

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

**LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL EN EL  
DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

**LISBETH ROCÍO CHACÓN LEMUS**

**GUATEMALA, JULIO DE 2013**

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

**LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL EN EL  
DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**LISBETH ROCÍO CHACÓN LEMUS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, julio de 2013

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

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br.	Rocael López González
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidenta:	Licda.	Miriam Lili Rivera Álvarez
Vocal:	Licda.	Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretaria:	Licda.	Adela Lorena Pineda Herrera

**Segunda Fase:**

Presidenta:	Licda.	Rosa Orellana Arévalo
Vocal:	Licda.	Ingrid Coralia Miranda
Secretario:	Lic.	Juan Ramón Peña Rivera

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



LICDA. KARLA MARISOL MORALES MARROQUIN

Dirección: 22 calle 46-84 zona 5

Teléfono: 56329863

Colegiado No. 7171

Guatemala 15 de junio de 2012.

**Sr. Licenciado**

**Luis Efraín Guzmán Morales**

**Jefe de la Unidad de Tesis**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**Su Despacho.**



Respetable Licenciado Guzmán:

Como Asesora de Tesis de la Bachiller **LISBETH ROCÍO CHACÓN LEMUS**, en la elaboración del trabajo titulado: "**LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**" me permito manifestarle que el trabajo asesorado:

a) Desarrolla una investigación doctrinaria y legal del Derecho Penal, que es el marco conceptual y normativo pertinente para poder comprender y analizar el tema de la Alienación Parental. Así mismo realizó un análisis exhaustivo acerca de las consecuencias de dicho síndrome en las familias guatemaltecas y en la sociedad en general, centrándose en la violación a derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional, como lo son, el derecho a una familia y el derecho a la salud e integridad.



b) La estudiante **LISBETH ROCÍO CHACÓN LEMUS** para la realización del trabajo utilizó el método analítico así como sintético, los que facilitaron la adquisición de conocimientos y la producción de criterios válidos para llegar a conclusiones auténticas relativas al daño causado por uno de los progenitores, al menor sujeto a su patria potestad, originado en el rompimiento del vínculo afectivo entre el mismo y su otro progenitor. De igual forma se apoyó en bibliografía apropiada como fuente de doctrina, posibilitándose de esta manera la estructura de un estudio completo y adecuado para la presente investigación.

c) Como Asesora estudié y analicé el contenido del tema propuesto por la estudiante, el cual reúne los requisitos de actualidad en todos los aspectos académicos, por cuanto en el desarrollo del trabajo se logra individualizar las consecuencias jurídico-legales de ejercer violencia psicológica sobre los menores de edad relativas a los vínculos familiares con su progenitor, así como los medios para prevenir la continuidad en el ejercicio de dicho tipo de violencia.

En dicho análisis pude comprobar la excelente redacción y uso técnico de las normas gramaticales pertinentes a un trabajo de Tesis Ad Gradum.

d) Las conclusiones son válidas, firmes y permiten dar paso a las recomendaciones que son viables para aplicar en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

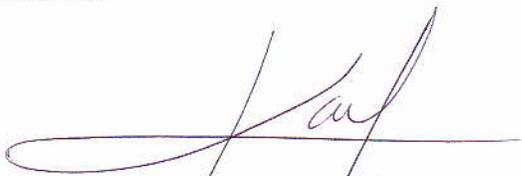
e) La bibliografía es extensa, académica y científica; y contiene obras mayores y menores de acuerdo a la clasificación bibliotecológica vigente y es novedosa en relación a contenidos y autores.

He guiado personalmente a la estudiante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada. Su empeño y disponibilidad a acatar mi asesoría le permitió concluir su trabajo exitosamente.



La tesis en cuestión, cumple con los requisitos legales prescritos y exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que, el mismo, le permita continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,



*Karla Marisol Morales Marroquín*  
ABOGADA Y NOTARIA

**LICDA. KARLA MARISOL MORALES MARROQUIN**  
**ASESORA**  
**Colegiado 7171**



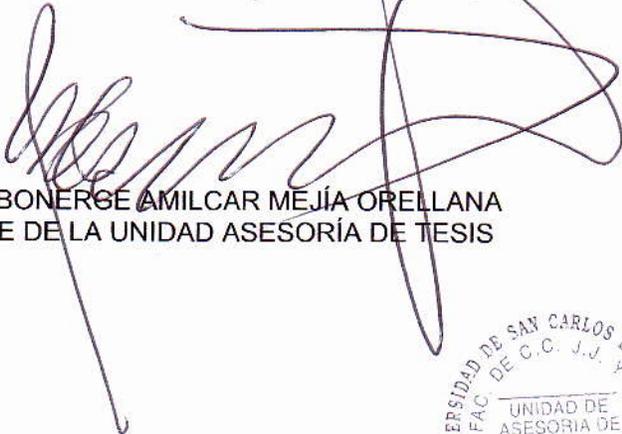
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, diez de agosto del año dos mil doce.

Atentamente, pase a el LICENCIADO EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante LISBETH ROCIO CHACON LEMUS, intitulado: "LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iyf.





LICENCIADO EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA  
OFICINA JURÍDICA 3RA AVENIDA, 14 CALLE, ZONA 1, CIUDAD DE GUATEMALA.  
TELÉFONO: 22327936

Guatemala, 3 de septiembre de 2012

Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Ciudad Universitaria



Doctor Mejía:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que he revisado la Tesis de la bachiller LISBETH ROCÍO CHACÓN LEMUS, titulada LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO, trabajo que a mi criterio cumple con los requisitos y formalidades que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público para optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, y los títulos profesionales de Abogada y Notaria.

El contenido del trabajo de investigación se enfoca en un análisis sobre la ausencia de regulación sobre el ejercicio de la violencia psicológica contra menores de edad, que deviene de uno de los progenitores la cual busca el rompimiento del vínculo filial.

La metodología empleada fue la deductiva por cuanto señaló la existencia de derechos humanos y de instrumentos internos y externos que los tutelan, para luego establecer que la ausencia de protección de la salud y la vida, constituye una violación a dichos derechos; así también, se aplicó el método analítico, el cual contribuyó a especificar las formas en que el Estado puede contribuir a la protección, sanción y erradicación de la violencia psicológica contra menores de edad en el contexto de la alienación parental.

La redacción utilizada denota apego a las reglas gramaticales y vocabulario técnico pertinente al tema y área de investigación. Las conclusiones y recomendaciones se circunscriben en el contexto de la violencia psicológica, logrando con ello la estudiante, establecer claramente el daño que los sujetos alienadores causan a los hijos menores de edad y en mayor extensión a los progenitores mismos, al promover el rompimiento del vínculo familiar; así como la imperiosa necesidad de proteger los derechos humanos de salud, familia y vida de las personas.

La bibliografía que se utilizó es extensa y con suficiente validez científica y técnica, permitiendo servir como precedente para futuras investigaciones relacionadas.



Por último, dejó asentada la propuesta de creación del tipo penal en cuestión, con un amplia explicación acerca de las implicaciones individuales y sociales en las que se incurriría de no frenar en el momento idóneo, dicha violencia.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,

Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala

Colegiado 6220.

**Edgar Armindo Castillo Ayala**  
Abogado y Notario



# USAC

## TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 20 de junio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LISBETH ROCÍO CHACÓN LEMUS, titulado LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA ALIENACIÓN PARENTAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh.

**Lic. Avilán Ortiz Orellana**  
**DECANO**



Rosario

## DEDICATORIA

**Al Sagrado Corazón  
de Jesús, a la  
Virgen María y al  
Espíritu Santo:**

Por iluminarme y guiarme en cada faceta de mi vida, por bendecir mis días y por no dejarme caer jamás.

**A mis padres:**

Miguel Ángel y Ruth, por apoyar todas mis decisiones y ser parte fundamental de mis metas, por su gran ejemplo de trabajo duro y esfuerzo, honestidad y amor, por su cuidado y dedicación a mi persona.

**A mi hermano:**

Rodrigo, por su compañía y amor, por hacerme reír, por enseñarme tanto, por su amistad.

**A Pablo:**

Por ser mi mejor amigo y mi compañero en esta travesía, por siempre alentarme, por su amor y su paciencia.

**A mi abuelo:**

Por todas sus enseñanzas, por su paciencia, su cariño, por las risas y por su gran ejemplo de trabajo, amor y entrega a los demás.

**A mis tíos, tías,  
primos y primas:**

Por todo su apoyo y cariño, por una infancia y tantos recuerdos bellos.

**A mis amigos y  
amigas:**

Por todas las experiencias de vida, por las confidencias, los cafés y las fiestas, por los abrazos y por la buena amistad.

**A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y la Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi Alma Mater, por el orgullo que ello implica, por el esfuerzo que representa y por el compromiso al que me lleva.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. De las relaciones de la persona .....	1
1.1 La persona .....	1
1.2 El matrimonio .....	7
1.3 La familia .....	8
1.4 Persona menor de edad .....	12
1.5 La patria potestad .....	16
1.6 Separación y divorcio .....	19
1.7 La custodia .....	27

### CAPÍTULO II

2. Derechos humanos .....	33
2.1 Derecho .....	33
2.2 Antecedentes de los derechos humanos .....	38
2.3 Definición de derechos humanos .....	47
2.4 Clases de derechos humanos .....	48
2.5 Derechos humanos en particular .....	51



	Pág.
2.5.1 Derecho a la vida .....	52
2.5.2 Derecho a la integridad.....	54
2.5.3 Derecho a la salud .....	55
2.5.4 Derecho a la familia .....	57

### CAPÍTULO III

3. Instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.....	63
3.1 Declaración universal de derechos humanos.....	63
3.2 Convención americana de derechos humanos.....	68
3.3 Convención internacional sobre derechos del niño.....	71
3.4 Pacto de derechos civiles y políticos y pacto de derechos sociales, económicos y culturales .....	76

### CAPÍTULO IV

4. La alienación parental como forma de violencia psicológica.....	81
4.1 Naturaleza de la violencia .....	81
4.2 Violencia como opuesto a la integridad personal.....	85
4.3 Tipos de violencia .....	86
4.4 Antecedentes de la alienación parental .....	89
4.5 Definición del síndrome de alienación parental .....	90
4.6 Implicaciones personales y sociales de la alienación parental .....	97



## CAPÍTULO V

	Pág.
5. Del delito y la sanción .....	101
5.1 Delito .....	101
5.2 El tipo penal .....	103
5.3 Clases de delito .....	106
5.4 Elementos del tipo .....	109
5.4.1 Acción .....	109
5.4.2 Bien jurídico tutelado .....	109
5.4.3 Sujetos .....	110
5.5 Delitos de violencia .....	113
5.6 Teoría de la sanción .....	117
5.7 Sistema sancionatorio en Guatemala .....	120

## CAPÍTULO VI

6. Propuesta .....	127
6.1 Procedimiento de creación o reforma de una ley .....	127
6.2 Viabilidad de tipificar la alienación parental .....	131
6.3 Tipificación .....	136
6.4 Objetivos de la condena de alienación parental: prisión .....	139
<b>CONCLUSIONES</b> .....	141
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	143
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	145

## INTRODUCCIÓN

La separación de los menores de alguno de los padres suele darse, cada vez con más frecuencia, originada del divorcio o separación de los padres. La legislación vigente que intenta proteger la familia mediante intervención minimizada en la vida privada de los ciudadanos lo cual puede llevar a la desprotección de derechos como la familia y la salud mental y emocional.

La hipótesis establecida consistía en conocer si en efecto es necesaria la creación de un tipo penal que sancione con tratamiento psicológico obligatorio, la influencia psicológica ejercida por uno de los dos padres, sobre los hijos menores de edad, en contra del otro progenitor, como una forma específica de violencia psicológica, pues atenta contra su derecho a la familia, así como contra su derecho a una salud mental y emocional, lo cual repercute en menor o mayor grado en toda la sociedad guatemalteca.

Entre los objetivos generales que se trazaron estuvo el demostrar la necesidad de regular la violencia psicológica ejercida por un progenitor, en contra del otro, sobre sus hijos menores de edad, llamada alienación parental y como objetivo específico el demostrar la necesidad de la creación de un tipo penal o bien la reforma del Artículo 1 de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala.

La metodología utilizada comprende el método deductivo y el analítico. Asimismo, se emplearon las técnicas de investigación de observación y empleo de fichas bibliográficas.

Se señala la necesidad y viabilidad para que en la redacción del Artículo mencionado, se contemple la alienación parental como manifestación de violencia intrafamiliar cuyo sujeto activo sea el progenitor que ejerce influencia negativa sobre sus menores hijos (as) en contra del otro progenitor, siendo estos últimos los sujetos pasivos, siendo el



objeto material del delito el ejercer violencia psicológica en contra de menores de edad causando el rompimiento del vínculo familiar violentando su derecho a la familia y a la salud mental y emocional, y cuya sanción consista en terapia psicológica obligatoria, individual y grupal.

Asimismo, se esboza que para lo anteriormente mencionado, se requiere de la reforma al Artículo 41 del Código Penal, en el que se incluya como otra pena principal, el tratamiento psicológico.

El presente trabajo consta de seis capítulos: el capítulo I trata sobre temas fundamentales como la persona, como individuo sujeto de derechos y obligaciones, con atribuciones como lo son el nombre, el domicilio, el estado civil y la capacidad; en el capítulo II se describe la historia de los derechos humanos y una breve explicación sobre los derechos a la vida, la integridad, la familia y la salud; el capítulo III versa sobre los instrumentos internacionales, a nivel regional inclusive, que protegen los derechos humanos mencionados en todo el trabajo de investigación, incluyendo la relación de los mismos con la alienación parental como latente consecuencia de la violación de los mismos; el capítulo IV profundiza sobre la alienación parental, sus antecedentes, los sujetos involucrados en el síndrome y las implicaciones personales y sociales del mismo; y finalmente, el capítulo VI presenta la propuesta de creación de un tipo penal que sancione la influencia negativa que ejerce un progenitor sobre sus menores hijos en contra del otro progenitor de los mismos, siempre que busque el rompimiento del vínculo entre estos últimos.



## CAPÍTULO I

### 1. De las relaciones de la persona

#### 1.1 La persona

Señala el afamado y prominente autor Federico Puig Peña<sup>1</sup>, que existía en el derecho romano, una diferencia marcada entre el término persona y el término hombre. Considerando que no siempre un hombre era persona y no siempre una persona era un hombre.

Era el caso de un esclavo, quien no era considerado como una persona; y del ente jurídico, que siendo persona, no era hombre.

Según la definición establecida por el diccionario de la real academia española de la lengua, el término persona, proviene del latín *persōna* y, dicho término, en general, hace alusión a aquel individuo de la especie humana. O bien al hombre o mujer de prendas, capacidad, disposición y prudencia.

Santiago López Aguilar dice de persona ser: "El reconocimiento que las normas jurídicas hacen del ser humano o de los entes resultantes de su asociación, otorgándoles capacidad para el goce y ejercicio de sus derechos y obligaciones"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 133.

<sup>2</sup> López Aguilar, Santiago, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 69.



De manera que los elementos esenciales de una definición completa del término persona, debe necesariamente incluir el reconocimiento otorgado por el derecho y la capacidad de dicha persona, para contraer derechos y obligaciones.

Respecto a esta línea de pensamiento, considero que la existencia de la persona en el plano fáctico, se extiende incluso a las situaciones en las que el derecho, es decir, las normas jurídicas, no envuelven al ser humano de existencia, es decir, de reconocimiento legal. Sin embargo, en un plano meramente legal, dicho reconocimiento determina la existencia misma.

La definición anterior incluye tanto a la persona individual como a la colectiva, ambas jurídicas. Más en particular, y en mi opinión, con un aire más positivista, tenemos que la persona individual consiste en el conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados como común término ideal de referencia o de imputación de todos los actos que forman los contenidos de esos deberes jurídicos y de esos derechos subjetivos.

De acuerdo al autor Federico Puig Peña, para ser en efecto concebida como tal, la persona individual debe contar con atributos como lo son la capacidad, el nombre, el estado civil, el patrimonio y domicilio. Dependiendo del autor, así es la clasificación que se hace de los tributos de la persona, sin embargo en el presente trabajo de investigación se presentan los ya mencionados únicamente por considerarse una clasificación completa.

## a. Capacidad

Consiste en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Existen dos clases de capacidad.

### 1. Capacidad de goce

Es la facultad de poder adquirir derechos y obligaciones, adquirida desde el momento de la concepción del ser y mantenida como única, hasta que dicho ser cumpla la mayoría de edad. Según el Artículo 8 del Código Civil pueden considerarse mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.

### 2. Capacidad de ejercicio

Es el ejercicio directo de los deberes y facultades, adquirida con la mayoría de edad.

## b. Nombre

Proviene del latín nomen, -inis. Es la palabra que designa o identifica seres animados o inanimados.

Según el Código Civil, refiriéndose a la persona física, la persona individual se puede identificar con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil.

El nombre se compone de nombre propio y del apellido de sus padres casados o del de sus padres no casados que lo hubieren reconocido.

c. Domicilio

Se trata de la circunscripción departamental en la cual radica la persona jurídica individual para determinar a qué autoridades judiciales y administrativas está sometida.

De acuerdo al Artículo 32 del Código Civil, el domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanencia en dicho lugar.

Esta es la definición que usualmente damos a domicilio, sin embargo considero que podríamos engrandecerla, agregando que el ánimo de permanencia se asume siempre que el sujeto en cuestión permanezca en dicho lugar por más de un año.

d. Estado civil

Es la relación que guarda la persona individual con su familia, el Estado y consigo. Esta expresión es utilizada de modo incorrecto muchas veces, al considerársele únicamente como la descripción del estatus de un sujeto, es decir, si es soltero, o casado. Y en efecto, al hablar de estado civil, vinculamos la soltería o la falta de esta a la relación del sujeto con otra persona, pero se debe recordar que el sujeto también mantiene una relación con el Estado, por ejemplo, de libertad.

#### e. Patrimonio

Es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones y cargas valorables en dinero que pertenecen a una persona individual. Aunque se considera que es valioso recordar que es mediante el patrimonio que el sujeto es capaz de cumplir con las obligaciones que contrae, por lo cual resultaría adecuado agregar a la definición anterior, que su finalidad es la de permitir a su dueño (de los bienes y derechos y titular de las obligaciones) el cabal cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, se encuentra la persona jurídica colectiva, llamada por diversos autores, solo jurídica, y por otros, como persona moral. Una persona colectiva es aquel conjunto de personas físicas que reúnen sus esfuerzos o sus capitales y en ocasiones, ambos, para la realización de una finalidad común.

