidos a una cuerda formaron un instrumento muy complejo, cuya invención supone ya una larga experiencia acumulada y la utilización de facultades mentales superiores. La cria de ganado se convierte en algunas tribus en la actividad de trabajo principal. Se encuentran ya viviendas fijas formando aldeas, y dando como resultado LA GENS como la celula primaria de La Sociedad Humana que se encuentra en ese momento en estado de gestación, siendo propia del regimen ya avanzado de la comunidad primitiva de ese momento. Se da cierto dominio sobre





la producción de los medios de subsistencia, como las vasijas, trebejos de madera, el tejido a mano (sin Telar) con fibras de cortezas, cestos trenzados con juncos, y se inicia la fabricación de armas ya más pulimentadas. La piragua ya es de un solo tronco de árbol.

En las aldeas que ya se van formando, sus habitantes ya sedentarios se dedican a la agricultura y a la ganadería. Se trata ya de grupos de individuos unidos ya no solo por la necesidad de protección y alimento sino de individuos unidos por lazos de sangre ya que a las necesidades básicas de alimento y protección se une la necesidad biológica de la co-habitación que da como producto la procreación de hijos que agrandan el grupo gentilicio aún no catalogado como familiar.

Surgen entonces las primeras uniones de diferentes gens dándose origen a las denominadas tribus que en ese momento llega a ser LA FORMA SUPERIOR DE ORGANIZACION DE LA COMUNIDAD PRIMITIVA.

Es entonces en el inicio de la convivencia frecuente de grandes grupos de individuos cuando el hombre se da cuenta de la existencia de ciertas necesidades biológicas que su poca inteligencia no alcanza a comprender, la única respuesta que obtiene es la que la misma naturaleza le da, dándose inicio entonces simultaneamente a la convivencia ya habitual entre individuos una co-habitación que como se deja entrever al inicio ni el mismo hombre se explica. La naturaleza es la que entonces



inicia la union del hombre con la mujer en un fenomeno excepcional e inexplicable para entonces, que sin saberlo va a dar origen a la perpetuación de la especie en el transcurso de los siglos de existencia del hombre sobre la tierra.

Surge aqui una serie de relaciones hetero sexuales entre todos los individuos de las gens o tribus, que se han dado en denominar RELACIONES DE PROMISCUIDAD, en donde todos los hombres se relacionaban sexualmente con todas las mujeres de su gens o tribu, no importando en ese entonces la relación de consanguinidad existente, ya que como se ha dicho esta situación aún no era comprendida, solo se buscaba satisfacer una necesidad biologia que tampoco se comprendia y fue esto lo que unio en un principio a todos los individuos de la Gens que se necesitaban entre si. Se acepta entonces la existencia de UN ESTADO DE PROMISCUIDAD SEXUAL, en el cual dentro del seno de una tribu imperaba el comercio sexual sin obstaculos, de tal manera que cada hombre pertenecia igualmente a todas las mujeres y cada mujer a todos los hombres. Desde el siglo pasado se ha hablado de un estado familiar primitivo promiscuo, pero se hablaba de el como mera ficción. Es Bachofen el primero en estudiar este estado de cosas e investigó sus vestigios en tradiciones historicas y religiosas. Mas en el escudriñar de la historia, Bachofen no descubre sino que la existencia del matrimonio por grupos como el mas remoto y comprobable, aquel periodo social

primitivo, aun admitiendo que haya existido realmente, pertenece a una epoca tan remota que de ningun modo podemos prometernos encontrar pruebas directas y fehacientes de su existencia, ni aun en los fosiles sociales, de los salvajes mas avanzados. En la actualidad se ha negado la existencia de ese periodo inicial de la vida sexual del hombre, apoyandose en la falta de pruebas directas, PERIODO LLAMADO DE VERGUENZA DE LA HUMANIDAD. Pudiendo ser ese comercio sexual sin trabas producto unicamente de las especies inferiores.

En el Regimen Gentilicio a manera que se avanzaba en su desarrollo se creo la necesidad de ir erradicando el incesto que era comun, ya que como se ha narrado existia dentro de la gens LA LIBERTAD SEXUAL en donde cada mujer pertenecia igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres, se inicio entonces la union de individuos de una gens con los de otras gens, quizas en el intento de pensar del hombre ya mas evolucionado que con la union de dos individuos de distintas gens, sin la relacion de consanguinidad, podia formarse una raza mas pura y mas fuerte, siendo quizas este el momento que da origen a la familia, la cual ya fue formada por la union unica de un hombre y una mujer sin lazos de consanguinidad y provenientes de dos gens diferentes, dando origen a sus propios descendientes.

Dentro de las gens se da la primera gran division del





trabajo, ya que la caza corria a cargo de los hombres dependiendo esta de la suerte que tuvieran en el dia. En cambio a agricultura y la ganaderia correspondia a la mujer, quien aportaba la mayor parte de la energia fisica y obtenia el mayor número de alimentos, si la caza no habia sido fructifera para el hombre en ese dia, aportando entonces solamente la mujer los alimentos para el sostenimiento de la unión. La dominación en ese sentido fue la que entonces dio lugar al DENOMINADO Matriarcado, en el cual el parentesco comenzo a establecerse en linea unicamente materna. La mujer trabajaba más, aportaba más, por lo tanto tenia más derechos y asi los hacia valer no solo sobre su pareja sino sobre los demas miembros de la gens. El poder de dominio sobre el hombre prevaleció y la mujer tomo las decisiones en nombre de ella y de su hombre. Dado a esto todo el regimen de la comunidad gentilicia floreció bajo el dominio total de EL Matriarcado. Se da tambien la separación de las tribus ganaderas de las agricolas.

"El descubrimiento de la primitiva "gens" de derecho materno, como etapa anterior a la "gens" de derecho paterno de los pueblos civilizados, tiene para la Historia primitiva la misma importancia que la teoria de la evolución de Darwin para la Biología." (11). Esto hizo que Morgan estuviera en

1/ FEDERICO ENGELS. Ob. Cit. pag. 19.



condiciones para poder bosquejar por primera vez una historia de la familia, pudiendose partir de la divición de sus estadios todo lo referenté al estudio de la evolución de la familia, dandose origen al inicio de una nueva era para el estudio de la Pre-historia.

Es la gens del derecho materno el eje sobre el cual gira todo el estudio del origen de la familia, ya que desde su descubrimiento se sabe su origen, y nos orienta en la dirección en que deben ser encaminadas las investigaciones acerca del origen de la familia a nivel general.

El descubrimiento de la aleación del cobre con el estaño, que dió lugar al bronce, como un logro más en este periodo, desencadenó la producción de instrumentos de trabajo mas perfectos y desarrollados.

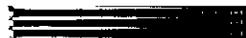
Es así como durante la evolución humana, se han dado cuatro formas principales de familias, que corresponden a los tres estados fundamentales de evolución que son referidos por Morgan siendo en el Salvajismo LA FAMILIA CONSANGUINEA derivada del MATRIMONIO POR GRUPOS, LA FAMILIA PUNALUA como una derivación de la consanguinea, LA FAMILIA SINDIASMICA en La Barbarie y en la Civilización LA FAMILIA MONOGAMICA con sus diferentes variaciones como lo son el adulterio y la prostitución. Estamos aquí frente a una serie de formas de familia que estan en contraposición absoluta con la admitida hasta ahora como unica y valedera, estas



formas de familias antiguas difieren a las reinantes en actualidad, en las cuales cada hijo tenia varios padres y varias madres.

Encontramos entonces durante la evolución del Estado Salvaje dos clases de familias que no se diferencian en mucho una de la otra, siendo la primera LA FAMILIA CONSANGUINEA, la cual se reconoce como la primera etapa de la familia y LA FAMILIA SINDIASMICA.

En la FAMILIA CONSANGUINEA, los grupos se separan segun las generaciones, siendo todos los abuelos y abuelas como limites de la familia el primer circulo que forma la familia, siendo todos mujeres y maridos entre si, lo mismo sucede con los hijos de estos o sean los padres y madres que forman un segundo circulo, siendo a su vez estos todos mujeres y maridos comunes, los hijos de estos forman el tercer circulo, siendo tambien todos estos mujeres y maridos entre si, repitiendose lo mismo con la cuarta generacion que la forman los bisnietos de los primeros, quienes forman un cuarto circulo familiar, los que tambien son mujeres y maridos unos de otros. Concluyendose que todos los miembros de la familia consanguinea son maridos y mujeres unos de otros, dandose un ejercicio carnal reciproco entre hermanos y hermanas, no importando aun los lazos de sangre, los cuales eran ignorados hasta este momento. Lo trascendental de esta clase de familia era que todos descendian de una pareja original que eran el



limite de la familia, y que todos entre si eran hijos, hermanos y hermanas entre si y por consiguiente maridos y mujeres unos de otros.

Diose tambien en EL ESTADO SALVAJE bajo el regimen de matrimonios por grupos o quizas antes, otra clase de familia DENOMINADA SINDIASMICA, la cual se caracterizaba por ser formada ya por parejas conyugales unidas para un tiempo determinado, mas o menos largo, el hombre tenia varias mujeres, pero existia una que era la jefe de todas, no llamabasele favorita pues tenia los mismos derechos de las demas mujeres, y aunque este hombre no fuese el unico para esta mujer, se le llamaba el favorito de esta. Dichas familias es probable que con el desarrollo de la GENS y dada la prohibicion de los matrimonios entre hermanos, se haya desintegrado.

#### I.2.b.BARBARIE.

##### ESTADIO INFERIOR:

En este periodo se desarrolla la alfareria, cuyo uso se inicia por la costumbre de recubrir de arcilla todos los objetos de madera que se utilizaban sobre el fuego para que no se quemaran, este uso hizo que se descubriera que la arcilla sobre el fuego se volvia resistente y no se quemaba del todo. El desarrollo de esta alfareria y el avance de las fuerzas productivas permite que cada familia comience a tener una



economía independiente, en la que el hombre desempeña un papel nuevo y mas importante, pues el cuidado y domesticación de los animales y la labranza pasan a ser actividad del hombre, sustituyendo en estas actividades a la mujer y en consecuencia pasa a ocupar un nuevo papel en las actividades economicas de su comunidad, actividad que lo coloca como cabeza de familia, dando lugar con esto a la primera revolución primitiva como lo es la transición del Matriarcado al Patriarcado. Transición de suma importancia dentro del Estadio Inferior de La Barbarie ya que el hombre se convierte en jefe unico de la comunidad gentilicia, EL PATRIARCA DE LA GENS, se establece a partir de entonces el parentesco en linea Paterna.

Hasta esta fase se puede considerar que el progreso de los pueblos siguen un rumbo ascendente, considerando que tanto en El Antiquo como en El Nuevo Continente (America), los logros y los progresos se asemejan unos y se diferencian otros. Asi es que durante este periodo se observa que en el Viejo Mundo se poseia casi todos los animales domesticos y toda clase de cereales propios para el cultivo, a excepcion del maiz que era un cereal que solo lo poseia El Continente Americano.

El momento cumbre de La Barbarie fue entonces la domesticacion del ganado y el cultivo de los cereales, pero a pesar de las diferencias minimas entre el desarrollo de los pobladores de los distintos continentes marca que sus poblaciones



sigan su marcha propia y consigan sus propios logros. Por lo demas todos los logros ya alcanzados se mantienen unos y se perfeccionan otros.

Es por esto que este periodo es denominado por Federico Engels, como "el periodo de la ganaderia y de la agricultura y de adquisición de metodos de creación mas activa de productos naturales por medio del trabajo Humano." (12).

Encontramos en este periodo la denominada derrota del sexo femenino, al ser abolido el derecho materno por el derecho paterno. Surge aqui el hombre ya como cabeza de familia, tomando la dirección del hogar, degradandose la condición de la mujer que hasta este momento fue superior a la del hombre, llegandosele a considerar unicamente como un instrumento de reproducción.

Con el liderazgo del hombre dentro de las gens surge la familia Patriarcal, la cual se caracteriza, no solo por la poligamia sino con la organizacion de cierto numero de individuos (libres o no) que se unen en una familia bajo el poder de un solo individuo hombre a quien denominan padre o jefe de familia, formado por varias generaciones de descendientes del mismo padre, junto a mujeres e hijos y otros parientes incorporados a la familia, incluyendose hasta a los esclavos, quienes eran

---

12/ FEDERICO ENGELS. Ob. Cit. Pag. 30.



agregados a la familia despues de alguna guerra. Llegandose a contar a veces hasta con cien o mas miembros, que viven juntos en un mismo lugar, labran juntos la tierra, se alimentan y visten de las reservas comunes. Con el surgimiento de la familia patriarcal, la familia particular se alza amenazadora frente a la gens. Con ello se da inicio a la desintegración de la gens y se inicia un nuevo modo de producción como lo fue el esclavista, en el cual la propiedad privada se extendio a la propiedad sobre la tierra. La esclavitud en las primeras fases se desarrollo durante mucho tiempo con caracter domestico dentro de la familia patriarcal.

Es en el tipo de familia Patriarcal en donde se encuentran las características de la FAMILIA SINDIASMICA, ya que las mismas las refiere Morgan especificamente a los indios del Estadio Inferior de La Barbarie, aunque se desarrolla al maximo en el Estadio Superior de la misma, siendo aun todos mujeres y hombres unos de otros, con la unica diferencia de que existia una mujer en jefe sobre todas las demas y un esposo principal sobre los demas esposos.

Todos los medios de producción se transforman en propiedad privada del jefe de familia, quien asume la responsabilidad de la buena marcha de la economia familiar, se mantiene unicamente la propiedad privada sobre la tierra. Ya se toman en cuenta para la elección del Jefe de La Gens, diferentes atributos como la



sabiduria, valor en las luchas, habilidades en la caza, asimismo  
dicho Jefe ya es electo en reunion general de todos los miembros  
de la Gens que resolvian todas las situaciones de importancia.  
Se inicia el intercambio de objetos por otros objetos.

BARBARIE.

ESTADIO MEDIO:

Este periodo de la vida del hombre primitivo, se caracteriza  
por La ganaderia y la Agricultura, ya mas desarrolladas, se  
cultivan hortalizas con el uso de riego, se crían e intercambian  
no solo ganado vacuno, sino que se agregan a la crianza animales  
oviparos, como el pavo y otras aves. La vaca les proporcionaba  
leche y carne.

En el continente Americano se puede ubicar este periodo en  
pueblos de Indios Mexicanos y Centroamericanos, los cuales se  
dedicaban a la cria de animales domesticos y al cultivo de  
hortalizas por medio del riego. Se empleaba ya los adobes  
(ladrillos sin cocer y secos al sol), que eran utilizados en la  
construcción de viviendas. En la epoca del descubrimiento dichos  
indios ya contaban con el cultivo del maiz, que no era conocido  
en el Viejo Mundo, y quizas la calabaza, el melon y otras  
hortalizas que les administraban lo esencial para su  
alimentación, aunque se presume que el inicio del cultivo fue en  
busca de forrajes para el ganado y hasta despues fue utilizado

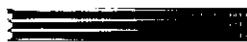




para la alimentación del hombre. Vivian en casas de mader en aldeas protegidas por empalizadas. Aunque se encontraban casas de adobe y piedra. Ya eran utilizados metales con excepción del hierro. Eran conocidos ya como pueblos pastores. Durante este estadio prevalece en los pueblos existentes, aun la Familia Sindiasmica. Morgan en sus estudios sobre el origen de la familia ubica en America a una de las primerass familias Sindiasmicas, las que nacen en la epoca que sirve de limite entre el estadio medio y el estadio superior de la Barbarie, cuya descendencia fue reconocida en todo el mundo. Lo caracteristico de estas familias era la forma de calificar a los hijos y a las hijas, ya que un padre llamaba hijos no solo a los suyos propios sino a los hijos de sus hermanos varones, no asi a los hijos de sus hermanas mujeres a quienes llamaba sobrinos o sobrinas. Lo mismo se daba en la madre, quien llamaba hijos e hijas a los suyos propios y a los de sus hermanas mujeres, llamando sobrinos a los hijos e hijas de sus hermanos varones.

Siendo esta la primera manifestación de lo proximo, lo igual o desigual que podia darse del parentesco consanguineo en una familia.

Segun Federico Engels, este sistema de parentesco ya no existe en la actualidad, pero se presume como la forma de familia mas rudimentaria en el continente Americano, especificamente en LA POBLACION HAWAIANA, la cual no puede ser demostrada pero que.



necesariamente ha de haber existido debido a la evolución y transformación de todas las cosas existentes.

#### ESTADIO SUPERIOR:

Da inicio este periodo con la utilización de minerales como el Hierro, pasando ya a la civilización con el invento de la escritura alfabética. Este estadio supera a todos los anteriores por los progresos de la producción. Surge la agricultura utilizándose ya el arado de hierro, se utiliza a los animales vacunos para halar los arados, lo que hace posible el cultivo en extensiones de tierra a gran escala, lo que produce un aumento de los medios de existencia de aquel entonces.

El arado fue el que hizo posible aprovechar los bosques que se talaron en madera para construir casas, y leña para la cocina, y las tierras taladas fueron transformadas en tierras laborables y en grandes praderas. Se utilizaron los mojones para la división de las tierras.

La difusión del hombre por toda la tierra y la promiscuidad existente entre los miembros de las diferentes gens, dio lugar a un rápido aumento de la población y de la densidad de esta en espacios pequeños.

Es entonces como se ha hecho referencia en párrafos anteriores, que la necesidad que el mismo hombre se creó al querer dar paro a la promiscuidad existente entre los miembros



de su gens, y en búsqueda de una mejor raza de individuos, que  
de LA FAMILIA SINDIASMICA aun predominante en el Estado Superior  
de La Barbarie, surge o podria ser que existe en forma analoga  
LA FAMILIA a la cual Morgan ha dado en denominar PUNALUA. Es a  
partir de entonces que los lazos consanguineos comienzan a  
tomarse en cuenta, diferenciandose esta nueva clase de familia  
de las anteriores en que el comercio sexual ya no se da entre  
hermanos y hermanas. Las hermanas o los hermanos en linea ya no  
se mezclan entre si, sino con otra mujer u otro hombre no  
consanguineo de otra gens, al que dieron en llamar PUNALUA que  
significa COMPANERO INTIMO, como quien se refiere a un consorcio.  
Al principio la familia era formada por todos los miembros  
originales, pero de la comunidad reciproca sexual se excluyeron  
primero los hermanos carnales y luego tambien los hermanos mas  
lejanos, asi como a las hermanas de los hombres. Es probable que  
de la Familia Punalua se origine La Gens, lo que nos hace admitir  
la existencia de esta clase de familias en todos los pueblos  
barbaros y civilizados tanto del continente Americano como de los  
continentes Asiatico, Africano y Europeo, aunque en Australia se  
encuentran en la actualidad tribus con esta forma de vivencia  
familiar.

La exclusión progresiva de los parientes consanguineos del  
lazo conyugal, es cada vez mas grande, primero de los mas  
cercanos, luego de los mas lejanos, y luego de los que son



simples parientes por alianza, hacen por fin, imposible en la practica, toda especie de matrimonio por grupos.

Es con la familia Punalua que surge simultaneamente LA MONOGAMIA DE LA MUJER Y LA POLIGAMIA DEL HOMBRE, y es con el desarrollo de la gens y dada la prohibición de los matrimonios entre hermanos que el matrimonio por grupos va desapareciendo. El estudio de la historia primitiva nos manifiesta condiciones en que la poligamia de los hombres y la poliandria de las mujeres van juntas, y en que, por consiguiente, los hijos comunes se considera que pertenecen en comun. A su vez, esas mismas condiciones pasaron por toda una serie de modificaciones hasta que se resuelven en la MONOGAMIA. Estas condiciones de modificación son de tal especie, que el circulo que abarca la union conyugal comun, y que era muy amplio en su origen, ya que abarcaba una tribu entera, que se estrecha poco a poco con el transcurso del tiempo, y que por ultimo llega a predominar la pareja aislada que hoy existe.

Es asi como en el principio de la Monogamia, esta no se manifiesta en su forma pura, ya que a la par de la monogamia de la mujer, co-existe la Poligamia del Hombre, quien es el unico que tiene derecho a ser poligamo y a la infidelidad, pudiendo cada hombre tener mas de una mujer, a la que se le exige fidelidad mientras dure la union, siendo la infidelidad, cruelmente castigada. Los hijos son considerados de ambos. Pero



el vinculo conyugal es facilmente disuelto, y despues los hijos son nuevamente solo de la madre. No tenemos entonces mas que parejas unidas por un vinculo fragil aun, facil de disolverse, pudiendose tomar a este tipo de familia como la base de la que actualmente conocemos.

Tenemos entonces que la principal herencia que la Barbarie dio a la civilización fueron objetos como: trebejos de hierro perfeccionado, el molino de brazo, la rueda de alfarero, la preparacion del aceite y el vino, el trabajo de los metales ya como un oficio artistico, la carreta y el carro con ruedas para la guerra, la construcción de barcos, la agricultura como un arte, las ciudades amuralladas y la familia Monogamica que coexistia con la Monogamia de la mujer y La Poliandria del hombre. Fue la familia patriarcal la que señala el transito del matrimonio sindiasmico a la Monogamia, ha constituido el estadio de transicion entre la familia del derecho materno y la Monogamia Moderna.

Un ejemplo clasico de Familia Patriarcal, lo encontramos en la familia Romana, pero debe aclararse que en su origen la palabra familia no tuvo como fin la union de una pareja por amor para procrear a sus propios hijos, y vivir juntos para siempre. Dicha expresión fue inventada o creada por los romanos para designar una nueva institución social que sirviera para delimitar a la persona que con el cargo de jefe, tenia a su cargo a una

mujer, a los hijos comunes, y a cierto numero de esclavos ejerciendo la patria potestad sobre ellos, asi como el derecho de vida y de muerte sobre los mismos. Es decir que la aplicación del vocablo familia se utilizo tecnica y juridicamente por primera vez por los romanos y en este sentido, formando la familia parte del patrimonio de un hombre romano.

Con la familia Patriarcal se entra en el dominio de la Historia escrita, lo que nos da la certeza de contar a partir de entonces con vestigios ya escritos acerca de la misma.

### I.2.c.CIVILIZACION:

Denominada por Federico Engels como el: "Periodo en que el hombre aprende a elaborar productos artificiales, valiendose de los productos de la naturaleza como primeras materias, por medio de la industria propiamente dicha y del arte." (13)

Predomina en esta fase de la vida humana, la familia denominada MONOGAMICA, la cual surge entre los estadios medio y superior de La Barbarie, siendo su triunfo definitivo uno de los signos caracteristicos de la CIVILIZACION NACIENTE. Se funda en la facultad del hombre de poder unirse con una pareja del sexo opuesto, para procrear hijos que tengan la certeza de la

-----  
13/ FEDERICO ENGELS. Ob. Cit. pag.30.

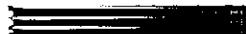




paternidad, y que algun dia le puedan heredar sus bienes. Diferenciandose este tipo de familia de la sindiasmica en la solidez mucho mas grande del vinculo conyugal, cuya disolucion ya no es facultativa. De aqui en adelante, solo el hombre posee la facultad de romper el vinculo conyugal, pudiendo repudiar a su mujer. Se le da tambien al hombre el derecho de infidelidad. Derechos con los que no contaba la mujer, los que caido el regimen de la Familia Matriarcal no ha vuelto a tener, ni aun en la familia moderna actual. La mujer era pues cruelmente castigaba si llegaba a ser infiel. Este tipo de familia es facil de identificar en la civilizaci6n griega.

Cabe resaltar que este tipo de familia Monogamica, no es la que se reconoce legalmente en la epoca moderna, sino que es unicamente una familia Monogamica solo de apariencia, ya que la monogamia la ejerce unilateralmente la mujer, que debe mantenerse fiel a su esposo, no asi en lo que respecta al hombre a quien se le autoriza ser Poligamo, pudiendo tener mas de una mujer, incluyendo a las esclavas. Esta familia Monogamica, fue una familia con bases sociales de conveniencias y no naturales como lo fue en el principio, ni tampoco con bases sentimentales y morales como lo es en la actualidad.

Al escribir Morgan sobre el origen de la familia, y al indicar las distintas etapas por las que la misma ha pasado, nos indica lo siguiente que vale la pena resaltar: "Si se reconoce





el hecho de que la familia ha atravezado sucesivamente por cuatro formas y se encuentra en la quinta actualmente [etapa de perfeccionamiento de la monogamia], plantease la cuestion de saber si esta forma puede ser duradera para lo futuro. Lo unico que puede responderse es que debe progresar como progresa la sociedad, que debe modificarse conforme la sociedad se modifica. Es producto del sistema social y reflajara su estado de cultura. Habiendose mejorado la familia monogamica desde los tiempos modernos, licito es por lo menos creer que es capaz de perfeccionamiento ulterior hasta que se consiga la igualdad entre los dos sexos. Si en un porvenir lejano, la familia monogamica no llegase a satisfacer las exigencias de la sociedad es imposible predecir de que naturaleza seria la que la sucediese."

(14)

-----  
14/ FEDERICO ENGELS. Ob. Cit. Pag.35.



### I.3. LA FAMILIA EN LA ANTIGUEDAD.

Siguiendo un orden en el estudio del origen de la familia, se hace necesario la búsqueda de datos en la Historia Escrita de aquellos pueblos antiguos que sentaron las bases para todas aquellas Instituciones jurídicas que hacen cobrar vida a los pueblos de la época moderna, pueblos antiguos entre los cuales se puede destacar a Grecia, Roma, Babilonia, Asiria y El Pueblo Hebreo. Es así, como a través de las siguientes líneas se tratara de hacer una brebe síntesis histórica de cada uno de estos pueblos considerados entre los antiguos, como los más importantes, y así poder ver cuales fueron sus aportes respecto de la Institución jurídica familiar.

#### I.3.a. GRECIA.

Algunas Escuelas modernas Positivistas y Sociológicas, basaron diversos puntos de vista en orden a la evolución de la familia, en la supervivencia de ciertas costumbres y al estudio de la filología comparada y de la Prehistoria, es así como la tradición católica basa el origen de la familia en el matrimonio monogámico y en la preeminencia marital. Bachofen en cambio puso su origen en la promiscuidad y el matriarcado primitivos de los cuales paso al Patriarcado, posición que tuvo muchos notables seguidores, pero aparte de determinados argumentos de inducción histórica encontramos que en todas las tesis sostenidas por las

distintas escuelas se han encontrado en la imposibilidad de encontrar un tipo primitivo uniforme de constitución familiar.

Con respecto a Grecia entre sus habitantes mas antiguos encontramos que LOS PELASGOS, eran originarios del Asia, no encontrándose habitantes que sean originalmente de Grecia, ya que mas tarde al comienzo del segundo milenio de su existencia, se dieron diversas incursiones de poblaciones Indoeuropeas que se asentaron luego en tierras griegas y entre las cuales se encuentran las de LOS AQUEOS, DANAOS, EOLIOS O JONIOS. Pueblo que procedian de la inmensa planicie y praderas que se extiende desde el rio Rin hasta el Baical, las cuales les brindaban como tribus seminomadas excelentes campos de pastoreo y tierra propicias a la explotacion agricola. Dichos pobladores fueron los que penetraron y se asentaron en la peninsula griega extendiendose en grandes grupos por el resto de las Islas.

Desmembrado el antiguo clan patriarcal, la multiplicidad de viviendas correspondió a un regimen familiar individual, en el cual la mujer ocupó por mucho tiempo un lugar destacado. En un principio Creta estuvo sub-dividida en varias tribus, cuyos jefes mas poderosos dominaban a los demas. Surgieron Instituciones bastante perfeccionadas, aunque al respecto no existen datos ciertos, ya que los que existen son muy vagos.

Los primeros habitantes de la grecia antigua, tuvieron como primer regimen el de La gens. Estas amplias familias o mas bien

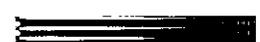


tribus, veneraban en un principio a un antepasado com  
poseisan un rey el cual personificaba al patrimonio colectivo y  
a la justicia particular, era el interprete de sus dioses, y en  
caso de duda organizaba Ordalias (juicios de Dios).

En las relaciones entre tribus, se daba la solidaridad familiar,  
la cual era tan completa que, despues de una contienda, se  
reconocia el derecho de venganza en cualquier miembro del clan  
contrario, aunque el precio de la sangre podia ser pagado con  
cabezas de ganado o con esclavos.

El Regimen Patriarcal fue clásico de los pobladores griegos,  
el cual no era posible sino en la vida campesina, pastoral o  
agricola. Al principio existió unicamente el llamado BURGO o  
KOME, que se trataba de una agrupación de individuos  
eminentemente agricola, rudimentaria y seminomada, mas adelante  
los burgos fueron reuniendose, lo que dio lugar al nacimiento de  
la ciudad o un amplio grupo de individuos establecidos en torno  
a una divinidad y a su altar. El rey que dominaba en la ciudad,  
sometió a los reyes de los clanes que se incorporaban a la misma,  
los que formaron en torno a dicho rey una especie de aristocracia  
que, al reunirse la asamblea se fue extendiendo a sus familias.

Un poco antes de la epoca clasica, fue desapareciendo la  
antigua Gens que dio paso a la familia restringida, la cual  
estaba ya limitada a las personas que se cobijaban bajo el mismo  
techo.





El Matrimonio fue la primera Institucion . donde se establecida por la religion, el mismo constituia o, mas bien prolongaba, durante una generaci3n, la familia del marido. Debiendo ambos esposos ser ciudadanos y la novia debia tener siempre el consentimiento de su padre o tutor, necesitando el novio dicho consentimiento, unicamente en caso de ser menor de edad. Un gran adelanto del matrimonio fue el que ya no se compraba a la mujer, sino que esta era pedida en matrimonio y la mujer permitia que la casaran, la diferencia de las edades entre los novios eran evidentemente grandes. Cuando existian intereses materiales de por medio los matrimonios eran convenidos entre las familias de los novios. La mujer aportaba una dote y se prevenian garantias por medio de contrato. En lo civil no se requeria de ninguna formalidad, pues las bodas tenian mas bien un sentido religioso e incluso eran concebidas como mitos.

La ceremonia matrimonial en su primera fase se llevaba acabo en la casa de los padres de la novia. En el cortejo matrimonial se desarrollaban sacrificios, baños rituales y formulas de encantamiento que eran recitadas por el padre de la novia al resplandor de antorchas, rituales que precedian a un banquete durante el cual la novia cubierta con un velo, permanecia entre las mujeres alejada de todos los hombres. Seguidamente en una segunda fase se formaba un cortejo procesional que acompaaba a la esposa al domicilio nupcial. La novia corrientemente con el



velo aun, vestida de blanco y adornada con una corona de flores, era conducida en un carro, sentada entre el marido y el paje. El marido al llegar al domicilio conyugal, tras una lucha simulada, la tomaba en sus brazos y la entraba en la mansion, cuidando de que sus pies no tocaran el umbral. Luego comienza en la casa el acto sagrado. En una tercera fase, ya en el nuevo hogar se coloca a la esposa en presencia de la divinidad domestica del esposo, ante la cual se le rocia de agua lustral, toca el fuego sagrado y se recitan algunas oraciones. Luego los esposos comparten un pan, una torta, y algunas frutas. Los esposos se retiraban al tálamo y los padres de la joven se retiraban a su morada llevando consigo una antorcha encendida en el nuevo hogar de la hija. Notese que la union conyugal era para los griegos mas que una relacion de sexos o un aspecto pasajero, era entonces una ceremonia que unia a los dos esposos con los lazos firmes de un mismo culto y las mismas creencias. A partir de entonces la esposa debia adorar unicamente al dios del marido, debiendo dejar de adorar al dios del padre al que adoraba antes de casarse, ya que se le prohibia adorar a dos dioses a la vez.

Segun Antonio de Ibarola: "La ley familiar de la clasica NOXIS se baso invariablemente en el concepto de OIKOS. En su significado original de casa, el vocablo signifioco la familia del ciudadano, colectividad que reposo invariablemente en lazos de deberes religiosos comunes y en un patrimonio comun sobre el cual

los miembros de la familia tuvieron derechos potenciales. La religión del hogar y de los antepasados se transmitió de varón en varón. Su ejercicio no pertenecía exclusivamente al hombre, pues la mujer tuvo siempre su parte en el culto. Soltera, asistía a los actos religiosos de su padre, casada, a los de su marido. Cuando el secularismo se acrecentó en el siglo IV. A.C. LA OIKOS tuvo un sentido más material de caudal relicto. El Matrimonio no solo consistió en pasar de una casa a otra: la mujer abandona el hogar paterno para adoptar los ritos, las oraciones y la religión del marido: prohibido estaba invocar en el hogar a dos dioses diferentes. Los requisitos para entrar en LA OIKOS no fueron uniformes en todas las NOXIS, en ATENAS, durante el período democrático, quedó restringido a los hijos legítimos y descendientes del varón cabeza de familia." (15).

El Matrimonio se regía por principios legales que se encaminaban a producir una prole legítima que perpetuara LA OIKOS. Únicamente los ciudadanos podían casarse, ya que requisito previo era poseer capacidad legal, y únicamente los ciudadanos la poseían.

La MONOGAMIA prevalecía, pero en la democracia ateniense que perentoriamente excluyó DE LA OIKOS a los hijos de las

-----  
15/ ANTONIO DE IBAROLA. "DERECHO DE FAMILIA. p. 100, 101, 102

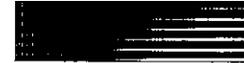


concubinas, mas adelante autorizó a un ciudadano mantener a mas  
de una OIKOS.

Pero no era sino hasta ya dentro del matrimonio, que se hacia valer por el hombre la inferioridad de su mujer. En ATENAS, el marido se convertia en el KUPTOS o dueño de su esposa, tanto así que lo era tambien de su dote. A la muerte de la esposa, la dote paso a los hijos. Aunque la mujer hubiera crecido en un medio acomodado, no recibia sino una instruccion precaria y una simple educacion de ama de casa, de hecho era preparada unicamente para ser mujer y servir a un hombre dentro del matrimonio. Estaba considerada unicamente como un objeto, util / nada mas. Ni siquiera le era permitido salir fuera de su hogar, ya fuera para ir de compras al mercado o a cualquier plaza publica. En el hogar no tenia representación, en las celebraciones o fiestas del marido, le era permitido estar cerca pero no formaba parte de las mismas, unicamente debia estar pendiente de poder atender y vigilar al mismo tiempo la cocina / a los criados. La mujer casada permanecio en una epoca reclusa dentro de su hogar.

El matrimonio siempre fue visto por los antiguos griegos como un interes publico, y lejos de poetizarlo para una vida privada, lo veian mas bien como un deber patriotico y como una necesidad. Tal era el caso que en la epoca de Platon, se consideró que todo ciudadano que no hubiese contraido matrimonio

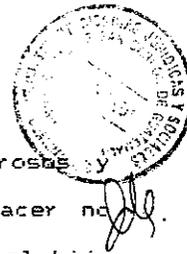




antes de los treinta y cinco años, debía pagar una multa anual de cien dracmas, y no tenía derecho a que los jóvenes le demostraran el respeto que merecía en su vejez.

En cuanto al divorcio, este estaba autorizado para cualquiera de los conyuges, aunque rara vez se verificaba y funcionaba por medio del rechazo o del abandono, sin necesidad de expresarse la causa para hacerlo efectivo, aunque la mayor parte de veces la mujer lo conseguía de su arconte con mayor dificultad, por lo que optaba la mujer muchas veces para poder disolver el matrimonio por escaparse del domicilio conyugal. El divorcio era más fácil para el hombre aunque este careciese de causa real y justa para pedirlo. La mujer divorciada regresaba a vivir con su familia original, de donde podía ser sacada por un segundo esposo, a veces sugerido por el primero. La conducta de la esposa siempre era vigilada, y en caso de la menor sospecha de adulterio, era castigada por derecho propio de los magistrados, fuese cual fuese la opinión del marido, a quien sí era permitido jurídicamente una especie de concubinato, en el cual podía unirse con alguna extranjera, o con una HETAIRA o mujer de moda, a menudo ilustrada, artista y mucho más brillante que su compañera de hogar.

Respecto a los hijos, la procreación era el objeto primordial del matrimonio. Los hijos se consideraban como los continuadores en el culto de sus antepasados, y los esposos



oraban a los dioses para tenerlos, aunque no numerosos preferiblemente varones. Sin embargo el hecho de nacer no bastaba para ser parte de una familia griega, al nacer el hijo debía ser presentado al padre, y si este no lo levantaba en sus brazos significaba su rechazo. Asimismo si este nacia con defectos, el padre tenia cinco dias para decidir si lo aceptaba y si no el niño era llevado a las orillas de la ciudad donde era abandonado para que cualquier transeunte lo levantara y se lo llevara o en un final infeliz la criatura moria por falta de alimento y atención. Si el hijo era aceptado, se le purificaba y paseaba en torno al altar familiar. Al decimo dia se efectuaba una nueva ceremonia en la cual se le daba al niño un nombre (no existian apellidos), que corrientemente era el del abuelo, y seguidamente el padre lo inscribia en la Fratria.

A medida que fueron corrompiendose las costumbres, la Sociedad griega se debilito, y dio lugar a las conquistas que pueblos como El Macedonio y Romano lograron sobre sus habitantes.

#### I.3.b. ROMA.

"Situada entre las Peninsulas Balcanica e Iberica, mirando por un lado hacia Africa y por otro hacia Grecia y Oriente, Italia se encontraba en excelentes condiciones para dominar el mundo mediterraneo. Guerrero y Diplomático, nacido para el

Imperio, el pueblo predestinado fue el de Roma." (16)

El origen del pueblo romano se encuentra sutilmente envuelto en pasajes no solo de Historia sino de leyenda. Según la leyenda Roma fue fundada por unos hermanos gemelos, Romulo y Remo, quienes eran hijos de Rea Silvia y del Dios Marte. Jovenes e inquietos, Romulo y Remo, un día decidieron fundar su propia ciudad en el Monte Palatino, en la margen izquierda del río Tiber. Así nació Roma, el 21 de Abril del año 753 a.c.

Pero según la Historia, los primeros habitantes de que se tiene noticia en Italia alrededor del siglo VIII a.c., fueron por un lado los Ligures y Venetos, de origen desconocido, que habitaron al norte y que también ocuparon una parte de España y parte de La Galia. Los Umbrios, Etruscos, Sabinos, Latinos y Samnitas procedentes del norte y establecidos en el centro de Italia y en el litoral Adriático y Los Griegos al Sur. Es probable que los Troyanos se hayan establecido en la desembocadura del río Tiber, así como también es probable que los celtas hayan ocupado el norte de la Península hasta el siglo IV. Ahora bien, son tres de estos pueblos los que nos interesan en forma especial: LOS ETRUSCOS, SABINOS Y LATINOS.

Los Etruscos provenientes del Asia Menor, ocuparon la región

-----  
16/ VALENTIN GOMEZ. "ENCICLOPEDIA METODICA LAROUSSE". p.p. 247,248.



del norte del río Tiber, mas conocida como La Etruria. Muy poco se conoce sobre ellos, solo que su civilización fue superior a la de sus vecinos. Los Sabinos, de origen Indoeuropeo, habitaron la colina del Quiral en la region montañosa central de Italia. La población Italiana, fue entonces el resultado de la fusion de estas tres razas: Latinos, Etruscos y Sabinos, habiendo estado la población en un inicio dividida en tres grupos etnicos que conservaron sus propias características, los cuales ejercieron en la civilización de la Península una influencia preponderante.

De lo anteriormente expuesto se concluye que todo lo relatado ya sea de origen mitológico o Histórico queda logicamente en el plano de la duda, ya que puede ser alterado por nuevas investigaciones.

En sus orígenes Roma, fue una pequeña población enclavada en el Lacio, cuyos habitantes eminentemente agricultores ya habían sobrepasado las etapas del nomadismo y el pastoreo, aunque en transición hacia la sociedad esclavista y clasista que surgiría posteriormente. Su base económica lo constituía su agricultura. El régimen era de una economía familiar cerrada.

El Régimen patriarcal esta también representado por la familia Romana, la etimología latina nos explica el sentido histórico de la Familia Patriarcal: FAMULUS significa tanto como esclavo doméstico.

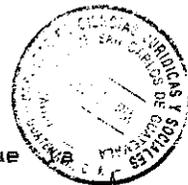
La sociedad Romana primitiva estaba integrada por: LA GENS, LA FAMILIA, Y EL ESTADO. En efecto, aquí encontramos la



composición de un círculo familiar, que en un principio es  
amplísimo (Gens), y después restringido, que se fija en la época  
de Justiniano, comprendiendo a la familia propiamente dicha de  
aquel entonces.

La historiografía moderna, carente de datos precisos acerca  
de LA GENS, ha elaborado una serie de teorías, a veces  
contradictorias, sobre su origen y naturaleza.

La Gens estaba constituida por una agrupación de origen muy  
discutido, existen en la actualidad muchas dudas sobre la  
naturaleza y desarrollo de esta institución primitiva, la cual  
aun después de haber cesado de tener utilidad práctica, figuró  
por mucho tiempo en la historia romana. Al parecer fue una  
simple sobrevivencia de la organización de los poblados  
originarios, por cuanto, fundadas las primeras ciudades, estas  
contaban aun con asambleas particulares, un jefe o príncipe  
Gentis, una organización militar y una organización territorial  
que le atribuía la propiedad de las tierras dedicadas a cultivos.  
Pudo ser una agrupación natural de Familias que poseen un  
ascendiente común, o bien ser un núcleo político anterior a la  
civitas, que fue desmembrándose para dar lugar a la familia como  
institución autónoma e independiente. Los romanos se hallaban  
agrupados en GENTES, cuyos miembros se hacían llamar GENTILES,  
quienes tenían cierta vinculación entre sí, que era fuente de  
derechos y obligaciones recíprocas. La gens fue pues, en todo



caso, un grupo mas amplio que el de las familias que integraban y a las cuales se sobrepuso para preservar sus costumbres religiosas que constituian su derecho, vigilancia que era encomendada a los jefes de familia. El culto, domestico era privativo da cada DOMUS O GENS, y era ejercido por los miembros de las mismas, bajo la direcci3n del PATER O JEFE GENTILICIO.

La Gens desaparecio en epocas muy tempranas, al extremo que los historiadores del principado hablaban de ella como cosa del pasado.

La Familia en cambio, constituia el nucleo fundamental de la sociedad romana: tradicionalmente se define como: "Un grupo de personas unidas entre si pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demas para fines que trascienden del orden domestico." (17)

En notas de BEATRIZ BERNAL y JOSE DE JESUS LEDESMA, en su libro HISTORIA DEL DERECHO ROMANO Y DE LOS DERECHOS NEORROMANISTAS, se encuentra la siguiente cita textual: "Durante la epoca prehistorica, la familia romana, puramente monogamica, presentaba en forma muy acentuada las siguientes caracteristicas:

1. Tanto en su estructura, como en su funci3n, naci3 y se desarrollo para fines de orden y defensa social. Era, por

-----  
17/ BEATRIZ BERNAL; JOSE DE JESUS LEDESMA. "HISTORIA DEL DERECHO ROMANO Y DE LOS DERECHOS NEORROMANISTAS" p.p. 61 a 67.



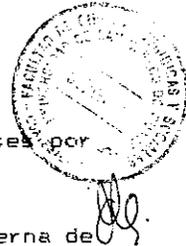


consiguiente una institución política.

2. Se constituía como un organismo compacto e independiente frente a otros grupos familiares y frente a la organización estatal. Era por consiguiente una institución autónoma.

3. El vínculo fundamental no estaba determinado por la sangre (COGNACION), sino por la sujeción a un mismo jefe, lo que establecía el parentesco de tipo AGNATICIO. (Eran agnados entre sí todos los que estaban bajo la potestad de un mismo PATER FAMILIAS, cualquiera que fuese la fuente de la patria potestas: NACIMIENTO, LEGITIMACION, ADOPCION, CONVENTIO INMANUS, ABROGACION, ETC.)

4. La máxima autoridad dentro del núcleo familiar fue el PATER FAMILIAS, jefe único, supremo juez y sacerdote con poderes ilimitados sobre todos los miembros de la misma, que llegaban hasta el IUS VITAE NECISQUE (significa el derecho de dar vida y muerte a todos los integrantes de la DOMUS y es el origen del ilimitado poder del PATER FAMILIAS. Dicha potestad fue en un principio MANUS que ejercía indistintamente sobre la mujer, los hijos, las nueras, los demás descendientes, los esclavos y las cosas. Posteriormente se fue desmenbrando en varias potestades: LA MANUS para la mujer y las nueras; La PATRIA POTESTAS sobre los hijos y demás descendientes; LA DOMINICA POTESTAS sobre los esclavos y el MANCIPIUM sobre los dados IN NEXI, IN NOXA o IN MANCIPIUM, así como sobre los bienes que integraban el patrimonio



familiar. Solo pertenecian a la familia los descendientes por linea paterna, por consiguiente, ERA PATRIARCAL." (18)

Tales conceptos no correspondian a nuestra idea moderna de la familia, ya que en la familia romana hasta un soltero o un impuber podia ser perfectamente UN PATER FAMILIA, con el unico requisito de no poseer ascendientes paternos y debia ser SUI JURIS, o sea no estar sometido a la autoridad de nadie. El poder del PATER FAMILIAS, era absoluto y vitalicio. Incluso detentaba la propiedad de toda clase de bienes de la familia, especialmente aquellos que pudieron ganar sus otros miembros aunque fueran libres, lo mismo que la dote de las mujeres. Como autoridad y Juez, EL PATER FAMILIAS, ejercia el papel de un verdadero sacerdote encargado de hacer respetar las reglas religiosas que presidian sus actividades, sancionaba incluso con la muerte a todos sus descendientes, a sus mujeres, a las personas libres, adoptadas o cedidas por otro Pater Familia, a los libertos y a los esclavos. Hasta lo que fue el Bajo Imperio, la situacion del Pater Familias fue la misma, el aumento de su autoridad amenazo con hacerse tan considerable que el Estado tuvo que intervenir, la obra directa del Estado y la indirecta del reconocimiento de derechos a sus subordinados limitaron progresivamente sus

-----  
18/ BEATRIZ BERNAL; JOSE DE JESUS LEDESMA. Ob. Cit. p.p. 61 a 67.



poderes. La Gens, al abdicar en favor del Estado, se condenó a  
misma a desaparecer. Así, pues la Ley de las doce tablas  
prohibió al jefe de familia, dar muerte al nacer a la criatura  
que no quisiera aceptar, y lo obligó a abandonarla en presencia  
de cinco vecinos. El niño que era cedido por más de tres veces  
a otro jefe de familia, quedaba libre del poder paterno.  
Posteriormente el Pater Familia, fue perdiendo el derecho de  
casar a sus hijos contra su voluntad, sus funciones de jefe  
doméstico se fueron debilitando paulatinamente respecto a los  
libres de su familia.

Ya no podía matarlos ni venderlos como esclavos.

En las postrimerias de la Republica, el jefe de familia  
perdió la facultad de desheredar a sus hijos.

Respecto a los descendientes, se les fue liberando del rigo  
primitivo del Pater Familia. Los no parientes que también  
comprendían la familia, eran personas que no tenían ningún  
parentesco real con el Pater Familia, entre ellos se contaba con  
LOS LIBERI, cedidos por otro Pater Familias, y LOS LIBERTOS que  
eran antiguos esclavos liberados por El Pater Familias y que, en  
consecuencia, gozaron primitivamente de todos los derechos de  
ciudadano romano, a excepción del Jus Honorum y el Jus Connubium  
pero quedaban ligados durante toda su vida a su amo y a sus  
descendientes por el deber de fidelidad, el cual suponía la  
obligación alimenticia reciproca (obsequium), ciertos servicios



en especie y en dinero (operae), y el derecho de su patro y descendientes respecto a su sucesion si moria sin hijos nacidos de un matrimonio posterior a su manumision.

El Matrimonio comenzo a ser considerado la base de la familia, elebandosele a la condicion de sacramento y se proclamaba el principio fundamental de indisolubilidad del vinculo, se diferenciaba del concubinato en las ceremonias religiosas que acompañaban la celebraci3n de todo Matrimonio legitimo. Existian dos clases de matrimonios legitimos, el normal iba acompañado de la MANUS. Era una forma de matrimonio denominado CUM MANU, en el cual la mujer quedaba sujeta al poder desp3tico del marido, el cual poseia el poder de vida y muerte sobre ella, dicho matrimonio se contraia por el usus o cohabitaci3n continua durante un a3o. Podia venderla o hacerla esclava. La mujer no poseia la capacidad para adquirir sus propios bienes. No tenia derecho a divorciarse de su marido, pero este si podia hacerlo de ella. Adem as de esta clase de matrimonio existi3 el MATRIMONIO SINE MANU, que era un matrimonio libre, en el cual la mujer conservaba su independ encia personal y financiera. El matrimonio Cum Manu fue sistemáticamente siendo reemplazado por el matrimonio Libre o Sine Manu, el cual predominaba ya en el ultimo siglo de la Republica Romana.

La Ley Julia (Lex Julia) del adulterio, promulgada por El Emperador Augusto, vino a abolir el poder que el marido tenia





de vida y muerte sobre su esposa dentro del matrimonio Cum Manu. Ya en la época de Justiniano (483-565 d.c.) el matrimonio Cum Manu, ya habia desaparecido, y ya no era reconocido por la ley. A partir de entonces la mujer adquirió independencia del marido, este ejercia poco o ningun control sobre los actos de ella. La mujer podia divorciarse con entera libertad.

El divorcio estaba prohibido en forma general dentro del Matrimonio CUM MANU, salvo en tres casos excepcionales que obligaban al marido a repudiar a su mujer: EL ADULTERIO, EL HECHO DE HABER INGERIDO UNA BEBIDA ABORTIVA Y EL DE HABER FALSIFICADO LAS LLAVES DE LA BODEGA, ya que estaba prohibido a la mujer ingerir vino. En cambio el Matrimonio SINE MANU se contraia y se disolvia por la simple voluntad de las partes.

El poder despótico que El Pater Familias tenia sobre las personas, los bienes y los hijos no fue nunca abolido totalmente, pero fue mitigandose gradualmente por una serie de medidas legales. La relación de padres e hijos fue tomando formas mas humanas, aunque este proceso se realizó de modo muy lento y gradual. Se prohibió la venta de hijos, salvo el caso de extrema miseria. Se discutió ya el derecho de muerte sobre los hijos. Los Emperadores Antonio Pio y Marco Aurelio, abolieron el derecho que el padre tenia a obligar a sus hijos a divorciarse de su esposa o marido. En las postrimerias del periodo imperial se estableció la obligación de dar alimentos a los hijos. Fue gradualmente



restringuido el poder del jefe de familia de disponer de la propiedad de sus hijos adultos.

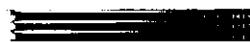
La historia de la familia romana, en su acepción amplia, es, sin embargo, la historia de su descomposición. En efecto la familia gentilicia romana se considera, como una de las Instituciones típicas del primitivo derecho romano, pero la influencia romana hizo a la vez que se originara en su península una disolución de la familia gentilicia indígena, desarrollándose algo así como un individualismo en el orden de las relaciones familiares. Pero por la influencia germana posterior, acentuada en todo el territorio romano, se dio una reacción contra el individualismo romano y un retroceso hacia el tipo familiar originario. Influenciada Roma nuevamente por su propio derecho, el proceso de acción y reacción de la Institución familiar, continua adelante, indeleble, hasta nuestros días.

#### I.3.c. BABILONIA.

"De las manifestaciones jurídicas de Mesopotamia, fue sin duda BABILONIA el foco más importante." (19)

No existen datos específicos acerca de la forma como pudo estar constituido el régimen familiar primitivo en Babilonia, ---

19/ JAIME EYZAGIRRE; ALBERTO ROSAS BENITEZ. "HISTORIA DEL DERECHO" p.p. 83.





sin embargo, es facil deducir que fue un REGIMEN GENTILIZADO SEMINOMADA, similar al de la mayoria de los habitantes de sus territorios vecinos.

El grupo familiar babilonico ya constituido en su forma original, fue muy solido y basicamente se fundamentaba en un documento escrito o Acta unilateral por la cual el marido, previo acuerdo con los padres de la futura esposa, determinaba en presencia de testigos los deberes de su consorte. En dicho documento se plasmaban tambien derechos y deberes como el precio de repudiación en caso de ruptura de la unión, la pena por infidelidad y las demas condiciones que pudieran ser importantes para los contrayentes. Habitualmente la futura esposa, poseia una dote, la cual podia conservar como propiedad suya y podia asimismo heredarla a sus hijos. En caso de muerte de la consorte, dicha dote volvia a la familia original paterna, si la misma no habia dejado descendencia.

Las deudas contraidas dentro del matrimonio, eran solidarias para los dos consortes, no asi las deudas anteriores al matrimonio. Durante el matrimonio, el marido podia agregar a la dote de su mujer una donación, la cual podia gozar en caso de viudedad.

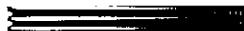
Una de las aportaciones mas grandes de la civilizaci3n babilonica a la vida juridica mundial, y una de sus mas valiosas fuentes, lo fue EL CODIGO DE HAMMURABI, codificaci3n que no



solamente es una mera compilación de leyes y costumbres antiguas, sino que contiene principios jurídicos que hasta antes de su redacción eran básicos y novedosos en la vida jurídica del pueblo babilónico. Su mayor valor fue conservar escritas las costumbres observadas en la antigüedad e incluir normas nuevas consideradas como justas. Dicho cuerpo legal tuvo gran influencia, no solo en Babilonia y sus dominios, sino en una cantidad de pueblos que de una manera u otra tuvieron contacto con aquella civilización. Según la Historia, el Código permaneció en la columna y lugar en que fue redactado por su autor por muchos años, finalizando con la cita que otorga bendición a todos aquellos que fielmente observaran sus preceptos, y maldiciendo a su vez a quienes en su vida diaria no siguieran sus mandatos.

Dentro de la institución familiar, la mujer gozó en la sociedad de una posición favorable, sin llegar a igualar la condición del hombre, llegó a tener una serie de prerrogativas tanto como mujer de hogar, como en sus relaciones sociales, en donde fue respetada ampliamente. Además de el lugar preferente que ocupaba dentro de la familia, la mujer pudo en su vida extrafamiliar dedicarse al comercio. Aun la mujer esclava fue respetada, pues si esta había engendrado hijos del amo, ya no podía ser vendida y a la muerte del amo, quedaba en total libertad.

Dentro de el Matrimonio, se observó La Monogamia, como regla





general, aunque con excepciones. La mujer podia iniciar un nuevo matrimonio, sin haber terminado el primero, cuando su esposo no volviera de la guerra. Si el marido abandonaba a su esposa, esta sin disolver de manera solemne el vinculo matrimonial, podia tener un nuevo matrimonio.

El matrimonio se realizaba de dos formas: a) Se compraba a la mujer, el varon entregaba al padre de la novia una cantidad de dinero, que se consideraba el precio de la que debia ser su esposa, y con ello se adquiria el derecho al matrimonio. b) Mediante la entrega de la Dote, que el padre de la novia daba al varon, concediendose con ello el derecho al matrimonio.

El marido fue el administrador del patrimonio familiar.

La Institucion del divorcio ya fue utilizada por los babilonios, ya en tiempos muy antiguos el divorcio fue usual en Babilonia, a tal grado que llego a abusarse de dicha institucion, pues sin tomar en cuenta ninguna causa justificada, el divorcio podia comprarse, y la separacion de los conyuges tuvo un caracter pecuniario. El conyuge varon, siempre gozo de mas derechos para disolver su matrimonio, pudiendo hacerlo con el solo hecho de pactar la entrega de cierta cantidad de dinero a la esposa. Asimismo, fue usado tambien el sistema de repudio para disolver el matrimonio, el cual podia tener diferentes causales justificadas. El repudio por causa de esterilidad en la mujer, era valido para cualquier marido, pero este tenia la obligacion

le devolver la dote en doble cantidad, pero si no se le había entregado dote al momento del matrimonio, se entregaba a la repudiada una cantidad de plata, la cual variaba según la condición económica del marido. Otra causal muy usada fue la del rechazo de la mujer por mal comportamiento, en este caso el conyuge varón debía expresar una frase sacramental, manifestando su deseo de divorciarse, y la mujer perdía el derecho a la devolución de su dote. En caso de no pronunciar la frase sacramental, podía el varón contraer nuevas nupcias, y la repudiada debía vivir en la misma casa como sirvienta.

En cuanto a la condición de los hijos, la ley distinguía los hijos de condición libre, o sea de padres libres; los hijos de matrimonio en que solo la mujer era libre; los Libertos o hijos de una concubina; Los hijos de padres esclavos; Los hijos menores, cuyo padre o madre se dedicaban a la prostitución y los hijos Adoptados.

Los bienes eran heredados únicamente a los hijos varones. Las hijas percibían una dote que debían de transmitir a sus respectivos hijos, y que a falta de estos era repartida entre sus hermanos. La única excepción se dio en favor de la hija sacerdotisa de Marduk (EL DIOS NACIONAL), la cual recibía un tercio de las partes que les correspondían a sus hermanos.

Era distinto en cuanto a los hijos de las concubinas, lo cual dependía de si el padre les había adoptado o no. En el caso





de haber adoptado a un hijo de concubina, estos adquirirían los mismos derechos de los hijos legítimos, con la única diferencia de que los hijos legítimos elegían primero sus partes, antes que los adoptados. De no existir la adopción, los hijos de la concubina quedaban sin participar en la herencia.

La aportación del pueblo babilónico a la Institución familiar, no difiere en mucho de las civilizaciones anteriormente relacionadas, resultando importante resaltar la gran influencia que el Código de Hammurabi tuvo sobre todas las Instituciones que ya formaban parte del vivir cotidiano de Babilonia, y de los pueblos que le rodeaban.

#### I.3.d. ASIRIA.

Los babilónicos y asirios exhibieron a través de su historia un carácter guerrero y conquistador. Tuvieron, como los egipcios una organización teocrática, estando cada ciudad tutelada por un Dios protector.

En lo Jurídico, el Código de Hammurabi contiene disposiciones acerca de la organización social, en cuanto a la organización familiar, el régimen familiar regula la patria potestad del padre, quien tiene autoridad limitada, a diferencia de otros pueblos antiguos donde el padre tenía derecho sobre la vida de sus hijos.

El matrimonio es monogámico, pero si el varón no puede



Procrear hijos con la esposa legítima puede tomar una concubina, mujer de segundo rango. La mujer puede elegir entre las esclavas la que le ha de proporcionar hijos a su esposo, lo cual convierte en Polígamo el Matrimonio. Antes de los códigos, la mujer era dada en venta al marido. En el contrato matrimonial, generalmente escrito, se redactaban los derechos y obligaciones de los conyuges, la suma de dinero que debía pagar el marido si repudiaba a la mujer y la pena que se aplicaba en caso de infidelidad. La mujer estaba obligada a llevar dote al matrimonio, la cual permanecía como propiedad de la esposa, pudiendo el marido usufructuarla sin enajenarla. Al disolverse el matrimonio, la dote regresaba a la mujer, o pasaba a sus hijos, o a su familia en ausencia de hijos. La personalidad jurídica de los conyuges era independiente, pero la de la mujer es inferior a la del hombre. La mujer podía realizar transacciones comerciales, el marido tenía el derecho de entregarla al acreedor para que con su trabajo pagara las deudas de este. La mujer no podía pedir la disolución del matrimonio; el marido, en cambio, podía repudiarla, por esterilidad, infidelidad, etc. En caso de deudas, ambos eran responsables si las mismas se habían contraído dentro del matrimonio.

La población asiria al igual que la babilónica, vivió bajo el Régimen Gentílico Patriarcal, en donde sus miembros formaban parte de la gran familia gentilicia, los que habitaron en tiendas





de campaña o en pequeños poblados ubicados sobre las planicies asirias.

Segun indicios historicos, en Asiria fue publicada una tabla de leyes, que contenia algunos aspectos de la vida conyugal; principios importantes relacionados con el adulterio; datos sobre la conducta de la mujer casada y delitos cometidos por esta, asi como las obligaciones que la esposa tenia que cumplir. Dicha tabla data en forma aproximada del año 1380 a.c., en la misma se encuentran disposiciones destinadas no solamente a la mujer casada, sino que tambien se incluyen sanciones aplicables a las personas, que con la anuencia de la mujer o sin ella, cometian delitos en los que participaba la mujer ya fuera como actor intelectual o material en todo el territorio Asirio.

En la Institución matrimonial jugaron un papel muy importante los obsequios dados a la mujer, pues aparecen normando algunos aspectos del vínculo conyugal. En las sucesiones por ejemplo, si una mujer casada habitaba en casa de su padre y quedaba viuda, si no habia hijos, las joyas y adornos que hubiera recibido del marido, debian de pasar a los hermanos del muerto. En caso de haber hijos, estos eran los herederos; a falta de hijos y de hermanos del muerto, la mujer podia tomarlos para si.

Cuando una mujer casada seguia habitando la casa de su padre, y sostenia relaciones normales con su marido, este adquiria la propiedad de los obsequios que se hubieran hecho;



cuando la mujer casada habitaba la casa del esposo, todos los obsequios así como los bienes que llevase del hogar de su padre pertenecían automáticamente a sus hijos, pero el marido podía privarla de estos bienes y entregarlos a los descendientes. Cuando se obsequiaban a una mujer regalos pretendiéndola para contraer nupcias, y estos eran rechazados por el padre de esta, el padre del pretendiente podía optar por llevarse los regalos o por llevarse a la mujer si le placía, para su hijo. Se exceptuaban de devolverse los regalos que eran comestibles. Ahora bien si era el propio pretendiente el que llevaba los regalos, y le era entregada la novia, pero si esta moría, con la anuencia del suegro, podía casarse con otra de las hijas. En caso contrario le eran devueltos todos sus regalos.

El regalo entre los asirios fue de relevante importancia dentro del matrimonio, tanto así que el intercambio del mismo representaba la adquisición de derechos y obligaciones para los contrayentes, el regalo de bodas bastaba ser recibido por la novia, para que esta ya como esposa compartiera las responsabilidades de su marido en deudas, penas y faltas. Los regalos de bodas, eran denominados REGALOS MATUTINOS.

Al morir el marido, le era buscado por ley uno nuevo a la viuda entre los familiares, entre los cuales se incluía al propio suegro. Si no era posible que se desposara de nuevo, se le consideraba como viuda y quedaba en libertad para conducirse como



quisiera. Podia en lo futuro si lo deseaba unirse a otro hombre en calidad de esposa, despues de haber convivido con el por mas de dos años. Al entrar la mujer viuda a la casa de su nuevo esposo, pasaban a este los bienes que esta aportaba al nuevo hogar.

Respecto a la mujer, el regimen interior del matrimonio fue demasiado estricto, pues si esta sustraia alguna cosa de casa de su marido y lo daba a un tercero, quedaba sujeta, si era comprobado el hecho, a sufrir el castigo que eligiese el marido. La pena se extendia a quien habia recibido la cosa, quien ademas de sufrir el castigo, era obligado a restituir la cosa. Esto operaba en el caso de que la falta de la mujer se cometiera al gozar el marido de plena salud, pero si sucedia estando este enfermo o muerto, la pena era la de muerte para la esposa y para su complice. Cuando lo robado era dado a esclavo o sirvienta, el castigo era la mutilacion de las orejas y la nariz a los servidores, pudiendo castigar el marido con la misma pena a su mujer, el bien robado siempre debia ser restituido a su dueño, o bien debia restituirse su valor. Si el marido perdonaba a su mujer, tambien debia ser perdonado el sirviente o el esclavo, y no habia obligacion de restituir la cosa robada.

En cuanto a la extinción del matrimonio, ademas del caso de muerte de alguno de los conyuges, se reguló entre los asirios como causa de extinción del matrimonio la ausencia del marido,

caso en el cual la mujer quedaba libre para contraer nuevo matrimonio. Esto se daba cuando el marido se ausentaba por motivo de guerras, sin dejar a la esposa los medios suficientes para subsistir, y esta a la vez carecia de familiar cercano que la probeyese de los medios necesarios para vivir, pero si habian hijos del matrimonio, estos debian trabajar para mantener el hogar, ahora bien si no habian, la mujer debia esperar cinco años y pasado ese termino quedaba libre para contraer nuevo matrimonio, y el ausente, si regresaba, ya no podia acercarse a ella. Como excepcion defensiva a la ausencia, se dio la situacion en que el marido ausente probare que su ausencia se debio a una detencion forzada, por pena de prision o detenido por algun malhechor. Entonces si queria recuperar a su esposa, debia dar al nuevo esposo una mujer que fuese similar a la esposa como compensacion.

El adulterio era tipificado de la siguiente manera:

- a.- El cometido por varon sobre mujer casada a instancia solamente de aquel;
- b.- El cometido por mujer, requiriendo a un hombre que ignoraba su estado civil.
- c.- El cometido entre hombre y mujer casados.

Al respecto del adulterio, se aplicaban diversas penas como en los siguientes casos: 1.- Si se daba el caso en que un hombre hacia proposiciones indecorosas a una mujer casada, y esta se

negaba a aceptarlas, y no obstante se le forzaba, se imponía la pena de muerte al varón sin aplicar ninguna pena a la esposa ofendida. Para aplicarse la sanción tenía que probarse el hecho.