El Artículo 16 del Código Civil, en su parte conducente, establece que la persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados, teniendo esto tiene implicaciones tanto en cuanto a los derechos y obligaciones.

La denominación correcta que se debe otorgar a esta figura, es la de persona jurídica colectiva. Pues a pesar de ser una ficción legal, surgida de la voluntad de diversas personas individuales, al ser reconocida constituye una persona. Y esta persona es igualmente jurídica, pues desde un punto de vista legal, ha sido reconocida por la ley como tal (esto le da el carácter jurídico).



Según Santiago López Aguilar, posición que se comparte, los atributos de toda persona jurídica colectiva son los siguientes:

a. Nombre

Es la designación o denominación verbal otorgada a una persona jurídica colectiva. En este sentido, se considera que funciona del mismo modo que el nombre opera para la persona individual.

b. Domicilio

El diccionario de la real academia española de la lengua, define el domicilio como la morada fija y permanente.

También establece que este término se refiere al lugar en que legalmente se cumplen obligaciones y ejercen derechos. En términos generales, es aplicable la misma definición señalada para la persona jurídica individual.

c. Capacidad

En este caso, tratándose de personas jurídicas colectivas, la aptitud para ejercer derechos y obligaciones, viene dada por la naturaleza de dicha persona jurídica.

Una vez cumplidos los pasos que las diversas leyes o reglamentos establecen para la creación de una persona jurídica colectiva, entre éstos la inscripción de la misma, se tiene como existente a dicha persona jurídica.

Puede establecerse pues, que la diferencia esencial entre las personas individuales y las colectivas, consiste en que las personas individuales, en cuanto tienen madurez de juicio y discernimiento completo pueden ejercitar sus derechos, las personas jurídicas han de servirse de personas físicas para dicho ejercicio.

## 1.2 El matrimonio

La definición al concepto de matrimonio, sí se encuentra establecido expresamente en el Código Civil guatemalteco. Según el Artículo 78 de dicho cuerpo legal, el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente. Dicha unión se realiza con ánimo de permanencia y con el fin de convivir, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

Federico Puig Peña señala que el matrimonio civil es: “aquel contrato solemne, celebrado ante las autoridades del Estado, por virtud del cual el hombre y la mujer se unen para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos”<sup>3</sup>. Como se puede observar, legal y doctrinariamente hay gran coincidencia de características del matrimonio.

---

<sup>3</sup> López, **Ob. Cit**; pág. 324.

En la realidad, no siempre es el matrimonio civil el que se da como sustentación de la familia. Es muy frecuente dependiendo las culturas y las épocas, la unión de hecho.

La legislación guatemalteca contempla esta institución en el Artículo 173 del Código Civil, y aunque sin definirla, establece que esta puede ser declarada por el hombre y la mujer con capacidad para contraer matrimonio (mayores de edad o bien menores de edad que cuenten con autorización de sus padres o de la autoridad judicial competente) siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los mismos fines del matrimonio, es decir, se habla de convivencia, procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.

Al analizar las características tanto del matrimonio como de la unión de hecho, se puede determinar la similitud de estas instituciones.

Sobre todo en lo que respecta al cumplimiento de fines como la procreación y el auxilio recíproco.

### **1.3 La familia**

En lo relativo a la institución de la familia, y aunque no está propiamente definida por el Código Civil guatemalteco, su noción se da en función de lo que se establece como matrimonio, unión de hecho, separación, divorcio, filiación, entre otros conceptos.

En este respecto, y aunque no constituye una definición en sí de familia sino solamente una enumeración de los miembros que la integran, el Artículo 1940 del cuerpo legal mencionado establece que en la familia se comprende su esposa o conviviente de hecho, hijos, padres, o personas que dependan de él económicamente, haciendo alusión al varón de dicho grupo.

Dicha descripción de familia, aunque no es exhaustiva, proporciona una concepción jurídica general del concepto.

En materia doctrinaria, se puede mencionar las diferentes acepciones de acuerdo a autores de renombre. Dentro de dichos autores se puede encontrar al jurista Federico Puig Peña, quien define familia como una convivencia localizada en un hogar.

Etimológicamente, el término deriva de Vha (sentar) y Vhaman (asiento, morada, casa). Otras etimologías encuentran su origen en famel (hambre), y se asume que esto se debe a que en la familia se satisfacen las primeras necesidades.

Es importante mencionar, que familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.

Encuentro esta concepción de familia bastante completa y acertada, sobre todo en lo que respecta a la protección del estado, misma que en nuestra legislación es incluso comprendida por la carta magna guatemalteca.



Asimismo, Puig Peña concluye en que cualquiera que la definición sea, debe incluir como mínimo, las siguientes características:

#### 1. Institución.

Entendiendo institución como la conceptualización generalizada en una comunidad o sociedad sobre una idea en particular, se considera que una familia es una entidad autónoma y cuyas directrices fundamentales no pueden ser modificadas por la voluntad privada, debiendo intervenir de algún modo el Estado para su finalización o modificación.

Esta intervención se da en virtud de la finalidad de conservación de la familia.

#### 2. Matrimonio.

Dicha entidad debe estar fundamentada en el matrimonio o en una unión de progenitores que aunque formalmente no sean un matrimonio, constituyen el lazo primitivo.

Sin embargo, indica Federico Puig Peña, que esto no excluye los lazos dados en las relaciones extra matrimoniales, lo cual es lógico tomando en cuenta que las relaciones extra matrimoniales no cumplen los requisitos de familia como núcleo de personas.

#### 3. Autoridad.

### 3. Autoridad.

Esos lazos de autoridad ejercidos por los cónyuges integran el componente personal.

### 4. Satisfacción a necesidades.

Esto se da en razón de la satisfacción a la conservación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

En relación a los últimos dos aspectos, agregaría un elemento implícito e importante como lo serían los lazos afectivos.

Estos son un elemento implícito pues la satisfacción de necesidades incluye necesidades de tipo material pero también de tipo espiritual.

La clasificación de familia más común y que se considera la más incluyente debido a la sociedad actual es la siguiente:

#### a. Familia nuclear.

El concepto nuclear implica la idea de concentración. Este tipo de familia está constituida única y exclusivamente por la madre, el padre de familia, así como por la descendencia. En este respecto encontramos a los hijos e hijas de dicho círculo familiar. Se excluye naturalmente, a familiares como los tíos, tías, abuelos, primos, sobrinos, nietos y lazos políticos.



b. Familia extensa.

Como su nombre lo indica, la familia extendida constituye un círculo aumentado en el cual se agrega a la definición anterior, los parientes como lo pueden ser tíos, tías, abuelos, bis abuelos, primos u otros.

c. Familia monoparental.

Se entiende por familia monoparental, aquel tipo de familia en la que solo existe uno de los progenitores y sus hijos o hijas.

d. Otros tipos de familia.

En esta categoría se agrupan las familias conformadas por hermanos o amigos, cuya base la constituyen los sentimientos de fraternidad.

Sea cual sea el tipo de familia del que se hable, se hablará de hijos e hijas y de progenitores, entendiendo en este concepto, tanto a padre como a madre de familia, en convivencia permanente. Es de esta idea, de la que surge el matrimonio.

#### **1.4 Persona menor de edad**

La minoría de edad consiste en una condición naturalmente dada al ser humano por la que el sujeto en cuestión, presenta determinadas características en virtud de su edad biológica careciendo de plena capacidad de obrar.

En esta línea, los menores de edad son aún incapaces de usar su entendimiento sin la dirección y la sapiencia o experiencia de otro, es decir, sus padres (en el caso de la patria potestad) o tutores (en el caso de la tutela).

La edad biológica se refiere al conjunto de años que configura cualquiera de los periodos en que generalmente se considera dividida la vida de una persona, o cualquiera de dichos periodos por sí solo.

Una división común de la vida de una persona por edades es la de niño (de cero a trece años), adolescente (de trece a dieciocho años) y adulto (de dieciocho años en adelante).

En términos generales, la edad se expresa como un número entero de años o como un número entero de años y meses.

Como ya fue indicado previamente, el Artículo 8 del Código Civil establece que la capacidad para el ejercicio de los derechos es adquirida cuando la persona individual cumple la mayoría de edad, es decir, 18 años.

Se considera que todos los individuos menores de edad, no han alcanzado la edad adulta y por lo tanto, se encuentran sujetos a la patria potestad ejercida por sus padres, de manera conjunta o separada o por solamente uno de ellos atendiendo a las circunstancias que caractericen la relación paterno filial en particular.

El autor Federico Lucero Lara describe los siguientes caracteres como principios de la minoría de edad:

1. El menor, por necesidad de su protección, queda sometido hasta su mayoría de edad a una potestad ajena: pudiendo consistir en la patria potestad o en la tutela.

Se trata de la patria potestad, en aquellos casos en que los progenitores de dicho menor, puedan hacerse cargo del sujeto menor de edad. Por otro lado, la tutela se da en aquellos casos en los que los progenitores no pueden, no desean o se les impide hacerse cargo, por lo que son personas ajenas las encargadas.

2. Dependencia del menor manifestada en un doble ámbito:

a. Personal: los padres o el tutor ostentan la representación legal.

b. Patrimonial: consistente en la titularidad de los bienes que corresponden al menor: Pertencen a él pero la administración corresponde a los titulares de la potestad (patria potestad o tutela) que son los que administran su patrimonio.

3. Los poderes públicos deben mantener como principios rectores de su actuación el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y su integración familiar y social.

De esto deviene que el sujeto menor de edad, puede no ser responsable por actuaciones de índole penal o por actos que den lugar a responsabilidad civil. Y por ende, implica que en dichos casos, los responsables sean los padres o tutores en su lugar.

En contraposición se encuentra la mayoría de edad. Siendo esta la condición de la que goza un sujeto, por la que se considera, mas no se asegura, que el mismo ostenta la plena capacidad de obrar por haber alcanzado la edad cronológica establecida por la legislación en particular. En nuestro caso, esta condición de mayor de edad se alcanza a partir del momento en que el sujeto en cuestión cumple dieciocho años de edad.

Esta figura está motivada en la determinación de que el sujeto en cuestión haya adquirido una madurez intelectual y física suficiente como para tener una voluntad válida para obrar algunos actos que con anterioridad, no podía realizar.

La edad adulta supone pues, la presunción legal de que existe capacidad plena en el individuo para tomar decisiones y actuar en consecuencia, de tal forma que se estaría ante un natural incremento de sus posibilidades de actuación sin ayuda de sus padres o tutores para la realización de actos que antes tenía prohibidos por razón de su minoría de edad, por ejemplo, conducir vehículos, beber e incluso, trabajar.

En gran parte del mundo la edad a partir de la cual un individuo se considera plenamente capaz está habitualmente comprendida entre los 16 y los 21 años.

En virtud de lo anteriormente expuesto, un menor de edad es tanto un niño, como un adolescente.

El Artículo dos de la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, establece que se considera niño o niña, a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente, a toda aquella desde los trece hasta que cumple los dieciocho años de edad.

A pesar de que la descripción antes expuesta es aplicable solamente para los efectos propios de la aplicación de dicha ley, es funcional en cuanto a la concepción que el estado tiene acerca de la minoría de edad y respectivamente, de la mayoría de edad.

### **1.5 La patria potestad**

El autor Puig Peña señala que en la actualidad, la patria potestad es concebida como la “función que el estado reconoce a los padres respecto de los hijos, en beneficio de estos, para proveer a su asistencia y protección en la medida reclamada por las necesidades de los mismos”<sup>4</sup>. La función que el autor señala, en Guatemala, y de acuerdo a la legislación actual, se puede entender como el ejercicio de los diferentes derechos y obligaciones que implica el cuidado de los hijos e hijas así como la guarda de los bienes de estos.

---

<sup>4</sup> Peña, Ob. Cit. Pág. 231.

Es decir, se trata de una institución jurídica que surge cuando los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores.

Indica Puig Peña, que de esta definición se infiere lo siguiente:

1. La patria potestad es una institución jurídica que surge de las relaciones paterno-filiales. Este aspecto de profunda importancia pues es necesario recordar que la patria potestad corresponde con exclusividad a los padres, aun cuando los legisladores han establecido figuras diferentes para la protección de los menores y sus bienes aun cuando estos carezcan de padres o cuando aún teniendo a sus padres un juez competente les haya suspendido el derecho de ejercicio.

2. Los padres asumen la asistencia y dirección de sus hijos menores, como facultad natural asentada en la propia naturaleza y en las costumbres.

3. La patria potestad es flexible y adaptable a diversas circunstancias personales y temporales. Esto se explica en la expresión: la asistencia a los hijos menores en la medida en que estos la reclamen.

Considero que este aspecto se ve reflejado en nuestra legislación, en cuanto se menciona el aprovechamiento de los servicios de los hijos e hijas menores o sujetos a la patria potestad, siempre dentro del marco de sus propias posibilidades y capacidades.



Asimismo, establece Puig Peña, los caracteres esenciales del concepto:

1. Deber.

La patria potestad no puede excusarse, pues es asignada a los padres por la ley.

2. Intransferible.

No puede haber pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, atribuciones y efectos derivados de la patria potestad, manifestándose así la importancia social de esta institución.

3. Obligación de carácter personal.

La patria potestad no puede ser ejercida por ningún tercero, requiriéndose para su ejercicio, que se trate de los propios padres del menor en cuestión.

4. Obligación positiva de trato continuado.

Requiere la conducta de cumplimiento, por acción y omisión, constante y suficiente para constituir patria potestad. De este requisito, que también exista la separación, suspensión e incluso la pérdida de la patria potestad.

Según el Artículo 252 del Código Civil, en el matrimonio y fuera de él, la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, tanto por el padre como por la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o bien la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

El concepto tal cual, implica el cuidar, sustentar y alimentar, vestir, recrear, educar y corregir a los hijos, empleando medios prudentes y necesarios de disciplina, respeto y orden. Esto se encuentra estipulado en el Artículo 253 del Código Civil.

En la misma línea, el Artículo 255, también del Código Civil preceptúa que mientras subsista el vínculo matrimonial o bien la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad de los hijos e hijas.

## **1.6 Separación y divorcio**

En diversos ordenamientos jurídicos, debido a la influencia del derecho canónico y en apego a costumbres y dogmas de la religión cristiana en la mayoría de los casos, no se contempla el divorcio y es por ello que la separación constituye la situación intermedia entre el matrimonio y el divorcio como una solución inmediata.

En un plano jurídico-legal, el Código Civil establece en el Artículo 153, que el matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. Es decir, mediante el primero sufre un cambio y con el segundo termina.

Esto constituye una distinción radical entre uno y otro término, haciendo incisión en que la separación solamente está enfocada a la modificación de la situación jurídica de los cónyuges con relación al vínculo matrimonial aun existente, mientras que con el divorcio los cónyuges dan por terminado el matrimonio rompiendo el vínculo matrimonial que los unía.

La separación es entendida como el distanciamiento real de los cónyuges, sin que se tenga por finalizado el matrimonio. La separación es considerada como: "la suspensión del matrimonio"<sup>5</sup> En relación a esto, se han establecido en la doctrina diversos tipos de separación, de acuerdo a su naturaleza, autoridad que la determina y caracteres que la especializan.

a. De hecho.

Como su nombre lo indica, sucede sin intervención judicial y sin producir modificaciones formales al régimen jurídico del matrimonio.

b. Judicial.

Es la normalmente aludida cuando se habla de separación. Es establecida por una sentencia judicial y acarrea mayores consecuencias que la separación de hecho. Crea una nueva situación matrimonial para los cónyuges.

<sup>5</sup> Suárez, Mauricio. **El matrimonio del siglo XXI**, [http://www.separacion.es/separacion\\_proceso.htm](http://www.separacion.es/separacion_proceso.htm) Separación. (22 de junio de 2011).

Ambas clases de separación implican el distanciamiento físico de los cónyuges y la consecuente ruptura de la convivencia matrimonial. Como podemos observar, se asume que una vez dada la separación, reconocida legalmente, el paso siguiente es el del divorcio, sin embargo considero que debe tomarse en cuenta que esto es solamente una opción.

La separación per se, tal como lo indica el Artículo 160 del Código Civil, implica los siguientes efectos específicos:

1. Derecho del cónyuge inculpable (como causante de la separación) a la sucesión intestada del otro cónyuge en los casos en que se haya invocado una causa de culpabilidad.
2. Derecho de la mujer de continuar usando el apellido del (aún) marido.
3. Subsistencia del vínculo conyugal.

El divorcio, por otro lado, es la finalización concreta del matrimonio entre los cónyuges. El Artículo 161 del Código Civil establece que el efecto propio del divorcio es la disolución del vínculo conyugal el cual deja a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio. Independientemente de si hay separación o divorcio, los cónyuges deben tomar en consideración que los hijos en común continuarán necesitando de cariño, cuidados, atención, apoyo y comprensión.

Se debe tomar en cuenta que todo lo anterior está vinculado a la obligación de suplir las necesidades materiales básicas, como la educación, la salud y los alimentos en general.

El Código Civil, en el Artículo 159, hace referencia a los efectos que tanto la separación como el divorcio, conllevan:

1. Liquidación del patrimonio conyugal
2. Derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable en los casos en que se haya invocado una causa
3. Suspensión o pérdida de la patria potestad en los casos aplicables específicos.

Normalmente el factor que determina de qué tipo de separación o divorcio se trata, es la existencia o no de una causal. Si uno de los cónyuges cree tener una causal típica para solicitar la separación o el divorcio, la pugna y el desacuerdo es un elemento inminente entre ambos cónyuges. Según el Artículo 155 del Código Civil guatemalteco, las causas comunes para obtener la separación o el divorcio son:

1. Malos tratos, riñas y disputas continuas.
2. Atentado contra la vida del otro cónyuge o de los hijos.

3. Separación previa o abandono voluntario de la casa por más de un año.
4. La mujer da a luz un hijo concebido antes del matrimonio sin que lo supiera previamente el cónyuge varón.
5. Incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos.
6. La negativa sin fundamento de uno de los cónyuges, de cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación.
7. Condena de uno de los cónyuges en sentencia firme por delito contra la propiedad o por otros delitos comunes cuya pena de prisión sea mayor a cinco años.
8. Hábitos de juego o embriaguez, uso indebido de estupefacientes cuando por ello se amenace.
9. La disipación de la hacienda doméstica.
10. La denuncia de delito o acusación calumniosa de un cónyuge al otro.
11. Enfermedad grave, incurable y contagiosa y perjudicial para la familia.
12. Enfermedad mental incurable suficiente para declarar interdicción.

13. Impotencia absoluta o relativa para la procreación si esta es incurable y posterior al matrimonio.

14. Separación de personas declarada en sentencia firme e

15. Infidelidad.

Es esta última, la más común en el mundo actual. La infidelidad, cualquiera que sean sus causas, genera siempre un estado de desequilibrio en la convivencia familiar. Siendo su consecuencia más palpable la separación o el divorcio de los cónyuges, no siempre en buenos o amigables términos o condiciones que favorezcan la posterior convivencia del hombre y la mujer, aún como sujetos ya completamente independientes el uno del otro.

Con la infidelidad, uno de los cónyuges resulta perjudicado en su persona, generando malestar en contra del otro. Este malestar puede extenderse hasta puntos en los que los menores hijos se vean afectados. Considero que este es un efecto inminente, pues cualquiera que sean las circunstancias de la separación o del divorcio, las consecuencias siempre son experimentadas por los menores.

Es tarea de ambos cónyuges en seguimiento de sus obligaciones, contribuir para que las relaciones paterno filiales, así como las obligaciones meramente materiales, no sufran estragos lamentables.

Como toda modificación al estatus jurídico de un individuo, la separación y el divorcio producen diversos efectos, en su mayoría negativos. Expertos psicólogos y juristas, han establecido que: “en ocasiones, es mejor que la pareja se separe, a que continúe viviendo situaciones conflictivas de convivencia, que afecten negativamente a sus hijos”<sup>6</sup>, esto como consecuencia de situaciones como constantes peleas, discusiones que terminan en maltrato o problemas de alcoholismo o drogas.

Según psicólogos dedicados al tema en cuestión, está comprobado que el niño sufre mucho más en situaciones en que los padres son infelices juntos.

Por el contrario, está comprobado que cuando deciden vivir separados los niños tienden a sentir que sus padres son felices.

Cuando se tratan temas relacionados con la separación y el divorcio, entran en juego los derechos de los hijos, sobre todo si son menores de edad, pues estos se encuentran aun bajo el cuidado y potestad de los padres, unidos, separados o divorciados.

Todo ello aunado a que dentro de una familia, los niños sólo se sentirán seguros si existe un clima de confianza, respeto y afecto entre sus padres. Estas características en la vida de los menores, debe ser concebidos derechos, convirtiéndose para los padres, una obligación su cumplimiento.

---

<sup>6</sup> Pérez, Laura. **Consideraciones legales sobre el divorcio.** <http://iabogado.com/guia-legal/separacion-y-divorcio/la-separacion/lang/es>. (22 de junio de 2011).



De acuerdo al Código Civil guatemalteco, la separación o el divorcio pueden originarse por mutuo acuerdo o por decisión de uno solo de los cónyuges. En caso de que ambos cónyuges lo decidan, el Artículo 163, también del Código Civil, establece que deberán éstos , presentar un proyecto en el que se establezca:

1. Quién ejercerá la custodia de los hijos del matrimonio
2. Quién de los cónyuges proporcionará alimentos y educación de los hijos y en caso de pesar dicha obligación sobre ambos cónyuges, deberá establecerse en qué proporción para cada uno.
3. La pensión que el marido deberá pagar a la cónyuge mujer en caso de que esta no tenga rentas propias que cubran sus necesidades.
4. La garantía que se presta para el cumplimiento de las obligaciones que los cónyuges contraigan por razón del convenio.

Ahora bien, si la separación o el divorcio se demando por uno de los cónyuges, el juez es el señalado por la ley para resolver las cuestiones antes indicadas.

En este respecto, el Artículo 166 del mismo cuerpo normativo, establece que el juez, en todo momento, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos, refiriéndose con esto a los menores hijos.

Asimismo, el Artículo 167, del código citado, establece que los padres conservan el derecho de relacionarse con sus hijos, así como la obligación de velar por su educación.

### **1.7. La custodia**

Al concretarse una separación e incluso el divorcio, ambos progenitores deben tomar en cuenta aspectos como la determinación sobre quién de ellos y en qué medida asumirá cada uno, cada una de las responsabilidades que como padres poseen en relación a los hijos menores de edad y que a pesar de modificar su matrimonio, deberán ser cubiertas de manera responsable y constante.

La custodia, aunque en el Código Civil guatemalteco no se menciona como tal, consiste en la relación de derechos y obligaciones entre uno o ambos padres y el hijo o hijos.

Surge con motivo del divorcio, separación o anulación del matrimonio, situaciones que en términos generales, se caracterizan porque los padres no desean más, compartir la relación entre sí. La doctrina actual reconoce diversos tipos de custodia:

#### **a. Custodia física.**

Es la clase de custodia en la que solamente uno de los padres tiene derecho a que los menores hijos vivan con él o ella.

Se caracteriza porque en este caso, los hijos viven la mayor parte del tiempo con uno solo de los padres, teniendo el otro, derechos de régimen de visitas con el otro.

Puede darse que la custodia física sea ejercida de forma conjunta, de manera que el menor vive alternativamente con ambos padres.

b. Custodia legal.

Esta se refiere a que uno de los padres tiene derecho y responsabilidad de tomar las decisiones sobre el cuidado y la crianza de los hijos menores de edad, incluyendo educación, atención médica e incluso la religión.

Estos caracteres se dan independientemente de quién goce o ejerza la custodia física y también puede ser conjunta.

c. Custodia conjunta.

Esta constituye una clase de custodia en la que los padres comparten la responsabilidad de cuidar al hijo menor de edad y tomar las decisiones concernientes a la vida del mismo.

A juicio de la autora, constituye no una clase de custodia, sino una variación en la que pueden darse tanto la legal como la física.

d. Custodia única.

Custodia referida a la decisión del juez acerca de quién de los dos progenitores ejercerá la custodia legal y la física, que aunque legalmente no se haga distinción entre estas, a nivel teórico sí existe.

De hecho, la legislación civil sustantiva en el Artículo 252 en el párrafo segundo, establece que los hijos mayores de edad deben permanecer bajo la patria potestad de sus padres solamente si han sido declarados en estado de interdicción.

Por exclusión, los menores de edad, sí deben permanecer bajo la protección y cuidado de sus padres, es decir, bajo su patria potestad.

Tal como fue expuesto en el apartado anterior, la custodia de los hijos después de la separación o del divorcio, es ejercida por uno de los cónyuges, a decisión de éstos si hay acuerdo o a decisión del juez en caso de no haberlo.

A este punto, es importante establecer la diferencia entre el ejercicio de la patria potestad y el ejercicio de la custodia sobre los menores hijos. El ejercicio de la patria potestad, según la legislación guatemalteca, la ejercen ambos padres. Incluso cuando se han separado o divorciado. Mientras que la custodia, la ejerce solo uno de los cónyuges, ya sea el padre o la madre, con quien los menores vivan, después de la separación o el divorcio.

En Guatemala por disposición legal, la custodia es mono parental, es decir, es ejercida por uno sólo de los cónyuges, sin embargo en sociedades como las europeas, una nueva figura jurídica ha ganado campo: “La custodia compartida o co parental”<sup>7</sup>. En esta, la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges tienen implicaciones económicas, psicológicas y sociales.

Según los expertos en este tema, la custodia compartida brinda muchas ventajas desde el punto de vista de la igualdad de condiciones en la crianza, aspecto esencial en el desarrollo físico, mental y emocional del menor.

Además de equiparar las condiciones económicas para ambos progenitores, en algunos casos la custodia co parental o compartida reduce el excesivo peso económico que carga casi siempre a una de las partes.

Si a este aspecto, adherimos el aspecto emocional, de acuerdo al cual, los menores compartirán en igualdad de oportunidades, con ambos padres, considero que esta figura novedosa para algunas legislaciones, presenta diversas ventajas, sobre todo para los menores hijos.

Lamentablemente en Guatemala, aún se observa mayormente la custodia mono parental.

---

<sup>7</sup> Cárcamo, Julia. **Padres divorciados.** [http://www.consumer.es/web/es/economia\\_domestica/familia/2011/05/19/200662.php](http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/familia/2011/05/19/200662.php) (22 de mayo de 2011).



Es así, que los hijos menores viven con uno solo de los padres, aunque a nivel teórico deban compartir y desarrollarse con ambos. Y este hecho, es el que en la mayoría de casos, origina los conflictos entre cónyuges cuyas consecuencias negativas, afectan de formas inimaginables a los menores. Sobre todo en las cuestiones relativas al tiempo de visitas de los menores con su padre o madre, su frecuencia y duración.



## CAPÍTULO II

### 2. Derechos humanos

#### 2.1 Derecho

Es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad. Está inspirado en postulados de justicia y su base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. Las normas que integran el derecho, regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos que surgen entre los diferentes sujetos dentro de una comunidad para lograr la finalidad que dicha sociedad posea, el cual en nuestro caso particular, se trata del bien común.

Etimológicamente, el término derecho, proviene del latín *directus*, que significa directo. Sin embargo, según ciertos autores, el término se relaciona con lo rígido, lo no débil<sup>8</sup>.

El autor Manuel Ossorio<sup>9</sup>, establece en su diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales, que el concepto derecho proviene de las voces latinas *directum* y *dirigere*, las cuales hacen alusión a las ideas de conducir, enderezar, gobernar, regir, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar señalado, guiar, encaminar. A pesar de esto, la mayoría de autores convergen en opinar, que no se trata de un concepto uniformemente definido.

---

<sup>8</sup> Illescas, Emilio. **Teoría del Derecho**. <http://etimologias.dechile.net/?derecho> (27 de junio de 2011).

<sup>9</sup> Ossorio, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Pág. 16.



Como ejemplo de ello, en el diccionario de la real academia española de la lengua, en su vigésima edición, se presentan diversas acepciones del término derecho. Cada una obedece a distintas líneas de pensamiento. Algunas de ellas son:

1. Recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro.
  
2. Justo, legítimo.
  
3. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.
  
4. Consecuencia natural del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. Justicia, razón.
  
5. Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.

Puede observarse como denominador común de algunas, la identidad entre conceptos de justicia y derecho.

Esto es atribuible según ciertos autores, a que en Roma, nunca existió una distinción concreta entre justicia y derecho.

Emmanuel Kant, por su lado, definió derecho como: "complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de todos los demás, según una ley universal de libertad"<sup>10</sup>.

El elemento de esta definición que a criterio de la autora resulta particularmente útil, es la coexistencia, pues en última instancia, el derecho busca la coexistencia entre hombres, que según mi opinión, es por naturaleza, pacífica.

El autor Manuel Ossorio<sup>11</sup>, establece que en sentido estricto, derecho equivale a jus. Y es por ello que de dicha expresión latina, se han derivado diversos vocablos para el idioma español, como lo son jurídico, jurisconsulto, jurisprudencia, entre otros muy utilizados.

Existen tres tendencias definidas acerca de la concepción del término derecho, las cuales no son calificadas como correctas o equivocadas, pues ello depende de la "apreciación subjetiva que cada uno haga, posiblemente basada en criterios, no ya filosóficos, sino también políticos y sociales"<sup>12</sup>. Estas son:

a. Tendencia individualista.

Dentro de esta línea, se encuentran autores como Christian Freiherr von Wolff.

---

<sup>10</sup> Ossorio, Manuel. **Ob. Cit**; pág. 31.

<sup>11</sup> **Ibid.** pág.28.

<sup>12</sup> **Ibid.** Pág. 45.

Este filósofo alemán, calificado como uno de los racionalistas más agudos de aquella época (siglo XVIII), creó un método filosófico basado en las matemáticas, estableciendo una correlación entre derecho y deber. Afirmó que el derecho “como deber perfecto que es, tiene por objeto eliminar cuanto impida al recto uso de la libertad humana”<sup>13</sup>

Esta línea entiende el derecho como el conjunto de reglas de conducta cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por la autoridad legítima.

En algunos aspectos, las líneas que definen el derecho de acuerdo a dicho concepto, conceptualizan dicho término, en similar manera al del término derecho positivo.

b. Tendencia sociológica.

Este enfoque es en gran manera, opuesto al individualista. Uno de sus promotores fue el jurista francés León Duguit. Fue Duguit un especialista en derecho público, quien trató de elaborar una doctrina del derecho y del Estado a partir de la naturaleza social del fenómeno jurídico.

La piedra angular de su teoría es la afirmación de que tanto el derecho como el Estado deben estar sujetos a la realidad objetiva.

---

<sup>13</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 220.

Para Duguit, derecho era la regla de conducta impuesta a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respecto se considera por una sociedad y en un momento dado, como la garantía del interés común, cuya violación produce contra el autor de dicha violación, una reacción colectiva.

Tal como lo afirmaba Duguit, es mi opinión que el derecho asegura la permanencia dentro de las relaciones humanas, del interés colectivo, lo cual explica la reacción igualmente colectiva que se da, cuando dicho interés es violentado, y el cual nos direcciona directa o indirectamente a la protección y resguardo del interés individual.

c. Tendencia ecléctica.

Esta surge, como es natural en lo ecléctico, como un término medio entre el enfoque individualista y el sociológico.

El jurista español José Castán Tobeñas, nacido en Zaragoza y creador de diversas obras acerca del derecho civil y del derecho de la personalidad, al contrastar las definiciones dadas por cada enfoque, concilia las mismas al establecer que derecho es un sistema de normas fundadas en principios éticos susceptibles de sanción coercitiva que regulan la organización de la sociedad y las reacciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar en la misma la consecución armónica de los fines individuales y colectivos.

Tal como se mencionaba en cuanto a la tendencia sociológica, el derecho persigue la armonía humana. Esta es imposible si hay ausencia de respeto, muchas veces mediante la coerción, a los intereses personales de los miembros de la sociedad.

Cualquiera que sea la inclinación que se elija, es determinante comprender, que derecho tiene por objeto posibilitar el cumplimiento de los fines humanos, tanto si se considera que los individuales deben prevalecer sobre los colectivos, como si al contrario, se entiende que los colectivos tienen primacía sobre los otros.

Todo lo anterior, es referente al derecho en general. Sin hacer hincapié en particularidad alguna. No obstante, cuando se habla de derechos humanos se hace alusión al derecho que tiene como destinatario al ser humano. La conjugación anterior: derecho humano, es relativamente moderna. Y no es hasta finales del siglo XVIII y con la Revolución francesa, que se acuña el término como tal.

## **2.2 Antecedentes de los derechos humanos en la historia**

### **a. Código de Hammurabi**

Es el documento señalado como el primer rastro de intento legislativo cuya finalidad fue establecer un conjunto de lineamientos para el hombre en sociedad. Su alto valor como símbolo de pilar jurídico, se basa en que el contenido de este documento se encuentra escrito en piedra, a lo cual se le atribuye el significado de inmutable.

El autor Manuel Ossorio establece que: "Aunque no se ha podido determinar con certeza su fecha de origen, se supone que sus textos fueron grabados por primera vez en piedra hace unos 4,000 años"<sup>14</sup> en la antigua Mesopotamia.

Se dice, según la tradición del oriente antiguo, que las leyes eran dictadas al hombre, por los dioses. En el caso del código de Hammurabi, fue dictado por el dios Samash, dios de la justicia, precisamente al rey Hammurabi, regente de Babilonia.

El objeto de este monumento, era el de homogenizar el reino del rey Hammurabi. Su contenido, inspirado por un alto sentimiento de orden y aunque no distingue entre derecho penal y derecho civil, abarca temas como la jerarquización de la sociedad, la justicia en los salarios y precios, la administración judicial, incluyendo las penas en proporción al delito cometido.

Dentro de su texto traducido al castellano se lee para evitar que el fuerte oprima al débil. Esta es una muestra de la inclinación universal de protección a los derechos del ser humano, como individuo de la creación, que desde ya se concebía.

#### b. Cilindro de Ciro

El cilindro de Ciro es un cilindro de arcilla que mide 23 centímetros de largo y 11 de diámetro.

---

<sup>14</sup> Ossorio. **Ob. Cit;** pág. 187.

Fue escrito en caracteres cuneiformes acadios en 40 líneas, no todas ellas perfectamente conservadas.

Se cree que fue escrito después del año 538 a.C. En su contenido se establece una comparación entre “los malos, los derrotados y el victorioso Ciro”<sup>15</sup>. Se cuenta en su contenido, cómo Ciro restituyó varias naciones a sus tierras nativas, rasgo normal para aquella época.

Es tal su sobresaliente significado, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos, que personalidades como Mohammad Reza Pahlevi, el último Sah de Irán, o la premio nobel de la paz iraní Shirin Ebadi han destacado el valor humanístico del cilindro de Ciro; considerado la primera declaración de los derechos humanos, que aunque en dicha época no recibían esa denominación, hoy pueden ser considerados como tal.

Otra muestra que se puede mencionar acerca de la fuerza e importancia que tiene este instrumento en la línea de la historia de los derechos humanos, son las traducciones realizadas por la organización de naciones unidas a sus idiomas oficiales.

### c. Época greco-romana

En la Grecia antigua nunca se concretó concepción alguna de respeto a la dignidad humana individual.

---

<sup>15</sup> Cosenza, Alfredo, **Historia de los derechos humanos**, <http://sigloscuriosos.blogspot.com/2009/06/el-cilindro-de-ciro.html>. (27 de junio de 2011).

Esto debido a que se entendía que el individuo pertenecía a la sociedad y como miembro de esta, satisfacer los fines de dicha sociedad era el tema principal. Para la cultura griega, la organización de los hombres en sociedad era una consecuencia necesaria de la naturaleza misma de los hombres y la esclavitud de algunos de estos era normal.

Tal era el pensamiento de filósofos como Platón y Aristóteles, pensando el primero, que el bien común prevalecía sobre el particular. La justicia, es el instrumento para salvaguardar ese bien común, expresado a través de leyes.

Aristóteles por su parte, concebía al hombre como un ser social e imposible de desarrollarse fuera de una sociedad, la familia y la sociedad a mayor escala. Redujo la idea de bien común al de bienestar del grupo social como conjunto, excluyendo a mujeres, obreros y esclavos.

Sobre esta línea, se fundamenta la famosa idea aristotélica siguiente: "es tan justa la igualdad entre iguales como la desigualdad entre desiguales"<sup>16</sup>

Una vez fue conquistada y dominada Grecia por la fuerza romana, filosofías como el epicureísmo y el estoicismo fueron ganando terreno. Tanto el epicureísmo como el estoicismo ubicados en la línea de la búsqueda del bien individual, consideraban a dicho individuo como parte de un conglomerado mayor a la familia y polis griega.