2.- Cuando a instancias de una mujer un hombre cometía adulterio, pero este ignoraba el estado civil de aquella, no se imponía pena alguna al adúltero, pero el esposo ofendido imponía a su conyuge el castigo que considerara conveniente. 3.- El adulterio concertado, era castigado con la pena de muerte a los adúlteros. Si la falta era sorprendida infraganti por el esposo, la pena a aplicar quedaba a criterio de este, aplicandose al hombre la impuesta a la mujer, o su equivalente. Si el ofendido perdonaba a la esposa, el perdón era extensivo al varón adúltero.

La difamación que un hombre hacía respecto de otro, propagando el adulterio de la esposa, sin que pudiera probarlo, daba lugar a la imposición de varios castigos al difamador, era ejemplo de ello, cuarenta palos, un mes de trabajos forzados, mutilación y multa.

Como puede observarse la civilización asiria, reguló de manera muy eficaz todo lo relativo a la familia, institución social que al surgir del régimen gentilicio, fue considerada ya como fundamental, de tal suerte que en ella encontramos indicios de elementos que en la actualidad rigen como base para Instituciones familiares como la Unión de Hecho y la Ausencia.



### I.3.e. LA FAMILIA HEBREA.

Así como la ciencia con su teoría del transformismo o de la evolución nos enseña que las especies, lejos de ser estables son variables y se derivan unas de otras por transformación, describiendonos el origen del hombre como resultado de una largá evolución, así la teoría de la creación basada en la revelación de Dios através de su máxima expresión, como lo es la Biblia, nos señalan al Asia como la cuna de la Humanidad. Es así como tenemos que la sagrada Biblia nos enseña el origen religioso de la Sociedad.

Es muy posible que el Derecho Hebreo contenga abundantes influencias, principalmente de la civilización babilónica, pero lo que lo difiere de la misma es su base Monoteísta, que le proporciona un carácter especial. Su fuente la encontramos en el Deuteronomio o Código Deuteronomico, que fue la primera codificación que obtuvo una vigencia general en el pueblo Hebreo, ya que todas las tribus acataron su contenido como máxima autoridad. Data probablemente del siglo IV. A.C.

Encontramos entonces en la Familia Hebrea el prototipo de individuos que protagonizan la primera generación mundial, desde el punto de vista religioso, en los cuales encontramos características como la de que su sociedad eminentemente doméstica, fue una prolongación de la paradisiaca vida observada por la primera pareja después del pecado original, y que su vida



la basaban en la unión conyugal, la unidad, la indisolubilidad, la santidad, el mutuo auxilio y reciprocas prestaciones.

La familia hebrea es el ejemplo típico de la familia gentilicia Patriarcal. Se observan grupos de familias que en un principio seminomadas forman parte de un clan o grupo familiar gentilicio, descendientes de una persona, en el cual podían admitirse extraños que pasaban a formar parte de ella. Existió el llamado BAYIR o grupo familiar considerado como el más estrechamente formado, pues parece indicar el vocablo, vivir en una casa, o sea un matrimonio y sus hijos, sin perjuicio de seguir perteneciendo al Clan. Al parecer este tipo de familia es el que más se le acerca a la forma familiar actual.

Según se infiere del relato de Adán y Eva en el libro del Génesis, en un principio pudo haber predominado en la familia hebrea la Monogamia aproximadamente en el siglo XV. a.c, constituyendo esta el ejemplo ideal para la constitución del núcleo familiar, pero asimismo nos indica el papel inferior que le corresponde a la mujer dentro de la pareja, ya que la esposa es inferior a su marido, quien habrá de "Enseñoriarse en ella" (20), solo estaba permitido al marido tomar otra esposa si esta era estéril; quedando el hombre privado de este derecho si la

-----  
20/ GÉNESIS. 3:16.



esposa le proporciona concubina esclava. Jamas podia haber mas de una esposa titular, pero posterior a la primera pareja, bajo el imperio de La Monarquia, la Bigamia es reconocida, y los reyes tienen a veces un harem muy numeroso de mujeres, hasta la misma ley biblica autoriza la Poligamia describiendose de la siguiente manera: "Si un hombre tuviere dos mujeres, la una amada y la otra aborrecida, y la amada y la aborrecida le hubieren dado hijos, el hijo primogenito fuere de la aborrecida..." (21), por lo que pudo ser LA POLIGAMIA la que prevaleciera en la formacion de la familia hebrea. Las gentes mas corrientes habian de contentarse unicamente con una o dos mujeres, lo que no contribuyo ciertamente en la paz de los hogares. Aunque a pesar de esta situacion pudo La Monogamia ser el estado mas frecuente en la familia israelita.

Otro ejemplo de la mencionada Poligamia la encontramos en El Libro de Genesis, en donde se dieron uniones como la de ABRAHAM CON SARA Y AGAR.

Aunque la Biblia no favorece la Poligamia no la critica, y entre los hebreos se acostumbro unirse con varias mujeres. Podia existir un matrimonio principal, y las demas uniones ser consideradas con caracter de concubinato aceptado por la ley.

-----  
21/ DEUTERONOMIO, 21:15.





La explicación a lo anterior la podemos encontrar en el siguiente relato: La Biblia nos enseña en el Libro del Génesis que dentro de la familia de Noé y sus hijos, que fueron los últimos descendientes de Adán y Eva, poseían una sola esposa antes de entrar en el arca. Pero la misma Biblia divide a los pueblos en dos grupos: 1.- Los hijos de Dios, refiriéndose a los descendientes de Set; y 2.- A los hijos de los hombres, o sea los descendientes de Cain, ambos hijos de Adán.

Los hijos de Dios, poseían una sola esposa, en cambio los hijos de los hombres, mucho antes de ocurrir el diluvio, habían vulnerado la ley divina, quebrantando la unidad del vínculo; y así vemos a Lamec, hijo de Matusalen, descendiente de Cain, casado con dos mujeres a un tiempo, y a quien Tertuliano señala como el primer violador de la unidad conyugal. (Génesis IV,19).

La organización doméstica del pueblo judío, trazada por Dios en la Biblia, contiene con precisión los deberes y derechos de los padres, esposos e hijos. El matrimonio tiene un carácter religioso, y de él se derivan los derechos de naturaleza civil, basados en principios naturales de humanidad.

Los hijos eran considerados como una bendición del matrimonio, y eran tenidos en tan alta estima que aun antes de nacer eran tenidos como personas.

El padre era considerado el jefe del clan, extendiéndose su autoridad no solamente a los parientes consanguíneos, sino a

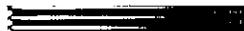


extraños que ingresaban a la familia, estas facultades se ejercían en asuntos de interés general al clan. Dentro del régimen estrictamente familiar, el padre tenía autoridad absoluta sobre los hijos, hijas y nueras. Cesaba esta autoridad sobre las hijas al contraer matrimonio, ya que pasaban a la autoridad del suegro.

Los hijos varones fueron más apreciados que las mujeres. No hubo distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, considerándose solamente como de más rango al primogénito. Para tener el carácter de hijo primogénito, no se requería que efectivamente fuese el primer hijo nacido de cualquiera de sus mujeres, sino lo importante era que el hijo naciese de una mujer de igual rango que la del padre. Al primogénito se le consideraba sucesor en la jefatura de la familia, heredaba el doble que sus hermanos por el hecho de la primogenitura. Se dio el caso de que se eligió como primogénito a un hijo menor. Algunas veces se llegó a vender el rango de la primogenitura.

Los esclavos formaban parte de la familia. Entre los hebreos la esclavitud fue considerada con carácter doméstico, ya que su influencia fue muy leve. El esclavo no podía ser maltratado, y como miembro de la familia era circuncidado, celebraba en familia la pascua y tomaba parte en los banquetes, pero no dejó de ser considerado como propiedad de su señor.

La mujer unida al hombre con carácter de concubina, tenía





el grado de esposa inferior, debía ser mantenida por el esposo y vivir en su casa, aun despues de la muerte de aquel, y los hijos eran considerados como de la familia. La infidelidad de este tipo de mujeres era equiparada al adulterio.

Se admitia unicamente un procedimiento matrimonial, todo hombre estaba obligado a casarse, y las autoridades podian compelerle a tomar esposa.

En el libro de Números con el fin de que no se confundieran las posesiones de los hijos de Israel, se expresa que todos los hombres debian tomar en matrimonio solamente a mujeres de su tribu, y las mujeres herederas debian tomar marido de entre los miembros de su misma tribu. No obstante lo anterior, entre las leyes derogadas despues de la conquista de Canaan, se cuenta esta prohibicion que dadas las circunstancias de esa epoca, resulto inaplicable. Estuvieron tambien prohibidas las uniones matrimoniales entre parientes consanguineos o por afinidad, asi no fue permitido el matrimonio con: la esposa del padre, hermana, medio hermana, hija, hijastra, nuera, nieta, tia, cuñada, (a menos que el marido hubiera muerto sin descendencia), y con la suegra.

Fuera de los anteriores obstaculos, el matrimonio podia celebrarse con cualquier mujer, inclusive con una esclava si el padre la desposaba con uno de sus hijos; por esta circunstancia debia ser tratada como hija. Parece que estas uniones terminaban



or un matrimonio posterior del hijo, quedando el señor obligado a dar marido a la esclava y a pagar el precio de la virginidad perdida. El incumplimiento de estas obligaciones daba lugar a una inmediata libertad sin pagar rescate.

La doncella que contraía matrimonio, permanecía durante algún tiempo en casa de su padre, y las faltas cometidas en este espacio se castigaban como adulterio. Al pasar la mujer a casa de su esposo, estaba ordenando que este "No ha de ir a la guerra, sino que se le permitiera emplearse enteramente a atender a su casa, y a pasar un año en paz y alegría con su esposa. (22)

Para la mejor comprensión del régimen matrimonial hebreo, se hace una distinción atendiendo tanto a la calidad de las personas que lo contraían, como a los hechos que originaban el inculo.

Tenemos entonces: 1.- El matrimonio Principal, contraído por un hombre con una mujer de su linaje; 2.- El concubinato autorizado por la ley, que puede equipararse a un matrimonio secundario; 3.- El Levirato, que obligaba al hermano del marido difunto a casarse con la viuda, de no haber descendencia. En este caso, al nacer el primogenito de esta unión, se le pondría el nombre del difunto y se consideraría su hijo, para que no se

2/ DEUTERONOMIO, XXIV,5.





perdiera aquel nombre en Israel. -Si se daba el caso en que el cuñado no quisiera por mujer a la viuda, esta iria al juzgado a querrellarse manifestando la negativa; en seguida era citado para examinarlo y ante la insistencia en negarse la mujer le descalzaba un pie y escupia su rostro, acto infamante que significaba la falta de voluntad de revivir el nombre de su hermano. Esta forma debio tener mayor uso dentro del regimen patriarcal, puesto que la biblia dice algo sobre si dos hermanos vivieren juntos, y uno de ellos muriere sin hijos, etc. etc. El Levirato debio ser menos usado en otras formas de organizaci3n social.- 4.- Existio tambien el llamado matrimonio forzoso, al cual hace referencia la siguiente cita biblica: "Si un hombre hallare a una doncella virgen que no esta desposada, y forzandola la desflora, y se pone la cosa en tela de juicio, dara el agresor al padre de la doncella cincuenta ciclos de plata, y la tomara por mujer, porque la desflora: no podra repudiarla en todos los dias de su vida". (23)

La ley judaica prohíbe y pena la exposici3n de los hijos, considerandola el mas grave crimen. Las hijas tenian menos consideracion social que los hijos; su capacidad juridica se hallaba minorada en relaci3n con aquellos. No se hallaban

-----  
23/ DEUTERONOMIO, XXII, 28, 29.



afectas a una verdadera patria potestad, a pesar de ello no tenían incapacidad absoluta ya que podían heredar al padre en defecto de la existencia de hijos varones.

Referianse los deberes de los padres principalmente a la educación de los hijos a quienes debían enseñarles oficio útil, y necesario para la vida, siendo obligación de la madre tener a las hijas al cuidado de la casa y sus menesteres.

En la desintegración del matrimonio fue el Repudio el que jugó el papel más importante, ya que por ese medio, aduciendo causales diversas se repudiaba a la mujer, extinguiendo con ello su unión matrimonial.

Al parecer fue tanto la Poligamia como el divorcio lo que degradó a la familia hebrea. Del divorcio se abusó de tal forma que una simple carta de despido, tenía la propiedad de disolver el vínculo matrimonial. La mujer repudiada dos veces, no podía contraer matrimonio con el mismo marido porque era una abominación a los ojos de Yahve (Deuteronomio, XXIV, 1). En cambio la mujer al igual que en las demás civilizaciones no podía repudiar al marido, pues es una adquisición del hombre.

Analizando lo anterior resulta contradictorio el hecho de que algunos intérpretes de la Biblia conciben que el divorcio es prohibido por la religión, mas es la misma Biblia la que lo admite por el hecho de encontrarse en ella citas textuales como la siguiente: "Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella,



si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribira carta de divorcio, y se la entregara en su mano, y la despedira de su casa. Y salida de su casa, podra ir y casarse con otro hombre. Pero si la aborreciere este ultimo, y le escribiere carta de divorcio, y se la entregare en su mano, y la despidiere de su casa; o si hubiere muerto el postrer hombre que la tomo por mujer, no podra su primer marido, que la despidio, volverla a tomar para que sea su mujer, despues que fue envilecida; porque es abominacion delante de Jehova, y no has de pervertir la tierra que Jehova tu Dios te da por heredad." (24)

24/ DEUTERONOMIO, 24: 1-4.



CAPITULO II

EL DERECHO DE FAMILIA EN GENERAL

Hemos visto en el capítulo anterior lo que es la familia en el campo de la Sociología, así como en el campo religioso. La hemos tratado como institución real que cumple un cometido humano al reunir grupos de hombres (usándose el término en su acepción amplia) para integrar la célula de toda sociedad; sin embargo, como todas las instituciones, necesita la familia un conjunto de normas y de principios que la regulen, que la disciplinen, que la hagan coherente y ordenada, para cumplir los nobles fines para los que los hombres mismos la instituyeron; necesita en fin, ser dotada de un sistema legal para su organización y funcionamiento, para quedar incluida dentro del amplio campo de la Enciclopedia jurídica.

Su Naturaleza Jurídica: Al igual que las demás ramas en que se ha subdividido el Derecho en general, el Derecho de Familia no escapa de la discusión tradicional acerca de la naturaleza jurídica del mismo, refiriéndose con ello a si pertenece al conjunto de normas jurídicas del Derecho Público o del Privado.

Es de nuestro conocimiento que el Derecho Objetivo en general se ha subdividido en Derecho Interno y en Derecho Externo o Inter-estatal. Refiriéndose el primero a las normas de derecho que rigen los actos de los individuos, cuando estos se realizan



dentro del territorio nacional, y el segundo hace referencia a las normas jurídicas que rigen las relaciones que se aplican a dos o más Estados.

Asimismo, el Derecho interno se ha subdividido, a su vez, en Derecho Público y en Derecho Privado. Siendo el primero la rama del derecho que regula la organización del Estado, la constitución del Gobierno, las relaciones del Estado con los particulares y de estos con aquel, siendo el segundo el que se ocupa de regular las relaciones de los particulares entre si.

Siendo el Derecho Privado el conjunto de disposiciones jurídicas que rigen las relaciones de los particulares entre si, encontramos que el mismo se subdivide en las siguientes ramas del derecho, como lo son: DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL.

Tenemos entonces que El Derecho Civil, se refiere al conjunto de disposiciones que regulan las relaciones privadas de los particulares entre si.

Al respecto, encontramos como referencia histórica que la división de las normas jurídicas en las dos grandes ramas del Derecho Privado y Derecho Público es obra de los juristas romanos quienes tenían presente que el Derecho privado, es el que concierne a la utilidad de los particulares. Para dichos juristas la naturaleza, privada o pública, de un precepto dependía de la índole del interés que garantizaran o protegieran. Las normas del derecho público correspondían al interés



colectivo; las del privado referianse a intereses particulares. Lo público beneficia a la comunidad. En cambio, los derechos privados, por ejemplo el de propiedad, los tiene unicamente el interesado para si, antes que nadie; hallándose al servicio de su poder y de su voluntad.

Uno de los temas más discutidos por los juristas de todos los tiempos, ha sido no solo la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público, sino el situar a cada sub-rama dentro de cada una de estas dos grandes esferas del Derecho en general.

El Derecho de Familia en su surgimiento fue situado por muchos juristas dentro del campo del Derecho Privado, y en toda su historia ha estado incluido dentro del amplio campo del Derecho Civil, debido a los intereses puramente particulares que lo forman, derivados unicamente de la voluntad del interesado, sin embargo por la ingerencia estatal que siempre se da en todo tipo de relaciones familiares en la actualidad existe la tendencia de algunos juristas a ubicarlo dentro de la rama del Derecho Público. No es sino hasta principios de este siglo cuando se inicia una corriente doctrinal cuyo exponente más significativo es el italiano Antonio Cicu, corriente en la que se destaca al concepto de familia y de derecho familiar como conceptos sociales, en contraposición al concepto individualista que ha imperado siempre en la mayoría de legisladores. Asimismo



trata dicha corriente de separar del Código Civil la regularización de las relaciones familiares, con miras a crear una rama autónoma del derecho. Con ello se pretendió no sólo independizar al derecho de familia del Derecho Civil sino, incluso, sacarlo del ámbito del derecho privado, ámbito al que tradicionalmente ha pertenecido, sin embargo en la actualidad es criterio general, la ubicación de mismo dentro del campo del derecho puramente privado.

Para hablar de la naturaleza jurídica propia del derecho familiar, diremos que el mismo es un derecho eminentemente social, en donde hay una ingerencia del Derecho Privado por tratarse de una regulación de relaciones entre particulares, más sin embargo en dichas relaciones no existe una manifestación de voluntad libre, dirigida al cuidado de un interés individual, sino que constituye un acto de poder que dimana normalmente del Estado, por la protección que el mismo brinda a la familia como célula fundamental de la sociedad, lo que le da matices de derecho Público, de donde el Derecho de Familia, vendría a constituir una rama autónoma del Derecho.

#### II.1. CONCEPTO:

Persiguiendo una depuración conceptual acerca del derecho de Familia, lo enfocaremos desde dos puntos de vista. Así, en sentido objetivo se entiende por Derecho de Familia al conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En



sentido subjetivo, los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantienen cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.

Dentro de la extensa literatura jurídica existente, son diversas las definiciones que se encuentran acerca de el concepto de Derecho de Familia, al respecto el autor RAFAEL ROJINA VILLEGAS, nos define dicho concepto en la siguiente forma:

"El Derecho Civil Familiar o Derecho de Familia, tiene por objeto la regulación de todos los vinculos que se establecen por virtud del parentesco o del matrimonio, asi como las consecuencias de tipo patrimonial que se derivan de dichos vinculos." (25)

Asimismo, en el Diccionario Enciclopedico de Derecho usual, se define al Derecho Familiar como "La parte del Derecho Civil que se ocupa de las relaciones juridicas entre personas unidas por vinculos de parentesco." (26)

El Derecho de Familia suele constituir el contenido principal del libro de las personas, el inicial de los códigos civiles. Su contenido principal lo integran: el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la tutela (aunque la pueden ejercer extraños), la adopción, los alimentos, la emancipación y la mayoría de edad, como instituciones fundamentales.

25/ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL" p.p. 24.  
 26/ CABANELLAS G, ALCALA ZAMORA L, "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL" TOMO II, p.p. 586.



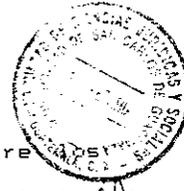
Al hablar sobre el concepto de derecho familiar, se hace también necesario enumerar los conceptos fundamentales que les son inherentes, entre los cuales encontramos los siguientes:

1.- Los sujetos: Los sujetos en el Derecho Civil Familiar son fundamentalmente los parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, los conyuges y las personas que ejercen la patria potestad o tutela. Lo pueden ser también los concubenarios, ya que algunas legislaciones vigentes reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como con relación a los hijos habidos en la unión.

Los sujetos que intervienen en el Derecho Familiar son personas físicas. Excepcionalmente se tiene la intervención de órganos estatales como ocurre con el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela.

2.- Objetos: Previamente se debe hacer referencia a los objetos del derecho en general dentro de los cuales ubicamos que el objeto del derecho objetivo y del subjetivo es la regulación de la conducta que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones.

Ahora bien respecto a los objetos propios del derecho familiar aplicando el concepto de objeto del derecho en general, encontramos a su vez a las distintas formas de conducta que hemos caracterizado como objetos directos de la regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que



principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre consortes; en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma.

Los deberes subjetivos familiares se presentan como correlativos de los derechos antes mencionados, pero tienen una especial característica debido a los distintos tipos de sujeción que se establecen en las relaciones conyugales, parentales, paterno filiales y tutelares.

Las sanciones propias del derecho familiar, como otras formas de conducta que constituyen objetos directos del mismo, generalmente consisten, para los actos jurídicos, en la inexistencia y nulidad; pero también en la revocación y en la rescisión.

Supuestos: Dentro de los supuestos propios del derecho de familia, partiremos de una clasificación inicial, distinguiendo para el efecto: a) Supuestos Principales y b) Supuestos Secundarios.

Podemos considerar como supuestos principales al parentesco,





al matrimonio y al concubinato y como supuestos secundarios la concepción del ser, el nacimiento, distintos grados durante la minoría de edad, la emancipación, la mayoría de edad, la edad de sesenta años para los avocados a la patria potestad o a la tutela, la muerte, el reconocimiento de hijos, la legitimación, las causas de divorcio, la nulidad del matrimonio, las causas de disolución de la sociedad conyugal, y, en general, la condición moral de determinadas personas.

Consecuencias: Dentro de las consecuencias del derecho de familia en particular, tenemos las siguientes: a) las relacionadas con la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, de obligaciones y de estados jurídicos; b) las referentes a la aplicación de determinadas sanciones.

#### II.2. RELACIONES FAMILIARES:

Al ser el Derecho familiar, el que se ocupa del estudio de las relaciones jurídicas que se generan entre personas unidas por vínculos de parentesco, y siendo dichas relaciones un producto directo de la institución familiar, nos interesa dentro del presente capítulo desarrollar lo concerniente a sus aspectos más trascendentes, es así como tenemos que relaciones familiares se entiende por: Aquellas vinculaciones de conducta que se constituyen por el parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela.



Las relaciones Jurídico-familiares tienen un carácter esencialmente personal, es decir, se crean o existen en virtud de ciertos vínculos familiares que unen entre sí a ciertas personas. Pero como quiera que esas personas son o pueden ser, su vez titulares de derechos patrimoniales, o tienen deberes que cumplir las unas sobre las otras, de carácter patrimonial, de aquí que además de relaciones puramente personales, el Derecho de Familia haya de regular también estas otras relaciones.

El amplio núcleo del derecho de familia se encuadra en un complejo de relaciones jurídicas que podemos dividir en:

- a) Relaciones familiares en sentido estricto.
- b) Relaciones familiares en sentido amplio.
- c) Relaciones cuasi-familiares.

Las relaciones familiares en sentido estricto hacen referencia al grupo familiar en su más pura acepción y que en los modernos tiempos queda circunscrito, como fin de un proceso de desintegración de la gran familia primitiva, a los padres con sus hijos; a ellos se reduce la entidad familia, cuyas relaciones, por ende, se refieren a las existentes entre los cónyuges y a las paterno filiales.

Las relaciones familiares en sentido amplio abarcan toda la situación de parentesco, de influencia decisiva en materia de sucesiones, y por último, las cuasi-familiares se hallan



constituidas por la situación de tutela y por el complejo de relaciones que de la misma se derivan, como su constitución, contenido y extinción.

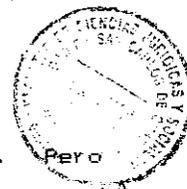
Como se puede observar las causas principales que generalizan las relaciones familiares entre los miembros de una familia, son El Parentesco, El Matrimonio, La Adopción, El Divorcio, La Tutela.

El Matrimonio, produce la mayor parte de las relaciones familiares existentes, estableciendo entre los parientes relaciones que dan origen a derechos y obligaciones que varían según que el parentesco sea consanguíneo, político o civil.

En cuanto al parentesco se considera que comprende todas las relaciones específicas de la filiación legítima o natural y de la patria potestad.

Respecto a las relaciones que origina el divorcio, generalmente se comprenden en el estudio de las relaciones conyugales, como una prolongación y consecuencia de las mismas.

Las relaciones propias de la tutela son similares a las producidas por la patria potestad, aunque se dan en distintas situaciones y se dan en supuestos y contenidos diferentes, ya que la tutela supone la inexistencia de la patria potestad, aunque solo en casos excepcionales pueden concurrir ambas instituciones, como en los tutelajes especiales, refiriéndonos a aquellos casos en los cuales la tutela complementa la patria potestad como en



el caso de menores cuando mueren sus padres o abuelos. Pero puede darse en un sentido totalmente distinto a la patria potestad, como en los casos de la tutela de los mayores de edad sujetos a interdicción. También se dan los casos de la tutela propia de los emancipados, solo para que comparezcan en juicio; o bien, la tutela interina, cuando los que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de sus hijos o nietos, pues entonces los incapaces serán representados, en juicio y fuera de él, por el tutor nombrado especialmente por el juez para cada caso.

Asimismo, las relaciones familiares pueden clasificarse desde el punto de vista de su contenido, dividiéndolas en personales y patrimoniales, llamándose a las primeras Derecho de Familia Puro y a las segundas Derecho de Familia Aplicado.

Pero, los Derechos Patrimoniales del Derecho de Familia, sufren la influencia de los derechos personales de la misma y es por ello que existen los "Derechos Patrimoniales de Familia" con cierto carácter hasta cierto punto Sui Generis, ya que se apartan de los principios generales de los derechos patrimoniales básicos.

Ahora bien, desde el punto de vista de su origen, podemos clasificar las relaciones de mérito en: matrimoniales, paternofiliales y parentales, según que nazcan del matrimonio, de la procreación o simplemente del común parentesco.





A estas relaciones, habría de agregar otras que por tradición se incluyen dentro de las relaciones jurídico-familiares, o sean las tutelares, las cuales sirven de complemento a las puramente familiares; se estima por algunos autores, que las relaciones tutelares o de protección a los incapaces corresponden al derecho de personas y no al familiar.

No esta de más, agregar la relación de la Adopción, que, sin matrimonio ni filiación natural, constituye una fuente de relaciones familiares, ocasionando una relación sensu strictu, pues el derecho le asigna a la misma, parecida condición a la de la filiación legítima.

En el estudio de las relaciones familiares pueden encontrarse las siguientes características:

a) Dichas relaciones comprende todas las instituciones familiares y los regímenes patrimoniales conectados con las mismas.

b) Las relaciones familiares son de carácter privado, en virtud de que solo intervienen particulares como sujetos activos y pasivos de las mismas.

c) Las relaciones familiares pueden ser patrimoniales o no patrimoniales intrinsecamente. Fundamentalmente dichas relaciones originan vínculos de carácter moral o simplemente humano, como ocurre en el matrimonio y en todos los deberes que impone el parentesco, principalmente entre parientes en línea



fecta o transversal hasta el segundo grado.

Existen tambien en el Derecho de Familia relaciones de caracter económico, por cuanto que la regulación jurídica de los bienes es esencial tanto para determinar una base económica a la familia, como para definir la situación de los consortes, que de otra manera podrian entrar en conflicto entre si o con respecto de terceros. De aqui la necesidad de que el derecho regule el patrimonio de familia, como una institución que ha ido tomando cada vez más importancia en los tiempos actuales.

En las relaciones que se originan por la sociedad conyugal o del regimen de separacion de bienes, tenemos tambien un contenido patrimonial totalmente distinto de aquel que constituye el objeto del matrimonio. De aqui que se distinga entre la institución matrimonial con su conjunto de derechos y obligaciones y el contrato especial de sociedad conyugal, con un alcance exclusivamente patrimonial.

Con respecto a los elementos que intervienen en la relación familiar, tenemos que las relaciones jurídicas deben contener todos los elementos simples o conceptos jurídicos fundamentales como lo son: los sujetos, los objetos, los supuestos, y las consecuencias.

Por lo que toca a los sujetos, es evidente que no puede



darse ninguna relación de derecho sin que exista por lo menos un sujeto activo y un sujeto pasivo.

En cuanto a los objetos que pueden regular las relaciones jurídicas, estos pueden ser directos o indirectos; y de esta manera en el Derecho Familiar tenemos como formas directas de conducta, todas aquellas que constituyen obligaciones de hacer, de no hacer, o de tolerar; en cambio, en las formas indirectas tenemos las que se refieren a las cosas en la prestación alimenticia, en la sociedad conyugal, en el regimen de separación de bienes, en las donaciones antenuptiales o entre consorte, en la administración de los bienes de los que están sujetos a patria potestad o tutela y en la regulación jurídica del patrimonio familiar.

Los supuestos jurídicos, como fuentes normativas de aquellas relaciones, crean las consecuencias del derecho familiar, que ya han sido precisadas en terminos generales, determinando tanto los supuestos que denominamos principales -parentesco y matrimonio-.

Las consecuencias jurídicas son generales en todo derecho, por tanto, las referidas al Derecho Familiar en forma particular, no se separan de esa generalidad, como lo son: derechos, obligaciones y sanciones.

Al estudiarse las relaciones familiares, no debemos apartarnos de incluir lo que son: a) La relación conyugal; b) La relación paterno-filial.



El primero se refiere, no solo al aspecto personal de la misma, sino a su aspecto patrimonial, o sea al antiguo Derecho de familia aplicado a los bienes.

El segundo se refiere a las diversas situaciones que pueden producirse de la relación paterno-filial, su nacimiento, contenido y extinción de las mismas.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, todo lo referente a las relaciones familiares, lo encontramos normado dentro del Libro Primero -De las personas y de la familia- del Código Civil, Decreto-Ley 106 del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia.

### II.3. EL PARENTESCO:

Hemos visto que las distintas relaciones jurídicas se generan entre personas unidas por vínculos de parentesco, vínculos derivados del fenómeno biológico de la unión de los sexos opuestos y la procreación, traducidos dentro de instituciones jurídicas como el matrimonio, la filiación, la tutela, la adopción, etc.

Entre otras, dos son las fuentes principales del derecho familiar: EL MATRIMONIO, Y EL PARENTESCO.

Los juristas han denominado "parentesco" a la relación o conexión que existe entre personas de una misma familia -dado a que ellos son parientes-.

En la antigüedad para hacer evidente el nexo entre pariente se utilizaron primero solo nombres, después los apellidos incluso algunas personas estuvieron ligadas al nombre de la ciudad donde habían nacido. A cada persona al nacer se le da el nombre y el apellido de sus padres, para poder encontrar fácilmente a sus familiares, identificarlo, asegurarse protección, crearle obligaciones y darle derechos.

Para el jurista EFRAIN MOTO SALAZAR, el parentesco es: "E conjunto de vínculos que se establecen entre personas que descienden unas de otras, como los hijos del padre, los nietos del abuelo; o bien de un progenitor común, como los hermanos, los tíos y sobrinos, etc." (27). Lo anterior nos lleva a definir el parentesco, diciendo que es el conjunto de relaciones que se establecen entre personas que descienden unas de otras, o bien de un progenitor común.

En el derecho romano se distinguían dos clases de parentesco: el derivado de la patria potestad (agnación parentesco civil), y el basado en los vínculos de sangre (cognación). Triunfo a la postre este sobre aquel. Conforme al derecho canónico, el parentesco espiritual era el que nace de la administración del bautismo, especialmente, y del de la confirmación. El parentesco religioso o espiritual nacido de bautismo producía impedimento dirimente entre el bautizante y el bautizado, y entre el padrino y el bautizado. Actualmente ya no

27/ EFRAIN MOTO SALAZAR, "ELEMENTOS DE DERECHO" p.p. 160.



existe el parentesco espiritual en la iglesia.

Para Planiol parentesco es la relación que existe entre dos personas, de las cuales la una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un tronco común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real que es un hecho natural, y que deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio que se establece por un contrato particular llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real.

El parentesco es de tres especies: 1.- POR CONSANGUINIDAD, 2.-POR AFINIDAD, Y 3.- CIVIL denominado tambien POR ADOPCION. Las tres formas de parentesco deben estar declaradas y reconocidas por la ley, pues aún cuando podría pensarse que los vínculos derivados de la sangre los impone la naturaleza misma, tambien no es menos cierto que solo en la medida que el derecho reconozca la existencia de esos vínculos consanguíneos habra parentesco para los efectos de la ley.