---

<sup>16</sup> Bodenheimer, Edgar, **Teoría del Derecho**. Fondo de Cultura Económica, Pág. 122.

d. Carta magna inglesa (carta magna)

La carta magna tiene su origen en Inglaterra, donde era conocida como magna carta libertatum. Fue un documento inglés aceptado por el rey Juan I de Inglaterra, también llamado, Juan sin tierra, como resultado de problemas sociales y de política exterior, como lo fueron el alza en los impuestos y las represalias crueles contra los que no pagaban; era en síntesis, una administración de justicia considerablemente arbitraria.

Compuesta por 63 Artículos, mediante este documento, los derechos feudales a la aristocracia frente al poder del rey fueron asegurados. Se incluyó la regulación de la jurisprudencia, por la que ninguna persona podría ser enjuiciada sólo por la voluntad del monarca, así como el respeto a las libertades religiosas y políticas.

En enero de 1215 tras una considerable discusión, un grupo de barones exigió una carta de libertades como un resguardo contra la conducta abusiva del rey, que imperaba dejando a un lado los intereses y derechos de sus súbditos y población en general. Los barones redactaron un documento, el cual fue enviado al monarca para que lo sancionara con el sello real.

Juan sin tierra se rehusó, así que los nobles se negaron a mantener su fidelidad, se levantaron en armas contra el rey y marcharon a Londres. Posteriormente, los nobles vista la determinación de Juan, decidieron tomar y asaltar la ciudad en mayo de ese mismo año.

Ante dichas reacciones, el rey comprendió que debía llegar a un acuerdo y luego de diversas vicisitudes, resolvió ceder. El 15 de junio de 1215, dio cita a los barones en una pradera cerca de Windsor y puso su sello en la carta presentada por los barones. La carta magna había sido finalmente aceptada.

Constituye uno de los antecedentes de los regímenes políticos modernos en los cuales el poder del monarca o presidente se limitado por un consejo o asamblea.

e. Bula de oro de 1222

La bula de oro, fue un documento sancionado en 1222 por el rey Andrés II de Hungría. Fue el resultado de la presión ejercida por los señores feudales húngaros.

Se compuso de 31 Artículos, y se realizaron siete copias de para su distribución y conocimiento a gran escala. Del mismo modo que los anteriores documentos, contenía preceptos que protegían los derechos, en este caso, de los nobles frente a los abusos del rey mismos que no tenían freno y por ello superaban libertades y derechos de los ciudadanos. Por ejemplo, el derecho de sucesión, de tributación, la prohibición al arresto injustificado como medio de seguridad personal.

Uno de los datos más característicos de lo establecido en el contenido de este documento, es que se señalaba que en caso de que el rey en funciones no fuese capaz de gobernar, el alzamiento se consideraría legal.

## f. Cristianismo y Edad Media

La edad media es una etapa de la vida de occidente, cuyo inicio convencionalmente se sitúa en el año 476 con la caída del imperio romano de occidente. Se estima finalizada en 1492 con el descubrimiento de América, o incluso en 1453 con la caída del imperio bizantino. Ya para el siglo IV, el cristianismo se había convertido en la religión oficial del imperio romano.

El cristianismo concebía la igualdad y dignidad entre los hombres en tanto que miembros del reino de Dios. Sin embargo, esa igualdad a nivel teológico no era aplicada al ámbito social.

La iglesia sostenía que las personas nacían con determinada posición socio-económica, por designio divino. Es decir, reconocía la desigualdad de clases atribuyéndole una razón celestial.

Debido a que el cristianismo surgió de la religión judía, existen rasgos del judaísmo muy marcados. Ejemplo de esto es el concepto de justicia. La justicia era enmarcada tanto en las decisiones judiciales como en cuanto a la defensa de los desposeídos. Es importante rescatar, que no es hasta la modernidad, que se diferencia el término justo del término derecho. Es así que durante la edad media, no se hizo reflexión alguna sobre derechos humanos, mas sí se dio un reconocimiento expreso a los ideales de justicia.

Dichas ideas de justicia fueron desarrolladas y enseñadas por los padres de la iglesia, enfocándolas con un sentido social y tal fue el trabajo de filósofos cristianos, tal como Tomás de Aquino, que se llegó a consolidar la premisa de que existe un derecho positivo predeterminado por la naturaleza, no establecido por la obra del hombre, sino un derecho natural, propio a cada ser humano que ningún gobierno puede desconocer.

El cristianismo sostenía que existían dos mundos, el mundo del interés social y el mundo del interés individual. Y señalaba que en caso de controversia, debía prevalecer el interés social siempre que la esfera íntima del ser humano no fuese trastornada en la búsqueda de su salvación, en cuyo caso debía prevalecer el bien individual frente al de la comunidad.

Este es un rasgo de la temprana contraposición entre el derecho natural y el derecho positivo, posteriormente analizado por Hans Kelsen.

#### g. Revolución de Estados Unidos y revolución francesa

La guerra de independencia de los Estados Unidos se inició entre 1775 y 1783. Consistió en el enfrentamiento de las trece colonias británicas asentadas en lo que hoy es Estados Unidos de América, en contra del reino de Gran Bretaña.

Vio su fin cuando la armada británica fue derrotada en la llamada batalla de Yorktown y la consecuente firma del tratado de París.

Las colonias británicas, ya independientes de Gran Bretaña, trabajaron arduamente hasta construir el primer sistema político liberal y democrático del área, implantando ideas revolucionarias que propugnaban la igualdad y la libertad entre los hombres, sin importar el estamento socio económico al que pertencieran; todas ellas originadas en la ideología del movimiento de la ilustración. El rígido sistema estamental europeo había finalmente colapsado en tierras norteamericanas.

Por otro lado, más o menos de manera simultánea, la revolución en Europa marcaba sus inicios. La revolución francesa fue un conflicto social y político, violento en la mayoría de sus fases, el cual buscaba tuvo como objetivos, el de refrenar y erradicar el llamado antiguo régimen, comandado por Napoleón Bonaparte. Dio inicio en 1789 y finalizó cuando se logró derrotar a Napoleón Bonaparte diez años después, en 1799.

Una vez estallada la revolución, se fue extendiendo en toda Francia, la destrucción de servidumbres reales, y la institución de la igualdad ante los impuestos, las penas y el acceso a cargos públicos.

La corriente de pensamiento vigente en Francia en aquella época era la ilustración. Esta ideología proponía ideas basadas en principios como la razón, la igualdad y la libertad entre los seres humanos del conglomerado social como forma para lograr la paz y la justicia general. Tanto la influencia de la Ilustración como el ejemplo de las colonias británicas independizadas, constituyeron el basamento ideológico que catapultaría la revolución en Francia.

## 2.3 Definición de derechos humanos

Los derechos humanos son entendidos como ese conjunto de libertades, facultades, e instituciones aplicables a todo ser humano, por su propia condición humana, sin tomar en consideración las características propias de su cultura, religión, edad, género o inclinación política y cuya finalidad es garantizarle a dicho individuo una vida digna.

En un sentido sociológico, los derechos humanos constituyen las condiciones que fundamentan la creación de una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros.

En un sentido objetivo, un estado de derecho, no puede existir sin el reconocimiento formal y ejercicio de los derechos humanos.

Los derechos humanos se ven limitados interna y externamente. De forma interna, su límite se ve relacionado con la protección de estos, de posibles trasgresores ya sean personas o poderes, pues de esta manera se estaría atentando contra la dignidad del individuo en cuestión.

De forma externa, el límite es impuesto jurídicamente, cercando así las manifestaciones ideológicas de otros para así salvaguardar los derechos del conglomerado de individuos de una comunidad.

Las características atribuibles a los derechos humanos en general, difieren de un autor a otro, sin embargo, pueden señalarse las siguientes:

1. Independientes de factores particulares como el estatus económico-social, el género, la orientación sexual, etnia, cultura, nacionalidad, edad, entre otros
2. No dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente del estado en que se encuentre el individuo.
3. Imprescindible para el desarrollo de las personas, es núcleo básico e irrenunciable del estatuto jurídico del individuo
4. Inherentes a la personalidad del ser humano.

## **2.4 Clases de derechos humanos**

Conforme el estudio de los derechos humanos como tales ha evolucionado, se han dado además de diversas visiones de los mismos, diversas clasificaciones. Una de las clasificaciones más importantes es la de las tres generaciones.

Esta división de los derechos humanos en tres grandes etapas fue inicialmente propuesta por Karel Vasak, un jurista checo en el año de 1979. Vasak se basó para sostener esta división, en la legislación europea.

Según Vasak, los instrumentos como la declaración universal de derechos humanos incluye los derechos de primera y segunda generación, interrelacionados, de manera que no hay distinción clara entre unos y otros.

a. Derechos humanos de primera generación.

Dentro de esta gran categoría están ubicados los derechos civiles y políticos. Su función primordial es proteger al individuo de los excesos del estado.

Estos derechos giran esencialmente alrededor de la libertad. De hecho, se incluye una variedad relativamente vasta de libertades del hombre como individuo, como lo son: la libertad de expresión, la libertad de religión, la libertad para emitir el sufragio, y una de las más importantes, la libertad política o derecho de participación en esta, entre otras.

Su primer reconocimiento formal se hizo en la carta de derechos de los Estados Unidos, a nivel del continente americano. En Europa, el reconocimiento primario lo realizó Francia, mediante la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en el siglo XIX. Todo ello, en estados específicos de la esfera terrestre.

Sin embargo, a nivel global o universal fueron consagrados por primera vez por medio de la ya mencionada declaración universal de los derechos humanos, en 1948 y por supuesto, en el pacto internacional de derechos civiles y políticos.

#### b. Derechos humanos de segunda generación

Del mismo modo que los derechos humanos catalogados de primera generación tienen como piedra angular la libertad, es la igualdad el centro de los derechos humanos de segunda generación. Son fundamentalmente sociales, económicos y culturales en su naturaleza.

Su función es asegurar a los individuos miembros de las diferentes comunidades, igualdad de condiciones y de trato, sin tomar en cuenta ninguna otra característica, fuera de la de ser humano. Se incluyen dentro de esta categoría, los derechos: al trabajo, a la educación, a la vivienda, a la salud, y a la seguridad social entre otras.

Su reconocimiento dio inicio al finalizar la primera guerra mundial. Por su contexto histórico es comprensible que hayan sido incluidos en la declaración universal de los derechos humanos. Asimismo, se les puede estudiar en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

#### c. Derechos humanos de tercera generación

Estos derechos son también llamados, derechos de solidaridad. Su objetivo es promover un medio ambiente sano y seguro para la humanidad en general, libre de agentes contaminantes y perjudiciales. Surge su reconocimiento formal como integrantes de esta categoría en los años ochentas.

En términos generales, su incidencia alcanza la vida de todos, como conjunto, por lo que precisan para su realización esfuerzos y cooperaciones a nivel planetario, es decir, universal.

Su contenido es de naturaleza heterogénea. Por ejemplo, se encuentra el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética, los derechos del consumidor, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

En este respecto y debido a la naturaleza varia de los derechos humanos que conforman esta categoría, hay aun, mucha controversia al tratar de establecer a qué generación pertenecen algunos de ellos.

## **2.5 Derechos humanos en particular**

En este apartado, se realizará un estudio del alcance de cada uno de los derechos, recordando que no existe jerarquía alguna entre ellos y no puede hablarse de un orden de mayor a menor importancia pues todos los derechos deben ser protegidos, promovidos y respetados.

La elección de los derechos humanos incluidos en este apartado para su análisis, obedece a la relación que los mismos poseen con los derechos de los niños y niñas a la vida, salud, integridad y a la familia, los cuales son considerados interdependientes y ampliamente vinculados.

### 2.5.1 Derecho a la vida

De acuerdo al diccionario de la real academia española de la lengua, el término vida proviene etimológicamente del latín vita. Dicho diccionario, entre las múltiples definiciones que proporciona, incluye las siguientes:

1. Unión del alma y del cuerpo
2. Ser humano.

Si el término es analizado bajo la lupa biológica, puede establecerse que vida, se refiere a las capacidades de nacer, crecer, reproducirse y morir, a lo largo de sucesivas generaciones, evolucionar.

Desde un punto de vista filosófico, y dependiendo del autor al que se acuda, vida puede entenderse como la dualidad alma y cuerpo, según Platón, René Descartes y Max Sheller. O bien como mente y cerebro, de acuerdo a Bergson.

Y es que la vida, puede ser analizada bajo diferentes aspectos de la misma. La vida humana en su forma física y síquica, la vida desde una perspectiva social y la vida del ser humano vinculado con la naturaleza y otras especies vivientes. Al regular el derecho a la vida, es necesario tomar en cuenta estas tres facetas de la vida, aunque la distinción expresa no se haga.

La conjugación de estas tres fachas de la vida, como estandarte del derecho a la vida, representa el verdadero sentido de dicho derecho, el cual a su vez, sugiere el derecho a la integridad.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, y como tal, posee las mismas características de aquellos. Es decir, es inherente a cualquier ser humano, por el solo hecho de existir. Se caracteriza por su universalidad, la imposibilidad de ser alienado, entre otras.

El estudio del derecho a la vida es esencial si se trata de derechos humanos. Esto, debido a que el derecho a la vida en sí mismo, es la razón de ser de los demás. El fundamento de la premisa anterior es que carecería de sentido garantizar el derecho y respeto a la propiedad, a la elección y práctica de la religión o la cultura, si el sujeto al que se los concede está muerto, o sufre un tratamiento que eventualmente lo lleve al detrimento de su vida.

El derecho a la vida está catalogado como derecho de primera generación y está incluido expresamente en el apartado de derechos civiles y políticos en la convención americana sobre derechos humanos (instrumento regional) así como en la declaración universal de derechos humanos (instrumento de la organización de naciones unidas).

Su reconocimiento en instrumentos internacionales comprende el pacto internacional de los derechos civiles y políticos y la convención sobre los derechos del niño.

La protección a la vida no solo trata de impedir la muerte de una persona, sino toda forma de maltrato, que haga la vida del individuo en cuestión, indigna. En este sentido, atentan contra la vida, el genocidio, la desaparición forzada de personas, la esclavitud, las torturas, e incluso los malos tratos.

### **2.5.2 Derecho a la integridad**

El término íntegro, deviene del latín *intēger*, -gra. Este concepto hace alusión a aquello que no carece de ninguna de sus partes.

El derecho a la integridad tiene su origen en el respeto a la vida y el sano desarrollo de ésta. Es el derecho que resguarda a la persona, en toda su extensión, en su aspecto físico pero también en el mental.

Cuando se habla de integridad del ser humano, debe analizarse a la misma en sus tres circunstancias. La física, la psíquica y la moral. El ser humano tiene derecho a mantener y conservar su integridad en cada una de estas facetas.

La integridad física implica la preservación de todas las partes del cuerpo. La integridad psíquica es la conservación de todas las aptitudes, emocionales e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus propias convicciones y deseos; todo lo cual conlleva al estado de salud del individuo de forma integral.

El trabajador social José Miguel Guzmán del Centro de Salud Mental y Derechos Humanos en la ciudad de Chile, sostiene que “el derecho a la integridad personal se entiende como un conjunto de condiciones, entre ellas, las físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia en plenitud y sanidad, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera y en ninguna de esas tres dimensiones”<sup>17</sup>.

Su reconocimiento no siempre se dio, pues fue hasta los años sesenta, cuando mediante tratados internacionales sobre derechos humanos se le dio inclusión a este derecho fundamental. Es el caso del pacto internacional de los derechos civiles y políticos, el cual data de 1966, así como la convención americana sobre derechos humanos, de fecha 1968.

Sobra decir que lamentablemente, antes de esta época, la legislación de los países del mundo no lo consideraban como parte integrante de sus obligaciones en materia de respeto y promoción de los derechos humanos.

### **2.5.3 Derecho a la salud**

Etimológicamente, salud proviene del latín *salus*, -ūtis. La organización mundial de la salud o bien OMS, por sus siglas en español, ha creado su propia definición de salud, señalando que esta consiste en el estado de completo bienestar físico y mental de una persona, y que no incluye con exclusividad la ausencia de infecciones o enfermedades.

---

<sup>17</sup> González Huerta, Juan. **Análisis de los derechos humanos en Chile**. Pág. 138.

Esta organización internacional es el organismo de la organización de las naciones unidas que tiene como función principal, el “gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial”<sup>18</sup>.

En cuanto al reconocimiento de enfermedades, ha de señalarse que solamente la organización mundial de la salud, tiene dicha potestad.

El análisis de la salud se remonta a tiempos platónicos. Platón señalaba que “la buena educación es la que tendía con fuerza a mejorar la mente juntamente con el cuerpo”<sup>19</sup>. Reconocía, de alguna manera, que la salud corporal conduce a la higiene mental. Surge en este punto, la discusión acerca de las diferentes clases de salud.

Comúnmente se han reconocido la salud física y la mental. Sin embargo algunos autores han agregado a esta clasificación, la salud ambiental. La salud física es entendida como el buen funcionamiento fisiológico del organismo. Esto implica que las funciones físicas se desarrollan de manera normal.

Los individuos que gozan de salud física poseen un desarrollo normal del peso y la talla de acuerdo a la edad refleja crecimiento progresivo y sistemático, tomando en cuenta las características especiales según la raza, alimentación y ubicación geográfica, entre otros aspectos, pero apegándose al estándar considerado como saludable.

---

<sup>18</sup> González. **Op. Cit**; pág. 77.

<sup>19</sup> **Ibid.** Pág. 80.

La salud mental se refiere al bienestar emocional y psicológico del individuo. En esta línea, la salud mental es el estado de bienestar emocional y psicológico, gracias al que la persona humana utiliza sus capacidades cognitivas y emocionales, para funcionar en sociedad.

En general, la mayor parte de expertos convienen en que la falta de diagnóstico acerca de un desorden mental, no implica que en efecto se goce de salud mental.

Esto se debe al desconocimiento de la gran variedad de estados mentales del ser humano y a la falta de reconocimiento de dichos estados mentales, como enfermedades.

De este hecho, deviene que aun cuando una persona no es declarada en estado de enfermedad mental, puede sufrir de algún trastorno o enfermedad en ese respecto.

Esta situación de indefinición empeora cuando el trastorno no es catalogado como enfermedad por el único organismo internacional apto para esa tarea, la ya mencionada, organización mundial de la salud.

#### **2.5.4 Derecho a la familia**

El término familia ya ha sido definido ampliamente, sin embargo, a modo de síntesis ha de decirse que la familia es la institución social fundada en relaciones de asistencia mutua, procreación de los hijos y responsabilidades varias recíprocas.

A través de la historia y la evolución del hombre diversas clases de familia se han originado. Sin importar cuál sea el tipo, siempre deben conservarse las características antes mencionadas.

La familia y los derechos humanos conservan desde siempre una relación estrecha. Siendo la familia la institución natural y social cuya instauración está enfocada en la formación y desarrollo integral de la vida de los individuos que a ella pertenecen. Las relaciones entre los miembros de una familia, para poder alcanzar los fines últimos de esta institución, deben basarse en el conocimiento, aceptación y vivencia de los derechos humanos. He ahí la relación entre ambos.

Y el derecho a la familia constituye ese reconocimiento de la necesidad de la creación, conservación y, en general, existencia del núcleo de personas con dichas finalidades.

Todo ello, para lograr el perfeccionamiento a todo nivel, de los individuos ahí involucrados, en especial, los niños y niñas para quienes el vínculo familiar constituye el estamento base para la vivencia propia y social de los derechos humanos en general.

Es necesario percatarse de la gran trascendencia que el respeto al derecho de una familia tiene. Es en la familia, por disposición natural y legal, que los padres proveen a los hijos de amor y respeto a su personalidad, salud, educación, seguridad, cultura, entre otros.

Cada uno de los anteriores son derechos humanos, y del niño en particular, reconocidos y cuyo cumplimiento es obligatorio para los Estados signatarios de instrumentos que los recogen.

Siendo estos derechos humanos y habiéndose establecido que es en la familia en que deben primariamente ser aprendidos y vividos, es sencillo establecer la correlación entre familia y demás derechos humanos.

Si el derecho a aquello que permite que se respeten otros derechos humanos no existe o es destruido, esos otros derechos humanos tienden a sufrir la misma suerte. En otras palabras, la violación al derecho de la familia, genera a mediano o largo plazo, la violación sistemática de otros muchos derechos humanos. Pues como ya se dijo, es en la familia como institución, que estos encuentran el centro de su efectivo cumplimiento.

Y a pesar que debido a los avances de la tecnología y el cambio estructural económico-social que han sufrido las sociedades actuales, las responsabilidades que originariamente eran atribuidas a la familia, han sido relativamente trasladadas a la escuela, sigue siendo la familia, la responsable legal y natural, de la enseñanza y fijación del respeto a los derechos humanos.

Esto se debe entre otras causas, a que “la escuela no es el único contexto de educación de los menores”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> González. **Op. Cit**; pág. 123.

La situación antes mencionada se encuentra en progreso. De acuerdo a diversos estudios y posteriores informes sociológicos, el último cuarto del siglo XX ha sido testigo de la "disminución de matrimonios, aumento de uniones libres, fragilidad de las uniones con aumento de divorcios, familias mono parentales y recompuestas"<sup>21</sup>, entre otras causas, incluida la incursión cada vez más frecuente de la mujer al trabajo fuera del hogar, lo cual catapultó su independencia y vinculación con otros ámbitos además del de su círculo familiar propiamente dicho.

Autores un tanto pesimistas anuncian el "progresivo ocaso de la familia nuclear, el emparejamiento estable ha dejado de ser el modelo básico"<sup>22</sup>.

Y es que en la actualidad, el paisaje de la vida familiar se ha abierto, el terreno se ha hecho inseguro, pues cada vez hay más gente que hace un bricolaje de sus propias formas de vida en común, a base de decorados móviles de éstas o aquellas expectativas y esperanzas, algunas veces con éxito y otras sin él. Este es el material del que surge la falta de carácter sinóptico de los nuevos fenómenos.

Esto nos deja ver la problemática en la que están inmersas las familias del mundo en la actualidad, constituyendo el peligro y en muchos casos la real, y cabe decir, lamentable, violación al derecho humano de familia, y con ello, la violación al derecho a la salud, a la integridad y en términos más amplios, a la vida de los sujetos que conforman ese círculo familiar.

---

<sup>21</sup> **Ibid.** Pág. 124.

<sup>22</sup> **Ibid.** Pág. 129.



Como se puede evidenciar, existe ya legislación vigente que regula diversos derechos humanos. Guatemala, como estado miembro de la organización de las naciones unidas, está obligada al cumplimiento de todos los instrumentos suscritos. Los derechos mencionados son solamente algunos de los que el estado ostenta la obligación de respetar a través de la creación de normativas internas e instituciones que beneficien su protección.



## CAPÍTULO III

### 3. Instrumentos Internacionales relativos a derechos humanos en general

En este apartado, serán mencionados instrumentos internacionales directamente relacionados con el síndrome de alienación parental y con los derechos humanos que se violentan al incurrir en este acto.

#### 3.1 Declaración universal de los derechos humanos

Como antecedentes de la declaración de derechos humanos, encontramos la firma de la carta de las naciones unidas y la sustitución de la sociedad de naciones, por una nueva organización internacional, conocida como la organización de las naciones unidas.

Y es que, bajo el contexto de detrimento al valor humano, devenido por las constantes violaciones a los derechos humanos, durante las guerras y levantamientos organizados como reclamo a las vejaciones sufridas, fueron necesarios algunos cambios a nivel global.

Es así como paulatinamente en el transcurrir de la historia, fueron surgiendo los eventos como la creación de la organización de las naciones unidas, la propia carta de las naciones unidas y la declaración universal de los derechos humanos.

a. Carta de las naciones unidas

Con la finalidad de preparar propuestas dirigidas a la redacción final de la carta de las naciones unidas, representantes de países como China, Unión Soviética, Reino Unido y Estados Unidos de América, se reunieron de agosto a octubre del año 1944, en Dumbarton Oaks, ciudad de Estados Unidos de América.

Finalmente, la carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de los 50 países.

b. Creación de la organización de naciones unidas

Una vez se reconoció el fallo de la sociedad de naciones, en la prevención de conflictos internacionales, dicha organización fue sustituida por la organización de naciones unidas. Este término (naciones unidas) fue utilizado por primera vez, durante la segunda guerra mundial por el presidente en funciones de los Estados Unidos de América, Franklin Roosevelt, el 1 de enero de 1942.

La organización de naciones unidas es la mayor organización internacional existente, definida como una "asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos".<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Sempé, Joseph. **Historia de la organización de naciones unidas**. Pág. 45.



Actualmente tiene su sede en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América. La segunda sede mundial está situada en Ginebra, Suiza.

Este organismo está formado por diversos órganos, de los cuales los principales que se pueden mencionar son: la asamblea general, el consejo de seguridad, el consejo económico y social, la secretaría general (figura principal de la organización), el consejo de administración fiduciaria y la corte internacional de justicia.

Los idiomas oficiales de las naciones unidas son seis. Entre estos encontramos el árabe, el chino mandarín, el español, el francés, el inglés y el ruso.

Son las contribuciones obligatorias de los estados miembros, las bases de financiamiento de la organización. También hay contribuciones voluntarias realizadas por los estados miembros, otras organizaciones o empresas, enfocadas a financiar agencias especializadas.

Las contribuciones obligatorias son diferentes para cada estado miembro, y están determinadas por la capacidad de pago de estos, de acuerdo al ingreso nacional por habitante.

Sin embargo, con el fin de conservar la independencia de las naciones unidas, se ha establecido que el nivel máximo de contribución por cada estado miembro es del 22%. Dicho pago de las contribuciones obligatorias constituye el factor determinante en cuanto al derecho a voto de los estados miembro.



c. Creación de la declaración universal de derechos humanos

El documento que más tarde pasaría a ser la declaración universal de derechos humanos , se examinó en el primer período de sesiones de la asamblea general, de naciones unidas en 1946. Después de diversas revisiones y de encargar la redacción a una comisión de ocho estados, la declaración universal de derechos humanos fue finalmente aprobada y proclamada por la asamblea general de las naciones unidas el 10 de diciembre de 1948.

El contenido de esta declaración, consta de 7 considerandos, en cuyo contenido se incluyen, entre otros, la libertad, justicia, igualdad y dignidad humana. Concibe al ser humano como miembro de una agrupación universal, una familia humana.

Asimismo, se indica que ha sido el desprecio a los derechos humanos, el hecho que ha llevado a actos ultrajantes en contraposición con la aspiración humana de libertad.

En el ámbito internacional, la amistad entre naciones es mencionada como esencial para el desarrollo humano y la elevación del de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Y finalmente, se establece que para el logro del cumplimiento del compromiso de respeto de los derechos humanos, es necesaria una concepción común de estos, por los pueblos de las naciones unidas.

La declaración universal de derechos humanos es reconocida mundialmente como la primera afirmación universal de que “los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas”<sup>24</sup>, así como de la libertad, igualdad, dignidad con que cada ser humano ha nacido.

Todo esto, en total independencia de nuestra nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición.

De la misma forma que a nivel internacional ha sido reconocida la igualdad de los seres humanos, sin importar su género, entre otras características, es valioso recordar que dicha igualdad es igualmente aplicable al varón en su rol de padre y a la mujer en su rol de madre dentro de un círculo familiar.

De manera que los derechos que atañe el ser padre y madre no solo son equivalentes para ambos, sino además deben ser igualmente respetados, sin importar la condición personal de cada uno en cuanto a soltería o matrimonio, incluso, dejando de lado peculiares circunstancias de cada individuo.

Es así tanto padre como madre conservan el derecho que les corresponde como padres, aun después del divorcio o la separación; entre estos derechos, el de visita y convivencia, involucramiento en la educación e instrucción, entre otros.

---

<sup>24</sup> Sempé. **Ob. Cit**; Pág. 51.

### 3.2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, es un instrumento internacional regional. Esto debido a que los estados signatarios son estados del continente americano.

Es también llamada pacto de San José de Costa Rica. Fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la Ciudad de San José de Costa Rica, de ahí su nombre. Entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Su preámbulo se integra de la siguiente forma:

a. Apartado de reconocimiento.

Se hace alusión al propósito de instaurar un régimen de libertad y justicia social en los estados americanos, así como que dichos derechos pertenecen al hombre sin importar el estado del que proviene y he ahí el fundamento de su naturaleza internacional.

b. Apartado de reiteración.

Se hace una conexión con la declaración universal de derechos humanos con la necesidad de que la persona goce de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Así también, se realiza una vinculación con los derechos civiles y políticos, como premisa para la realización del ideal del ser humano libre.

Esta convención está dividida en dos partes. La primera parte es referente a los deberes de los estados y derechos protegidos. Dicha parte de la convención consta de cinco capítulos. La segunda parte, medios de protección, está subdividida en capítulos que van del VI (siguiendo el orden de la primera parte), conteniendo el capítulo VII con cuatro secciones, pasando al capítulo número VIII con tres secciones. La segunda parte de la convención termina con el capítulo IX.

La tercera parte del instrumento en cuestión, está formado por el capítulo X y XI, incluyendo este último, dos secciones<sup>25</sup>.

En los diferentes capítulos de la convención, se evidencia la obligación, para los estados partes, "del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la carta de la organización de los estados americanos"<sup>26</sup>, de acuerdo a la capacidad económica de cada estado, ya sea utilizando la vía legislativa, que en nuestro caso sería un Decreto del Congreso de la República de Guatemala, o bien utilizando otros mecanismos. Asimismo, se contemplan como medios de protección de los derechos y libertades, establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la convención: la comisión interamericana de derechos humanos y la corte interamericana de derechos humanos.

---

<sup>25</sup> Sempé, **Ob. Cit**; pág. 57.

<sup>26</sup> **Ibid**, pág. 58.



Entre los derechos civiles y políticos se enumeran: derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la indemnización, a la protección de la honra y dignidad, a la libertad de conciencia y religión, de asociación, a la protección a la familia, derecho del niño, y a la propiedad privada, la protección judicial e igualdad ante la ley, entre otros.

En materia de derechos sociales, económicos y culturales, la convención establece que los estados deben promover el pleno cumplimiento de estos derechos, derivados de las normas económicas, sociales, sobre educación y ciencia y cultura contenidas en la carta de la organización de los estados americanos.

Esta carta contempla las soluciones pacíficas y diplomáticas entre estados, en casos de conflictos.

Así como las relaciones de solidaridad entre estados. También se incluyen temas como la educación y el trabajo, y el respeto a la soberanía de los estados. Se contempla la *promoción de la tecnología e investigación, mediante programas de difusión y divulgación* entre otros aspectos de la vida cultural y social del ser humano y de los estados.

Este constituye un fundamento regional de protección a los derechos que mediante la alienación parental, se violentan. Considero lamentable que la protección a los menores sea escueta y genérica, sobre todo porque siendo un instrumento regional, el

reconocimiento a derechos como el de un ambiente familiar sano deben ser una prioridad.

Particularmente en cuanto a los derechos civiles y políticos contenidos en esta convención, es importante mencionar que la familia juega un papel primordial, sobre todo a nivel de protección, de lo cual se origina el derecho de los seres humanos, más aun de las niñas y niños, a un ambiente familiar sano, con dignidad y respeto.

### **3.3 Convención Internacional sobre los Derechos del niño**

Los derechos del niño son aquellos derechos que poseen los niños y adolescentes. Por ser igualmente derechos humanos, poseen las mismas características que estos últimos, es decir, son inalienables e irrenunciables, lo cual significa que nadie puede vulnerarlos o desconocerlos, independientemente del color, la raza, la cultura, edad, religión o género del niño.

De tal manera que ya iniciado el siglo XX, fueron surgiendo diversos instrumentos que reconocían y comprometían a los estados signatarios, a respetar y promover el respeto a los derechos de los niños y niñas del mundo, como miembros importantes de la sociedad humana.

Con la aprobación en 1948, de la declaración universal de los derechos humanos por las naciones unidas, se daba una inclusión indirecta a los derechos de los niños.

Sin embargo, continuándose las violaciones a este sector de la humanidad, fue necesario especializar los derechos humanos reconocidos.

Ello se concretó mediante la creación de los siguientes instrumentos internacionales:

a. Declaración de los derechos del niño de 1924.

La primera declaración en orden cronológico, datada en 1924, y también conocida como declaración de Ginebra, señala que la humanidad debe dar lo mejor de sí a los niños.

Contiene solamente 5 preceptos, los cuales incluyen que el niño debe desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual; así como que el niño con alguna necesidad, ya sea hambre, atención, sin familia, abandonado, etc., debe ser atendido en ese sentido; brindándole dicha atención con preeminencia, en especial en casos de calamidad y explotación. Por último, el precepto número 5, hace referencia a la educación que debe dársele al menor, enseñándole que debe poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Un aspecto que me parece de gran relevancia, es que se toma en consideración al englobar el concepto de salud y bienestar, no solo los bienes materiales sino también el aspecto espiritual. El mismo, es usualmente menospreciado, quizá porque su carencia es menos evidente, irónicamente más perjudicial.

## b. Declaración de los Derechos del niño de 1959

En este instrumento, el segundo en esta materia y específicamente en su preámbulo, se hace referencia al valor de la persona humana y la determinación de las naciones a elevar el nivel de vida de las personas. Así también, hace alusión a la falta de madurez física y mental, y le atribuye a dicha circunstancia, la necesidad de proteger al niño. De acuerdo a lo que proclama la asamblea general mediante esta dclaración, se busca que el niño tenga una infancia feliz en su propio bien y en bien de la sociedad.

Es valioso hacer notar que el niño es concebido en su aspecto físico y mental, sobre todo porque el aspecto mental o sicológico es usualmente descuidado cuando se de cuidar la salud se trata. Asimismo, considero valioso que se trate el tema de la felicidad de los infantes, sobre todo al hablar de los efectos que dicha situación acarrea. Es el caso del bienestar, pero no solo el individual, sino el social. Este es un principio que de regir el tratamiento de la salud infantil, es decir, de ser tomado en cuenta en su formación no solo saciando sus necesidades materiales, puede traer a nuestra comunidad y sociedad en general, paz y armonía, en otras palabras, mejores ciudadanos.

El contenido de este instrumento, se reduce a 10 principios. Los mismos recogen derechos como: la no discriminación del niño, por motivos de raza, sexo, idioma, religión, entre otros aspectos; el derecho a protección especial para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social de una forma saludable y normal.

Asimismo este instrumento abarca el derecho a la seguridad social y al desarrollo con salud, educación gratuita y obligatoria como mínimo en etapas elementales, alimentación, vivienda y recreo; derecho al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, haciendo hincapié en que "siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material"<sup>27</sup>.

También se menciona que el principio rector de los responsables de la educación y orientación del menor debe ser el interés superior de los niños, y que esta responsabilidad está atribuida a los padres, en primera instancia.

En mi opinión, los gobiernos firmantes de este instrumento dejaron de lado aspectos pilares del contenido de esta declaración, pues al tratarse el tema del desarrollo de la personalidad del menor, debió haber sido obvia la necesidad de proteger al mismo no solo de las necesidades patrimoniales, hasta cierto punto fácilmente saciables, sino incluyendo también aquellas necesidades de tipo incorpóreo, como lo es la vida en familia o al amparo de sus padres.

### **3.3.3 Convención Internacional Sobre Derechos Del Niño**

La Convención Sobre los Derechos Del Niño es un tratado internacional de la organización de las naciones unidas.

---

<sup>27</sup> Sempé, **Ob. Cit**; pág. 101.



Es por este instrumento internacional que los estados firmantes reconocen y se comprometen a dar cumplimiento a los derechos del niño. Fue adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1989.

Está dividida en tres partes. La primera parte, la cual va del Artículo 1 hasta el 41, cuyo contenido es básicamente sustantivo, incluye el derecho a la vida, al desarrollo físico, mental, espiritual y moral; derecho a la identidad, nacionalidad, a una familia, a la seguridad y a la vida privada; derecho a la libertad vigilada de expresión (pues siempre debe guardarse el decoro y protegerse el orden público), de religión y de creencias; derecho a la salud y a la recuperación en caso de haber sufrido cualquier forma de abandono, explotación o abuso a una educación obligatoria y gratuita, a la adopción de medidas no judiciales en caso de violación de alguna ley, entre otros.

La segunda parte, inicia con el Artículo 42, terminando con el Artículo 45; y es de carácter puramente procedimental, estableciendo por primera vez en la historia, la creación de un comité de los derechos del niño, así como un procedimiento de elección de los representantes de los estados miembros, celebraciones, votaciones, emolumentos a recibir por dichos miembros y los informes que deberán rendirse al secretario general de las naciones unidas en este respecto.