La legislación civil guatemalteca reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado, esto al tenor del artículo 190 de nuestro Código Civil.

1.-El Parentesco Consanguíneo: Se llama parentesco por consanguinidad el que existe entre personas que tienen la misma sangre, por descender de un progenitor común. En nuestro país se



reconoce por parentesco de consanguinidad el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Por ejemplo: el que se establece entre padres e hijos, tíos y sobrinos, hermanos entre sí, etc.

El parentesco consanguíneo puede ser en dos líneas:

- 1.- Línea recta o directa;
- 2.- Línea colateral, transversal u oblicua.

Cuando un pariente desciende de otro, se forma lo que se llama una línea. Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye la línea de parentesco, lo que significa también que los grados en el parentesco están formados por las diversas generaciones, estos pueden ser próximos o lejanos entre sí. Se dice, por ejemplo, que el padre y sus hijos son parientes en primer grado; los nietos y el abuelo, en segundo grado, y así sucesivamente. Es el parentesco directo que se presenta por medio de la que liga a uno de los parientes con el otro, sin importar el número de los intermediarios. En cuanto al parentesco que une a dos parientes que descienden de un autor o tronco común, este es llamado parentesco colateral; su representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan el extremo inferior de los parientes colaterales, no se hallan por lo tanto en la misma línea; forman parte de dos líneas diferentes que comenzaron y a separarse desde el tronco común, el que representa el punto en el que tuvo lugar la bifurcación; las dos líneas siguen lado a



ado y es lo que explica la expresión colateral: cada uno de los parientes se encuentran en relación con el otro en una línea a la suya, COLLATERALIS.

La línea recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, la forma de computar el parentesco en la línea recta consiste en contar el número de generaciones o bien el número de personas, excluyendo al progenitor. De esta suerte, los hijos se encuentran con relación a los padres en primer grado, pues solo hay una generación entre ellos, o bien, si contamos por el número de personas tendremos dos -hijo y padre- pero debemos excluir al progenitor, resultando así que hay un solo grado. Al parentesco en línea recta se denomina también directo.

En la línea transversal el computo es menos sencillo, se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común, puede ser igual o desigual, según que los parientes se encuentren en el mismo grado o en grados distintos. Por ejemplo: los hermanos se encuentran en parentesco colateral igual de segundo grado; los primos hermanos asimismo se encuentran colocados en un parentesco transversal igual de cuarto grado, en cambio, los tíos en relación con los sobrinos se encuentran en un parentesco colateral desigual de tercer grado.

Gráficamente podemos representar el parentesco en línea



directa, por una línea recta en la cual señalaremos con un círculo cada uno de los ascendentes o descendientes que queramos relacionar. Bastará que hagamos el recuento de los círculos que representan a las personas, excluyendo al progenitor común, para tener así el grado de parentesco existente entre padre e hijo, abuelo y nieto, bisabuelo y bisnieto, etc. Conforme a dicho computo, los padres, los bisabuelos en tercer grado en relación con los hijos, nietos y bisnietos.

Ejemplo:

A  
|  
B  
|  
C

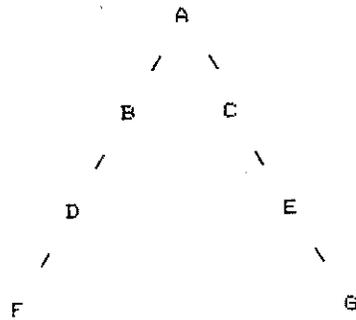
En la gráfica que precede, A es padre de B y abuelo de C. Siendo la línea recta ascendente o descendente, según que serie de generaciones se cuente remontándose hacia el progenitor o descendiente común.

La línea transversal o colateral se compone de personas de las mismas generaciones que no descienden unas de otras, sino de un tronco o progenitor común. Por ejemplo: hermanos entre sí, primos entre sí, tíos y sobrinos, etc. son parientes en la línea transversal o colateral. Este parentesco se representa por dos líneas que



convergen en la parte superior, formando un ángulo cuyo vértice  
 o ocupa el progenitor común. La línea transversal se representa  
 gráficamente por un ángulo cuyo vértice queda constituido por el  
 progenitor común y los lados por los diferentes parientes que  
 queremos relacionar. Para computar los grados partiremos de un  
 determinado pariente, por ejemplo el sobrino y ascenderemos hasta  
 el vértice que estará representado por el ascendiente común, es  
 decir, por el abuelo, para descender después por el otro lado del  
 ángulo hasta llegar al tío, contando el número de personas con  
 exclusión del ascendiente común.

En el siguiente diagrama, los lados del ángulo corresponden  
 a las diversas generaciones y el vértice al progenitor.



Según la figura anterior, A está ligado con B por parentesco  
 en línea recta, B es hijo de A. Descendiendo por la misma línea,  
 D está ligado con A en segundo grado, es su nieto (parentesco en



línea recta). Por la otra línea ocurre lo mismo; C es hijo de A; E su nieto, etc.

B y C son hermanos entre si; D y E, hijos, respectivamente de B y C, son primos entre si, etc.

C y D son tío y sobrino; C y F, tío abuelo y sobrino nieto etc.

La línea transversal es igual o desigual. La primera es aquella en que los parientes están colocados a la misma distancia del tronco, ejemplo: B y C. La segunda es aquella en que los parientes no equidistan del tronco común, ejemplo: B y E.D

Las líneas de parentesco pueden ser calificadas en distinta forma. Se habla así de una línea ascendente o de una línea descendente, según que se remonta o se siga la serie de las generaciones. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él procedan. Se habla también de línea paterna o de línea materna, en tanto se tome como punto de partida de una línea ascendente al padre o a la madre de la persona de que se trate.

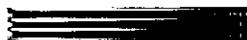
Salvo que se trate de matrimonio contraído entre parientes, se hallará a individuos diferentes: los que forman parte de la familia del padre, no forman parte de la de la madre. Hermanos y hermanas pueden haber nacido de los mismos progenitores. En otros casos habrá hermanos que hayan nacido del



mismo padre y de madres distintas, y otros nacidos de la misma madre, pero de padres diferentes. Entendemos por primos hermanos a quienes nacen de hermanos y hermanas, por oposición a los más alejados, a quienes denominamos primos segundos, primos terceros, etc. Comunmente acostumbramos llamar primos segundos a personas que son nuestros parientes en sexto grado en la línea colateral.

2.- El parentesco por afinidad o político es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón, ejemplo: los cuñados. Son nuestros famosos parientes políticos. Los In-laws del derecho anglosajón. En Guatemala, se reconoce esta clase de parentesco como el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos.

En realidad este tipo de parentesco viene a constituir una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo, pues presenta la línea recta y la línea transversal, computándose los grados en la forma que ya hemos explicado. De esta suerte la esposa entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes o colaterales de su marido, en los mismos grados que existan respecto a los citados parientes consanguíneos. Es decir, se encuentra en el parentesco de primer grado en línea recta ascendente con sus suegros, en parentesco colateral igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente. A su vez, si su marido ha tenido hijos, nietos o descendientes en general





de otro matrimonio, contraera también parentesco por afinidad con esas personas. Lo propio podemos decir del marido en relación con los parientes de su esposa. Se considera que los dos esposos forman ya un solo ser en forma tal que todo el parentesco de cada uno de ellos se convierte por efecto del matrimonio en común a otro precisamente por afinidad. Pero no va más lejos tal parentesco, ya que no surge ningún nuevo parentesco entre los parientes de ambos conyuges. No podríamos, por lo tanto, decir que las dos familias se unen en una sola por motivo de matrimonio; es una sola la persona la que contrae el parentesco por afinidad con la familia del otro conyuge: la que se casa.

Es interesante resumir algunos antecedentes históricos de la afinidad. En los derechos de los diversos pueblos y Estados y en el de la Iglesia no hubo ni hay unanimidad en el concepto de afinidad sobre sus causas y valor como impedimento. Etimológicamente significa una relación de proximidad, de vecindad. En este sentido se empleó en el derecho romano. Mientras que en el derecho de personas y de familia entró con término técnico para determinar la relación de un esposo con los consanguíneos del otro, relación fundada en un matrimonio jurídicamente válido con el cual nacía y terminaba aunque persistiera el impedimento.

La afinidad del derecho mosaico terminaba, en opinión general, con el fin del matrimonio, por la muerte de uno de los

esposos y por el divorcio. La afinidad limitaba tambien el matrimonio en el antiguo derecho babilónico. Su tradición jurídica de la epoca primitiva, se incorporó de modo duradero al Código de Hammurabi, cuyas disposiciones fueron penales, existiendo normas que indicaban que el hombre que haya sido sorprendido durmiendo con la novia de su hijo en su regazo, debe ser arrojado al agua; el hombre que depues de la muerte de su padre fuere sorprendido en el seno de su madrastra, que ha tenido hijos, debe ser expulsado de la casa del padre. Asi surgen en el antiguo derecho babilónico impedimentos entre suegro y nuera y entre hijastro y madrastra.

El parentesco por afinidad produce solo consecuencias muy restringidas, pues no existe el derecho de alimentos que se reconoce en algunas legislaciones como la francesa entre yerno o nuera y sus suegros o bien, en una manera general, entre afines de primer grado en la linea directa. Solo se acepta como consecuencia jurídica importante la de que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes afines en linea recta. Tampoco tal forma de parentesco da derecho a heredar.

El divorcio extingue el parentesco por afinidad, asi como en la solteria por viudez o por la nulidad del matrimonio, no asi los impedimentos que surgen precisamente al momento de la disolución del matrimonio. Es más, tal impedimento no puede surtir efectos mas que una vez disuelto el matrimonio. Para que

el parentesco por afinidad entre cuñado y cuñada se convierte en un obstáculo al matrimonio entre estos, es necesario que la unión que produjo tal parentesco por afinidad haya quedado disuelta.

Diversas clases de afinidad: Toda vez que el parentesco por afinidad deriva del consanguíneo, lo presume y se mide sobre aquel, resulta entonces que puede ser también legítimo, natural o adoptivo. Cada cónyuge se convierte en pariente por afinidad legítima natural o adoptiva de los parientes del otro en tanto que estos tuvieren alguna de estas cualidades.

3.- Parentesco Civil o por Adopción: El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud de mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijos.

Efectos del parentesco: Las relaciones jurídicas del parentesco produce diversos efectos, que la doctrina jurídica divide principalmente en tres grupos:

- a) Derechos;
- b) Obligaciones;
- c) Incapacidades.

En cuanto a los derechos tenemos entre otros los siguientes

-Derecho a alimentos-

-Derecho a la patria potestad-



-Derecho a heredar-

Respecto a las obligaciones que nacen del parentesco tenemos:

-La pensión alimenticia, en su aspecto pasivo; el respeto y consideración que los descendientes deben a sus ascendientes, y la tutela legítima-

-Obligación de educar a los hijos, darles alimento.

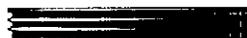
Respecto a las incapacidades que se derivan del parentesco, tenemos la incapacidad para contraer matrimonio entre parientes cercanos; la prohibición que impone la ley, en determinados casos, para servir como testigo, en juicio a un pariente, y la incapacidad para ocupar determinados cargos en la administración pública, cuando un pariente del aspirante a dichos cargos ya ocupa otro dentro de la misma administración.

Los parientes de un notario están imposibilitados para heredar al testador.

Los parientes del médico que hubiere asistido al testador en su última enfermedad, también tienen prohibición de heredarlo.

En numerosas leyes se prohíbe al funcionario actuar en negocios en los que intervienen sus parientes o viceversa.

En cuanto a las consecuencias en el parentesco por adopción, estas se reducen principalmente a aplicar todo el conjunto de derechos y obligaciones que impone la filiación legítima entre padre e hijo, al adoptante y adoptado.





Los efectos del parentesco no se dan en todos los casos con la misma intensidad. Ante todo hay que tener en cuenta, la proximidad del grado de parentesco, ya que a medida que se aleja el mismo, el número de efectos disminuye.

Para concluir lo relativo al parentesco, podemos indicar que todo lo que se relaciona al mismo lo encontramos regulado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco en el Código Civil Decreto ley 106, del artículo número 190 al 198.

#### II.4. EL MATRIMONIO.

Como ya lo hemos indicado, el matrimonio se tiene dentro del derecho familiar como una de las principales fuentes de las relaciones familiares, lo que lo cataloga como la institución jurídica más importante dentro de dicho derecho.

Nos ilustra el jurisconsulto Fernando Flores Gomez, que, "El matrimonio es la base sobre la cual descansa la sociedad, es la unión del hombre y la mujer, formada con el fin de crear una familia. Nada hay en esta unión que sea aislado a las personas de los cónyuges; todo en él es trascendente a otros seres y a la sociedad que se forma de las familias reunidas bajo la sombra del derecho. Por esto el matrimonio ha sido desde los tiempos antiguos, considerado como una institución altísima." (28)

##### GENESIS, EVOLUCION Y CONCEPTO:

Es frecuente afirmar que el matrimonio constituye la base fundamental de todo derecho de familia. El matrimonio es una institución jurídica, la primera y más importante de ellas. El interesante estudio de tan apasionante institución, sin llegar a exagerar, abarcaría fácilmente la mayor parte de la vida de un jurista. Esto por ser el matrimonio la base fundamental de la familia, el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el derecho de familia, no son más que consecuencias o complementos del mismo. El matrimonio es el instituto jurídico,

28/ FERNANDO FLORES GOMEZ G. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y DERECHO CIVIL" p.p. 77.

quizas de mayor importancia para todas las demás instituciones del derecho privado, porque constituye el fundamento de la sociedad civil y representa la completa comunidad de vida de hombre y la mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho. A diferencia de otras instituciones que se proponen la conservación y desenvolvimiento del ser humano, esta se encamina a la conservación y desarrollo de la especie humana; en el mismo se encuentran los elementos de toda sociedad y todos los particulares comprendidos en el destino de la raza humana.

El matrimonio es una institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, solo pueden surgir tales relaciones, por benigna concesión y aún así son estos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión de un hombre y una mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho degradada a el simple concubinato, que a pesar de tener efectos jurídicos similares al matrimonio, no se aparea a él ni desde el punto de vista moral, ni religioso, dándosele esta catalogación cuando se tiene suerte de no ser considerado como adulterio o incesto. El hijo nacido de una unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre ese hijo no es patria potestad, fuera del matrimonio se considera qu

no existe parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo en forma directa entre padre e hijo.

El matrimonio, al igual que todas las demás instituciones sociales, esta sujeto a cambios constantes, a evoluciones. El hombre desde su aparición sobre la tierra ha sido un ZÖÖN EROTIKON, es decir, un animal sexual, y dicho instinto lo ha movido siempre ha recordar aquella epoca de promiscuidad sexual existente en los inicios de su desarrollo, pero al fin y al cabo, la conciencia humana ha reprimido esos instintos sexuales desordenados, frenándolo con reglas rígidas, rodeadas de ceremonias y protocolos con las que puede decirse surgio el matrimonio.

La institución del matrimonio ha pasado coincidentemente por las mismas fases que la institución de la familia. Fases que a manera de recordatorio cabe destacar de la siguiente manera:

a) Promiscuidad primitiva o absoluta: Según las hipótesis más destacadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impide determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos poseían la condición social y jurídica de aquella, constituyéndose con ello el Matriarcado.

b) Matrimonio por grupos, familia Punalúa o Matriarcal: en este tipo de matrimonio se dió en un principio entre parientes

de sangre -dándose unicamente la prohibición del matrimonio solamente entre padres e hijos- por lo que dió en catalogarse como una promiscuidad ya relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu ya se comenzaron a considerar hermanos entre si, surgiendo desde entonces la prohibición de matrimonios entre hermanos y hermanas y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del mismo clan. Surgiendo la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual, sino que los hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu diferente. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, así como la poligamia, manteniéndose hasta entonces el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por línea materna, los hijos siguen en principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno.

c) Matrimonio por raptor: Mas adelante, la situación de las tribus debido a las guerras surgidas entre ellas, cambio en forma relativa ya que las nuevas ideas de dominación que se presentaron en las distintas colectividades, derivadas de cierto desarrollo alcanzado hasta entonces, aparece el matrimonio por raptor. Atravez de dicho matrimonio, la mujer es considerada como parte del botín de guerra, y por lo tanto, los vencedores adquieren en

propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo, de la misma manera que se apropiaron de los bienes y animales.

d) Matrimonio polígamo patriarcal: Donde se dió la vida en común bajo la potestad del cabeza de familia, masculino, más antiguo.

e) Matrimonio por compra: Denominado también monógamo o individual pleno. Los primeros vestigios de la monogamia la encontramos en el matrimonio por compra, dentro del cual el marido adquiría el derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder, debido a la suma de dinero pagada a sus parientes, especialmente al padre. Esta clase de familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación de la paternidad. Pues esta es reconocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del pater-familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar. Existe por consiguiente una certeza de la paternidad.

f) Matrimonio consensual: Es el que se ejercita en la época moderna, siendo su antecedente más próximo el matrimonio por compra, con la diferencia que en este también monógamo y quizás con certeza el individual pleno, se presenta como una manifestación libre de voluntades entre el hombre y la mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida

y para perpetuar la especie dentro de la denominada institución de la familia. Este es el concepto del matrimonio moderno, que se encuentra ya influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la iglesia y del estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público.

Todas estas teorías al igual que las proferidas sobre la institución familiar han sido severamente cuestionadas por muchos investigadores, entre los que desechan en definitiva la idea de una serie evolutiva articulada a través de los distintos grados o etapas que, arrancando del primitivo estado animal, culminaría en el matrimonio o familia, y prueban por el contrario, que la familia y el matrimonio comparten su antigüedad con el hombre, y que el matrimonio como institución ético-jurídica llega con sus raíces hasta los primeros tiempos.

La familia humana aparece históricamente hasta donde alcanza la investigación, como la base de toda comunidad de vida; como institución social primordial que surge en todos los lugares y en todos los siglos dondequiera que actúa el hombre histórico o contemporáneo. "Pueden existir y han existido épocas y países sin Estado, pero no ha existido vida humana sin el lazo familiar." (29)

29/ ANTONIO DE IBAROLA, "DERECHO DE FAMILIA" p.p. 149.



Para los romanos, NUPTIAE ó MATRIMONIUM, son la mayor parte de las veces expresiones genericas, que indicaban la unión del hombre y de la mujer en una comunidad indivisible, y que podian aplicarse a todos los matrimonios, aún a los de extranjeros. De las justas nupcias emanaban la patria potestad, el parentesco civil (agnatio), los derechos de familia, en una palabra constituian el único matrimonio de derecho civil. La mujer tomaba el nombre de uxor, el esposo de vir.

El matrimonio se encuentra por doquier colocado instintivamente bajo una protección superior, y acompañado de invocaciones a la divinidad; así que, entre los romanos, los dioses del paganismo intervenian en su celebración, y cuando la religión cristiana se convirtió en religión del Estado, no pudo dejar de santificarlo con sus ceremonias; pero, en todos los tiempos, todavía bajo Justiniano, esta intervención fue puramente religiosa, sin caracter legal; el matrimonio no fue considerado más que como un contrato civil y tiempo paso antes de que la Iglesia reivindicara su exclusiva jurisdicción sobre el matrimonio, ya convertido por Cristo en sacramento. El matrimonio en sus inicios no estaba sujeto a ninguna solemnidad.

El matrimonio del antiguo derecho romano, implica como factor esencial, poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer -MANUS MARITI- por virtud de los cuales esta pasa a

formar parte de la casa del marido, a cuyo imperio queda sometida. Ulpiano, en plena conformidad con las instituciones, indica las tres condiciones indispensables para las justas nupcias: pubertad, consentimiento y connubium.

En la evolución del concepto moderno del matrimonio han intervenido distintos factores que podemos fundamentalmente reducir a tres: a) El concepto romano del matrimonio; b) El concepto canónico del mismo; y c) El carácter laico del matrimonio en algunos derechos positivos.

El Jurisconsulto Federico Puig Peña deja asentada respecto al matrimonio la siguiente etimología: "Es un criterio casi general hacer deducir la palabra matrimonio (y la latina Matrimonium) de las voces MATRIS Y MUNIUM (madre y carga o gravamen), dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos". (30).

Al respecto, se cree por muchos autores, que la referencia que se hace dentro de la anterior definición de la madre como sujeto pasivo o único depositario de los gravámenes y sinsabores de la institución no debe ser admitida, ya que el padre sufre también, en otro orden de relaciones, los cuidados de la casa; en la mayoría de casos la carga económica; y en segundo lugar, no parece correcto buscar una significación etimológica, que hace 30/ FEDERICO PUIG PEÑA, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL" p.31.



tan solo referencia a ciertos efectos que se producen en la institución del matrimonio; más lógico y racional resulta llenar la voz de madre en un significado más hermoso y sublime como lo es la maternidad.

**NATURALEZA JURIDICA:**

Distintos puntos de vista se han manifestado respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, entre otros tenemos los siguientes:

- 1.- Como Institución;
- 2.- Como Acto Jurídico condición;
- 3.- Como Acto Jurídico mixto;
- 4.- Como contrato ordinario; y,
- 5.- Como contrato Adhesión.

1.- El matrimonio como Institución: En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo organico y persiguen una misma finalidad.

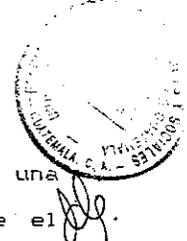
2.- El matrimonio como acto jurídico condición: Es el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por



la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendra a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que le permite la realización constante de consecuencias multiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

3- El matrimonio como un acto jurídico mixto: Se distingue dentro del derecho lo que son actos jurídicos públicos, privados y mixtos. Los primeros se caracterizan por la intervención de los órganos estatales, los segundos por la intervención exclusiva de los particulares y los últimos por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios estatales en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio por consiguiente constituye un acto mixto por cuanto se constituye no solo por el consentimiento de los conyuges, sino tambien por la intervención que tiene que hacer por mandato legal un funcionario público.

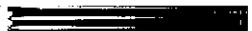
4.- El matrimonio como contrato ordinario: Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico.



5.- El matrimonio como contrato adhesión: Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los cónyuges no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente ya han sido estipulados en la ley. Situación semejante es la que se da en los contratos de adhesión por cuanto en ellos una parte simplemente se adhiere a lo estipulado en la oferta de la otra parte, quien es la que estipula los terminos del contrato.

De los precedentes puntos de vista acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio se nos permite inferir que la esencia de su naturaleza jurídica radica en el conjunto de normas jurídicas que como institución lo rigen en todos sus aspectos, y es así como el ordenamiento jurídico guatemalteco lo acepta en su artículo 78, como una Institución Social. No podría aceptarse al matrimonio como un contrato cualquiera ya que en estos siempre prevalece un interes patrimonial y no social, tampoco puede considerarse como un contrato de adhesión ya que estos siempre llevan inmersos servicios públicos y el matrimonio en cambio derivado de circunstancias humanas tan especiales que solamente el hombre puede experimentar, como lo son: los sentimientos, el cariño, el amor, la comprensión, la atracción física, etc, no puede dejar de ser considerado como una Institución social que

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central



es en la única en la que pueden situarse este tipo de circunstancias que jamás podrían catalogarse como patrimonio de una persona.

**DEFINICION:**

Cada autor emite su criterio sobre la institución que estudian, respecto de el matrimonio la mayoría coinciden en que es la base fundamental de la familia.

Al respecto presentamos algunos de esos criterios sobre el matrimonio:

El matrimonio es: "La sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte" -ESCRICHE- (31).

En cambio para Federico Puig Peña, el matrimonio es: la unión formada entre dos personas de sexo diferente, con el propósito de crear una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia.

No cabe duda que el basamento del matrimonio esta integrado por la unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer, para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie, pero esto, con ser mucho, no lo es todo en el matrimonio, pues por ese

31/ ANTONIO DE IBAROLA, "DERECHO DE FAMILIA" p.p. 155.



concepto primario apenas si se diferencia el mismo de otras uniones sexuales, en las cuales, con más o menos propiedad, se verifica el mismo cometido.

Sin embargo, han sido los filósofos propiamente quienes han señalado el rasgo más saliente y más certero de la institución matrimonial: La plenitud. El matrimonio, dice Ahrens, es la unión formada entre dos personas de sexo diferente, con el propósito de crear una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia.

El Genesis habla de DUD IN CARNE UNA, y viene a constituir, la síntesis perfecta del concepto del matrimonio, ya que lo que lo distingue es la característica especial de unir a un hombre con una mujer, fundiéndolos en una unidad superior, y para toda la vida.

Agregada a las definiciones anteriores una de las más sobresalientes a sido aquella que se fundamenta en su naturaleza jurídica contractual, por lo que muchos estudiosos coinciden en definir al matrimonio respecto a dicha naturaleza manifestando que el matrimonio es un contrato, porque hay acuerdo de voluntades para casarse, indicando que es un contrato bilateral solemne, por el que se unen dos personass de sexo diferente para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente, aunque cabe decir que la exactitud de esta posición ha sido ampliamente discutida, por

lo que se ha afirmado que el matrimonio es algo distinto que va más allá de un contrato, y que es una institución que no debe rebajarse a la altura de las relaciones jurídicas contractuales.

A pesar de lo anterior no debemos olvidar agregar que el matrimonio regulado por el derecho no es más que un acto bilateral, es decir que se celebra ante funcionario público que el Estado ha asignado para el efecto.

De la definición del matrimonio como contrato inferimos que es bilateral: porque lo celebran un solo hombre y una sola mujer, teniendo ambos derechos y obligaciones recíprocos. Es solemne: porque se lleva a cabo ante el funcionario público asignado por el Estado y con los requisitos que enmarca la ley.

Un requisito indispensable en el matrimonio es el hecho de que sean dos personas de sexo diferente, puesto que la identidad sexual de los consortes originaría un obstáculo insuperable de carácter legal. Asimismo no es requisito indispensable dentro del matrimonio la perpetuación de la especie, ya que es lícito que se contraiga entre ancianos, por un moribundo, etc.

Paralelamente a las definiciones legales sobre el matrimonio, encontramos la definición cristiana, eclesiasística o católica del mismo como, aquella unión legal elevada por Cristo Jesús a sacramento de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal. Es, por consiguiente, un sacramento cuyos ministros son los mismos



contrayentes y en el cual el sacerdote es solo un testigo autorizado por la Iglesia. Su materia es la voluntad de los futuros conyuges de contraer el vínculo conyugal, y su forma, la manifestación de esa misma voluntad por las formalidades legales. Pero como puede apreciarse, y aún cuando tenga para la Iglesia el valor de sacramento, el legislador moderno ha reglamentado el matrimonio haciendo a un lado toda consideración de orden confesional.

**CARACTERES Y FINES DEL MATRIMONIO:** Entre los caracteres tenemos: a) La unión física: que por si sola no basta, como hemos dicho para configurar el matrimonio, ha de ir en íntima conexión con los demás caracteres. b) La comunidad de vida: complementa la unión física, ya que los cónyuges mantienen el firme propósito de pasar juntos el resto de su vida -hasta que la muerte los separe-. c) La fundación de una familia: dado que se toma al matrimonio como la célula fundamental de la familia. d) Unidad: significa que la unión matrimonial solo puede tener lugar entre un solo hombre y una sola mujer. e) Indisolubilidad: supone la necesidad de no destruir el vínculo conyugal por causa que no sea la muerte de alguno de los cónyuges.

Respecto a los fines tenemos diferentes teorías dentro de las cuales una, ya abandonada, propone un solo fin, el goce mutuo de los instintos sexuales, los cuales quedaban regularizados en el -teoría de Emanuel Kant-. Una segunda teoría, de matiz



bilateral, sostenida principalmente por Aristóteles indica que los fines del matrimonio son fundamentalmente dos: la procreación de los hijos y el complemento mutuo de los esposos. Esta doctrina resulta más admisible por cuanto pone de relieve la finalidad individualista de la unión matrimonial. Una teoría más sostiene la existencia de una fórmula trilateral, su principal seguidor Santo Tomás de Aquino sostiene que el matrimonio tiene dos fines específicos: la procreación y la educación de la prole, y un fin individual: el mutuo auxilio de los cónyuges. Esta teoría es la más seguida entre los escritores, aunque se discute cual de los fines relacionados es el fundamental.

En cuanto al carácter de la unidad matrimonial, que supone la unión matrimonial entre un solo hombre y una sola mujer, en el presente siglo es motivo de cambio en muchas legislaciones de países especialmente europeos, en virtud de que en dichos países esta siendo considerada la incorporación legislativa de matrimonios de personas del mismo sexo, lo que viene a revolucionar en forma total las definiciones del concepto de matrimonio que ya hemos descrito, ya que reconociéndose legalmente este tipo de matrimonios, los fines ya conceptuados tendrían que cambiar o al menos tendrían que incorporarse en los mismos los nuevos elementos de dichos matrimonios con un corte revolucionario eminentemente homosexual. Al respecto nos atrevemos a comentar que es imposible un hecho que no puede

existir, porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. La institución del matrimonio ha sido desde tiempos inmemoriales como se ha visto en toda su evolución considerada sobre bases morales y éticas en la unión de un hombre y una mujer como complementos biológicos instituidos si no se puede aceptar por un Dios supremo, si por la sabia naturaleza, de la cual nadie puede escapar. Si el matrimonio tiene como objeto que los esposos hagan vida marital en una cópula perfecta, es claro suponer que no puede realizarse cuando no haya diversidad de sexos, dicha unión es inexistente y por consiguiente no produce efectos jurídicos.

CLASES DE MATRIMONIOS: Las principales clasificaciones del matrimonio son las siguientes:

a) Matrimonio Canónico y civil: El primero caracterizado por la nota de sacramentalidad, es el celebrado ante el sacerdote eclesiástico y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación de la Iglesia. El segundo es el celebrado ante funcionario del Estado y de acuerdo con lo establecido en las leyes de este orden.

b) Matrimonio Rato y consumado: es rato cuando no se ha seguido la cópula carnal, y es consumado (o rato y consumado), cuando se ha seguido la unión de cuerpos entre los contrayentes.

c) Solemne: Es solemne o Público el matrimonio tipo, o el celebrado ante la autoridad civil o eclesiástica y bajo las formas y requisitos formales y legales que se establecen.

d) Válido y nulo: Es válido aquel que, celebrado conforme a las prescripciones legales, se ha contraído sin ningún impedimento dirimente. Es, además lícito, cuando concurre alguno de ellos. Matrimonio nulo es el opuesto al válido, y puede ser noto o conocido, si es notoria la nulidad del mismo, o putativo si esa nulidad es desconocida para ambas partes o una de ellas.

e) Ordinario y extraordinario: llamado el primero también regular, es aquel en el cual se han observado todas las formalidades y requisitos que las leyes establecen, el segundo es aquel en el que se dispensa el cumplimiento de alguna formalidad sustancial o, por el contrario, se exigen mayores requisitos que en el ordinario. Se señalan como matrimonios extraordinarios: los celebrados en eminente peligro de muerte, el matrimonio por poder, el de los militares, el celebrado a bordo de buques de guerra o mercantes, el celebrado en el extranjero.

f) Matrimonios iguales y morganáticos: los matrimonios iguales son aquellos que se celebran entre personas de igual condición social y clase. Los morganáticos, cuyo origen germanico descubre su nombre, suponen el enlace entre personas



de distinto rango y clase social, con el pacto de no participar el inferior, ni los hijos de los títulos y bienes del superior. La Institución del matrimonio merece en la conclusión del presente estudio la transcripción de la siguiente cita textual del autor Antonio de Ibarola en su libro Derecho de Familia:

"Absorvente es el caracter del amor humano, absorvente porque compromete a todo ser y toda la vida, porque asocia toda la vida de los que se aman, haciendo de la mujer la compañera del hombre. El amor que nos describen los cantares de gesta de todos los pueblos, es un amor eterno que tiende a la unión carnal, pero es unión de almas que, en cierto modo, no tiende al amor carnal sino en cuanto es signo manifestación de la unión total de los que se aman. El amor carnal es el signo de la intimidad total: el signo de que los amantes nada quieren negarse, de que se pertenecen totalmente. En particular, para la mujer, el amor carnal es el abandono de si misma al hombre a quien ama, el abandono de su reserva, del pudor que la inclina a salvaguardar el misterio de su cuerpo, el permiso concedido al hombre de hacer lo que quiera del cuerpo de su amada. De este modo el amor carnal esta saturado todo el de algo espiritual. Cuando degenera en simple juego erótico pierde su riqueza al perder el potencial de espiritualidad de que esta saturado. Las caricias sobre mi cuerpo, las experimente yo en lo más profundo de mi alma. Y es



que no puede haber amor carnal sino como resultado de una profunda comunión espiritual, la que solo se da en el matrimonio." (32)

32/ ANTONIO DE IBAROLA, "DERECHO DE FAMILIA". p.p. 155.