La tercera y última parte de dicha convención, comienza con el Artículo 46 y finaliza con el 54, y se contiene las diferentes disposiciones finales y formales acerca de la ratificación del mismo instrumento.

En términos generales y probablemente debido a que constituye en muchos sentidos, una evolución a la declaración del año 1959, el contenido de este instrumento refleja la preocupación constante por el bienestar de los niños y niñas y la protección contra el sufrimiento causado por la falta de salud en todos los sentidos, incluyendo el mental y el moral, al cual nos apegamos sobre todo cuando el niño sufre por la ausencia de convivencia con alguno de sus padres, vínculo que todos los instrumentos de protección al niño, reconocen como base para la vida óptima del mismo.

### **3.4 Pacto de derechos civiles y políticos y pacto de derechos sociales, económicos y culturales**

Ambos pactos tienen su origen en el mismo proceso que llevó a la creación de la declaración universal de los derechos humanos. Fue la comisión de derechos humanos de las naciones unidas el órgano encargado de redactar instrumentos vinculantes sobre derechos humanos cuyo objetivo sería la imposición de obligaciones claras y certeras a las partes.

Se crearon dos instrumentos independientes uno de otro, como resultado de disputas acerca de la importancia de la materia llamada civil – política en contra posición con los asuntos de índole civil y cultural.

La Comisión mencionada presentó los pactos redactados a la asamblea general de la organización de naciones unidas en 1954. Estos fueron finalmente aprobados en 1976.

Tal es la vinculación de un pacto con el otro que se hace referencia a ambos con el nombre de pactos internacionales de derechos humanos e incluso, pactos de Nueva York. A su vez, éstos instrumentos, junto con la declaración universal de los derechos humanos, la llamada carta internacional de derechos humanos.

Partiendo del pacto de derechos civiles y políticos, diremos que dicho instrumento internacional, está dividido en siete partes. La primera parte está compuesta por el Artículo 1, el cual se sub divide en tres apartados; y trata sobre la libertad que tienen los pueblos para determinar su situación política y su desarrollo económico, social y cultural; la libertad de los pueblos para disponer de sus riquezas y para administrar sus territorios. La segunda parte, comprende del Artículo 2 al 5 y trata sobre la garantía del ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, el compromiso de cada estado, de cumplir con lo estipulado en el pacto, la posibilidad de interponer un recurso efectivo por aquel sujeto a quien los derechos consignados en el pacto hayan sido violentados y se trata el derecho de suspensión de derechos, de los cuales se excluye el derecho a la vida, a la prohibición de la esclavitud, entre otros.

La parte tercera inicia en el Artículo 6 y abarca hasta el 27, señalando el reconocimiento al derecho a la vida y las restricciones a la pena de muerte, la prohibición de la esclavitud, de la detención ilegal y arbitraria; así como el derecho del niño a una familia, a medidas de protección, a la nacionalidad y la respectiva igualdad en las obligaciones y responsabilidades de los esposos dentro de su respectiva familia.

La parte cuarta inicia con el Artículo 28 y finaliza en el 45. Su contenido se refiere al comité de derechos humanos y a la comisión especial de conciliación. La parte quinta está compuesta por los Artículos 46 y 47. Se menciona el alcance de las disposiciones del pacto. La siguiente parte, la sexta, comprende del Artículo 48 al 53. Trata sobre el procedimiento de ratificación y de adhesión y sobre los estados firmantes del pacto.

El pacto internacional de derechos civiles y políticos cuenta con dos protocolos facultativos. El primero de ellos contiene los procedimientos por medio de los que los interesados pueden plantear una denuncia contra uno o más estados miembros. El segundo protocolo facultativo, trata básicamente de la abolición de la pena de muerte.

En cuanto al pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales, este se encuentra compuesto por un preámbulo, con varios considerandos y un apartado de reconocimiento; incluye la mención de la organización de naciones unidas y su deber de imponer a los estados el respeto a los derechos humanos, así como los objetivos de justicia, libertad y paz enunciados en la carta de dicho organismo. El pacto está dividido en cinco partes. La primera parte se compone solamente del Artículo uno, y se establece el derecho a la libre determinación de los pueblos y a la libertad de dichos pueblos a decidir sobre sus riquezas. La parte dos se inicia con el Artículo dos y llega hasta el cinco, indicando que el ejercicio de los derechos se hará sin discriminación de raza, religión, color, sexo, idioma, entre otros aspectos; así como la prohibición expresa de invocar el pacto para incurrir en la supresión o restricción de derechos humanos fundamentales.



La parte tercera, que a mi parecer, encierra el contenido que mejor describe al Pacto y que nos ocupa, da inicio con el Artículo seis y finaliza en el quince. En este apartado se señala el derecho al trabajo y a la libre elección de este, igualdad en el salario, la higiene necesaria, el tiempo de recreación para los trabajadores y su derecho a sindicalización.

Un tema fundamental en la presente investigación, y señalado con plena claridad en este apartado es lo relativo al derecho a la salud, cuya enunciación no es limitativa en cuanto a la mención de salud física y mental. También se trata el tema de la familia y el matrimonio, estableciéndose la protección especial a las madres, niños y adolescentes, así como el derecho a un nivel óptimo de vida tanto a nivel individual como a nivel familiar. Siempre dentro del mismo contexto, se hace alusión al derecho a la educación, la importancia de la vida cultural y el progreso científico.

La parte cuarta, continúa con el Artículo dieciséis, y su naturaleza es en mi opinión, procedimental. Incluye disposiciones acerca de la obligación que tienen los estados parte, de presentar informes sobre las medidas adoptadas por sus gobiernos para la aplicación del pacto, así como los requisitos de forma de los mismos. También se menciona la intervención de la comisión de derechos humanos, atribuyéndole la tarea de estudio y recomendación basados en los informes de los estados parte. La última parte del pacto, la quinta, contiene disposiciones que podríamos considerar, finales, como los son las relativas al procedimiento que debe llevarse para la ratificación y adhesión por otros estados, al pacto.



Como se puede evidenciar, los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna.

Es importante recordar que los derechos humanos tienen como piedra angular el principio de universalidad y en ese sentido cabe recalcar el gran valor de la declaración universal de derechos humanos; mismos que se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos.

Tal es el caso de la trascendencia de la universalidad de los derechos humanos, que la organización de las naciones unidas ha establecido que todos los estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los estados para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta.



## CAPÍTULO IV

### 4. La alienación parental como forma de violencia psicológica

#### 4.1 Naturaleza de la violencia

La violencia, usualmente equiparada con el maltrato, puede entenderse como cualquier acto físico, psicológico, social, político, étnico, económico, entre otros, ejercido por una persona o grupo de personas contra otro ser humano, en diversidad de circunstancias y escenarios.

El Código Penal guatemalteco establece en sus disposiciones generales, Artículo uno, numeral cuarto, que para efectos penales, se entiende por violencia, la física o la psicológica o moral. La primera es manifestación de la fuerza sobre persona o cosas, la segunda, es intimidación a personas.

Se entenderá que existe la última, cuando concurriere hipnosis, narcosis o privación de razón o de sentido, ya sea que el sujeto activo provoque la situación o bien que se aproveche de la situación iniciada o perpetrada por otro.

Con ahí expuesto, se evidencia la inclinación del Código Penal guatemalteco, a concebir la violencia en sus diferentes manifestaciones o formas según se exteriorice por el sujeto activo, entre ellas, la psicológica y la moral.



En cualquier acto de violencia se identifican diferentes factores que lo constituyen:

a. La estructura formal del acto

El primero de ellos es la estructura formal que tiene relación con cualquier hecho u acto violento que manifieste ciertas características por la aplicación de una fuerza excesiva sobre una persona o grupo de personas o sobre un proceso.

Conforme a la estructura, se distinguen dos tipos de violencia, en general, las cuales son:

- Instrumental.

La violencia instrumental es aquel tipo en el que se persigue un objetivo diferente al uso mismo de la violencia, se utiliza como medio para conseguir algo diferente al hecho mismo, pudiendo ser este desde un beneficio patrimonial hasta la saciedad humana de afecto.

- Terminal.

Este tipo de violencia se caracteriza porque se persigue la violencia en el uso mismo de la violencia, el fin está en el hecho mismo. El sujeto desea ser violento y actúa con violencia con esa finalidad.



b. La ecuación personal

Consiste en todas las características que sólo se pueden explicar por el carácter particular de la persona que comete el hecho violento, las cuales le imponen una marca peculiar del criminal, o delincuente, que los comete.

c. El contexto posibilitador

El contexto posibilitador se manifiesta en las situaciones o condiciones previas en las que se da el hecho violento y el contexto propicio, existiendo dos tipos de contextos, el social y el situacional:

- Social.

Es decir, el contexto amplio, estimula y permite la violencia, por medio de normas y valores que la aceptan como forma de comportamiento posible y correcto. Es decir, el sujeto asume la violencia como un aspecto normal de su vida y de su actuar.

- Situacional.

Se trata del contexto inmediato. Se refiere a que el mismo contexto violento estimula la violencia. Puede referirse a ambientes en donde se escucha o se experimenta violencia constante por parte de los miembros del círculo que envuelve al sujeto en cuestión.



#### d. El fondo ideológico

Si se trata del fondo ideológico, se habla de la racionalidad propia que posee un acto violento. Es decir, la aplicación de fuerza produce determinados resultados y la violencia exige siempre una justificación frente a la realidad; es así como la violencia consigue su propia legitimidad de resultados.

Y es que las sociedades frecuentemente ignoran la violencia y peor aún, tienden a opacarla si esta proviene de un círculo tan íntimo como lo es la familia. La razón de esto es que la violencia en la familia es un caso especial, pues el estado tiende a respetar la intimidad del hogar como medida para refrenar su propio intervencionismo.

Esto encuentra su razón en el hecho de que la sociedad hace, hasta cierto punto, la vista larga ante la agresión doméstica, mientras se deleita con otros tipos de violencia como los asesinatos y secuestros dados fuera del núcleo familiar, los hurtos y los robos o incluso los delitos cometidos por autoridades del estado mismo. Esto se evidencia en la mayor parte de sociedades, desde las latinoamericanas, con tantas similitudes a la nuestra, hasta las europeas.

En mi opinión el ignorar la problemática nos hace responsables a todos, incluso a los que solo oímos o vemos, pues a mediano o largo plazo, las consecuencias a nivel social serán evidentes, no solo en los ámbitos personales del individuo que sufrió la violencia, sino en aquellos, en los que decidimos no involucrarnos, nos desenvolvemos.



## 4.2 Violencia como opuesto a la integridad de la persona

En este apartado, se analizará el porqué la violencia, ataca la integridad del ser humano, como un derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional.

La integridad, ampliamente tratada en el capítulo dos, implica la vida del ser humano, en su pleno desarrollo, incluyendo no solo el aspecto físico, sino también el psicológico, emocional o moral.

Es imperioso recordar que la conducta que el Estado está obligado a sancionar es aquella que afecta a los demás, mismas que en caso de afectar sola a dicha persona, debe ser independiente al poder estatal de regulación.

En cuanto a los efectos de la violencia en general, de acuerdo a los resultados presentados en el año 2007, por el programa de seguridad ciudadana y prevención de la violencia del PNUD Guatemala, a cargo de Arturo Matute Rodríguez e Iván García Santiago, miembros del programa de las naciones unidas para el desarrollo, la violencia no sólo plantea graves obstáculos al afianzamiento de la democracia sino también impone altos costos al desarrollo del país.

El principal, es el costo humano producido por la poca productividad de las víctimas de la violencia. Eso, además del gran dolor humano que estos hechos implican, imponen, además, un lastre económico al país que coarta sus prospectos de desarrollo.

### 4.3 Tipos de violencia

Debido a que el contenido del presente trabajo de investigación, busca el reconocimiento y fortalecimiento de derechos particulares de los niños y niñas, el enfoque que se dará al análisis de cada tipo de violencia adoptará a los niños y niñas como su foco de atención.

#### a. Psicológica

En materia infantil, los autores María Ignacia Arruabarrena y Joaquín de Paul, en su obra titulada *Maltrato a los niños en la familia*, nos proporcionan en mi opinión, una definición bastante acertada de violencia psicológica, a la que ellos denominan maltrato y abandono emocional, pero que para los términos del presente trabajo de investigación, es sinónimo de violencia sicológica.

Plantean pues, que se trata de cierta "hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono, y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar"<sup>28</sup>. Me apego a esta concepción de violencia psicológica emocional, pues considero que contiene todos los elementos de la misma: un sujeto que ejerce la violencia siendo este un adulto dentro del círculo familiar, un elemento material, como lo es el insulto, desprecio y amenaza de abandono.

---

<sup>28</sup> Arruabarrena y de Paul. *Maltrato a los niños en la familia*. Pág. 11.

Los citados autores sostienen que para que realmente se configure la violencia, deben confluir los siguientes elementos:

1. El comportamiento es reiterado
2. La presencia de dicho comportamiento es claramente perceptible, eliminando sesgos.

Considero que resulta sumamente difícil fijar los límites de la violencia psicológica moral, en términos del autor citado, esto debido a que su determinación depende de un cúmulo de factores no solo subjetivos sino también circunstanciales. Este factor no implica su inexistencia o poca recurrencia.

#### b. Física

La violencia física constituye cualquier acción no accidental por parte de los padres o cuidadores que provoque daño físico o enfermedad en el niño o le coloque en grave riesgo de padecerlo. Es importante recordar que dentro de la violencia física también deben incluirse los rasgos del abandono propiamente. El abandono se refiere a aquellas situaciones en que las necesidades naturales y humanas del niño, como ser humano, tales como lo son la alimentación, cuidados médicos, higiene, supervisión, entre otras; no son atendidas de la forma ideal en tiempo y espacio y muchas veces, no son atendidas siquiera en su grado mínimo.

c. Sexual.

A pesar de que este tipo de violencia no precisa de mayor explicación para entender su esencia, sí necesita especial atención para atender su profundidad. Sin embargo, nos limitaremos a establecer su significación: cualquier contacto sexual entre un menor y un adulto en posición de poder o autoridad sobre dicho niño o niña. Ya sea que se dé en forma directa o bien que el menor sea utilizado para propiciar algún acto de tipo sexual.

d. Patrimonial.

Aunque muchos autores no lo toman en cuenta, en mi opinión este tipo de violencia configura las acciones u omisiones por las que los padres o encargados del menor, dejan o cesan de proporcionar los insumos necesarios para su completo desarrollo. Pudiendo englobar en este concepto, los recursos monetarios y espaciales necesarios para el menor. Evidentemente, este abandono de atención patrimonial, no debiéndose a la propia incapacidad del progenitor o cuidador para proveerlas, como la falta de empleo o la pobreza, sino a una decidida o deliberada falta de provisión.

El hecho de que el estudio somero de cada uno de los tipos de violencia se haya hecho de manera individual, no implica de manera alguna que cada clase de violencia se manifieste de manera aislada. Por el contrario, según los expertos, es muy común que congenien dos o más de ellas cuando hay maltrato. Esto no constituye una regla general pero es importante recordarlo.

#### 4.4 Antecedentes de la alienación parental

El término síndrome de alienación parental, fue acuñado por el psiquiatra Howard Gardner a finales de los años ochentas.

Según los resultados de las investigaciones realizadas por este psiquiatra, aunque la existencia de este síndrome se ha evidenciado mayormente en padres divorciados (procesos de divorcio conflictivos sobre todo), suele verse, aunque con menor intensidad, en relaciones donde el vínculo matrimonial se conserva.

Es el caso de personas diferentes a los mismos progenitores ejercen la influencia psicológica sobre el menor, como es el caso de tíos, abuelos u otros que tienen contacto con los menores.

También se ha demostrado, que el síndrome de alienación parental no surge únicamente cuando el círculo familiar ha experimentado un divorcio, pues también se ha evidenciado en los procesos de separación del matrimonio.

Incluso se le ha llegado a denominar lavado de cerebro por los estragos psico sociales que cause este síndrome en la vida del menor, tanto a corto como mediano y largo plazo y sobre todo por la modificación de las ideas pre concebidas o adquiridas a lo largo de la vida de las personas, de lo que significa el rol de padre y madre dentro de la familia.



De acuerdo a la obra *Con el alma rota* del autor Juan Carlos Martín Colea, en México, durante el año de 1975 “el 35% de casos de niños que manifestaban repudio, indiferencia y diversos caracteres negativos hacia sus padres (varones únicamente) fueron declarados por profesionales, como insubsistentes, falsos y prefabricados”<sup>29</sup>. Asombrosamente, según indica el autor, para 1993, el porcentaje mencionado se disparó hasta llegar al 66%. Esto evidencia el incremento no solo de los divorcios y separaciones no amigables, sino también, el aumento de la manipulación y violencia psicológica contra los niños y niñas, hijos(as) de padres separados o divorciados.

#### **4.5 Definición del síndrome de alienación parental**

Antes de definir el concepto tal cual, es importante desmembrar cada uno de los términos que lo compone. De tal cuenta tenemos que síndrome, es una palabra utilizada para englobar el conjunto de fenómenos o síntomas característicos de una situación o enfermedad particular, mismos que concurren no solo en tiempo sino también en forma y para los cuales son posibles variadas causas.

En cuanto a alienación, descontextualizando dicho término, podemos establecer que se refiere a la supresión de la personalidad de un sujeto, causando con ello, la pérdida de su libre albedrío, así como un alto índice de desorientación social. También puede concebirse como una “transformación de la conciencia del sujeto, hasta hacerla

---

<sup>29</sup> Martín Colea, Juan Carlos. *Con el alma rota*. Pág. 4.

contradictoria con lo que se espera de su condición”.<sup>30</sup> Es mi parecer, que la naturaleza de la alienación es netamente un proceso mental, independientemente de la clase o profundidad de alienación que se sufra, siempre será un esquema que se crea a nivel metacognitivo.<sup>31</sup> En términos generales, la alienación se caracteriza por la pérdida – provocada- de relaciones sociales, comportamiento repetitivo, dañino e incluso agresivo.

Por otro lado, siendo evidente la simplicidad que implica su definición, encontramos lo parental. A nivel antropológico – cultural, la paternidad es una institución social y cultural de filiación y se refiere tanto al padre como a la madre.

Finalmente, también es importante hacer referencia a la violencia, sus tipos, manifestaciones y sujetos. De tal cuenta tenemos que el término violencia proviene del latín violentia, y hace referencia a aquellas conductas de daño, ya sea a un individuo, a un grupo o incluso a toda una sociedad. Al hablarse de una persona violenta (del latín violentus) se habla de una persona que actúa fuera de su estado natural, fuera de la razón y alejado de la justicia, impetuoso y que se deja llevar fácilmente de la ira. En cualquiera de sus acepciones, siempre encontramos que denota un carácter negativo, en detrimento de algo o alguien más e incluso de sí.

Uno de los elementos característicos de la violencia, es la deliberación, pues la conducta del agente debe haber sido analizada con anterioridad.

---

<sup>30</sup> Meece, Judith. **Desarrollo del niño y del adolescente para educadores**. Pág. 34.

<sup>31</sup> **Ibid.** Pág. 37.

En este respecto, el término deliberar puede definirse como la consideración atenta y detenida del pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos.

Como puede apreciarse, el agente que violenta el estado de otro sujeto, debe haber analizado su actuar previamente.

Conjugando las terminologías relacionadas, podemos establecer que el síndrome de alienación parental consiste en la transformación de la concepción de padre o madre que el menor tiene acerca de su progenitor, que deviene del permanente insulto y denigración a dicho progenitor, realizado por el otro ascendiente, utilizando diversas estrategias para ello, pasando por la obstaculización de la relación progenitor-hijo hasta llegar incluso, a la destrucción del vínculo, convirtiéndose en una forma particular de maltrato infantil, lo cual se traduce en una manifestación de violencia psicológica contra la niñez.

En esta conjugación de conductas, se mencionan los siguientes sujetos:

a. Adulto alienador.

Es el progenitor, con independencia de su género, que ejerce la violencia psicológica, emocional sobre los menores hijos(as) en contra de otro progenitor, con la finalidad de destruir el vínculo entre estos últimos.

b. Adulto alienado.

Es el progenitor, con independencia de su género, que es alejado de sus hijos (as), ex cónyuge del adulto alienador y que en la mayoría de casos, aún cuando comparta el ejercicio de la patria potestad sobre los mismos, no ejerce su custodia.

c. Menor alienado.

Partiendo de que en base a la legislación vigente, la minoría de edad abarca desde el nacimiento hasta los dieciocho años, el menor alienado constituye el ser humano entre la edad de cero a dieciocho años, sujeto a la patria potestad de sus padres, y que es víctima de la influencia negativa ejercida por el adulto alienador, en virtud de comentarios denigrantes, humillantes y ofensivos hacia la figura paterna correspondiente. Cuando se habla de figura paterna se habla tanto de la madre como del padre, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

Asimismo, constituye el sujeto, que después de determinado tiempo, decide romper el vínculo afectivo con esa figura, vulnerando de esta manera, su derecho a una familia, causándole afectación psicológica y moral, es decir, atentando contra su derecho a la salud e integridad.

Los síntomas de este síndrome son diferentes para cada sujeto y varían de acuerdo a la etapa en la que se encuentre la relación padre-hijo.

De tal cuenta, que en mi opinión, pueden tenerse como etapas las siguientes:

a. Leve

b. Moderado

c. Grave

El nivel de alienación parental que sufre el menor, y consecuentemente su progenitor alienado, es directamente proporcional con la hostilidad y rechazo que dicho niño(a) manifiesta en contra del adulto alienado. En otras palabras, mientras más lo rechaza, más grave ha sido la violencia psicológica y emocional sufrida.

Independientemente de la fase en la que se encuentre la relación, el llamado odio patológico injustificado manifestado por el menor hacia el progenitor es un elemento esencial del síndrome, aunado con los siguientes, que son comúnmente asociados al mismo y referentes a los adultos en particular:

1. El adulto alienador manifiesta una continua actitud tendiente a desvalorizar, ofender e insultar al adulto alienado, cualquiera que sea la razón de ello, no solo en presencia de los menores, sino dirigiendo su mensaje precisamente a estos, con lo cual se demuestra la intencionalidad del primero de los sujetos, es decir, su objetivo es destruir o alterar la imagen que del otro progenitor se tenga.

2. El adulto alienador impide al adulto alienado, la convivencia con su(s) hijo(s) sin aducir causas racionales para ello.

3. El adulto alienador involucra en la desacreditación realizada contra el ex cónyuge, a familiares y amistades que necesariamente guardan contacto tanto con el progenitor alienado como con los menores, también alienados.

4. El adulto alienador manifiesta una constante ridiculización hacia las manifestaciones de afecto que el menor tiene hacia su otro progenitor. Y congruentemente, premia actitudes de desprecio e irrespeto.

5. El adulto alienado pierde contacto con sus hijos(as) progresivamente.

La sintomatología de la alienación parental es la siguiente:

1. Los menores no son capaces de dar razones consideradas válidas o razonables, para justificar o explicar los sentimientos de desprecio, u odio, hacia su progenitor es decir, hacia el adulto alienado.

2. Estos menores, utilizan palabras o frases, no solo no comunes para niños (as) de su edad y madurez, sino además, propias y concurrentes precisamente en el adulto alienador. Es decir, los menores repiten lo que del padre o de la madre se dice, no constituyendo sus ideas, concepciones propias, sino implantadas.

Para realizar el diagnóstico del síndrome es necesario que no exista maltrato previo del padre alienado hacia sus hijos (as). Esto debido a que la violación ejercida por el adulto alienado contra los menores, en cualquiera de sus formas, ya sea física, sexual, psicológica, entre otras, desacredita la esencia del síndrome, pues el odio patológico deja de ser injustificado.

El diagnóstico es realizado siguiendo el método DSM IV aplicable al adulto alienador, administrado siempre por profesionales de la psicología y que por no competir a nuestro estudio, solamente se menciona su denominación.

Una vez diagnosticado el síndrome y de existir las circunstancias que hagan posible un tratamiento, Howard Gardner recomienda, en pasos consecutivos y de acuerdo a la gravedad de cada caso, los siguientes:

1. Desprogramar al menor, lo que en mi opinión constituiría una reprogramación, de tal forma que del mismo modo que el adulto alienador programó al menor para rechazar a su progenitor, se logró reprogramarlo y así dicho menor re acepte a su progenitor. Según el psiquiatra mencionado, para lograr esa desprogramación son necesarias visitas y convivencia, que en la mayoría de casos lamentablemente serán obligatorias, debido al desprecio que el menor siente por su ascendiente. El aspecto positivo de la reprogramación es que después de cierto tiempo, mayor o menor de acuerdo a la gravedad del síndrome, el menor y el padre podrán nuevamente, disfrutar de convivencia sana y adecuada, libre de violencia psicológica.



2. También sugiere el cambio en el ejercicio de la custodia del menor, para lograr que el mismo comparta el mismo lugar de vivienda que su padre, antes alienado, y de esta manera favorecer la relación entre estos.

3. Asimismo es aconsejable según Gardner, que la elección del terapeuta sea madura y neutral, procurando que no sea el adulto alienador, quien elija al profesional, para evitar cualquier tipo de influencia que dicho adulto pueda ejercer. En relación a esto, considero que debe ser el juez de familia a cargo del caso, quien determine el profesional que se hará cargo de la terapia, por la fuerza coactiva que tiene su decisión y porque estará revestida de objetividad.

#### **4.6 Implicaciones personales y sociales de la alienación parental**

El desarrollo de la personalidad del menor se ve lastimado. Esto se conjuga con un inminente deterioro de la imagen de progenitor, que el menor tiene.

Aunque no se produzcan daños físicos, sí hay un desarrollo psico-social deficiente, mayormente notorio a largo plazo.

En la actualidad los divorcios y separaciones de matrimonios son más frecuentes y un dato perturbador es que el índice de divorcios complicados ha aumentado considerablemente en los últimos años. Lo que empeora esta situación es la problemática que se origina del divorcio o de la separación.

Cuando se habla del divorcio y separación, se hace alusión a los efectos o consecuencias que ese rompimiento conyugal, trae para los menores del núcleo familiar. Los efectos pueden ser diversos atendiendo a la propia salud mental de los progenitores, quienes en una situación ideal, darán fin a su relación conyugal mas no a la relación que cada uno tiene con sus menores hijos o hijas.

Como se mencionaba, esa es la situación ideal, sin embargo en muchas ocasiones, sobre todo cuando uno de los dos progenitores no está de acuerdo con la separación o los términos en que esta se lleva, procura debilitar la relación padre – hijo que hasta el momento de la separación se tenía. Todo ello, a costa de la salud mental y emocional de su(s) hijo(s) e hija(s).

El menor que durante su infancia sufrió de alienación parental, fue dañado en forma psicológica, concretándose la violación sufrida, en una deformación de su conciencia en cuanto a la percepción y valoración del rol de padre o madre y al concepto mismo de varón o mujer dentro del núcleo familiar en relación a los hijos y a su pareja.

Tomando en cuenta que es parte de la naturaleza gregaria del hombre, formar una familia, el menor que fue víctima de este tipo particular de violencia psicológica, ya en su edad adulta, mantendrá una marcada tendencia a la pobre interacción y comunicación social, tanto en el ejercicio de su papel de progenitor como en los diversos roles de su vida cotidiana como individuo, independientemente de que llegue a conformar una familia o no; por ejemplo en su ámbito laboral.



En palabras del autor Martín Colea, el síndrome de alienación parental “causa un terrible mal al tejido social”<sup>32</sup>, y por ello es necesario detenerlo y construir un futuro mejor para la sociedad.

---

<sup>32</sup> Colea, **Ob. Cit**; pág. 5.



## CAPÍTULO V

### 5. Del delito y la sanción

#### 5.1 El delito

El delito ha sido concebido de diversas maneras de acuerdo a la época de que se trate. El autor Wilfredo Valenzuela Oliva relata que a inicios del siglo XX, delito era considerado como una "infracción voluntaria de la ley penal"<sup>33</sup>, explicación que no se aleja de la actual concepción que se tiene de delito, sobre todo porque incluye el elemento voluntad. También señala el autor, la imposibilidad de alcanzar una definición universal, y a mi entender permanente, de delito, explicando que lo considerado injusto o anti ético va modificándose con el tiempo y la sociedad.

Valenzuela indica que habiendo un sentido formal y otro real de entender el delito, el formal lo concibe como la acción legalmente punible. Su carácter formal se evidencia al agregar a dicha definición el elemento legal, más allá del jurídico o de lo justo. En el sentido real, "delito es la acción que ofende el orden ético-jurídico y por eso merece grave sanción que es la pena"<sup>34</sup>. Personalmente me inclino hacia la concepción real del delito, pues la considero más completa, sobre todo porque sus elementos alcanzan un nivel meta legal, tocando lo jurídico y la ética, así como dándole a dicha acción una consecuencia con particularidades propias llamada pena.

---

<sup>33</sup> Valenzuela Oliva, Wilfredo. **Derecho Penal. Parte General Delito y Estado**. Pág. 12.

<sup>34</sup> **Ibid.** Pág. 13.

El autor mencionado indica que la razón de que un delito sea punible, radica en la consideración del mismo como injusto y agrega que dicho acto no es injusto por ser punible.

Manuel Ossorio explica el delito como “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”<sup>35</sup> lo cual establece un sentido de posibilidad en cuanto a la punibilidad de ese acto. Lo cual en mi opinión es acertado pues los actos ilícitos no siempre son perseguidos y condenados por el estado.

Como se ha evidenciado, dar una definición de delito no es sencillo. En virtud de ello, se presentan a continuación, diversas clases de definiciones de delito:

a. Definición formal.

A pesar de que la doctrina siempre ha reprochado al legislador el introducir definiciones en las normas de los códigos, es decir, en los tipos penales, pues ello es trabajo exclusivo de la dogmática, la definición formal de delito concibe dicho concepto como aquello que la ley describe como tal. Evidentemente consiste en una definición breve y por lo mismo es, en mi opinión, incompleta e inexacta. No puede catalogarse al delito como un aquello, cuando necesariamente es un acto humano.

---

<sup>35</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 221.

b. Definición sustancial.

Concibe al delito como “el comportamiento humano que a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal”. Explicación acertada en cuanto a que tácitamente pone de relieve el principio de legalidad que debe imperar y sobre todo porque expone que el delito infringe el pacto social.

c. Definición dogmática.

Definición más común la cual reza que delito “es la acción (conducta) típica, antijurídica y culpable”<sup>36</sup>. Algunos autores agregan a la definición dada el aspecto punible. Me apego a esta definición y en mi opinión el elemento de punibilidad siempre debe estar incluido, haciendo la salvedad de que dicha punibilidad puede darse o no. Sin el elemento de punibilidad, en mi opinión, no habría coerción, pues aun siendo antijurídico un acto, esto no le reviste la naturaleza de ser susceptible de castigo.

## 5.2 El tipo penal

Al hablarse de delito, se trata también el término tipo. De acuerdo a Zaffaroni, el tipo es un indicio de la antijuridicidad. Definición que aunque breve, es bastante completa y acertada, atendiendo a que como indicio, el tipo es solamente un indicador.

---

<sup>36</sup> Valenzuela, **Ob. Cit**; pág. 31.

El tipo entonces, se convierte en la descripción exhaustiva de la conducta delictiva, es decir, de lo que no se permite hacer de acuerdo a la sociedad y a la época.

En relación a esto, Welzel establece que el tipo es la “figura conceptual que describe mediante conceptos generales posibles formas de conducta humana”<sup>37</sup>, recordando que dicha conducta es concebida como antijurídica y se le cataloga como prohibida y culpable.

A todo lo anterior, se debe agregar que la configuración de esa descripción que Welzel propone, no solo es realizada por el legislador en su potestad legislativa sino también está dada por las peculiaridades y costumbres de la sociedad en la que dicho tipo surtirá efecto.

Al igual que en la definición de delito y su correcta clasificación, se encuentran diversidad de opiniones acerca del tipo penal, Wilfredo Valenzuela Oliva expone la siguiente clasificación:

a. Por el bien jurídico.

Estando comprendidos en esta clasificación, el tipo penal simple y el complejo, partiendo del criterio de que el tipo tutela solamente a un bien jurídico o bien tutela más de uno.

---

<sup>37</sup> **Ibid.** Pág. 110.

b. Por el sujeto activo.

Esta clasificación se refiere a la particularidad del agente, es decir, si requiere o no de características especiales, tipo penal especial, o si puede configurarlo cualquier persona, tipo penal común.

c. Por la pluralidad de sujetos agentes o sujetos pasivos.

A diferencia de la clasificación por el sujeto activo, esta se refiere al número de personas que integran el llamado sujeto activo o sujeto pasivo del tipo. Se trata entonces de si es un solo sujeto, es decir, un tipo mono subjetivo; o más de uno, o sea, un tipo pluri subjetivo.

d. Por el sujeto pasivo.

Dentro de esta clasificación se encuentra el tipo penal personal y el impersonal. El primero de ellos implica una serie de especificaciones sobre el sujeto activo, es decir, particularidades que hacen distinto uno del otro, mientras que el impersonal se configura con cualquier delito y cualquier persona.

Cualquiera que sea la clasificación, se puede establecer que la tipicidad surge de la adecuación perfecta de un acto realizado por el agente, a la descripción que el legislador decidió dar en la norma penal.

### 5.3 Clases de delito

Del mismo modo que existe variedad de opiniones acerca de la naturaleza del delito, existen diversas clasificaciones de estos. A continuación se exponen brevemente dos de las clases de delitos presentados por el autor Valenzuela Oliva, cuya clasificación es más extensa.

#### a. Delitos de acción pública.

En esta clasificación se integran los delitos perseguidos por el Estado o por un órgano oficial. Esto se da, independientemente del deseo que tenga el sujeto agraviado, de que el hecho presumiblemente delictuoso, sea condenado como tal o no.

#### b. Delitos de acción privada.

Aquí encontramos aquellos delitos en los que el particular, es decir, el agraviado, tiene la facultad de ejercitar la acción penal o bien omitirla. Son entendidos como aquellos que dependen de que el agraviado desee iniciar dicha acción penal, para que la misma se dé.

#### c. Delitos dolosos.

Por delitos dolosos, se entiende la gama de delitos efectuados con intención.

d. Delitos culposos.

Contrario a la clasificación anterior, estos delitos son realizados por negligencia o imprudencia del sujeto activo, no habiendo malicia por parte del mismo.

Como se anotaba anteriormente, el autor reconoce otras clases de delitos, por ejemplo, el de muchedumbre, o el cometido por personas jurídicas.

En mi opinión, estos delitos no deben considerarse clases, una distinción, pues solamente agregan una modificación a alguno de los elementos propios del delito per sé, como lo es quién es el sujeto activo, una persona jurídica y no una individual, o si el delito se comete por una sola persona o por un grupo o aglomeración. Es decir, no considero que dichas características modifiquen la esencia misma del delito.

Por su parte, el jurista Manuel Ossorio, presenta una serie de delitos, que sin clasificación alguna, constituyen un listado por demás completo de clases de delitos. De los delitos mencionados por Ossorio, resultan particularmente interesantes los siguientes:

a. Delito común.

Por su distinción con el delito especial. Su clasificación de esta forma deviene del cuerpo normativo que contiene el tipo penal. De manera que el común está regulado en el Código Penal mientras el especial, lo está en alguna ley especial.



b. Delito agotado.

Es mi parecer, que no constituye un tipo de delito en sí mismo, pues hace referencia a aquel acto ilícito que se ha consumado en su totalidad, es decir, que ha producido todos los efectos que se propuso el autor.

Esta explicación no es la ideal, pues un acto ilícito es un delito, aun cuando todos los efectos que el autor se propuso no hayan sido logrados, basta con que se configure en su exactitud el tipo penal.

c. Delito civil.

Ossorio expone que el delito civil es "el hecho ilícito que da lugar a responsabilidad penal, se sanciona con la indemnización pecuniaria del daño causado"<sup>38</sup>.

Me incliné a mencionar este tipo de delito, dentro de los que Ossorio presenta en la obra mencionada, pues tiende a ser una mezcla poco exacta de la materia civil y penal. Esto debido a que se confunde la sanción pecuniaria, no necesariamente penal, con la pena, por su naturaleza, eminentemente de la rama penal o criminal. Es importante recordar que la sanción pecuniaria es acogida por nuestra legislación penal con el nombre de multa, una de las penas principales de acuerdo al Artículo 41 del actual Código Penal.

---

<sup>38</sup> Ossorio, *Ob. Cit*; pág 40.