## II.5. LA ADOPCION.

El Derecho le asigna a la Adopción parecida condición a la de la filiación legítima. La misma se encuentra incluida como una de las principales fuentes generadoras de relaciones familiares dentro de la Institución de la Familia.

La adopción es una de las instituciones jurídicas de precedentes históricos más remotos, se reconoce su origen en la India, de donde había sido transmitida, juntamente con las creencias religiosas a otros pueblos vecinos. Lo que hace suponer que de ahí la tomaron los hebreos, transmitiéndola a su vez, con su migración, a Egipto, de donde paso a Grecia, encontrándose también regulada jurídicamente entre los babilónios (Código de Hammurabi, 2285 a 2242 A. C.), pasando luego a Roma.

En notable contraste con la época actual, en la Antigüedad y durante el Medioevo se consideraba verdadera aflicción familiar la del matrimonio carente de hijos, por no haberlos tenido, por no poderlos tener o por haberlos perdido. No resultó difícil encontrar el medio substitutivo, consistente en recibir como propio a un hijo ajeno, sobre todo desde edad temprana, para mayor afirmación del afecto maternal y paternal.

Al respecto de dicha institución el tratadista Puig Peña nos indica, lo siguiente: "La Adopción es una figura que tuvo en la vida de los pueblos primitivos una significación totalmente distinta de la que hoy tiene; y así, en tanto en las primeras



etapas de la civilización predomina en ella el interés objetivo de la familia, el interés de la continuación de la estirpe para la supervivencia del culto de los antepasados, acusa en las más recientes legislaciones, como un profundo aspecto sentimental, llamado a proporcionar los beneficios de la filiación y la paternidad a personas que, por la naturaleza, carecían de ellos, a la par que un aspecto benéfico, resolviendo algunos problemas materiales, ya que constituye el medio más adecuado para paliar la suerte de los niños huérfanos". (33)

La adopción fue muchas veces, un recurso ofrecido por la religión y la legislación a aquellas personas que no tenían herederos naturales para que pudieran perpetuar su descendencia, aseguraba de ese modo la continuidad del culto que profesaban, y la transmisión de los bienes. La extinción de este culto familiar significaba, según las creencias antiguas vivientes en el mundo romano, una catástrofe que, a toda costa, era preciso evitar. Por eso cuando la naturaleza negaba descendencia natural, se acudía a la adopción como medio de continuar la estirpe. Considerándose entonces que la adopción era una imitación de la naturaleza, respondiendo a la Adopción Justiniana que señaló el principio de ADOPTIO IMITATUR NATURAM. Esta ha sido la base sobre la cual se ha levantado esta institución: la imitación de la naturaleza. Es decir, genera una relación

33/ FEDERICO PUIG PEÑA, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL".  
p.p. 473.



paterno-filial en donde la naturaleza no ha dado hijos a los matrimonios. Al respecto conviene preguntar que es lo que se imita. Desde luego se debe descartar que lo imitado pueda ser la concepción y el nacimiento, ya que estos son hechos humanos, que tienen por sí mismos consecuencias jurídicas, que son imposibles de imitar. Lo que parece ser materia de imitación es la relación interpersonal que surge entre un mayor de edad y un menor, a la que se le dan los mismos efectos jurídicos que tiene la relación entre padres e hijos que se origina de la sangre. De este vínculo consanguíneo surgen relaciones paterno-filiales y estas son las que se pretenden imitar por la adopción. Tan es así, que originalmente solo podían adoptar quienes definitivamente por la edad avanzada ya no podían tener hijos, y la diferencia de edades entre adoptante y adoptado también respetaba la posible diferencia entre padres e hijos, tomando en cuenta que solo después de la pubertad es posible engendrar hijos.

Cabe resaltar que la adopción del derecho romano figuró en dos formas: a) La Abrogatio, que consistía en que una persona tomase como hijo a otra, que hasta entonces no había estado sujeta a la patria potestad de padres o abuelos; y b) La Adopción en sentido Estricto, que integraba un contrato entre el titular anterior de la patria potestad y un tercero, a quien se daba el hijo en patria potestad. La primera exigía la aprobación





del pueblo (comicios curiados) y producía siempre la integración de la patria potestad en el arrogante. En cambio, en la segunda se llegó a distinguir entre la potestad Adoptio Plena y La Minus Plena. La primera que solo existía si el adoptante era ascendiente natural del hijo, o cuando el abuelo, en vida del padre, daba al nieto a un extraño en adopción, esta producía siempre el traspaso de la patria potestad. En cambio, la segunda no integraba esta, pero sí una relación filial entre el adoptante y el adoptado, e incluso un derecho sucesorio, si bien este no era de carácter forzoso.

La adoptio se verificaba mediante un complicado negocio, compuesto de dos momentos: el primero tenía por objeto desligar al menor de la potestad actual, para lo que se aplicaba la máxima de las doce tablas sobre la liberación del hijo por tres mancipaciones. En esto la adopción de una hija o de un nieto llevaba consigo procedimiento mucho más sencillo. La adoptio podía celebrarse en todos los lugares en que hubiera magistrado romano con plena jurisdicción. Justiniano abolió tanto formalismo y dispuso que la adopción pusiera al adoptado en la misma posición de un hijo natural; el adoptante adquiría la patria potestas con los derechos a ella inherentes.

La reglamentación jurídica de la adopción en el derecho romano no puede decirse que ha pasado a los derechos posteriores. Incluso algunos situados dentro de la órbita romanista



desconocieron esta institución, si bien, como decimos, se observó en los modernos tiempos un renacimiento de este instituto.

Pero al modificarse con el tiempo las costumbres y las creencias y desaparecer, por tanto, esa finalidad primaria fundamental, la adopción fue perdiendo ese pasado esplendoroso, cayendo poco a poco, en una situación de olvido. Al llegar la época de la codificación se planteó incluso el problema de la conveniencia de su supresión definitiva.

La fascinación que los recuerdos de la antigüedad romana ejerció en la época de la revolución y el interés extraordinario de algunos legisladores en defender a toda costa la institución de la adopción, hicieron quizás que esta pasara nuevamente al campo legislativo, pero asentándose ahora en ella una nueva finalidad de tipo subjetivo y personal, la cual brindaba un nuevo consuelo a los matrimonios sin hijos y esperanzas a los niños huérfanos.

La Europa del siglo XVII, vuelve a preocuparse por la adopción, el Código de Landecht en Prusia a eso del año 1794, contenía disposiciones sobre la adopción.

En Francia fue hasta el período post, revolucionario, en el que se señala una influencia de las instituciones del derecho romano, cuando aparece un interés especial en la adopción.

En Europa las disposiciones del Código de Napoleón hicieron que la institución no se arraigara en las costumbres, y se



observó un número reducido de adopciones en Europa. No tuvo mucha trascendencia. La imposibilidad de adoptar menores de edad, hizo que fuera una institución poco aceptable, al no cumplir finalidades en beneficio de los menores.

Sin embargo por el viejo empeño de obtener con la adopción una semejanza casi completa con la naturaleza, se exigieron unos requisitos muy rigurosos, se impusieron formalidades complicadas y onerosas y se determinaron efectos tan restringidos, que el instituto de la adopción apenas si tuvo realidad práctica en todo el siglo XIX.

En cambio, las revoluciones provocadas por la conflagración mundial de 1914, dió lugar a cambios totales de dirección respecto a la adopción, determinandose el inicio del desarrollo de la tercera etapa de vida de dicha institución. Los huérfanos de la guerra eran numerosos; muchos también los hogares en que los padres habían sido muertos por el enemigo y la adopción pareció a las gentes como un medio de reparar parcialmente estas desgracias.

En Latinoamérica se han seguido los pasos de la legislación europea que ha influido a través del tiempo. Se observa que la adopción no estuvo reglamentada prácticamente en el siglo pasado, y que ha sido hasta este siglo que se iniciaron los intentos de normarla y seguidamente se completó la legislación en materia adoptiva.



En 1924 el IV. Congreso Panamericano del niño reunido en Santiago de Chile invita a los gobiernos americanos a establecer en su legislación civil, pero solo en favor de los menores, la adopción familiar, siempre que fuera comprobado en forma fehaciente ante la justicia que ella resulte en beneficio positivo para el adoptado.

En Guatemala, la adopción ha pasado por varias fases, que más o menos han ido de acuerdo al desenvolvimiento de esta institución jurídica en las legislaciones y la doctrina mundial. Prohibida hasta el 7 de mayo de 1947, año en que el Congreso de la República la aprobó, emitiendo el Decreto número 375 de fecha 5 de mayo, como la ley de adopción en beneficio de los menores de edad, consagrándola definitivamente como una institución que debía incorporarse a la legislación guatemalteca.

En sus albores la adopción guatemalteca tenía como finalidad el interes de la continuación de un grupo familiar, el empeño de no perderse un apellido aristocrático. En la actualidad la ley, persigue un interes social de asistencia a los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles asistencia y educación, que al mismo tiempo refleja su beneficio en los matrimonios que no tienen hijos, a quienes brinda las satisfacciones que solamente pueden conseguirse por medio de un hogar integrado.

De estas consideraciones ha nacido una legislación más





comprehensiva en orden al apartado rigorismo de la adopción en sentido técnico, y también la posibilidad de que al lado de este instituto vivan otras figuras jurídicas de matiz filantrópico que resuelvan problemas sentimentales y de orden material, de particular intensidad en los modernos tiempos.

Al parecer, en algunos países desarrollados como Gran Bretaña, esta institución está catalogada en la actualidad como un servicio que tiene por objetivo favorecer a los niños, y no suministrarlos a parejas que no tienen hijos, lo que denota que a finales del presente siglo se comienza a perder la finalidad de conceder hijos a quienes no los tienen, y se da inicio a la etapa moderna de la adopción como lo es que en dicha institución prevalezca como único fin principal el bienestar de los menores en estado de abandono, permitiendo no solo a matrimonios, sino a personas solteras establecer una relación filial, cuya finalidad objetiva actual es única y exclusivamente de beneficencia, de cuidado y atención al menor desvalido.

En tanto que la filiación legítima y la filiación natural son calificadas a menudo como filiaciones naturales LATO SENSU, o de filiación por la sangre, en oposición a la filiación artificial y ficticia, que nace de la adopción, esta crea sin embargo un lazo jurídico equivalente. Nace únicamente de la voluntad.

Sin embargo, la adopción tiene más relaciones de proximidad



con la filiación legítima, porque hace del adoptado una especie de hijo legítimo.

Concepto: La mayoría de los autores afirman que la adopción crea un vínculo de parentesco que ha sido denominado civil. También se dice que se crea un parentesco semejante al de la consanguinidad. Como hemos visto, este lazo civil obedece a una causa que ha ido evolucionando, habiendo sido en su surgimiento una institución para la satisfacción de un interés en el adoptante hacia la perduración de la especie; luego el interés del mismo sujeto en hallar un sustituto al afecto paterno; y más adelante sin llegar a desaparecer las razones antes anotadas, nació un interés social hacia la protección de la infancia, tal y como prevalece en la actualidad.

Sobre el concepto de la adopción se han dado diversas definiciones:

Algunos autores manifiestan que la adopción es análoga a la filiación legítima, que el parentesco ficticio que resulta de la misma se asemeja al parentesco verdadero. Para otros la adopción es un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente de paternidad o maternidad y de filiación, o más bien que es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción. Para nosotros la adopción es un acto por el cual se crea entre dos personas un parentesco especial, denominado



civil, el cual se equipara al de consanguinidad.

Pero no dejan de haber autores que insisten en que la adopción es una ficción. Y otros por el contrario, afirman que mediante la adopción no se crea artificialmente una ficción de parentesco que copia la consanguinidad; sino que nace un verdadero parentesco cuyos efectos tienden a compararse con los de la relación sanguínea.

Como puede apreciarse de lo anterior, para conocer la naturaleza jurídica de la adopción, existen diversas posturas. Hay quienes la consideran un contrato, otros una Institución; otros más que afirman es solo un acto jurídico.

Como contrato es considerado por autores como Planiol argumentando que es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. Otros autores lo consideran contrato solemne, en el cual el ministro es el juez de paz. Sin embargo, tales concepciones fundadas en el contrato no perduraron por mucho tiempo. Fue aplicado en la época de la preeminencia de la voluntad, pero en la medida en que cambió el enfoque y fines de la institución, se hizo necesario destacar la idea de un simple contrato que a voluntad de las partes se hace y con las mismas voluntades se termina. La idea de contrato ya no se acepta en la actualidad, ya que en la ley encontramos regulados los requisitos específicos de la adopción, así como sus



efectos, formas y manera por los que la adopción se constituye.  
La forma y manera como se viven las relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado, y también, la forma como puede terminarse.

Substituyendo la idea de la adopción como contrato, surgió la de la adopción como institución, y así se dice que la adopción es una institución jurídica solemne y de origen público, por medio de la cual se crean entre dos personas extrañas o no la una de la otra, vínculos similares a aquellos que surgen entre padres e hijos como una de las consecuencias del matrimonio. También es una institución porque se trata de un conjunto de disposiciones legales ordenadas que reglamentan la adopción, y desde este punto de vista, puede estimarse que efectivamente se trata de una institución jurídica.

Ahora bien, como acto jurídico, hay autores como Manuel Chavez Asencio, que catalogan la adopción como un acto de poder estatal y otros como un acto mixto, los primeros lo consideran como un acto de poder estatal porque el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado es consecuencia de la aprobación judicial. Sin embargo, no puede aceptarse este punto de vista, porque si bien es cierto que la aprobación del juez competente es un elemento esencial para la creación del vínculo filial en la adopción, debe observarse que la voluntad del adoptante es un elemento esencial, previo y necesario para que tenga lugar el pronunciamiento judicial y por otra parte es necesario que los



representantes del adoptado, convengan en la creación de ese vínculo jurídico paterno-filial. Asimismo los segundos consideran la adopción como un acto mixto, porque consideran que debe tomarse en cuenta de que en el mismo intervienen varias personas que lo caracterizan como acto jurídico plurilateral.

Al respecto opinamos a manera de conclusión que tal y como lo acotan los diferentes autores, la adopción efectivamente es un acto mixto, que a la vez no deja de ser una institución jurídica, con un cuerpo orgánico de disposiciones legales que establecen la forma y manera de constituirla, de llevar las relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado y su terminación.

La adopción como Institución adquiere cada día más, un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr en la mejor manera posible mediante el esfuerzo de los particulares y el Estado, la protección y amparo del menor en el hogar del adoptante, alejándose hoy la adopción de aquella concepción individualista de tenerla como un contrato para consuelo de las personas a quienes la naturaleza niega la felicidad de tener hijos o que han tenido la desgracia de perder los que ya tenían. Por lo tanto, la adopción no tiene en la actualidad por objeto primordial emular la imagen de la naturaleza ni tampoco satisfacer los sentimientos altruistas del adoptante.

La adopción, denominada también ahijamiento o prohijamiento en lenguaje familiar, constituye un sistema de crear



artificialmente la patria potestad. Muy discutida, por contraria a la naturaleza humana, no todos los códigos la admiten, así como se ha visto que tampoco en todos los tiempos se ha considerado en igual forma, ya que recibir legalmente como hijo a quien no lo es en verdad, crea un problema de orden familiar que debe ser regido con demasiada delicadeza ante las situaciones que pueden darse.

La palabra adopción proviene del latín ADOPTIO. Adoptar proviene de ADOPTARE de AD y de OPTARE, que significan DESEAR -ACCION DE ADOPTAR O PROHIJAR-. Es decir recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.

Podríamos entonces, definir la adopción, diciendo que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima. (Puig Peña).

Una vez entonces la adopción una nota específica que justifica su subsistencia en el derecho moderno: en la mayoría de los casos, los adoptantes no desean solo la protección del adoptado -la que podría lograrse sin la adopción-, sino el satisfacer a la vez el anhelo de cariño que sienten al encontrarse vedados por la naturaleza de aquellos hijos tan deseados y brindados substitutivamente únicamente por medio de la institución de la



adopción.

Es pues la adopción un acto jurídico que crea, fuera de los lazos de sangre, un lazo de filiación entre dos personas que consienten en ella, generando derechos y obligaciones que se limitan únicamente al adoptante y al adoptado.





## II.6. LA FILIACION.

Una fuente más, generadora de relaciones familiares lo es la filiación. La filiación puede significar la descendencia en línea directa, podría comprender lo que es toda la serie de intermediarios que vinculan a una persona determinada con un antepasado por más lejano que este sea, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, derivada de lo que es la procreación, equivale exclusivamente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo, de aquí, que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad dependiendo se le sitúe al lado del padre o la madre.

Es decir, de manera amplia, la filiación se refiere a todos los anillos de la cadena que liga a una persona con sus antepasados, aún con el más lejano; pero en sentido estricto solo se refiere a la relación que existe con sus ascendientes inmediatos, como lo son el padre y la madre.

Como puede observarse, maternidad y paternidad, son pues, los dos elementos fundamentales en que se basa la relación de filiación. Pero hasta el momento nos hemos referido únicamente a la filiación como un hecho físico o natural, según el cual todo ser humano tiene un padre y una madre. Sin embargo, jurídicamente, no es así, pues, hay que distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico. El derecho no permite, en todo caso, la investigación de la relación de filiación

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
BIBLIOTECA CENTRAL





respecto a los presuntos padres, ni aún en caso de aparente demostrada dicha relación física de filiación, permite siempre deducir las consecuencias lógicas de la misma, o aunque deduzca algunas consecuencias, no son estas siempre las mismas. Se trata, pues, de una relación no meramente física o conforme a la naturaleza, sino jurídica, basada en ciertos presupuestos sociales.

Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de alguien, como un hecho lógico todos tenemos un padre y una madre. Pero esto no ocurre dentro del campo de lo jurídico, ya que el derecho necesita asegurarse primero de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación; y al respecto tenemos que la paternidad ha sido un hecho de muy difícil comprobación, aún con los mayores adelantos tecnológicos con los que cuenta la Ciencia Moderna.

Para Federico Puig Peña, la filiación es: "El nombre jurídico que recibe la relación o sociedad natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra." (33) Podemos entonces definir la filiación, relación o unión paterno filial como "aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero." (34)

33/34/, FEDERICO PUIG PEÑA, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL" p.p. 378.



Tenemos entonces que la filiación es la relación que establece entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra. La filiación tiene un carácter presuncional, es decir resulta de hechos que la presuponen o autorizan a presumirla. Por lo que también se la puede definir como "La presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro" (35).

La filiación tomada desde el punto de vista del padre, se llama paternidad. La paternidad es la presunción que tiene todo individuo a su favor de ser padre de otro.

La relación jurídica nacida de la paternidad y la filiación se refieren a sujetos determinados que son los padres e hijos y abuelos en ciertos casos. Entre ellos surge, como consecuencia del hecho natural del nacimiento, o del acto jurídico de la adopción, una relación jurídica que se traduce en un complejo de deberes familiares y obligaciones pecuniarias, por lo que en esta materia no puede hacerse referencia solo a la relación que existe desde el punto de vista de los padres, ni tampoco debe limitarse a los deberes, derechos y obligaciones de estos, pues en la relación jurídica existen dos o más partes, y en esta materia los hijos son la otra parte. Lo que significa que en la relación jurídica derivada de la filiación se dan deberes y obligaciones tanto para los padres como para los hijos. Por lo tanto, esta relación jurídica comprende a padres e hijos.

35/ EFRAIN MOTO SALAZAR, "ELEMENTOS DE DERECHO", p.p. 173.





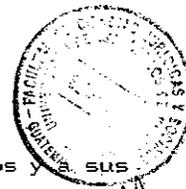
Desde el punto de vista de los progenitores o abuelos, el conjunto de deberes, obligaciones y derechos recibe el nombre de patria potestad; desde el punto de vista de los hijos podría llamarsele responsabilidad filial.

La filiación puede ser legítima si surge en forma directa del matrimonio, natural la que surge de relaciones extra matrimoniales o bien adoptiva.

Entre las varias clases de filiación tenemos: a) La filiación matrimonial; b) La filiación extra-matrimonial; c) La filiación imprecisa; d) La Legitimación; e) Filiación Adoptiva

La primera o sea la filiación matrimonial o legítima también denominada filiación propia, filiación Propio Sensu o normal, se sitúa cronológicamente, dentro de la vida del lazo matrimonial presenta pocos problemas ya que como su denominación lo indica esta se da dentro del matrimonio, ejerciéndose la patria potestad sobre los hijos tanto por el padre como por la madre, en igualdad de condiciones. La patria potestad legalmente se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley. Su finalidad es la de proteger los intereses de los hijos; es por eso que, precisamente, el legislador ha querido que la patria potestad, como regla general, se ejerza por los dos padres conjuntamente, y solamente como excepción deje de ejercerla uno de ellos.

Si por una parte en la familia legítima el matrimonio une



a los esposos entre si, la filiación los une a sus hijos y sus descendientes. Cuando la filiación esta fundamentada y cimentada en el matrimonio produce sus más plenos efectos en todas partes. Se llama filiación legitima al lazo juridico que une al niño con su padre y con su madre estando estos casados.

La filiación Extramatrimonial o filiación impropia, denominada tambien natural es la que surge de relaciones pre y post matrimoniales, ocasiona una variedad de situaciones que originan distintas formas de relaciones juridicas, pues no siempre estan presentes los progenitores, entre ellas encontramos las siguientes:

1.- El reconocimiento unipersonal, en el caso en que sea uno solo de los progenitores (padre o madre) quien reconozca al hijo, ejerciendo quien reconozca en forma unipersonal la patria potestad sobre el hijo reconocido.

2.- Reconocimiento bipersonal, en el cual se da el reconocimiento por ambos progenitores, quienes en la mayoría de las situaciones viven separados, ejerciendo regularmente la patria potestad sobre el hijo el progenitor que lo tenga con el.

3.- Dentro del concubinato, el reconocimiento es bipersonal, y ejercen la patria potestad ambos progenitores, o bien el que tenga con el al hijo reconocido.

4.- Reconocimiento judicial, o impuesto, en el cual es el órgano jurisdiccional competente el que dictamina la filiación



existente entre una persona y su progenitor, corrientemente es dirigida al progenitor varón a quien se impone la filiación, ordenándose la inscripción de la misma para que surta los efectos de la filiación propia.

Lo anterior significa que un niño puede nacer de relaciones extra-matrimoniales, por lo que a esta clase de filiación suele llamarse natural, aunque la expresión correcta podría ser filiación ilegítima, la cual al igual que la filiación legítima crea relaciones jurídicas entre el hijo y sus padres.

A pesar de lo anterior la condición de hijo natural puede transformarse en la de hijo legítimo por medio de lo que la ley reconoce como Legitimación, cuando la misma ley la autoriza, o bien los padres reconocen voluntariamente al hijo. El hijo queda entonces legitimado.

Ahora bien, la filiación imprecisa, es aquella que puede surgir dentro del matrimonio o en situaciones ajenas a el como por ejemplo el conflicto entre dos paternidades legítimas de un primer y segundo matrimonio.

La filiación adoptiva a diferencia de las anteriores, surge de la Adopción, en la cual la patria potestad la ejerce sobre el hijo adoptivo únicamente la persona adoptante, y las relaciones jurídicas que surgen de dicha filiación suelen darse únicamente entre adoptante y adoptado, pudiendo darse la situación de que sea solo una persona (madre o padre) el que adopte. Creandose



entre adoptante y adoptado las mismas obligaciones y derechos que existen entre padres e hijos legítimos. En este caso las personas que normalmente no tienen ni pueden tener descendencia, gozan de la facultad, bajo ciertas condiciones, de ligarse a un niño independientemente de cualquier lazo de sangre; La filiación adoptiva crea una familia, ficticia a la vez que noble, calcada sobre la familia legítima.

La filiación de un hijo con respecto a sus padres puede ser LEGÍTIMA, LEGÍTIMADA Y NATURAL, en otras palabras los hijos pueden ser LEGÍTIMOS, LEGÍTIMADOS O NATURALES, surgiendo de esta clasificación diversas categorías de hijos dependiendo de la situación jurídica de estado civil de los padres en el momento de la concepción o del nacimiento del hijo.

Hijo legítimo es aquel concebido y nacido dentro del matrimonio.

Los hijos de aquellos que no esten casados ni lleguen a contraer matrimonio entre si, reciben la denominación de naturales, es decir, los que son producto de un hecho ajeno al matrimonio, lo que da lugar como ya se ha visto a la filiación natural.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio se han considerado tradicionalmente en las formas según que los padres, en el momento de la concepción hubieran podido contraer matrimonio por no existir para ello ningún impedimento legal; o bien los hijos





de aquellos que en el momento de la concepción no podían estar en matrimonio por tener algún impedimento para celebrar el mismo. De lo anterior, puede decirse que esta clase de hijos pueden clasificarse según sea la naturaleza de la unión carnal de los padres, de esta manera, tenemos que hay los llamados hijos naturales simples, adulterinos, incestuosos, sacrilegos, etc. Es hijo natural simple, el que es producto de padres no casados pero que no tienen impedimento alguno para poder casarse. El hijo producto del adulterio, es adulterino, y es hijo incestuoso el que surge como producto de una pareja que no puede casarse por existir impedimento de parentesco.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, según los artículos 199 y del 209 al 227 del Código Civil, es tratada la filiación de dos formas: a) como filiación matrimonial y b) como filiación extramatrimonial. Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio o bien el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, hijo legitimado es el nacido de personas no unidas en matrimonio; ni unidas de hecho, que después pueden casarse o unirse de hecho. Para que un hijo pueda considerarse legitimado deben ser reconocidos expresamente por cada uno de los padres en forma conjunta o separada. Dichos reconocimientos son irrevocables. Son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio, o sea por una unión que no ha sido



legitimada ante la ley- la filiación de los hijos naturales en relación a su padre se prueba por el acta de reconocimiento. Asimismo en la Constitución Política guatemalteca, como un derecho fundamental es reconocida la igualdad de los hijos, plasmandose en la misma que "Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible." (36) Lo anterior significa como lo indica el mismo código civil que los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos del matrimonio.

De esta manera, nuestra legislación descarta las clasificaciones doctrinarias tradicionales que hacen la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos.

Doctrinariamente mucho se puede escribir sobre la filiación, sin embargo el presente capítulo se limita únicamente a referir lo que consideramos más importante de dicha institución jurídica.

36/ CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, 1986,  
Artículo 50.







*de*

CAPITULO III.

LAS FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA.

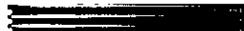
III.1. LAS FUENTES EN GENERAL.

Facil es deducir que todo en la existencia tiene un origen. Tambien lo tienen todas aquellas instituciones sociales, politicas o juridicas creadas por el hombre para la mejor convivencia social.

III.1.a. CONCEPTO.

Hemos escuchado frecuentemente la expresi3n "EL MANANTIAL ES FUENTE DE VIDA", significando esto que una fuente es el Alfa, el origen, el inicio de todo, el lugar preciso de donde surge la vida de lo existente, es por ello que algunos jurisconsultos interpretan que la palabra fuente ha sido tomada de los fenomenos naturales, haciendose alusi3n a que fuente es el punto de partida de donde el agua sale de la tierra, de donde nace.

En materia juridica, la palabra fuente tambien se relaciona con la idea de nacimiento, de origen, es decir, sugiere investigar los origenes de donde nace el derecho, la manera como



el orden jurídico brota para su observancia, el principio de fundamento u origen de las normas jurídicas, y en especial del derecho positivo o vigente de un país específico y en determinada época. La expresión fuente del derecho se usa para designar el origen del derecho, es decir, la manera como el orden jurídico brota para su observancia, todas las causas que lo generan.

Se ha entendido que en primer termino el derecho ha surgido de la costumbre, y en segundo lugar y en una aplicación más moderna de la ley, especialmente en todos aquellos países civilizados de derecho escrito, asimismo se han citado como fuentes del derecho, los decretos, los reglamentos, las ordenanzas, ordenes y circulares, la jurisprudencia, la doctrina científica, la equidad y los principios generales del derecho, pero cabe hacer de dichas fuentes un estudio ordenado y sistemático, agrupandolas en base a la naturaleza de las mismas, por lo que de ellas se conocen acepciones como las siguientes:

Es corriente en las Escuelas estudiosas del derecho, dividir las fuentes en: a) Directas, que propiamente crean el Derecho, como la Ley y la Costumbre; y b) Indirectas, que lo interpretan como La Jurisprudencia.

No han faltado tratadistas que dividen las fuentes del derecho en: a) Fuentes Primarias o Reales, incluyendose dentro de las mismas los aspectos económico, político, social y cultural como generadores de dichas fuentes; y b) Fuentes Secundarias,



entre las cuales se encuentran: 1.- Las Fuentes Históricas y Las Fuentes Formales.

Tradicionalmente se tiene de la palabra fuente, tres acepciones:

Se habla en efecto de FUENTES FORMALES, de fuentes REALES, y de fuentes HISTÓRICAS.

### III.2. FUENTES FORMALES.

Podemos preguntarnos entonces, como es que nace el derecho. La respuesta la encontramos en las fuentes formales. Entendiéndose estas como aquellos procesos de manifestación o de creación de las normas jurídicas, es decir, los hechos que dan a una norma el carácter de derecho, "los modos o maneras en que el Derecho tiene que ser concebido publicamente para que pueda tener validez general en la Sociedad." (37)

Ahora bien, según el jurisconsulto Eduardo García Maynez, "la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal esta constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos." (38)

A lo anterior agrega el autor Miguel Villoro Toranzo, que se debe recordar, que "es necesario el acatamiento de los subditos, a la voluntad del legislador para que unas normas de derecho positivo lleguen a ser consideradas verdadero derecho. 37/ Federico Puig Peña, "Compendio de Derecho Civil Español", p. 75. 38/ Eduardo García Maynez, "Introducción al Estudio del Derecho", p. 51.

Ese acatamiento solo lo otorgan los subditos si las normas <sup>de</sup> revisten una forma determinada, presentando un sello que en si lleve, de pleno derecho, los caracteres específicos de toda regla de derecho o institución jurídica y, especialmente la fuerza coercitiva. Es privilegio privativo de las fuentes formales conferir este sello." (39) Por lo mismo, dicho autor siguiendo a Bonnetcase, define a las fuentes formales como " las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho. " (40)

Características:

- a) Las fuentes formales son formas externas o procesos de manifestación;
- b) Las fuentes formales manifiestan normas jurídicas o preceptos de conducta exterior. Siendo esta manifestación el fin de las fuentes formales, y las normas jurídicas son la materia o contenido de lo manifestado;
- c) Cada sistema de derecho predetermina, regularmente en forma muy minuciosa, como debe ser el proceso de manifestación. Por lo tanto aquellas normas jurídicas que se manifiesten en procesos no predeterminados o en procesos predeterminados pero sin satisfacer todos los requisitos del

39,40/ Miguel Villoro Toranzo, "Introducción al Estudio del Derecho", p.156.



proceso no son consideradas válidas, no llegan a constituir un verdadero derecho;

*ble.*

d) Las formas predeterminadas obligan a todos, a los gobernantes y a los gobernados. Siendo las fuentes formales los medios de control, impuestos por el sistema de derecho, para limitar y regular a los gobernantes en su actividad creadora de derecho;

e) Las normas jurídicas que no se manifiestan de acuerdo a las formas predeterminadas y obligatorias no pueden imponerse socialmente, es decir, carecen de la aceptación social.

De acuerdo a la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son La Legislación, La Costumbre y La Jurisprudencia.

### III.2.a. LA LEGISLACION.

"En los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre de leyes." (41)

Corrientemente se ha mencionado a la ley como la más importante fuente formal del derecho, pero al hacerlo se ha 41/ EDUARDO GARCIA MAYNEZ, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", p. 52.



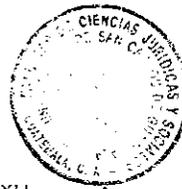


olvidado analizar que la misma no es la fuente propiamente dicha, sino un producto de la Legislación. La ley representa unicamente el resultado de toda la actividad legislativa. Por lo tanto, la que constituye ser la fuente es la legislación y no la ley.

La Ley, es una norma jurídica que ha emanado del poder legislativo para regular la conducta de los hombres a través del llamado proceso legislativo.

Históricamente, las costumbres fueron anteriores a la obra del legislador. En los estadios primitivos de la evolución social, existía una costumbre indiferenciada, mezcla de prescripciones éticas, religiosas, convencionales y jurídicas. Al independizarse el derecho de la religión y la moral, conservó su naturaleza consuetudinaria, y no fue sino en época relativamente reciente cuando el proceso legislativo se inició y aparecieron los primeros códigos.

La historia ha revelado un constante impulso hacia el derecho escrito. Es así como en La Edad Media, las aspiraciones a la fijeza del derecho manifestabanse, ya sea en la redacción de cartas que establecían los derechos respectivos del señor y los subditos, o en la redacción de costumbres, primeramente a iniciativa privada, más tarde a título oficial. Por otro lado, en el Derecho Romano, reunido en las recopilaciones de Justiniano (Digesto, Institutas, etc.), ocupa el sitio de honor entre los juristas, denominándosele ya derecho escrito.



Bajo la influencia de los reyes Luis XIV y Luis XV, en Francia, las grandes ordenanzas señalaron una importante ofensiva del derecho legislado contra el consuetudinario. En el siglo XVIII, diversos estados de La America del Norte formularon las primeras constituciones escritas. En la misma época, los códigos Prusiano y Bávaro abrieron la era de las codificaciones, cuya floración más rica se extendió bajo Napoleón.

A medida que maduran los sistemas jurídicos, siempre se siente la necesidad de poner por escrito todo lo que viene a normar el actuar humano, la Legislación tal y como la concebimos hoy, o sea como el proceso predeterminado de elaboración de leyes que se encomienda a determinados órganos del Estado, para garantizar los derechos de los ciudadanos, aparece como fruto de los primeros movimientos políticos democráticos de fines del siglo XVIII, con la declaración de Independencia en 1776, y la promulgación de la Constitución en 1787 de Los Estados Unidos de Norte America; la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, y las constituciones de 1791, 1793, 1795 y 1799 en Francia. Desde entonces se concibe que el derecho debe emanar única y exclusivamente de la voluntad del pueblo soberano, voluntad delegada a sus representantes en los tres organos del Estado.

Aunque no deja de tener defectos, el sistema democrático es la mejor formula encontrada hasta ahora para poner un límite a



los abusos de individuos y de las minorías. Las leyes creadas conforme a un proceso predeterminado serán todas escritas y recibirán la máxima publicidad, con lo cual quedarán satisfechas con certeza jurídica las exigencias de las mayorías.

Es por ello, que la Ley como producto de la legislación, ha ido reemplazando a la Costumbre.

En cuanto a su etimología se ha sostenido que la palabra Lex, legis, proviene del verbo LEGO, LEGERE (LEER), con lo que se aludiría a su forma escrita, que la diferencia de las costumbres.

También suele decirse que procede de la palabra LIGO, LIGARE (LIGAR), con lo que se aludiría a su carácter de obligatoriedad, pero parece históricamente que es más aceptable la primera hipótesis.

En el lenguaje jurídico moderno, se da a la palabra Ley un sentido mucho más estricto: Ley es el producto de la legislación, es decir, es el producto del proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas de observancia general.

En la mayoría de los Estados modernos la formulación del derecho, es casi exclusivamente obra del legislador; solo en Inglaterra y los países del sistema anglosajón predomina la Costumbre.

La tendencia, siempre creciente, hacia la codificación del



derecho, es una exigencia de la seguridad jurídica. A pesar de su espontaneidad, el derecho consuetudinario carece de una formulación precisa, por lo que se hace sumamente difícil su aplicación y estudio. Por otra parte, su ritmo es demasiado lento. El sistema normativo, en cambio, puede modificarse con mayor rapidez, y se adapta mejor a las necesidades de la vida moderna.

En el moderno proceso legislativo existen diversas etapas, a saber, que difieren en pequeños detalles de procedimiento de un Estado a otro, siendo las más comunes: LA INICIATIVA, LA PRESENTACION, LA DISCUSION, LA APROBACION, SANCION, PUBLICACION, PROMULGACION E INICIACION DE LA VIGENCIA.

A fin de explicar en que consisten los diferentes momentos de tal proceso, tomaremos como ejemplo las diversas etapas de la formación de las leyes guatemaltecas.

Es la Constitución Política de La República de Guatemala, la que contempla la norma jurídica fundamental del proceso legislativo guatemalteco, complementando su normatividad La Ley Orgánica y de Regimen Interior del Organismo Legislativo.

**Iniciativa de Ley:**

Es el acto por el cual determinados organos del Estado someten a la consideración del Congreso de La República un proyecto de Ley.





El Artículo 174 del Cuerpo normativo Constitucional, otorga en primer termino iniciativa de ley a los Diputados al Congreso de La República, al Organismo Ejecutivo como una de las funciones principales delegadas al Presidente de La República, a La Corte Suprema de Justicia, a La Universidad de San Carlos de Guatemala, y al Tribunal Supremo Electoral.

Presentación: Presentado el proyecto de ley ante el Congreso de La República, se le dará lectura en el pleno del mismo, seguidamente pasa a la comisión correspondiente para que emita el dictámen respectivo.

Discusión:

Es el acto por el cual el Congreso delibera acerca de las iniciativas de ley, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas.

Finalizado el trámite en la comisión, los proyectos de ley se pondrán a discusión juntamente con sus antecedentes y con el dictamen de la comisión, el cual deberá ser favorable para que pueda pasar a la fase de discusión, ya que si el dictamen es desfavorable, se someterá a conocimiento del pleno, el que en una sola lectura y votación resolverá lo que proceda.

El debate sobre el proyecto de ley y el dictámen se efectuará en tres sesiones diferentes celebradas en distintos



días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido todo el proyecto en la tercera lectura.

En los dos primeros debates de un proyecto de ley, este será discutido en términos generales, deliberándose sobre la constitucionalidad, importancia, conveniencia y oportunidad del proyecto. Al finalizar cualquiera de los dos primeros debates cualquier diputado podrá proponer al pleno del Congreso el voto en contra del proyecto de ley en discusión por ser inconstitucional, el voto en contra produce como consecuencia que el proyecto de ley sea desechado. En cambio el voto favorable obliga a que se continúe con la discusión de la ley por artículos en la tercera sesión y no podrá votarse hasta que se tengan por suficientemente discutidos artículo por artículo, salvo que sea factible o conveniente la división en incisos y en párrafos el artículo a discusión. Seguidamente se pasará a la votación de los artículos, aceptándolos o rechazándolos.

**Aprobación:**

Es el acto por el cual el Congreso de La República acepta un proyecto de ley. La aprobación puede ser total o parcial.

Una vez aprobado el proyecto de ley por artículos, se leerá en la misma sesión o a más tardar durante las tres próximas sesiones, se podrán hacer enmiendas de forma o de redacción, pero no de fondo sobre lo ya aprobado por el pleno del Congreso. Agotada la discusión se entrará a votar sobre la redacción final

y en esta forma quedará aprobado el texto. Seguidamente se harán las correcciones de estilo.



**Sanción y Publicación:**

Se da el nombre de sanción a la aceptación de una iniciativa de ley por el poder Ejecutivo.

Publicación es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla.

Aprobado un proyecto de ley, la junta directiva del Congreso, en un plazo no mayor de diez días, lo enviará al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Iniciación de la vigencia: es el momento en que cobra vigencia la ley nueva, para ser cumplida por todos a los que va dirigida. La ley empieza a regir en todo el territorio guatemalteco, ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplie o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación.

Relacionado con el párrafo anterior es importante resaltar que existen dos sistemas de iniciación de la vigencia de una nueva ley: El sistema Sucesivo y el Sincrónico.

El primero es aquel en el cual se determina para aplicación general el momento preciso de la iniciación de la vigencia de la nueva ley.



En el segundo, se indica el momento del inicio de vigencia en forma sucesiva dentro de todo el territorio, primero en los territorios más cercanos, y en forma sucesiva en los restantes dependiendo de las distancias, iniciándose la vigencia en estos últimos uno o varios días después del inicio de vigencia en los primeros territorios, este sistema no ha sido aplicado en nuestro medio.

En el derecho moderno, no cabe duda que la ley, en cuanto producto del proceso legislativo democrático, debe prevalecer sobre la costumbre, ya que la ley atiende al bien común de todo el conglomerado social, mientras que las costumbres no expresan ya más que los ideales de conducta de determinados sectores del mismo.

#### III.2.b. LA COSTUMBRE.

La forma más primitiva y la primera manifestación histórica del Derecho es la Costumbre.

La Costumbre es la fuente formal más antigua del Derecho. Los historiadores, etnólogos y sociólogos tienen por hecho bien conocido que la Costumbre es la forma que revisten todos los sistemas primitivos del Derecho. En cambio, en los sistemas modernos, la costumbre ha perdido el lugar preponderante que tenía entre las fuentes formales del derecho y es considerada por la mayor parte de los juristas como una fuente secundaria, subordinada a la Legislación.



Según Miguel Villoro Toranzo, "las partidas explican la Costumbre jurídica con las siguientes palabras: costumbre es el derecho o fuero que non es escrito, el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudandose del en las cosas e en las razones sobre que le usaron". (42)

La costumbre ha sido un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.

En sus orígenes el elemento del poder no aparece más que bajo el aspecto del poder originario de la colectividad, antes de toda individualización. La costumbre fue obra del poder colectivo y no requería de ninguna competencia individualizada para ser aplicada, la aplicaba la colectividad misma. Era obra de todos no de nadie en particular.

A manera que la población se incrementaba y ya no era posible la participación de todos en las tomas de decisiones de la colectividad, se organizan los poderes públicos, surgiendo el Estado y por consiguiente el Derecho, siendo esto sólo el inicio de la decadencia de la Costumbre, ya que dichos poderes en su surgimiento y sin existir aún un régimen normativo determinado, el cual todavía se encontraba en su etapa de organización, se encargaban de comprobar y de aplicar la Costumbre ya existente.

La costumbre como fuente formal del Derecho ofrece

42/ MIGUEL VILLORO TORANZO, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", P.164.



innegables ventajas: sigue el ritmo de la evolución de la sociedad; sus reglas pueden ser esencialmente más prácticas y eficaces; es más democrática y más general que la ley, puesto que toda la comunidad participa en su elaboración, en tanto que la ley no es más que la expresión de la voluntad de algunos pocos que en apariencia representan a las mayorías. Quizas estas ventajas son las que justifican la actitud de algunos países de corte anglosajón para mantener sus vigorosas tradiciones consuetudinarias, y que sólo a regañadientes van dando paso al Derecho legislado escrito (statute law), que poco a poco se va imponiendo.

La única forma en que el derecho legislado escrito ha ido habriendo brechas, ha sido porque la costumbre también tiene sus limitaciones, que la hacen engorrosa y lenta, ya que se hace necesario acudir a encuestas en el grupo social para comprobar su generalidad, su uso prolongado y su notoriedad; la costumbre de un sector puede estar en contradicción con la costumbre de otro sector social; la costumbre para calificarse como tal, debe ser paulatina y adaptarse lentamente a las nuevas situaciones.

Concepto: "la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio. Es un uso existente en un grupo social que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo". (43)

43/ FERNANDO FLORES GOMEZ G. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y DERECHO CIVIL", p. 29.





Características: La costumbre posee dos características principales:

1. Esta integrada por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos prolongado; y
2. Tales reglas se transforman en derecho positivo, cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, como si se tratara de una ley.

Características que quedan expresadas en la famosa fórmula: INVETERATA CONSUETUDO ET OPINIO JURIS SEU NECESSITATIS.

Formas de la Costumbre Jurídica:

Existen doctrinariamente tres diversas formas del derecho consuetudinario:

1. Delegante.
2. Delegada.
3. Derogatoria.

1. La costumbre delegante se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza para crear derecho escrito. La costumbre jurídica se halla por sobre la ley.

2. La costumbre delegada es la que se da en aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para la solución de determinados casos concretos. La costumbre delegada no puede ser contraria a los preceptos legales imperantes.



3. La costumbre derogatoria es aquella contraria a la ley, en el caso en el cual la primera llega a anular o derogar a la segunda, haciendo que esta pierda su eficacia, sobre todo cuando es inconveniente o perjudicial. Esta clase de costumbre viene a llenar los vacíos de la ley, y subsiste independientemente.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco se acepta la aplicación de la costumbre delegada, la que regirá sólo en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada, prevaleciendo sobre ella en primer orden la aplicación de la ley como fuente formal primaria del ordenamiento jurídico guatemalteco, y en segundo término la jurisprudencia establecida conforme a la ley.

#### III.2.c.LA JURISPRUDENCIA.

En tanto que la Ley es producto del Poder Legislativo, la Jurisprudencia la establecen los tribunales como una de las funciones principales del Organismo Judicial.

Tradicionalmente se ha utilizado la palabra Jurisprudencia para designar la ciencia o conocimiento del Derecho pero es prudente distinguir tres acepciones acerca de dicho vocablo.

La más antigua, se remonta al Derecho Romano, en el que se tenía como Jurisprudencia a la ciencia del Derecho. "Justiniano la definía como "el conocimiento de las cosas divinas y humanas,



y ciencia de lo justo y de lo injusto".(44)

Poco a poco se extendió el sentido al de la ciencia del derecho en cuanto a criterio de aplicación del derecho por los tribunales. Jurisprudencia era entonces, la labor de los Juzgados en la administración de justicia.

La tercera acepción de jurisprudencia es la que se toma como fuente formal del derecho, en cuanto que designaba la labor de determinados tribunales inferiores.

Puede considerarse la Jurisprudencia como la interpretación jurisdiccional del derecho que esta constituida por el conjunto de decisiones judiciales y, en ocasiones, administrativas dictadas sobre una misma cuestión en asuntos analogos. Es decir, es la forma habitual o uniforme como la justicia aplica o interpreta el derecho.

La jurisprudencia viene a ser el derecho objetivo que se desprende de los fallos pronunciados por los tribunales, por lo tanto, se origina de un conjunto de fallos o decisiones judiciales de los tribunales sobre un punto determinado en casos similares.

En los sistemas de derecho consuetudinario, la Jurisprudencia tiene, al lado de las costumbres jurídicas, el lugar de fuente primera del derecho. Su misión es completar lo que no dicen las costumbres y aplicar las mismas a la variedad

44/ MIGUEL VILLORO TORANZO, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", p. 177.





de casos nuevos. Cada sentencia de los tribunales contribuye a aclarar, precisar y enriquecer el sistema de normas jurídicas, y, por lo tanto, sirve de ejemplo a las soluciones posteriores.

En la mayoría de los casos una ley o un código no prevee la solución a todas las situaciones que pueden sucederse dentro de todo el conglomerado de la sociedad que norma. Es por ello que surge en estos casos de imprecisión de la ley a casos concretos, la Jurisprudencia como una posible solución.

De ahí, que en todas las sentencias de los tribunales, siempre se da una nueva aportación al sistema jurídico, ya sea por que el juez se pronuncie sobre algo no previsto por las leyes, ya porque ha valorado las leyes vigentes respecto de las circunstancias concretas de un determinado caso.

En cualquiera de los dos supuestos, los tribunales enriquecen, integrando o interpretando al sistema jurídico, y en esta forma son fuente formal del derecho.

Ahora bien, para el tratadista Cabanellas La Jurisprudencia "Es el conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de algún problema jurídico u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho." (45)

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco encontramos que la Jurisprudencia establecida conforme la ley, complementara a la propia ley, es así como encontramos que en materia procesal

45/ GUILLERMO CABANELLAS, "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL", Tomo IV. p. 55.



civil habrá jurisprudencia siempre y cuando se llenen requisitos siguientes: Ser un fallo del Tribunal de Casación - Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil-; cinco fallos uniformes no interrumpidos por otro en contrario, que se hayan dictado con el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos y para que el tribunal se obligue a aplicar la doctrina legal. Quien interponga el recurso debe hacer cita concreta de ella.

Las normas legales que hacen mención de dicha fuente son: Artículo 621, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual dice refiriéndose al recurso de Casación: Que habrá lugar a la casación de fondo: 1o. Cuando la sentencia o auto recurrido contenga violación, aplicación indebida o interpretación errónea de las leyes o doctrina legales aplicables; y 2o...- "Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos." Ahora bien, refiriéndose siempre a la casación el artículo 627 del mismo código, indica que si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario.

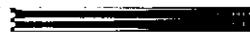
En materia de Amparo y Constitucionalidad, la interpretación



de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad puede separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.

### III.2.d. LA DOCTRINA.

Se suele mencionar entre las fuentes formales del derecho a la Doctrina, quizás por la importancia que la misma tuvo dentro del derecho romano, ya que dentro de dicho imperio, era práctica constante, desde el Emperador Tiberio (42 a.C. 37 d.C.), que el mismo concediera a los jurisconsultos más eminentes el *Ius Publice Populo Respondendi*, es decir el Derecho de expresar por escrito y selladas, sus doctrinas jurídicas de tal suerte que debían ser obligatorias para los jueces. Asimismo los dictámenes de los jurisconsultos privilegiados -*Responda Prudentium*- se convertían en una especie de fuente de derecho, y su importancia radicó en ir comunicándose poco a poco, a toda la literatura jurídica, de tal forma que fue extendiéndose por la vía de la costumbre. El juez debía respetarlo en su sentencia, si no se le presentaba otro de diferente tenor, que reuniera idénticas condiciones.





Hoy en día, claro está, que ningún jurista dispone de una facultad semejante, a pesar que las opiniones doctrinales de algunos juristas eminentes siguen mereciendo gran autoridad, se trata de una influencia privada entre legisladores y jueces y no precisamente de una fuente formal vinculante.

Concepto: Suele darse el nombre de doctrina a todos aquellos estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación. O bien la opinión de uno o varios autores en cualquier materia del Derecho. Siendo asimismo, las teorías u opiniones sustentadas por los tratadistas respecto a las cuestiones del mundo jurídico.

Como la Doctrina representa el resultado de una actividad especulativa de los particulares, sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria, por muy grande que sea el prestigio de sus autores, o por profunda que sean las ideas ejercidas sobre el autor de la ley o las autoridades encargadas de aplicarlas.

La Doctrina carece de obligatoriedad, no representa ningún valor jurídico, sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas, pero puede sin embargo, transformarse en fuente formal del Derecho en virtud de



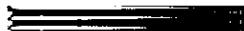
una disposición legislativa que le otorgue tal carácter.

En Guatemala, carece de ese valor, ya que se acude a ella tan sólo para documentarse, o bien si el derecho es obscuro, puede aclararse o mejorarse a través de la misma.

Los autores de obras doctrinarias no tienen autoridad alguna para elaborar el Derecho, no hacen más que analizarlo, estudiarlo, investigarlo y al final llevarlo a una forma didáctica para su mejor comprensión.

Las leyes no siempre están redactadas de manera clara y precisa, tanto que no se ha podido en las mismas prever todas las situaciones que se pueden presentar en la práctica, propiciándose entonces lagunas de ley o leyes ambiguas y oscuras. Es entonces donde se hace importante la misión de los tratadistas, al proponer en sus tratados soluciones para esas diferentes situaciones, dándole a sus doctrinas únicamente un carácter puramente didáctico y de ilustración, ya que una ley destruye cualquier argumentación doctrinaria por muy sabia que pueda presentarse.

La Doctrina, como los Principios Generales del Derecho, es una forma de transmisión de las fuentes materiales que influye en todas las fuentes formales, pero en Guatemala, no es directamente una de ellas.





### III.3. FUENTES REALES.

Las fuentes reales, llamadas por algunos autores fuentes Materiales, podemos definir las como aquellos elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas, como aquellos fenómenos sociales que contribuyen a la formación del Derecho, entre ellos la razón y la economía.

Por lo anterior dichas fuentes podemos reducirlas a dos: una que es conocida por medio de la razón y que se puede llamar Ideas de Justicia, y la otra que en alguna forma esta vinculada a la experiencia y que suele llamarse circunstancias históricas.

El contenido del Derecho es entonces, el resultado de los ideales de justicia, que son el fruto de las aspiraciones sociales más elevadas del espíritu humano, y la de las circunstancias históricas, que son el conjunto de particularidades a que se halla sometido el hombre por su condición de ser corpóreo, situado en un tiempo y en un espacio determinados.

Las circunstancias históricas, abandonadas a si mismas, no producen Derecho, debe intervenir el legislador para regularlas, creando así el Derecho. Siendo así, que las fuentes materiales únicamente ofrecen el contenido de las normas jurídicas, ya que corresponde a la autoridad, hacer la elección de las mismas, buscando el punto de equilibrio entre los ideales de justicia y las posibilidades de regulación de todas las circunstancias posibles.



La elección del contenido de las normas jurídicas es momento decisivo del proceso creador del Derecho. Y a ese momento debe preceder el conocimiento y la valoración de las fuentes reales o materiales.

#### III.4. FUENTES HISTORICAS.

El Derecho es un fenómeno cultural y estando sujeta la sociedad a un desarrollo constante, el derecho es no únicamente el de hoy, sino también aquel que se dió en los tiempos más remotos de los que tenemos conocimiento.

A partir de cierto grado de civilización, cualquiera de los elementos que nos permitan conocer el derecho, casi siempre lo son documentos escritos.

Las fuentes Históricas están integradas por todos aquellos documentos antiguos que contienen el texto de una ley, asimismo por las distintas formas en que el hombre manifiesta o expresa sus necesidades, emociones y sentimientos, como monumentos arqueológicos, rituales, tradiciones orales, etc. O sea que todo lo que pueda enseñarnos algo acerca de las instituciones jurídicas del pasado o incluso del presente, es fuente histórica del derecho.

En el Imperio Romano estos documentos lo eran sus manuscritos, inscripciones, papiros, las alusiones al derecho contenidas en literatura latina, etc.



En la civilización sumeria y babilónica encontramos como fuentes históricas las tablillas de arcilla en las que estampaban sus leyes y contratos y la columna en que fue redactado el Código de Hammurabi, y el código mismo.

En los tiempos más modernos los documentos consisten sobre todo en libros, escritos, tratados y periódicos.

En terminos generales, el vocablo fuente histórica, es aplicado entonces, a los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.

Según el tratadista Santiago López Aguilar, "las fuentes históricas del derecho guatemalteco, están integradas por todas las leyes que han sido creadas para regular la conducta de la sociedad guatemalteca y a la fecha no están vigentes, no se aplican." (46)

Dentro de las fuentes históricas guatemaltecas destacan en la Epoca Precolombina: los Códices; en la Colonia: las Reales Cédulas; en la epoca Independiente: la Constitución Federal, los Códigos Civil y Penal de 1877, La Constitución de 1945, el Código de Trabajo de 1947, la Ley de Arrendamiento Forzoso de 1948; la Ley de Reforma Agraria, Decreto 900 de 1952.

### III.5. OTRAS FUENTES.

Existen una serie de instituciones jurídicas que no son 46/ SANTIAGO LOPEZ AGUILAR, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", P.82.



incluidas dentro del orden usual de clasificación de las Fuentes del Derecho, pero que al ser analizadas, también son aceptadas por algunos tratadistas como fuentes generadoras de derecho, y son de virtual importancia para el mismo, por lo que trataremos de analizar algunas de ellas.

### III.5.a. LOS TRATADOS.

Al tratado se le suele definir, en sentido amplio, como aquellos acuerdos que se celebran entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, con el objeto de dar vida, transformar o terminar una relación jurídica entre ambos.

La institución de los tratados da inicio aproximadamente, con las conferencias de La Haya, de fines del siglo XIX y comienzos del XX.

El tratado, es fuente normal e instrumento apto para asegurar soluciones de efecto extraterritorial y de generalizada vigencia. Su insuficiencia actual justifica plenamente el desarrollo de las fuentes internas, con las que el legislador provee a exigencias reguladoras del tráfico privado internacional. Pero la legitimidad de la ley como fuente principal no excluye la del tratado.

El tratado es una de las fuentes principales del Derecho Internacional Privado, y una fuente secundaria para el Derecho interno.





A fin de establecer si un tratado constituye o no fuente de derecho es indispensable hacer un estudio detenido del mismo, para lo cual existen diferentes doctrinas:

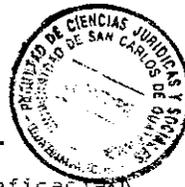
a) "Los tratadistas de la primera corriente consideran que los tratados no son fuente de derecho, pero pueden serlo las leyes y reglamentos que se dictan para su ejecución o el cumplimiento de las obligaciones que aquellos contenga, los mismos tienen la apariencia de que el organismo legislativo se limita a aprobar el tratado. Sin embargo lo que significa esto es que lo que se hace por el órgano Legislativo es aprobar una ley de identico contenido al tratado.

En tales casos, los derechos y obligaciones no derivan del tratado, sino de la ley que lo aprueba. No transformandolo en ley interna, sino decretandose una de identico contenido. Por lo tanto los tratados son aceptados por esta corriente unicamente con la calidad de fuente indirecta de Derecho.

b) La otra corriente afirma que el tratado internacional, debe ser considerado como fuente de derecho, tanto asi que el mismo se considera fuente directa del mismo.

Para que el tratado tenga caracter de fuente de Derecho deben cumplirse las condiciones siguientes:

- 1.- Su recepción en el ordenamiento jurídico interno; y
- 2.- Poseer un contenido jurídico material, es decir que



contenga preceptos jurídicos de la rama de que se trate.

En Guatemala, para que un tratado adquiera total eficacia se requieren cuatro etapas: 1) Una etapa de negociación, es decir una etapa preliminar encaminada a sentar las bases, reglas y condiciones sobre las cuales versará el futuro acuerdo; y por lo general es realizado por los agentes diplomáticos, revestidos de plenos poderes conferidos por el Presidente de la República; 2) Una segunda etapa de suscripción o firma del tratado, la cual ya materializa la voluntad firme de obligarse; 3) Una tercera etapa de aprobación, o sea, el instituto mediante el cual se hace ingresar al Derecho interno un tratado, siendo un acto formal realizado por el Congreso de la República; 4) Por último tenemos la etapa de la ratificación, siendo esta etapa una facultad del Organismo Ejecutivo, el ratificar la voluntad comprometida; técnicamente, significa comunicar que ya se han satisfecho a nivel nacional los requisitos necesarios para la eficacia del tratado. Momento en el cual el tratado se hace perfecto y vinculante.

Existen a la vez, dos sistemas que adoptan los Estados para hacer llegar a sus nacionales los tratados celebrados, siendo estos los siguientes:

Primer sistema: Conforme este sistema, el tratado, aún cuando haya sido normalmente firmado y publicado en el periódico oficial del país, no tiene por sí solo ningún valor en lo que





respecta a los particulares. La ratificación y la publicación del convenio no puede ligar más que al Estado, mientras que los particulares, y los tribunales internos, ante una jurisdicción internacional, pueden, hasta nueva orden, negarse resueltamente a observarlo. Hace falta entonces una ley interna, una orden dirigida a los nacionales para que obedezcan tal o cual disposición. Mientras esta ley no se publique, el tratado no liga a los particulares, ni aún para solicitar su aplicación.

Segundo Sistema: En este sistema el tratado, desde el momento en que entra en vigor, o sea, desde el instante que liga al Estado contratante, obliga por solo este hecho a todos los individuos y se impone al respecto de todos los particulares y tribunales.

Por este sistema no se hace necesario que el tratado ingrese al ordenamiento jurídico nacional, mediante una ley interna, para que tenga que ser acatadas sus normas por los nacionales, al contrario, en este sistema únicamente es necesario que, el Estado que lo adopte como ente soberano, se obligue a través del tratado, y automáticamente quedan obligadas todas las personas que lo integran.

Como vemos, Guatemala, adopta el primer sistema ya relacionado.



### III.5.b. EL CONVENIO.

Concepto: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transformar, modificar o extinguir obligaciones." (47)

Al modificar el orden jurídico, colocando a los sujetos de derecho en nuevas situaciones jurídicas que norman su conducta futura, ya sea transformandolas, modificandolas o extinguiendolas, el convenio es una fuente formal de derecho.

En efecto, cada convenio establece cual debe ser la conducta posible en el ejercicio de los derechos convenidos o en la ejecución de las obligaciones resultantes del contrato.

Es fuente formal porque el acuerdo debe revestir la forma establecida por la ley, para llegar a ser válido. Es posible que la ley solo exija en algunos convenios el mero consentimiento, y en otros, formas externas más complejas -como las solemnidades- pero en uno y otro caso las normas de conducta obligatorias para los que se obligan con el convenio, no llegaran a perfeccionarse si no se adaptan a la forma predeterminada por la ley.

El convenio, es por lo tanto, fuente subordinada a la ley, pero verdadera fuente del derecho. El derecho creado por los convenios obliga en primer lugar a los celebrantes, pero también obliga a terceros, que deben atenerse a la situación jurídica resultante del convenio, y a las mismas autoridades, que deberán

47/ MIGUEL VILLORD TORANZO, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", P. 182.





intervenir coactivamente -aunque sólo a petición de parte- para que se ejecute lo convenido.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en lo que se refiere a los procesos de conocimiento, existe una fase obligatoria denominada de conciliación, a la que los jueces llamarán a las partes, ya sea a petición de las mismas, o en forma oficiosa. Si las partes llegan a un avenimiento se levantará acta firmada por el juez o presidente del tribunal, en su caso, por las partes o sus representantes debidamente facultados para transigir y por el secretario. A continuación se dictará resolución declarando terminado el juicio y se mandará anotar de oficio el acta, en los registros respectivos.

En el ramo familiar, son muy frecuentes este tipo de convenios, especialmente en los juicios de alimentos, los mismos se llevan acabo dentro del juicio o extrajudicialmente. Asimismo los jueces de familia suelen celebrar convenios por alimentos, sin necesidad que medie ninguna demanda judicial.

Esta clase de convenios, casi siempre llevan aparejada la característica de ser ejecutables al momento del incumplimiento de lo convenido por cualquiera de las partes, en ese caso los convenios celebrados en juicio, serán ejecutados por el juez que conozca del asunto.

El convenio se convierte tambien en fuente de derecho cuando



en el mismo se conviene entre las partes dirimir las controversias surgidas de lo convenido, en un juicio arbitral, en ese momento las partes modifican el orden jurídico, creando una nueva norma que regirá su convenio, y de la cual no podran apartarse.

### III.5.c. LA VOLUNTAD UNILATERAL.

"La voluntad unilateral es la actuación jurídica de un solo individuo y sin concurso de otros, por la cual un sujeto de derecho establece una regla, crea una nueva norma, ya sea para otro u otros, ya para consigo mismo, y en esta forma modifica el orden jurídico." (48)

La voluntad unilateral la podemos encontrar como la forma anormal de creación de normas jurídicas, o sea no siguiendo el procedimiento legislativo, y la cual consiste en las facultades que la Constitución de un Estado, puede otorgar al Jefe de Estado o al Presidente de una República para originar derecho.

Estas facultades son diversas, y todas ellas las puede ejercer el Presidente de La República, atravez de una declaración unilateral de voluntad.

En Guatemala, según el artículo 183, e) y f), de la 48/ MIGUEL VILLORO TORANZO, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", p. 182.





Constitución Política, las Facultades, por las cuales una decisión unilateral de voluntad del Presidente puede crear derecho, son las siguientes:

Dictar los decretos para los que estuviere facultado por la Constitución, así como los acuerdos, reglamentos y ordenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu.

Dictar las disposiciones que sean necesarias en los casos de emergencia grave o calamidad pública.

En el anterior caso nos referimos específicamente a los decretos de emergencia, que el presidente de la República puede decretar, en los casos de invasión del territorio, perturbación grave de la paz, actividades contra la seguridad del Estado y calamidad pública.

Donde más se manifiesta la función creadora de normas jurídicas por el Organismo Ejecutivo es en la facultad del Presidente para poder emitir reglamentos, ya que este debe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, integrando con reglamentos el orden jurídico insuficientemente desarrollado en las leyes.

"El reglamento, como la ley, es una disposición de carácter general y abstracto, sancionada por la fuerza pública; es, pues, un acto objetivamente legislativo, que se atribuye excepcionalmente al poder ejecutivo es porque la exacta observancia de la ley requiere la determinación de numerosos detalles, que solo puede conocer cabalmente el poder que tiene



su cargo la ejecución. Además, la ley, confeccionada por un cuerpo deliberante con el propósito de que rija permanentemente, no puede acomodarse a las vicisitudes cambiantes de la práctica con la misma elasticidad del reglamento, que es obra de un poder unitario que no está sujeto a la tramitación dilatada que precede a la expedición de una ley." (49)

Debido a la facultad reglamentaria el ejecutivo tiene el poder de crear normas jurídicas, pero es un poder subordinado por la misma ley, que debe desarrollarla y completarla, pero no excederla ni contrariarla, sino que debe respetarla en su letra y en su espíritu.

En diferentes Estados, se establece claramente en sus Constituciones, la Declaración unilateral de la Voluntad del Presidente de la República como fuente de Derecho, especialmente en materia administrativa. En Guatemala, no se establece esta facultad como creadora de nuevas normas administrativas, pero sí se encuentra implícita en nuestra Constitución.

Asimismo, dentro de las funciones del presidente de la República, específicamente en el artículo 183, inciso r), de La Constitución, encontramos también la facultad de exonerar de multas y recargos a los contribuyentes que hubieren incurrido en ellas por no cubrir los impuestos dentro de los términos legales o por actos u omisiones en el orden administrativo. Dicho

49/ MIGUEL VILLORDO TORANZO, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", p. 184.





Tributario que nos indican: que exención es la dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, indicando también que la ley que establezca exenciones, especificará las condiciones y requisitos exigidos para su otorgamiento. Según este artículo, el presidente posee la facultad de emitir leyes que conceden la exención tributaria.

Pero no solo la voluntad unilateral del presidente, la encontramos como fuente de derecho; también lo es la voluntad unilateral de los particulares, en aquellos casos previstos por la ley. Las disposiciones del testador, siempre que no sean contrarias a derecho, son normas jurídicas a las que deberán sujetarse los herederos y los terceros, y que la autoridad hará cumplir coactivamente.

La voluntad unilateral, al igual que los convenios, es fuente formal secundaria y subsidiaria de la ley, creadora de normas de derecho privado, tomándose en cuenta que en el caso de los convenios, los mismos son ley entre las partes, en cambio la voluntad unilateral como su contenido lo indica, es una norma que obliga hacia afuera del que la crea.

Ejemplos de esta clase de fuente, la encontramos en la oferta al público, en la que se nos dice que la persona que ofrezca al público objetos en determinado precio, queda obligada a sostener su ofrecimiento. También en la promesa de recompensa, el que hace la oferta por cualquiera de los medios de difusión, de remunerar, una prestación o un hecho, automáticamente contrae



la obligación de cumplir lo prometido.

De lo anterior se entiende que la voluntad unilateral es generadora de obligaciones porque así lo determina la misma ley, y porque cada individuo en la imposición de sus condiciones, en la oferta o en la recompensa, está creando nuevas normas de índole civil.

### III.6 FUENTES ESPECIFICAS CONSTITUTIVAS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Como lo vimos al principio, se entiende por familia todas aquellas personas unidas por el parentesco (consanguinidad, afinidad civil) que se extiende a diversos grados y generaciones. Asimismo pudimos ver, que el conjunto de normas que regulan las distintas situaciones generadas por la institución familiar, denominado derecho de familia surge precisamente de las diferentes instituciones que a su vez forman parte de la Institución familiar, cabe aquí entonces desarrollar esas fuentes dentro de las cuales encontramos las siguientes:

- 1.- El Matrimonio;
- 2.- El Parentesco;
- 3.- La Filiación;
- 4.- La Legitimación;
- 5.- La Adopción.



Cabe resaltar que por haberse desarrollado las anteriores instituciones dentro del contenido del capítulo II, del presente trabajo, únicamente se resaltarán los aspectos más importantes que las hacen generadoras de Derecho de Familia.

1.- El Matrimonio:

Las fuentes de la familia se encuentran en el matrimonio, que da lugar respectivamente al parentesco por consanguinidad, al de afinidad y a la filiación, aunque puede iniciarse también por la adopción. Es por ello que el matrimonio se considera fuente principal del derecho familiar, ya que del mismo se derivan la mayoría de situaciones jurídicas alrededor de las cuales gira dicho derecho.

2.- El Parentesco:

El parentesco, como el lazo que existe entre varias personas, sea por descender unas de otras, sea por creación de la ley, derivado del matrimonio o de relaciones extramatrimoniales, constituye por sí mismo fuente directa de derecho de familia, ya que del mismo se originan una serie de situaciones jurídicas enmarcadas dentro del derecho de familia.

3.- La Filiación:

Se entiende por filiación en su sentido más estrecho, a la relación inmediata entre el padre o la madre con el hijo, ya sea la misma de origen matrimonial o extramatrimonial, pero para que se produzcan las consecuencias jurídicas de la





recreación, se hace necesario que se compruebe el vínculo existente entre el hijo y el padre o la madre, es aquí entonces donde surgen diversas contradicciones jurídicas, que únicamente encuentran su solución dentro del ámbito del derecho familiar, constituyendo por lo tanto la filiación una fuente más de dicho derecho.

#### 4.- La Legitimación:

La Legitimación es considerada como fuente de derecho familiar, generadora de situaciones jurídicas que únicamente otorga dicho derecho, ya que con la misma, el legislador ha hecho posible que el hijo nacido fuera de matrimonio, o sea el llamado hijo natural, pueda ser considerado como hijo legítimo, para ello existen diferentes circunstancias, como la que el matrimonio subsiguiente de los padres haga que se tenga al hijo como nacido dentro del matrimonio, ya sea que se reconozca antes de la celebración del mismo, en el acto de celebrarlo o durante el, haciendo el reconocimiento ambos padres, en estos casos los hijos adquieren los derechos del hijo legítimo.

#### 5.- La Adopción:

Para concluir lo referente a las fuentes específicas del Derecho de Familia, encontramos en la adopción una fuente más de dicho Derecho, ya que de la misma se generan no sólo la llamada filiación adoptiva, sino el parentesco civil, de los cuales a su vez se derivan también una gran gama de situaciones jurídicas de índole familiar.







CAPITULO IV.

EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA Y SU LEGISLACION.

Como es manifiesto en los capitulos anteriores, la familia constituye la institución social fundamental, ya que la socialización del hombre comienza en el seno familiar.

La familia es la primera exteriorización del instinto humano que nos impulsa a vivir en unión de nuestros semejantes aún antes que una ley humana los haya impuesto y antes que la razón y la experiencia nos hayan hecho ver la necesidad y las ventajas de ello -Carrara-.

Asimismo, la familia como institución es universal y permanente; pero cada familia en particular tiene una duración limitada, que no va más allá de la vida de sus miembros originarios -esposos e hijos-, tanto así que cuando hemos hablado de una familia a lo largo de los siglos, en realidad nos referimos a una sucesión de familias que han llevado el mismo nombre y que están en relación de descendencia unas de otras.

Por otro lado, si la familia como institución la consideramos como la célula fundamental de la sociedad, como tal debe surgir de un conjunto de normas que determinen su naturaleza jurídica y que a la vez la normen en todos sus aspectos posibles. Es así como surge el derecho familiar que como ya lo hemos descrito consiste en el conjunto de normas jurídicas que están encaminadas a regular todos los aspectos derivados de la institución de la Familia.



IV.1. LEGISLACION GUATEMALTECA EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA.

En Guatemala, se ha seguido una política familiar tendiente a lograr que la familia mantenga su tradicional estabilidad por medio de diversas leyes de gran importancia social. Es así como en el devenir de la historia del derecho familiar guatemalteco, el mismo se ha regido por diversas leyes entre las cuales encontramos vigentes y como de mayor importancia: La Constitución política de la República de Guatemala de 1986, el Código Civil-Decreto Ley 106, Ley del Organismo Judicial-Decreto 2-89, Ley de Tribunales de Familia-Decreto Ley 206, El Código de Menores-Decreto 78-79, todos del Congreso de La República de Guatemala.

El derecho de familia guatemalteco desde su surgimiento, ha debido de ser aplicado por determinados órganos jurisdiccionales, siéndoles encomendados en un principio esta tarea a los Juzgados Civiles del orden común. Más adelante ante la necesidad de desligar el derecho familiar del civil propiamente dicho, surgió la idea de la creación de los Juzgados de Familia, tal y como los conocemos en la actualidad.

Los anteriores son aspectos importantes del derecho de Familia guatemalteco que nos encaminaremos a tratar de explicar dentro del contenido del presente capítulo.



#### IV.1.a. CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.

La familia, la vida y los derechos de los padres de familia son Derechos Humanos constitucionales.

La primera vez en la Historia del Derecho Constitucional de Guatemala que se le otorga a la familia la categoría de una garantía social es en la Constitución de la República, decretada el 11 de marzo de 1945, al triunfar la Revolución de Octubre.

La sección segunda del Capítulo II de las garantías sociales, fué dedicada a la familia, la maternidad y el matrimonio. Es el artículo 78 el que establece la protección especial del Estado para los padres con seis o más hijos menores. Se instituyó la adopción en beneficio de los menores de edad.

En cuanto a la vida, estableció que el Estado protegiera de manera preferente a la existencia humana. El salario mínimo de los trabajadores debía establecerse atendiendo a las posibilidades de las empresas y a las necesidades de orden material, moral y cultural de los trabajadores y a sus deberes como jefes de familia. Estableciendo en esta forma una congruencia de principios muy notoria.

En la Constitución decretada en 1956, nuevamente se reitera que el Estado protege la vida, la integridad corporal y la seguridad de la persona humana. En el título IV sobre Derechos Humanos se consagró el principio de que la familia es el elemento





fundamental de la sociedad, y que el Estado promoverá la organización de la familia sobre la base jurídica del matrimonio, el cual descansa en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y que una ley determina lo referente a la unión de hecho. Nuevamente se reconoce como derecho humano el de la adopción. Las leyes de protección a la infancia son de orden Público. Más adelante declaraba que la familia es fuente de la educación y los padres tienen derecho a escoger la que ha de darse a sus hijos menores.

En 1965, se decreta una nueva Constitución. Entre las garantías y derechos individuales, el Estado garantiza como derechos inherentes a la persona humana, la vida, la integridad corporal, la dignidad, la seguridad personal y la de sus bienes. Entre las garantías sociales abre el Capítulo I con la Familia, declarando que el Estado emitirá las leyes y disposiciones necesarias para la protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad y velará por el cumplimiento de las obligaciones que de ellos deriven. Promoverá la organización familiar sobre la base jurídica del matrimonio. La maternidad, la niñez, la vejez y la invalidez serán objeto de especial protección.

Una ley determinará la protección que corresponda a la mujer y a los hijos dentro de la unión de hecho y lo relativo a su reconocimiento. Asimismo, reconoce la adopción en beneficio de



is menores de edad.

Afirma nuevamente que la familia es fuente de educación y los padres tienen el derecho de escoger la que ha de impartirse a sus hijos menores, y declara de interés nacional la educación técnica, vica, moral y religiosa. En cuanto a materia salarial declarar que debe atenderse a las necesidades materiales, morales y culturales a fin de que se pueda cumplir con los deberes familiares.

La Constitución Política, vigente desde 1985, que es la que nos rige, proclama desde el preámbulo tres grandes principios:

- 1.- Afirmar la primacía de la persona humana como sujeto y fundamento del orden social;
- 2.- Reconocer a la familia como genesis primario y fundamento fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad;
- 3.- Responsabilizar al Estado en la promoción del bien común.

Como consecuencia de tales principios, el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, y más adelante, en el artículo 3o., el Estado, o sean los tres organismos de Estado, en el ejercicio del Poder Público, son responsables de garantizar y proteger la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

Tratando de proteger a la familia como celula fundamental de la sociedad guatemalteca, este precepto declara que en



Guatemala el aborto es inconstitucional en cualquiera de sus formas, porque la garantía que da el Estado a la vida es a partir de la concepción o sea desde la fecundación.

La familia continúa obteniendo el respaldo constitucional, por la tradición establecida por los constituyentes desde el año de 1945, como una garantía social que alcanza el reconocimiento de un derecho humano social en la carta fundamental que nos rige. Es una novedad en nuestro derecho constitucional el derecho humano a la paternidad responsable y el de decidir libremente el número y esparcimiento de los hijos.

Igual tratamiento se da al matrimonio como derecho humano social y se facilita, como lo hacen constituciones anteriores a la vigente, la nupcialidad al facilitar a los alcaldes, concejales, notarios y ministros de culto para autorizar el matrimonio. Se agrega como otro derecho humano, la prevención, el tratamiento y rehabilitación adecuados para hacer efectivas las acciones contra las causas de desintegración familiar. Como consecuencia, el Estado no puede permitir el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar que incluyen por ejemplo, la prostitución, la pornografía, los espectáculos audiovisuales que fomenten la violencia intra y extrafamiliares.

Nuestra Constitución reconoce expresamente que LA FAMILIA ES FUENTE DE EDUCACION Y LOS PADRES TIENEN DERECHO DE ESCOGER LA QUE DEBE DARSE A SUS HIJOS MENORES.



Todos los preceptos citados llevan explícitamente garantía constitucional que corresponde a todo derecho humano agregado a lo dicho la protección a los Pueblos o comunidades indígenas, que el Estado se ha comprometido a reconocer, respetar y promover en sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social.





IV.1.b. LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL.

Conforme a nuestra tradición, se han emitido decretos en diferentes épocas, que regulan la organización judicial e invaden, en cierta forma, campos que son propicios de los códigos sustantivos y adjetivos.

Hemos tenido en el transcurso histórico de nuestras instituciones diferentes regulaciones de ese tipo. La primera fue la llamada Ley Constitutiva del Supremo Poder Judicial del Estado de Guatemala (Decreto No. 73 de la Asamblea Constituyente) de fecha 16 de diciembre de 1839 cuando era Presidente del Estado de Guatemala Mariano Rivera Paz.

La siguiente ley es la emitida en tiempo del General Justo Rufino Barrios, o sea la Ley orgánica y Reglamentaria del Poder Judicial, Decreto Gubernativo No. 257, de fecha 17 de febrero de 1880.

La anterior ley fue derogada por el Decreto Legislativo 1928, de fecha 12 de mayo de 1933, emitida en tiempo del Presidente Jorge Ubico, que se llamó Ley Constitutiva del Poder Judicial. Fuera de la parte puramente orgánica trae bastantes disposiciones comunes a todos los juicios: jurisdicción, impedimentos, excusas y recusaciones, terminos, apremios, expertos, abogados, mandatarios judiciales, incidentes, resoluciones judiciales, sentencias, ejecución de sentencias y los principios aplicables en los conflictos de leyes en el



tiempo.

La estructura de esta ley se ha mantenido en las siguientes leyes del organismo judicial. El Decreto 1862, de fecha 3 de agosto de 1936, también emitida en el tiempo del General Jorge Ubico, fue derogada por el Decreto 1762 del Congreso, de fecha 11 de junio de 1968, ya llamada ley del Organismo Judicial. A su vez dicho decreto fue derogado por el Decreto 2-89 del Congreso, de fecha 10 de enero de 1989, que es la ley que actualmente se encuentra en vigencia.

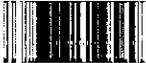
Lo aplicable de la ley del organismo judicial vigente a los asuntos de familia, radica en que los preceptos que contiene son fundamentales en la aplicación, interpretación e integración del ordenamiento Jurídico guatemalteco en general, y siendo los asuntos de índole familiar una parte de dicho ordenamiento jurídico, le son aplicables directamente dichos preceptos.

Asimismo el artículo 20 de La Ley de Tribunales de Familia, asigna a la Ley del Organismo Judicial la característica especial de ser aplicada en forma supletoria en lo referente a la organización, funcionamiento y procedimiento de los Tribunales de Familia, en cuanto no contraríen lo dispuesto en dicha ley.

Entre dichos preceptos aplicables encontramos los siguientes:

- I. Normas generales.
- II. Preceptos fundamentales.



- 
- 
- 
- III. Normas de Derecho Internacional Privado.
  - IV. Aplicación de las Leyes en el tiempo.
  - V. Los Plazos.
  - VI. La Jurisdicción y la competencia.
  - VII. Disposiciones Comunes a todos los procesos.
  - VIII. Impedimentos, Excusas y Recusaciones.
  - IX. Incidentes.
    - X. Las resoluciones en general.
    - XI. Las sentencias y su ejecución.
    - XII. Las actuaciones Judiciales.
  - XIII. Las relaciones entre los tribunales.
  - IXV. Certificaciones.
  - XV. Apremios y multas.
  - XVI. Mandatarios Judiciales y Abogados.



IV.1.c. LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA.

La ley creadora de los Juzgados privativos de Familia, es sin más LA LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA, Decreto Ley número 206, de fecha 7 de mayo de 1964. Dicha ley, aunque no es muy extensa en su texto, ya que cuenta con únicamente 22 artículos, recoge, los principios básicos y de suma discrecionalidad para los jueces de familia, los cuales aplicados en una forma ecuanime, y parcial, son suficientes para llevar adelante su misión. Asimismo, dicha ley nos da en su contenido la organización, la jurisdicción y procedimientos de los Juzgados de Familia.

Actualmente se cuenta con el funcionamiento de cinco Juzgados específicos de Familia, en la ciudad capital, mientras que en los Departamentos el conocimiento de asuntos de familia lo conocen los juzgados de Primera Instancia.

Dentro del contenido de la ley de Tribunales de Familia encontramos lo siguiente:

1.- Referente a la Jurisdicción:

En sus artículo 1o. y 2o. la ley específicamente indica: Se instituyen los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia.

Que 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 del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

2.- En cuanto a la organización de los Juzgados de Familia:

En sus artículos del 3o. al 7mo. encontramos:

Que los Tribunales de Familia están constituidos:

a) Por los Juzgados de familia que conocen de los asuntos en primera instancia; y

b) Por las Salas de Apelaciones de Familia que conocen en Segunda Instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia.

La designación de los jueces y Magistrados del ramo de familia, debe hacerse en la forma establecida por las leyes para la jurisdicción ordinaria.

Los requisitos para ser Juez y Magistrado.

La Jurisdicción privativa de familia que ejercerán los jueces de Primera Instancia del ramo civil, en los departamentos en donde no funcione juzgado específico de familia, así como de la jurisdicción que ejercerán los jueces de paz, a falta de juez de primera Instancia.

El personal de cada juzgado de familia se integra por un Secretario, los trabajadores sociales que sean necesarios, y por el demás personal que requiera el buen servicio.

Al respecto observamos en la práctica tribunalicia que el personal que conforma cada juzgado de familia, es un juez, un



secretario, tres oficiales, tres trabajadores sociales, tres notificadores, y un comisario.

Los nombramientos a que se refiere esta ley, deben ser hechos adoptando para ello el sistema de selección más adecuado, a fin de que los nombrados sean personas de moralidad y meritos reconocidos.

3.- Relativo a los Procedimientos a aplicarse en los juzgados de familia encontramos:

Que en las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los tribunales de familia, rige el procedimiento del juicio oral que se regula en el Capítulo II del título II del Libro II del Código procesal Civil y Mercantil, específicamente en sus artículos del 201 al 210.

En las cuestiones relacionadas con el derecho a alimentos, los Tribunales de Familia emplearán además, el procedimiento regulado en el Capítulo IV del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil, en sus artículos 212 al 216.

En los juicios relativos a reconocimiento de paternidad y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad de matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, se sujetarán a los procedimientos que les correspondan según el Código Procesal Civil y Mercantil.

El procedimiento en todos los asuntos sujetos a la



jurisdicción de los Tribunales de Familia, debe ser actuado  
impulsado de oficio excepto en los casos enumerados en el  
apartado precedente.

La asesoría legal en las audiencias, debe ser permitida por  
el juez de familia, unicamente a los abogados colegiados, quienes  
deben prestarla en forma personal.

Los servicios sociales de las instituciones de Bienestar  
Social y Asistencia Social, pueden colaborar con las partes y  
asistir a las audiencias.

Los trabajadores sociales, pueden ser llamados por los  
tribunales para emitir dictámenes como expertos, en relaciones  
de índole familiar.

La diligencia de conciliación de las partes prevista en el  
artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil, no podrá  
dejar de celebrarse en los juicios de familia, debiendo los  
jueces personalmente emplear los medios de convencimiento y  
persuasión que estimen adecuados para lograr el avenimiento de  
las partes, de todo lo cual deberá dejarse constancia en las  
actuaciones.

Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales.  
Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones  
familiares quede debidamente protegida; y para el efecto,  
dictarán las medidas que consideren pertinentes. Asimismo, están  
obligados a investigar la verdad en las controversias que se les



planteen y a ordenar las diligencias de prueba que esten necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciarán la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana critica.

De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considera necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía.

Los jueces de familia estarán presentes en todas las diligencias que se practiquen en los casos que conozcan. Deberán impulsar el procedimiento con la mayor rapidez y economía, evitando toda dilación o diligencia innecesaria, e impondrán, tanto a las personas renuentes como al personal subalterno, las medidas coersitivas y sanciones a que se hagan acreedoras de conformidad con la ley.

Los jueces ordenarán a los trabajadores sociales adscritos al Tribunal, las investigaciones necesarias; estos actuarán de inmediato, en forma acuciosa y rápida, y rendirán sus informes con toda veracidad y objetividad, a fin de que los problemas planteados puedan ser resueltos con conocimiento pleno de la realidad de las situaciones. Tales informes serán confidenciales; únicamente podrán conocerlos el Juez, las partes





y sus abogados. No podrá dárseles publicidad en forma alguna ni extenderse certificación o acta notarial de los mismos.

Las personas que carezcan de recursos para litigar en los Tribunales de Familia, podrán seguir ante los mismos diligencias de asistencia judicial gratuita, de conformidad con lo establecido en el Capítulo VI del Título IV del Libro I del Código Procesal Civil y Mercantil. Dicha declaración sólo será válida para los juicios relacionados con asuntos de familia.

4.- Relativo a la Jurisdicción Voluntaria de los Juzgados de Familia, encontramos regulado del artículo 16 al 17 lo siguiente:

Que en los asuntos relacionados con la familia, enumerados en el artículo 2o. de la Ley y que deban conocerse en la vía voluntaria, los tribunales de Familia aplicarán los procedimientos establecidos en los Capítulos I y II del Título I del Libro IV del Código Procesal Civil y Mercantil, pero con las características procesales prescritas en la Ley de Tribunales de Familia, en lo que fueran aplicables. Toda oposición que no tratara de los asuntos a que se refiere el artículo 9o. de la ley se resolverá dentro del mismo proceso.

Para el debido control de los asuntos que se tramitan en los Juzgados de Familia, se llevará un libro especial en el que constarán los datos relativos a la administración de bienes de menores e incapaces, rendición de cuentas y presentación de



presupuestos.

El juez exigirá a los administradores, de oficio y bajo su responsabilidad, el cumplimiento de sus obligaciones.

5.- Disposiciones Generales:

Precisadas del artículo 18 al 22 de la ley, nos estipulan lo siguiente:

En los procesos relacionados con asuntos de familia en que figuren como demandados menores o incapaces, será Juez competente el del domicilio de estos o el del lugar donde resida el demandado, a elección de los menores.

Todo aquel que se considere con derecho para hacer valer una pretensión en asuntos relacionados con la familia, puede hacerlo directamente ante el Tribunal competente, sin perjuicio de que en caso de menores o incapaces el Juez provea a su adecuada representación de acuerdo con el artículo 48 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La aplicación supletoria de la Ley del Organismo Judicial y del Código Procesal Civil y Mercantil, a la organización, funcionamiento, y procedimiento de los Tribunales de Familia, en cuanto no contraríen lo dispuesto en la Ley de Tribunales de Familia.





IV.1.d. CODIGO CIVIL.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el conjunto de normas sustantivas civiles, las encontramos codificadas en el Decreto Ley Número 106, del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdía, Código Civil, de fecha 14 de septiembre de 1963.

En dicho Código encontramos regulado todo lo concerniente a la familia, así como a las personas en general, otorgándonos las disposiciones sustantivas básicas en que han de sustentarse todas las cuestiones derivadas de dichas instituciones.

Encontramos regulada, a la persona individual, a la persona jurídica, el domicilio, a la ausencia, como formas jurídicas básicas dentro del ordenamiento jurídico general guatemalteco.

Asimismo, encontramos regulado dentro del título de la Familia, al matrimonio en sus diferentes situaciones y modalidades, como disposiciones generales, impedimentos, celebración, deberes y derechos, regímenes económicos, la separación, el divorcio.

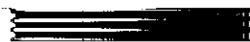
También se regula, La Unión de Hecho, el parentesco, la paternidad, la filiación, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela, el patrimonio familiar, así como el registro civil.

Sin embargo, todas las disposiciones sustantivas civiles, aplicables en conflictos de carácter familiar, ante un Juzgado de familia, cobran vida a través de las normas adjetivas



enunciadas tanto en la Ley de Tribunales de familia, en el Código Procesal Civil y Mercantil, y Ley del Organismo Judicial, sin desatender la aplicación de las Normas Constitucionales que sean aplicables en los casos concretos.

PROPIEDAD DE LA BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
BIBLIOTECA



IV.1.e. CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.



La Ley adjetiva guatemalteca, que contiene las normas de conducta para los jueces de Familia, es el Decreto Ley Número 107, o Código Procesal Civil y Mercantil, emitido también durante el Gobierno de Enrique Peralta Azurdia, el 14 de septiembre de 1963.

Toda norma jurídica tiene una vigencia temporal, determinada generalmente por el cambio de los elementos reales o condiciones sociales del medio en que se aplica. También la norma jurídica debe estar destinada a regir en un espacio territorial circunscrito por los límites en que un Estado ejerce sus poderes soberanos.

La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente en el momento de la presentación de la demanda, sin que tengan ninguna influencia los cambios posteriores de dicha situación.

Cuando se ejerciten acciones personales, es juez competente, en asunto de mayor cuantía, el de Primera Instancia del departamento en que el demandado tenga su domicilio, a falta de Juzgado de Familia; en el caso del Departamento de Guatemala, cualquiera de los cinco Juzgados existentes por ahora, o bien el juez de Paz de su vecindad en los casos de menor cuantía.

En los procesos que versen sobre prestación de alimentos o pago de pensiones por ese concepto, será juez competente el del

ugar donde resida el demandado o donde tenga su domicilio la  
arte demandante, a elección de esta última.



El Código Procesal Civil y Mercantil, en su contenido  
regula:

- 1.- Disposiciones Generales a todos los procesos, regulando:
  - a. Procesos de ejecución;
  - b. Procesos especiales;
  - c. Alternativas e impugnación de las resoluciones judiciales.

Siendo el procedimiento adjetivo similar tanto para el ramo  
civil como para el ramo familiar.



IV.1.f. CODIGO DE MENORES.

El Código de Menores vigente, Decreto Número 78-79, del Congreso de la República, fue promulgado considerando que la familia y la niñez requieren especial protección por parte del Estado, las Instituciones privadas de bienestar social y de la comunidad en general. Asimismo porque la protección integral de la familia compromete la participación del sector Público, las organizaciones comunales, las instituciones privadas de bienestar social y la sociedad en conjunto.

La protección para los menores de edad, especialmente los desvalidos y en estado de abandono, es uno de los deberes fundamentales constitucionales a los que esta obligado el Estado guatemalteco. Tanto así, que ha quedado plasmado en el artículo 51 de La Constitución Política de la República de Guatemala, el que El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

Al respecto de esto, el Código de menores, regula que los menores están bajo la protección del Estado, quien la ejercerá de conformidad con las disposiciones reguladas en el mismo, cuyas normas se aplicarán tanto a los menores, como a sus padres, tutores o encargados, así como a las autoridades y personas que intervengan en su conducta.





La misma ley indica, que todo menor tiene derecho a protección del Estado, independientemente de su condición social, económica y familiar.

Dicho Código considera menores a quienes no hubieren cumplido dieciocho años de edad, presumiéndose la minoridad mientras no se pruebe lo contrario. Asimismo considera menores en situación irregular, a aquellos que sufran o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro.

Se regula también lo relativo a la inimputabilidad y responsabilidad de los menores de edad, indicando que los mismos son inimputables de delito o falta, que sus actos antisociales son trastornos de conducta que requieren de tratamiento especializado y no de acción punitiva, responsabilizando por todos sus actos a sus padres, tutores o encargados.

Dentro de dicho código son creados como organismo de protección a los menores los siguientes:

- a) El Consejo Nacional de Menores;
- b) La Dirección General de Bienestar de Menores y La Familia.
- c) La Procuraduría de Menores.

Para la aplicación de la Ley de Menores, fueron creados Los Juzgados de Menores, los cuales tienen naturaleza y categoría de





los Juzgados de Primera Instancia y sus titulares deben reunir las mismas calidades y gozan de los mismos privilegios e inmunidades de aquellos.

Los Juzgados de Menores, trabajan para la aplicación del Código de Menores, y su personal deberá ser especialmente calificado y dentro de sus auxiliares deben contar como mínimo, con un educador y un trabajador social. Pudiendo requerir el auxilio de médicos, psiquiatras, psicólogos y otros especialistas.

Corresponde a los Jueces de Menores:

- 1.- Conocer de los casos de menores en situación irregular y dictar las medidas de protección de los mismos.
- 2.- Resolver en definitiva los procesos de menores acordando las medidas que el Código establece.
- 3.- Promover la investigación de los casos de abandono, exposición a peligro moral o material y conducta irregular de los menores.
- 4.- Sancionar a los responsables de incumplimiento de los deberes de asistencia a los menores y de contravención que hayan provocado la situación de irregularidad de los mismos.
- 5.- Certificar lo conducente para que un Tribunal competente haga la averiguación que correspondiera e imponga la sanción que proceda, en el caso de que el incumplimiento o la contravención a que se refiere el numeral anterior sea constitutivo de delito.



o falta.

6.- Actuar en igual forma si en el cumplimiento de sus funciones tiene conocimiento de la comisión de un delito que comprometa la salud, la educación o el bienestar de un menor.

Son creados a través del Código de Menores también una Magistratura de Coordinación y un Tribunal de Menores. La Magistratura es atendida por un solo titular electo por el Congreso de La República, y será auxiliado por un secretario y el personal necesario. El Tribunal en cambio, está integrado por el Magistrado Coordinador de la Magistratura, quien lo presidirá, y por dos vocales, un médico especializado en psiquiatría y un graduado universitario en Pedagogía y Ciencias de la educación. Dicho Tribunal se constituirá única y exclusivamente en forma temporal cada vez que se haya interpuesto recurso de apelación contra lo resuelto por los Jueces de Menores, emitida su resolución se tendrá por disuelto.

Principios que rigen dentro del Código de Menores:

a) De Gratuidad: Las actuaciones en los procesos de menores no causarán impuesto ni gasto alguno.

b) De Libertad: Los actos del proceso para los cuales la ley no prescriba una forma determinada, los realizarán los tribunales de menores o dispondrán que se lleven a cabo para el logro de su finalidad y especialmente de la debida protección de



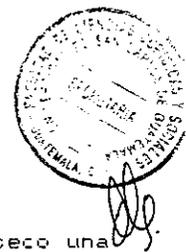
los menores.

c) De Oralidad: Todas las actuaciones del proceso de menores se efectuaran oralmente.

d) De Privacidad: Las audiencias y las demás actuaciones del proceso de menores serán privadas y se prohíbe a los medios de difusión publicar el nombre de los menores sujetos al mismo, o datos que lo identifiquen.

e) De Inmediación y Celeridad Procesal: El Juez dirigirá el proceso con celeridad, sin perjuicio de la aplicación de las medidas que tiendan a proteger a los menores.

El proceso de menores es aplicable unica y exclusivamente en el caso en que un menor se le atribuya en un hecho que la ley califique como delito o falta.



IV.1.g. DISPOSICIONES ACCESORIAS.

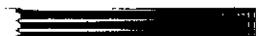
Existen dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco una serie de disposiciones que sin ser principales, auxilian al derecho civil familiar, entre otras tenemos las siguientes:

1.- Reglamento General de Tribunales:

Es uno de los reglamentos más importantes emitido por la Corte Suprema de Justicia, contiene normas reglamentarias relacionadas con la actividad de la misma corte, la actividad de los Tribunales de Justicia, y especialmente normas que reglamentan el actuar laboral de todos los funcionarios judiciales y del resto del personal de todo el organismo judicial.

2.- Circular No. 42-AH o Instructivo para los Tribunales de Familia:

Es una circular emitida por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, dirigida a los Jueces de Primera Instancia, Jueces de Paz y Jueces de Familia de toda la República de Guatemala, a efecto sirva como base para auxiliarse en los problemas que surjan con ocasión de la interpretación o aplicación de los preceptos relacionados con la familia, como saber cuales asuntos corresponden a la jurisdicción privativa de familia, que procedimiento debe emplearse en cada caso de





familia, que clase de papel debe emplearse en los asuntos familia, si en los asuntos de familia se necesita auxilio y asesoramiento de abogado colegiado y en que casos el procedimiento debe ser actuado e impulsado de oficio.

Para concluir el presente capítulo, cabe resaltar el hecho de la iniciativa que se ha tenido por diferentes juriconsultos guatemaltecos para que todas las normas jurídicas del derecho de familia sean codificadas en un código propio, desligado del Código Civil. Sin embargo tales iniciativas no han prosperado en el Organismo Legislativo, teniéndose que administrar justicia por parte de Los Jueces de Familia, con las normas jurídicas supletorias con que se cuenta, dispersas en diferentes cuerpos legales.

Visto lo anterior cabe recomendar en este espacio, se insista en el Organismo Legislativo a efecto se proceda a discutir y aprobar el Código de Familia Guatemalteco desligado del Código Civil como existe en la actualidad, a efecto de lograr una mejor Administración de justicia en esa rama del derecho ya con perfil propio.



IV.2. CAUSAS QUE DERIVAN LA FALTA DE LEGISLACION EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO.

*[Handwritten signature]*

IV.2.a. CAUSAS POLITICAS.

Siendo el gran objeto de las ciencias sociales la conducta del ser humano, no puede la ciencia del derecho en ningún momento prescindir del aspecto político, ya sea como causa positiva del quehacer legislativo, o como una causa negativa, que genera en distintos mecanismos políticos que vinculados a la actividad productora de derecho, influyen negativamente como bloqueadores en la generación de determinadas normas jurídicas.

La expresión política de mayor jerarquía es el Estado, quien a su vez encarga al Organismo Legislativo la creación del derecho.

Los diferentes estratos de nuestra sociedad, representados en el Organismo Legislativo por una gran gama de Partidos Políticos, tratan de llevar al mismo las diferentes necesidades de sus representados, a través de iniciativas de ley con aspectos jurídicos que a su criterio deberían legislarse, encontrándose en el seno del mismo con la existencia del llamado juego político, en el cual se dan los diferentes criterios de política, en los que, lo que influye en la toma de decisiones son los intereses de las clases sociales dominantes, en donde a veces no tiene ninguna importancia el aspecto jurídico que se discute, sino su interés particular.

Es por ello que al Organismo Legislativo llegan muchas



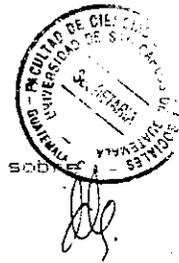
iniciativas de ley que se quedan archivadas, o son desestimadas por carecer de importancia política para la clase dominante en funciones. Esto es entonces, lo que determina la falta de legislación de muchos aspectos de gran importancia social, que van pasando al olvido en el juego político que impera siempre en cada período presidencial.

#### IV.2.b. CAUSAS SOCIALES.

La coexistencia en nuestra sociedad, de diferentes estratos sociales, como la burguesía y el proletariado, determina en lo social la unidad de contrarios, que es a lo que determinamos lucha de clases. Dicha lucha de clases es importante en el desarrollo de el Derecho; ya que la burguesía por su lado lucha por crear un derecho que le garantice sus intereses, quier teniendo la mayor parte de veces a su servicio el Estado, impone su voluntad, no siendo remoto que la verdadera iniciativa de ley no radique directamente en los representantes políticos, sino en los que ellos representan.

Por su lado la clase social antagónica, o sea el proletariado, tienen que asumir el carácter de verdaderos grupos de presión que deben enfrentarse a la clase dominante, para evitar que la inclémencia de la misma se imponga sin limitación.

Es este aspecto del antagonismo de clases el que influye negativamente en la generación de normas jurídicas que beneficie a la mayoría de la población, ya que la influencia de los



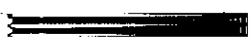
intereses de la clase minoritaria siempre prevaleciera por sobre toda norma juridica que se quiera generar.

IV.3. NECESIDAD DE LA CREACION DE UN CODIGO DE FAMILIA GUATEMALTECO.

Es evidente la necesidad que la sociedad guatemalteca tiene de la creación de un Código de derecho familiar, debido a las lagunas juridicas que la falta del mismo genera, pero dicha necesidad es insuficiente, ya que tambien se hace necesario la divulgación de la misma por todos los medios juridicos necesarios, para que el mismo sea un dia no remoto una gran realidad, es por ello que se hace necesario insistir ante el Organismo legislativo para que se proceda a discutir y a aprobar el Código de Familia guatemalteco.

IV.3.a. NECESIDADES BASICAS DEL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO.

Como hemos insistido, en Guatemala, es inminente la necesidad que existe dentro del Derecho de Familia, de la promulgación de un Código de Derecho de familia, ya que sin dicho código se dan a diario una serie de anomalias en la solución de los problemas de indole familiar, por parte de los administradores de la justicia de dicho ramo, ya que las normas que se aplican en la solución de dichos problemas forman parte de un Código Civil que data del año de 1,963, a partir del cual





no se han dado modificaciones trascendentales, que actualicen nuestro derecho a las necesidades de una sociedad familiar que ha sufrido grandes cambios. Asimismo se aplican normas supletorias de otras leyes individualizadas, que no llenan suficientemente todos los aspectos que se deben regular, por lo que el código en mención debería llenar cuando menos las necesidades básicas de la institución familiar propiamente dicha, y aspectos como el matrimonio, la filiación, la adopción, la paternidad, la tutela, curatela, interdicción y todo aquello que se relacione en el aspecto familiar con los menores de edad.

Por aparte, algunas de las normas aplicables en el ramo familiar, dejan a los administradores de justicia, en el libre albedrío de la aplicación de su criterio personal, al concederles facultades discrecionales, que muchas veces son lesivas para las partes en conflicto, aspecto sobre el cual debe intervenir el legislador.

#### IV.3.b. INOPERANCIA DE LA LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA.

La ley de Tribunales de Familia Decreto Ley 206, puede ser considerada inoperante por diversidad de aspectos:

Uno de ellos es que data del año de 1964, pudiendo decirse que se encuentra desactualizada.

Su contenido se limita a tres considerandos, un por tanto y veintidos artículos.

La ley no contiene sus propios procedimientos, sino que se suple del Código Procesal Civil y Mercantil y de la Ley del



Organismo Judicial.

Pero al parecer, lo que confirma la inoperancia de la ley de Tribunales de familia, es que ante las necesidades de llenar lagunas jurídicas en el aspecto familiar, que no son contemplados por dicha ley, la secretaría de La Corte Suprema de Justicia, se ha visto en la necesidad de formular circulares como la número 42/AH, dirigidas a los Jueces de familia y a aquellos de primera Instancia y de paz que tengan a su cargo asuntos de familia, argumentandose que dichas circulares se emiten en virtud de los problemas que se han presentado o se pueden presentar con ocasión de la interpretación o aplicación de los preceptos relacionados con la familia.

#### IV.3.c. APLICACION SUPLETORIA DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN LOS JUZGADOS FAMILIARES Y SUSTENTACION DE DIVERSOS CRITERIOS EN SU APLICACION.

La Misma Ley de Tribunales de familia, en su artículo 20, nos indica que tanto la Ley Constitutiva del Organismo Judicial, así como del Código Procesal Civil y Mercantil, son aplicables supletoriamente a la organización, funcionamiento y procedimiento de los Tribunales de Familia, en cuanto no la contraríen. Rigíendose por el procedimiento del Juicio Oral que se regula en el Capítulo II del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil.

Asimismo las cuestiones relacionadas con el derecho de alimentos, los juzgados de familia emplean el procedimiento



regulado en el capítulo IV del Título II, del Libro II del mismo código procesal, y los juicios relativos a reconocimiento de paternidad y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad de matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, deben sujetarse a los procedimientos que les correspondan en dicho código.

Al respecto de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil en los juzgados de familia, consideramos que ciertamente estos deben ser aplicados en virtud de no existir un código específico de familia para dichos juzgados, pero su aplicación transforma el trámite de los asuntos familiares, en muy engorrosos y tardados, en virtud del corte civilista que dicho código sustenta, necesitándose de una ley más tutelar en la que no se abuse de las facultades discrecionales que actualmente se conceden en la ley de tribunales de familia, a los jueces de dicho ramo, ya que los mismos amparados de dicha discrecionalidad muchas veces mal aplican las normas procesales sustentando diversidad de criterios, y al final lo único que se obtiene es una mala administración de justicia en el ramo familiar.

#### IV.4. CONSECUENCIAS SOCIO-JURIDICAS DERIVADAS DE LA FALTA DE LEGISLACION EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO.

##### IV.4.a. CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Como ya lo indicamos en el punto anterior, una de las





consecuencias jurídicas más lamentables en materia de derecho familiar, es la mala administración de justicia que en muchos casos existe en dicho ramo, debido a la utilización que el juez de familia hace de la discrecionalidad que la ley le concede en la aplicación de sus criterios, a veces demasiado amplios, otros demasiado estrechos, esto debido siempre a la no existencia de normas procesales concretas del derecho de familia.

IV.4.b. CONSECUENCIAS SOCIALES.

Debido siempre a la mala aplicación de las pocas normas sustantivas existentes para la solución de los problemas de índole familiar en los Juzgados de dicho ramo, en muchas ocasiones, se cometen por parte de los juzgadores una serie de injusticias que vienen a derivar en consecuencias de tipo social, emitiéndose fallos incongruentes con la realidad material de los hechos en controversia, concediéndose a veces custodias a las personas menos indicadas, fijándose pensiones fuera de la realidad económica y social de las partes, y lo más frecuente es que no se busca el verdadero origen del problema, el que a veces si se ejercitara el principio de inmediación procesal se podría encontrar en la conducta personal de las partes procesales. lo cual tendría soluciones sencillas.





#### IV.5. LOS JUZGADOS DE FAMILIA.

Como lo hemos tratado en los capítulos anteriores, el Derecho de Familia ha trascendido desde la posición tradicional civilista, cabe decir del Derecho Privado, para situarse dentro del Derecho eminentemente social, para lo cual es dable hacer ver que el escape del Derecho Familiar se ha operado no sólo dentro del Derecho sustantivo, sino también dentro del Derecho procesal; se trata por lo tanto, que los asuntos relativos a la familia, así como el Derecho de Familia en general, se hagan operantes por medio de procedimientos especiales y sencillos diferentes a los comunes, debido a la índole eminentemente social de la materia familiar.

Ha esto se debe que el derecho familiar quisiera en un momento dado desligarse de los procedimientos tan formalistas del derecho civilista, el cual ha tenido siempre procedimientos engorrosos, difíciles, tardíos y la mayor parte de las veces sin el resultado debido a las peticiones de las partes.

De ahí surge entonces la necesidad de la creación de Juzgados especiales de la rama familiar, que conozcan ya específicamente y con la delicadeza debida, de todos los problemas derivados de la materia familiar, a lo que nunca pudieron dedicarse los juzgados civiles, no sólo por sus engorrosos formalismos sino debido también a que los problemas de índole patrimonial superan en demasía a los de índole familiar.

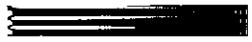
Fue entonces la necesidad de la creación de juzgados



especiales de familia, la que dió lugar a diferentes ponencias en diferentes Congresos jurídicos, entre otros el Primer Congreso Jurídico Guatemalteco, celebrado en el año de 1960, en el cual se dió una ponencia de dos distinguidos abogados guatemaltecos, sobre la necesidad de un procedimiento especializado para el Derecho de Familia, ponencia en la cual se enfatizó en forma clara las deficiencias que obstaculizan la pronta y cumplida administración de justicia en los asuntos de familia dentro de la jurisdicción ordinaria. Ponencia que fué aceptada en dicho Congreso, y dió lugar a sugerir al gobierno guatemalteco la creación de juzgados especiales de familia, dentro de su engranaje de administración de justicia.

En dicha ponencia, se recomienda la organización de los Juzgados de Familia, con jurisdicción específica y exclusiva sobre todas las materias que integran el Derecho de Familia y la formulación, en consecuencia, de un procedimiento nuevo y especial para los problemas familiares.

La ponencia, brevemente explicada, constituye uno de los antecedentes mediatos acerca de la creación de los Juzgados de familia en Guatemala, y decimos uno de los antecedentes, porque entre otros se situa el trabajo de tesis previo a optar por los títulos de Abogado y Notario, presentado por el jurísculto guatemalteco, Licenciado Oscar Barrios Castillo, quién en la actualidad tiene el honor de ser uno de los trece magistrados de la Honorable Corte Suprema de Justicia, trabajo que fué titulado "El Juez de Familia", escrito en el año de 1943, época en que con





gran sentido social y humano fué propuesto que se crearan los Juzgados de Familia con los caracteres que le son propios.

Con base en los anteriores antecedentes y obligados por la necesidad social imperante, se crearon los Juzgados Privativos de Familia, por iniciativa de la secretaría de Bienestar Social, elaborandose un proyecto de ley para la creación, organización y funcionamiento de los mismos. En dicho proyecto se establecía un procedimiento oral, que en la actualidad lo incluye únicamente el Código Procesal Civil y Mercantil, para todas aquellas cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de dichos juzgados.

Sin embargo, cabe resaltar que la ley que con base a dicho proyecto fué promulgada como el Decreto número 206 del Congreso, no responde plenamente a los fines perseguidos en el proyecto, ya que para variar, de las materias sometidas a la jurisdicción de los Tribunales de Familia, se estableció el procedimiento ordinario o el voluntario de la nueva Ley Procesal, que aunque con los caracteres de impulso de oficio que esta última ley establece, siempre será un procedimiento tardío y dispendioso para la tramitación de asuntos de familia, que necesitan de un procedimiento más acelerado, objetivo y no formalista como el oral. Asimismo, fué descartado de dicho proyecto todo lo relacionado a asuntos relativos a las relaciones personales de familia.

En todo caso, aunque el funcionamiento de los juzgados de familia, no sea ni el más certero, ni el más deseado por los



litigantes, ni por toda la ciudadanía guatemalteca, la creación de los mismos, fué un gran avance dentro de nuestro ordenamiento jurídico, avance que con algunas reformas puede dar buenos resultados en beneficio de la familia guatemalteca, que tanto lo necesita.

Es entonces, el Decreto Ley número 206, Ley de Tribunales de Familia, la que entrada en vigencia en el año de 1964, instituyó los Juzgados de Familia.

La creación de los Juzgados de Familia respondió a la necesidad de transformar el Derecho de Familia, en un derecho tutelar, tratando de proteger a través de su tutela, a la madre y a los hijos considerados como la parte más débil de la relación familiar.

Una característica especial de los Juzgados de Familia, fué la incorporación dentro del personal auxiliar de los mismos, de trabajadores sociales, que ayudan en la investigación socio-económica de las partes en litigio familiar, aunque es menester resaltar que un auxiliar importante dentro del proceso familiar lo podría ser no un trabajador social, sino un Psicólogo, el que sin duda alguna podría contribuir con más elementos para llegar al fondo del problema y así poder resolver en mejor forma los problemas familiares, que la mayor parte de veces son problemas puramente de índole personal.

La labor de los Trabajadores sociales dentro de los Juzgados de Familia, es a instancia de parte, lo que significa que el juez de familia ordena la investigación socio-económica, únicamente



dentro de los juicios que son impulsados por las partes en el juzgado, no pudiendo actuar de oficio, lo cual también debería modificarse, ya que el trabajador social de un juzgado de familia a manera de evitar males mayores en la desintegración de la familia guatemalteca, debería de investigar de oficio todos aquellos casos que no llegan por instancia de parte a conocimiento de los juzgados de familia, y que son casos que quizás si son merecedores de la atención de dichos juzgados.

En la actualidad las finalidades concretas que persiguen los Juzgados de Familia, las encontramos en los Considerandos de la Ley que los crea, los que concretamente instituyen lo siguiente:

1. Que la familia, como elemento fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una jurisdicción privativa regida por normas y disposiciones procesales, que hagan posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes;

2. Que para la eficacia de esa protección al núcleo familiar, debe establecerse un sistema procesal actuado e impulsado de oficio, con suficiente flexibilidad y esencialmente conciliatorio;

3. Que las instituciones de Derecho Civil que regulan lo relativo a la familia, de acuerdo con la filosofía profundamente social, obliga al Estado a protegerla en forma integral...;

Dentro de la organización de los Juzgados de Familia, los mismos son de jurisdicción privativa y tienen jurisdicción



exclusiva para conocer de los conflictos y controversias de caracter familiar.

La organización de los Juzgados de Familia, es tratada en el capítulo II de la Ley de Tribunales de Familia -Decreto 206 del Congreso-, de la manera siguiente:

Los tribunales de familia estan constituidos:

a) Por los juzgados de familia que conocen de los asuntos en primera instancia; y

b) Por las Salas de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda Instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia.

Por lo anterior podríamos decir que de dicho capítulo se deduce, que únicamente los Juzgados de Familia específicos, son los que tienen competencia para conocer los casos de familia; pero ello no es así, ya que el artículo 6to. de la misma Ley de Tribunales de Familia, estipula que "Los Jueces de primera Instancia de lo civil en los departamentos en donde no funcionen juzgados de familia, ejercerán la jurisdicción privativa de familia." Lo mismo ocurre en los municipios donde no hay juzgados de familia ni juez de primera instancia de lo civil, son los jueces de paz los que deben conocer en primera instancia de los asuntos de familia de menor e ínfima cuantía.

Esto último se debe, fundamentalmente, a que aunque la Corte Suprema de Justicia quisiera crear un Juzgado de Familia en cada una de las cabeceras departamentales, con el objeto de poder llevar a todos los lugares de la República los beneficios que para la familia conllevan estos juzgados, no es ello posible, en



virtud de que la asignación que del presupuesto general de la Nación le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, no le es suficiente para abarcar todas las necesidades de la administración de Justicia familiar en Guatemala, por lo que como puede verse los pocos Juzgados de Familia existentes en la Capital y en los departamentos no son suficientes, ya que los mismos han llegado a acumular un excesivo trabajo por la enorme cantidad de casos de familia que se deben atender a diario, por lo cual no pueden cumplir a cabalidad su función.

Los juzgados de familia tienen jurisdicción privativa para conocer todos los asuntos relativos a la familia, correspondiéndoles 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 paternidad y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.



#### IV.6. LOS JUECES DE FAMILIA.

La Ley es buena, porque así fué su inspiración original, por lo tanto el hombre también debe serlo: tanto el que la aplica como el que la exige.

Como ideal, la Justicia resulta difícil de concretar en su realidad permanente. Justicia y Derecho, que debieran ser términos sinónimos, no lo son en los hechos; y, a veces, en la apreciación común, el Derecho deja de ser justo por impulsos motivados en la realidad ambiental. Ello es debido a la apreciación subjetiva que la Justicia tiene y ha tenido en todos los tiempos. La Justicia, que es un ideal de la verdad, tiene como ésta, en la apreciación de los hombres, distintos prismas, y es imposible albergarla en una ley física, inmutable. Producto de la naturaleza humana, la justicia sufre las mudanzas que le imprimen los distintos pareceres, los cambios de opinión, las diversas apreciaciones de un fenómeno jurídico dado.

Derecho y justicia se aproximan, hasta confundirse casi, por cuanto debe contarse con el primero para facilitar la segunda. Pero también debe contarse con el elemento humano adecuado, que llene determinados requisitos personales tanto intelectuales como humanitarios, que encajen de tal forma para la debida apreciación del verdadero espíritu de la norma legal al momento de aplicarla a los casos concretos. De hecho, justo, significa el que obra con justicia, derecho o razón. El arreglado a una de esas bases morales y sociales. El recto, el honrado, el imparcial, razonable, legal.



Juez, es el vindicador del Derecho, el que lo declara o restablece. De ahí que se defina como el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que según su competencia pronuncia decisiones en juicio. Es el que decide, interpretando la ley o ejerciendo su arbitrio, la contienda suscitada o el proceso promovido.

Sin perjuicio de los conceptos complementarios incluidos en las voces respectivas, cabe señalar algunas de las principales clasificaciones que de los jueces se hacen:

- a) Según la naturaleza de su intervención, en jueces de hecho, como los jueces de instrucción en lo criminal y en otro aspecto los jurados, y los Jueces de Derecho o de sentencia, que aplican o interpretan la ley, como los magistrados de las Audiencias criminales allí donde coopera con ellos el llamado Jurado;
- b) Por razón de sus conocimientos jurídicos, jueces letrados, que han de ser abogados o licenciados en Derecho, y jueces legos, particulares que, por elección popular o nombramiento de autoridad competente, ejercen jurisdicción en asuntos de importancia hasta cierto punto secundaria, como algunos Jueces municipales o de paz;
- c) Por la índole procesal de su nombramiento y actuación, en Jueces ordinarios, los permanentes, sean letrados o legos, y los Jueces Arbitros, elegidos por las partes y a veces designados con carácter extraordinario por alguna autoridad, especialmente en conflictos del trabajo;
- d) Basándose en la jurisdicción, se ha distinguido entre jueces



en lo civil y jueces en lo penal o en otras jurisdicciones  
la del trabajo, la contencioso-administrativa, la canónica;  
e) Por su grado o jerarquía, se habla de jueces inferiores,  
superiores y supremos, que vienen a corresponderse con los jueces  
de primera instancia, los magistrados que deciden las apelaciones  
y aquellos otros que resuelven en casación;  
f) Por la validez de su actuación, se diferencian los competentes  
de incompetentes;  
g) Por la duración de su poder y la extensión del mismo, se  
contraponen a los ordinarios los extraordinario, estos últimos  
designados para un asunto especial por su complejidad, gran  
trascendencia pública o carácter sumario del asunto.

Al respecto de la justicia dentro del ordenamiento jurídico  
guatemalteco encontramos que la misma se imparte de conformidad  
con la Constitución Política de La República y demás leyes que  
integran el ordenamiento Jurídico del país.

Asimismo encontramos que la función jurisdiccional se ejerce  
con exclusividad por La Corte Suprema de Justicia y por los demás  
tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde  
la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, así  
también el hecho de que la justicia es gratuita e igual para  
todos.

La jurisdicción guatemalteca es única, distribuida para su  
ejercicio práctico en jurisdicción Ordinaria y en Jurisdicción  
privativa. Correspondiendo los Juzgados del ramo civil y penal  
a la Ordinaria y el resto de los juzgados especializados a la



privativa, dentro de la cual encontramos a los juzgados del ramo familiar.

La preocupación de garantizar la imparcialidad y pureza de los fallos judiciales ha dado origen a que se incorpore en nuestra Constitución Política, las normas básicas que afirman, la independencia de la administración de justicia, en la cual se asigna a la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales de jurisdicción Ordinaria y privativa, la exclusividad en el desempeño de la función judicial.

Todo lo anterior como ya lo hemos afirmado, solo encuentra respaldo práctico, si la selección de los jueces es apropiada y si los funcionarios judiciales son moralmente capaces de mantener esa independencia, cualquiera que sea el sacrificio que ello imponga. La mejor garantía de quienes acuden a los tribunales para la protección y defensa de sus derechos justiciables depende del elemento humano que deba aplicar las leyes a los casos concretos, debiendo ser enérgico el llamado de atención para que se ponga el máximo cuidado en la selección del personal judicial tanto en orden de conocimientos técnicos como a sus cualidades de independencia, moralidad y rectitud.

Al respecto de los Jueces de Familia, encontramos, que los juzgados a su cargo se ubican dentro de la llamada jurisdicción especial o privativa, no escapando dichos juzgadores de la obligación moral y legal de llenar todas las características del buen juzgador.

El nombramiento de los Jueces y Magistrados del ramo





familiar, se hace por la Corte Suprema de Justicia, para un periodo de cinco años, pudiendo ser reelectos los magistrados, y nombrados nuevamente los jueces, periodo durante el cual no pueden ser removidos ni suspendidos, sino únicamente en los casos previstos y con las formalidades de ley.

Los magistrados y jueces de familia deben ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos, ser mayores de 35 años, abogados colegiados y de preferencia jefes de hogar.

Al respecto es censurable el hecho de que no todos los jueces de familia llenan a cabalidad los anteriores requisitos, ya que se ha visto en repetidas oportunidades que algunos no llegan a ser jefes de hogar. Asimismo también es censurable el hecho del nombramiento de jueces mujeres, no por que siendo mujeres no deban tener la oportunidad de ser nombradas Jueces de Familia, sino por el hecho de su parcialidad en los fallos, dado su condición de mujer, una de las partes tuteladas como débiles dentro de las contiendas de tipo familiar. Debiendose tomar en cuenta que los fallos de jueces hombres en los juzgados de familia, llegan a ser un tanto más imparciales.

En aquellos departamentos en donde no funcionan juzgados de familia, ejercen la jurisdicción privativa de familia, los Jueces de Primera Instancia del ramo Civil.

Asimismo, en los municipios donde no existen juzgados de familia, ni de instancia Civil, ejercen la jurisdicción privativa de familia, los jueces de paz que conocen los asuntos de menor



e infima cuantía.

En los procesos relacionados con asuntos de familia en que figuren como demandantes menores o incapaces, son competentes los jueces del domicilio de dichos menores, o en su caso el juez del lugar donde reside el demandado, a elección del menor.

Dentro de las obligaciones de los Jueces de Familia, encontramos detalladas entre otras, dentro de la Ley de Tribunales de familia las siguientes:

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

b) Impulsar de oficio, todos aquellos asuntos sujetos a la Jurisdicción familiar, a excepción de los relativos a reconocimiento de preñez y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad de matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

c) Permitir que la asesoría legal en las audiencias, sólo sea ejercida en forma personal por abogados colegiados.

d) Ordenar en todos los asuntos sometidos a su consideración, se celebre una audiencia conciliatoria, en la cual debe personalmente emplear los medios de convencimiento y persuasión que estime adecuados para lograr el avenimiento de las



partes.

e) Dejar constancia escrita de todas sus actuaciones.

f) Efectivizar el principio de Inmediación procesal, al estar presente en todas las diligencias que se practiquen en los casos que conozcan.

g) Impulsar el procedimiento de cada caso llevado a su conocimiento, con la mayor rapidez y economía, evitando toda dilación o diligencia innecesaria.

h) Imponer, tanto a las partes de algún juicio, como al personal subalterno, las medidas coersitivas y sanciones a que se hagan acreedoras de conformidad con la ley.

i) Ordenar a los trabajadores sociales adscritos al Juzgado, las investigaciones necesarias.







## CONCLUSIONES

1.- El origen de la familia en su acepción moderna, se remonta a los estados prehistóricos del hombre sobre el globo terrestre.

2.- El Derecho de Familia ha sido situado desde su surgimiento dentro del campo del Derecho Privado, y en la actualidad es criterio general, su ubicación dentro de dicho campo del derecho.

3.- Existen corrientes doctrinarias que sitúan al Derecho de Familia fuera del contexto del Derecho Privado, y lo enfocan como una rama autónoma de corte Social.

4.- El concepto de Derecho de Familia, se enfoca desde dos puntos de vista: el objetivo, como el conjunto de normas jurídicas que disciplinan dicha institución, y el subjetivo como las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones de un grupo familiar.

5.- El Derecho Civil Familiar o Derecho de Familia, tiene por objeto la regulación de todos los vínculos que se establecen por virtud del parentesco o del matrimonio, así como las consecuencias jurídicas de tipo patrimonial que se derivan de dichos vínculos.

6.- En Guatemala esta diversificada la legislación sobre Derecho de Familia, lo que hace difícil su aplicación.





7.- La Falta de un Código de Familia actualizado, trae como consecuencia los múltiples criterios de los jueces de dicho ramo, debido a las facultades discrecionales que las normas les conceden.

8.- El Derecho de Familia, es tutelar, pero dicha tutelaridad no debe ser confundida con la discrecionalidad.



## RECOMENDACIONES

1o. Es recomendable se insista ante el Organismo Legislativo, a efecto se proceda a discutir y a aprobar el Código de Familia desligado del Código Civil como existe en la actualidad, a efecto de lograr una mejor administración de justicia en esa rama del derecho ya con perfil propio.

2o. Se exhorta a las Instituciones de derecho como la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, El Colegio de Abogados, y todas aquellas instituciones de servicio social, aporten o apoyen ante el Organismo Legislativo, iniciativas como lo sería El Código de Derecho de Familia guatemalteco.

3o. Se hace necesario que los asuntos relativos a la familia, así como el Derecho de Familia en general, se hagan operantes por medio de procedimientos especiales y sencillos diferentes a los comunes del Derecho Civil, debido a la índole eminentemente social de la materia familiar.

4o. Es menester resaltar que dentro de un Código familiar, un auxiliar importante dentro del proceso lo podría ser no únicamente un trabajador social, sino un psicólogo, el que sin duda alguna podría contribuir con más elementos para llegar al fondo del problema, y así poder resolverlos en mejor forma, ya que la mayor parte de veces son problemas puramente de índole personal.



5o. Asimismo, es menester recomendar que dentro de un C  
de familia, no se confunda la tutelaridad de derecho social  
la discrecionalidad, la cual debe ser limitada para los ju  
de dicho ramo, debido a la mala utilización que hacen de la m  
al momento de emitir sus fallos, normándose reglas de observa  
general para los titulares de los juzgados correspondientes

6o. Ante la diversidad de leyes y disposiciones emitidas  
relación al campo familiar, se hace necesaria la unificació  
las mismas en un sólo cuerpo legal.

B I B L I O G R A F I A :



LIBROS Y FOLLETOS:

Aguilar Elizardi, Mario Ismael. Resumen Gráfico acerca del Origen y Esencia del Derecho y El Estado. Guatemala, Editorial de La Cooperativa de Ciencia Política R.L. de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1,986. 102 p.

Baqueiro Rojas, Edgard. y Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. México, Editorial Harla, S. A., 493 P.

Bernal, Beatriz y Ledesma, José De Jesus. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas. Quinta Edición. México, Editorial Porrúa, S. A., 1992. 440 p.

Cicu, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar Soc. Anón. Editores, 1947. 532 p.

Comay, Arié. Valores del Judaismo. Israel, Editorial Keter Publishing House Jerusalem Ltda. 360 p.

Chavez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Segunda Edición. México, Editorial Porrúa. S. A., 1992. 430 p.



De Ibarola, Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición.  
México, Editorial Porrúa, S. A., 1,993. 608 p.

De Reyna, Casiodoro. La Santa Biblia. Revisado por  
Cipriano de Valera. Editorial Sociedades Bíblicas en América  
Latina, 1960. 1163 p.

Engels, Federico. El Origen de La Familia, La propiedad  
Privada y El Estado. 2da. Edición. México, Editores Mexicanos  
Unidos, S. A., 1,978. 206 p.

Eyzaguirre, Jaime y Rosas Benitez, Alberto. Selección  
Documentos: Historia del Derecho. Guatemala, Editorial  
Universitaria. 122 p.

Flores Gomez G. Fernando. Introducción al Estudio de  
Derecho y Derecho Civil. Tercera Edición. México, Editorial  
Porrúa, S. A., 1,981. 386 p.

García Maynez, Eduardo. Introducción Al Estudio de  
Derecho. Octava Edición. México, Editorial Porrúa, S. A.  
1,958. 444 p.

Junco Gómez, Sixto Tirso. Derecho de Familia y del Nif  
Primera Edición. Bogota, Colombia, Departamento de Publicaciones



*[Handwritten signature]*

a La Universidad Santo Tomás, Centro de Enseñanza  
asescolarizada, 1,990. 274 p.

López Aguilar, Santiago. Introducción al Estudio del  
Derecho. Primera Edición. Guatemala, Departamento de  
Publicaciones de La Facultad de Ciencias Económicas de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala, 1,983. 196 p.

Moto Salazar, Efraim. Elementos De Derecho. Trigesima  
Primera Edición. México, Editorial Porrúa, S. A., 1,985. 452

Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil y Español.  
Tomo V. Tercera Edición. Madrid, España, Ediciones Pirámide,  
S. A., 696 p.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio De Derecho Civil. Tomo  
I. Décima Primera Edición. México, Editorial Porrúa, S. A.,  
1,979. 499 p.

Tecla J. Alfredo y Garza F., Alberto. Teoría, Métodos y  
Técnicas en La Investigación Social. Reproducción no lucrativa,  
con fines pedagógicos del Departamento de Publicaciones de La  
Facultad de Ciencias Económicas de La Universidad de San Carlos  
de Guatemala, 1,983. 92 p.





Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio de Derecho. Quinta Edición. México, Editorial Porrúa, S. A. 1,982. 486 p.

TESIS:

Cambara Monzón, Pedro Rolando. Concepto, Caracteres Fuentes del Derecho Internacional Privado. Edición única. Guatemala, 1,978. 57 p.

De La Cruz Santos, Juan Alberto. Las Fuentes Del Derecho Mercantil Guatemalteco. Edición única. Guatemala, 1,991. 20 p.

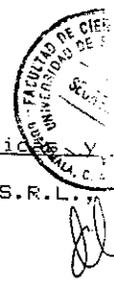
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 14a. Edición. Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1,980. Volumen II y IV. 813 y 724 p.

Garrone, José Alberto. Diccionario Manual Jurídico Abeledo Ferrot. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perro 1,991. 763 p.

Larousse. Diccionario De La Lengua Española. Esencia México, Editorial Ultra, S. A., 1995. 727 p.

Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. 1,978. 797 p.



García Pelayo y Gross, Ramon. Enciclopedia Metódica Larousse. México, Editorial Larousse. 1,964. Volumen II. 807 P.

LEYES:

Constitución Política de La República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial.

Código Civil.

Código Procesal Civil y Mercantil.

Ley de Tribunales de Familia.

Código de Menores.

Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Código Tributario.

Instructivo para los Tribunales de Familia, Circular 42/AH.de La Corte Suprema de Justicia.