## **5.4 Elementos del tipo**

Como se ha apuntado ya, cada tipo penal cuenta con particularidades que lo hace diferenciable de otro tipo penal. Esto aun cuando se trate de un tipo cualificado o privilegiado, o incluso de un tipo derivado. Sin embargo existen elementos que todo tipo penal posee, independientemente de esas características que lo distinguen. Estos elementos son: la acción, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el bien jurídico tutelado.

### **5.4.1 Acción**

Cuando se habla de acción en el tipo, necesariamente se hace alusión a la conducta humana. No cualquier conducta por supuesto, debe ser una conducta expresamente calificada como prohibida y dicha calificación debe estar inmersa en el tipo. Puede tratarse también de una conducta esperada, cuya ausencia da origen al delito.

La importancia de la acción en el análisis del delito, viene dada porque constituye un límite a lo que se considera penalmente infracción de la norma.

### **5.4.2 Bien jurídico tutelado**

Antes de iniciar el análisis de los conceptos de sujeto activo y sujeto pasivo del delito, es importante anotar de qué se trata el bien jurídico tutelado, por ser un término eminentemente mencionado en la explicación de dichos elementos del delito.

El bien jurídico tutelado es entendido como el interés del conglomerado, es decir de la sociedad. El autor González Cauhapé- Cazaux apunta que se trata de intereses del individuo o de la comunidad. Sin embargo considero que en todo caso, el bien jurídico consiste en un interés que afecta, directa o indirectamente, a la sociedad, y es esa precisamente la razón de porqué el legislador ha incluido el mismo dentro de un tipo penal.

El titular de ese bien jurídico tutelado puede ser tanto una persona física como una colectiva, lo cual irá variando de acuerdo al tipo penal que se estudie. Lo constante en cuanto a bienes jurídicos tutelados, es que estos constituyen la razón de ser de la norma penal. Imaginemos una norma penal que no protegiese un interés que le importara a la sociedad, no habría entonces, un motivo para imponer una sanción.

### **5.4.3 Sujetos**

Partiendo de la premisa de que sujeto de derecho, es todo ente capaz de ejercer derechos y soportar obligaciones, muchos autores consideran la existencia de identidad entre los términos de sujeto de derecho y persona jurídica, incluyendo en esta y tal como ha sido expuesto, tanto a la persona física o natural como a la colectiva.

El autor Manuel Ossorio, proporciona como una de las acepciones de sujeto titular de un derecho u obligación, lo cual considero, se encuentra en concordancia con la idea de sujeto que se tiene.



a. Sujeto activo

Tomando en cuenta que el sujeto jurídico, ente susceptible de ejercer derechos y responder a obligaciones, se refiere tanto a la persona física como a la colectiva, debemos aclarar que la calidad de sujeto activo, solo le puede corresponder a una persona física.

El sujeto activo de un delito, también es llamado criminal, agente o delincuente. Y constituye la persona física que ejecuta la acción típica. El legislador establece en cada tipo, las características especiales del sujeto activo, atendiendo al delito en cuestión. De manera que la edad, la nacionalidad e incluso el cargo público, constituyen variantes de sujeto activo, sin que dichas características desvirtúen el concepto propio de sujeto activo. Haciéndolo solamente, más especial en cuanto a su caracterización, pudiéndose dichas características, convertirse en factores que lleven a un aumento en la sanción.

Es decir, se trata del sujeto que ha cometido un acto sancionado como delito por la ley penal, como ser normal, capaz de adoptar libremente actitudes buenas o malas, con la capacidad de razonar precisamente sobre lo correcto y legal o no de su actuar y por ende, merecedor por consiguiente de penas represivas.

Esta definición es bastante completa pues se menciona no solamente a la infracción de la ley penal, sino también los aspectos relativos a la capacidad de dicho agente.

## b. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, al analizar un delito, lo constituye aquella persona física o colectiva, en mi opinión ambas son personas jurídicas, que soporta las consecuencias o los efectos de la acción típica.

En la doctrina, el sujeto pasivo puede ser:

### 1. Sujeto pasivo inmediato.

El sujeto pasivo inmediato lo configura el ser que directamente recibe las consecuencias del acto. Muchas veces considerado la víctima del delito. Considero que el sujeto pasivo inmediato constituye lo que tanto la doctrina ha denominado el titular del bien jurídico tutelado.

### 2. Sujeto pasivo mediato.

La mediatez que caracteriza a algunos sujetos pasivos, está dada por la forma indirecta en que las consecuencias del acto ilícito, le afectan. En otras palabras, el grado de afectación difiere entre el sujeto pasivo mediato y el inmediato.

En esta clasificación podemos encontrar como sujeto pasivo, en diversos tipos delictivos, a la sociedad misma.

Pues la comunidad humana, es afectada por la comisión de diferentes delitos, aun cuando el acto no haya sido dirigido a la colectividad en general. Esta se ve afectada porque el sujeto pasivo inmediato sí se vio lastimado ya sea en su patrimonio, en su seguridad, en su vida o en cualquier otro bien jurídico que la ley tutele.

### **5.5 Delitos de violencia**

En la legislación penal guatemalteca, se cuenta con varios tipos penales cuya acción rectora es la manifestación de alguno de los tipos de violencia, incluyéndola dentro del elemento material.

El Código Penal, en la parte especial, dedicada a delitos contra la vida y la integridad de la persona, regula delitos como el homicidio, el infanticidio; el parricidio y asesinato, el contagio de infecciones de transmisión sexual, el aborto, las lesiones y particularmente, el delito de maltrato contra personas menores de edad.

Este delito guarda una gran similitud con el propuesto en el presente trabajo de investigación, y en su descripción incluye: la acción u omisión que provoque daño, como sujeto activo: cualquier persona, como sujeto pasivo: persona menor de edad o con incapacidad volitiva o bien cognitiva.

Los posibles daños que se conciben son físicos o psicológicos y se menciona también el riesgo de padecerlos.

A pesar de que este delito podría abrazar el contenido del síndrome de alienación parental, considero que es necesaria la creación de un tipo penal independiente, debido a las peculiaridades que envuelven el síndrome mencionado. Además de ello, la sanción que implica la comisión y condena del delito de maltrato contra menores de edad, es solamente la de prisión, sin hacer hincapié en ningún tipo de tratamiento, lo cual resulta lógico si tomamos en cuenta que el sujeto activo del delito de maltrato contra menores de edad puede configurarlo cualquiera y no solo el padre o la madre como en el caso de la alienación parental.

De esto se deriva la imperiosa necesidad que nuestra sociedad y que sobre todo los niños y niñas de nuestro país presentan en cuanto a la creación de un tipo penal que comprenda y sancione específicamente la alienación parental, como una manifestación de violencia parental, de tipo psicológica y emocional, ejercida tanto contra el ex cónyuge, y en algunos casos, aún cónyuge o conviviente, como contra sus menores hijos o hijas. Es decir, se necesita un delito con una sanción acorde al acto del infractor, la cual en este caso, debe llevar aparejada la pérdida de la patria potestad.

La pérdida de la patria potestad, es un precepto que ya existe en nuestra legislación guatemalteca civil. En el Artículo 274 del Código Civil se establece que la patria potestad se pierde:

1. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares.

2. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores.
3. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
4. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieron de sus hijos, para el que los haya expuesto al abandono; y
5. Por haber sido condenado dos o más veces por delito de orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

Hago incisión particular en los numerales uno y tres del Artículo citado pues el primero remite a los deberes de ambos padres dentro del núcleo familiar; en relación a los cuales, la legislación guatemalteca establece que el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliares entre sí.

De lo anteriormente expuesto podemos inferir que el deber del hombre y de la mujer dentro de la familia, en ejercicio de su rol de padre y madre respectivamente, conlleva la educación y la protección de los hijos, protección que debe entenderse en todo sentido: el físico, el síquico, el emocional, entre otros.

Resulta obvio que desde el momento en que el hombre y la mujer dentro del núcleo familiar, es decir, la madre o el padre, desprotege a sus hijos e hijas, de manera directa, ejerciendo de esta forma, violencia en contra de estos, incurre en una causal de pérdida de la patria potestad.

Todo ello asumiendo que no es condenado por los propios actos de descuido que constituyen por sí, hechos violentos.

Aún más claramente, el numeral tres del Artículo 272, al exponer como otra causa de pérdida de patria potestad, el cometer delito contra alguno de los hijos, por lo menos, nos lleva a pensar que de ser tipificada la alienación parental, como delito cometido por uno de los progenitores contra los menores, sujeto de nuestro interés, dicho padre o madre se haría acreedor de forma automática, de una de las causas que establece la ley, para perder la patria potestad de sus hijos, sus víctimas.

En otras palabras, de ser creado el tipo penal de alienación parental, la ley civil estipula que el sujeto activo de dicho delito, perdería la patria potestad de sus hijos e hijas.

Sin embargo, es necesario que no solo se cree el tipo penal específico de alienación parental, sino que además, en su descripción en la norma guatemalteca penal se incluya que el responsable sufrirá asimismo, de la pérdida de la patria potestad de sus hijos; con base en la legislación civil vigente, como una pena accesoria a la comisión de ese delito.

## 5.6 Teoría de la sanción

Partiendo del hecho de que sanción constituye la consecuencia de una conducta prohibida, es decir, es el resultado de hacer lo que no se debía o no hacer lo que se debía atendiendo a una norma jurídica, se evidencia la existencia de una relación de género a especie entre la sanción y la pena.

En la misma línea de ideas, en la doctrina, de acuerdo al criterio que se tome como base, se reconocen las sanciones:

- a. Penales
- b. Civiles
- c. Administrativas

El término sanción penal es utilizado como sinónimo de pena, siempre en el ámbito penal o criminal. La pena pues, es una clase de sanción. El concepto de sanción per sé, no permite encasillar a la misma en la materia penal, pues se refiere a la infracción a una norma jurídica, en general, no necesariamente penal.

De tal forma, la pena constituye una concreción de la sanción, un tipo de sanción en materia penal.



El fundamento de la pena puede ser encontrado en el ius puniendi que ejerce el estado. Dentro de las facultades del estado se encuentra la de imponer penas o castigos de acuerdo a actos u omisiones cometidos por aquellos sujetos a su soberanía.

Compartiendo el mismo criterio, el diccionario de la real academia española de la lengua define pena como el castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. En la anterior explicación puede verse el poder punitivo que posee el estado y que es ejercido por los órganos que el mismo ha creado y designado para tal, que en nuestro caso son los órganos jurisdiccionales cuya base es necesariamente legal.

Cabe mencionar que el ius puniendi o potestad punitiva del estado, constituye un poder de instancia pública, cuya finalidad, al menos idealmente, es lograr la conciliación entre el conflicto originado de la criminalidad y la paz en la comunidad.

Atribuibles al ius puniendi, son las siguientes características:

1. Indelegable
2. Intransferible
3. Un titular único.



Todo ello tomando en consideración que en casos específicos es no solo permitida sino requerida la participación de miembros de la sociedad para activar la acción punitiva del estado, lo cual en ningún momento constituye una delegación del ius puniendi, pues este quedará intacto en su exclusividad aun con dicha intervención civil.

La importancia del ius puniendi deriva del monopolio de violencia que esta conlleva y que posee solo el aparato estatal. Esta es una definición que personalmente encuentro incluyente de cualquier modelo ideológico de gobierno, ya sea liberal, absolutista, democrático o cualquier otro- en el que el derecho penal se aplique únicamente por la fuerza estatal.

Diversos autores consideran que existen tres etapas de la norma jurídica penal, sin embargo, la autora considera que pueden reducirse a dos esenciales.

Se inicia con la creación de la norma por el legislador, y se pasa al momento previsto por la ley en el que el sujeto infringe la misma y es hasta entonces cuando nace el derecho del estado a castigar, es decir, el ius puniendi tiene aplicación en un plano social real.

Tenemos entonces, que el ejercicio del ius puniendi por el estado como titular, a través de los diferentes órganos designado para ello, es la única garantía que tiene la sociedad, de eficacia preventiva y sancionadora de actos u omisiones que contravengan la norma jurídica penal.

## 5.7 Sistema sancionatorio en Guatemala

El derecho penal debe buscar alcanzar ideales como la libertad y la justicia, sin olvidar el amor a la humanidad. Su contenido debe estar dado de acuerdo a la serie de valores o elementos morales de una comunidad, en conjunción con la voluntad mayoritaria, satisfaciendo así las necesidades del conglomerado, necesidades que varían de acuerdo a la época. Debe asimismo luchar en contra de aquellas conductas que se opongan a la vida civilizada, es decir, la vida en la que los derechos de unos y otros sean respetados ecuánimemente.

El mismo autor expresa “la ley penal y toda expresión jurídica, son vehículos para que los valores se descubran a través de la realidad y se fijen en la conciencia humana”<sup>39</sup>. Esto nos lleva a la idea de que el derecho penal no debe buscar únicamente castigar como retribución al mal cometido, sino por el contrario, debe identificar al sujeto infractor, con el valor que dejó de lado al cometer tal o cual delito.

Sin embargo, a esto se ha llegado solo después de una evolución en la concepción de la sanción penal. A través del tiempo y determinada la pena por los sistemas políticos – económicos reinantes de cada época y lugar, así se ha entendido la finalidad de la sanción penal, y de todo el sistema en que se encuentra inmersa, como lo es el tratamiento penitenciario, la función legislativa relativa a la creación de tipos penales, entre otros.

---

<sup>39</sup> Valenzuela, **Ob. Cit**; pág. 79.



De tal cuenta, se encuentran en la historia, diferentes escuelas o pensamientos acerca de la pena:

a. Escuela Clásica.

La escuela clásica surge como una respuesta de rechazo al sistema de venganza privada emprendida por particulares. Se dividió en dos corrientes: la tendencia filosófica y técnica y la tendencia que podríamos denominar práctica y técnica.

Bajo esta segunda tendencia, encontramos a Francesco Carrara, jurisconsulto italiano que representó vehementemente la escuela clásica del derecho penal, dedicó su profesión a propugnar la erradicación de la crueldad en los procedimientos penales, incluyendo en este respecto, principios como el de legalidad, en cuanto a la fundamentación legal que debía existir para poder catalogar un acto como un delito.

De acuerdo a esta escuela, la culpabilidad provenía de la moral, corrupta, del autor del delito y la responsabilidad del infractor encontraba su razón en la libertad del sujeto para actuar.

De tal cuenta, que solo había delito cuando un acto, considerado por la ley como delito, era cometido por un sujeto que había actuado en uso de su libertad y conciencia plena de lo que hacía, no pudiendo aducir falta de comprensión sobre los hechos, o ignorancia sobre la ilegalidad o sobre lo injusto del acto que ejecutaba.

La pena, era considerada como una especie de tutela a la sociedad, una tutela basada en lo moralmente correcto o incorrecto; lo cual dio lugar a los siguientes criterios acerca de la misma:

1. Criterio absolutista.

Concibe la sanción penal como un castigo por un mal cometido. Sin racionalidad y sumamente arbitrario. Al imponerse una pena, se hacía justicia.

2. Criterio relativista.

Concibe la pena como un instrumento que acerca al hombre a la justicia, solamente un puente a esta, sin haber identidad entre pena y justicia. Esto se traduce en que una vez violentado el contrato social, la paz, la propiedad, la vida, la sanción penal provee una garantía a la comunidad, de que el pacto social permanece vigente. Además de ser vista como un medio para alcanzar la justicia, la pena empieza a ser considerada como una medida de intimidación o precaución, también entendida como coacción psicológica indirecta enfocada a ser correccional y evitar que otros incurran en el mismo acto.

3. Criterio Ecléctico.

Como su nombre lo indica, bajo esta línea de pensamiento confluyen ambos criterios anteriores.



La pena era aplicada con la finalidad de proteger a la sociedad, siempre en apego a la ley. Su fundamentación es la opinión pública, misma que reviste de justa la pena por coincidir exactamente. En otras palabras, la aceptación que la comunidad hacía de la pena, le otorgaba a la misma, el carácter de justa.

#### b. Escuela positivista

Pertenece a esta escuela, Franz Von Liszt, jurista austriaco que le dio vital importancia a la voluntariedad de la conducta del sujeto. Consideraba que la pena constituía la legítima consecuencia del crimen. Asimismo, consideraba que la pena cumplía con dos funciones importantes: advertir y prevenir a la comunidad; sin dejar a un lado que la pena se convertía en la recompensa de la víctima.

Según otros autores pertenecientes a esta escuela, la peligrosidad es un elemento del delito, con carácter anti social. Conciben el delito como un incumplimiento al deber social.

Sostienen que los factores que determinan la comisión de un delito, van desde los físicos hasta los sociales, pasando por los biológicos. Entre los aportes valiosos de esta línea de pensamiento, se encuentra que hicieron una clasificación de delincuentes: los delincuentes habituales y natos, a quienes se debía eliminar de la sociedad, y los delincuentes ocasionales o pasionales, a quienes se les debía aplicar una pena con fin reparador.



El aporte valioso que esta escuela hizo fue considerar en la determinación de la pena, el carácter de reparación, y más aún, que haya analizado los sujetos que estaban en condiciones de reparar el daño causado, con fines de no volver a incurrir en delitos.

Otro aporte importante, fue el estudio que se hizo de la personalidad del delincuente o infractor que denota un análisis más allá de la simple imposición de pena por un delito.

Finalmente, el italiano Giuseppe Maggiore consideraba que la pena debía ser impuesta en un sentido educativo y de corrección. En este mismo orden de ideas, después de un tiempo, se empezó a considerar que el ser humano que ha delinquido, debe readaptarse a la sociedad, atendiendo a la moral.

### c. Siglo XXI

Sistemas de gobierno dictatoriales sucedieron las ideas positivistas. De manera que una vez entrado el siglo XXI, se tendió a la protección del ser humano per sé, y a la prevención del delito con más énfasis que a su propio castigo.

La pena empieza a visualizarse como un medio de resocialización no solo como la típica antigua represión. Esto implica toda una serie de elementos que aseguran el respeto al derecho del delincuente, por ejemplo, se toma en cuenta la personalidad del delincuente, las garantías procesales, principios como la presunción de inocencia y la legalidad en cada fase y el precepto del juez natural.

En mi opinión, uno de los aportes más emblemáticos de esta época, es la concepción del delito como resultado de los cambios sociales y ambientales o bien la poca adecuación de los sujetos a dichos cambios. Se empieza a hablar pues, de política criminal, promoviendo la prevención del delito y el respeto a garantías individuales.

Esto es palpable cuando vemos que la pena de prisión, catalogada por el Código Penal en el Artículo 41, como una de las penas principales, es la última medida de coerción. Esto con el fin de evitar o disminuir el daño psicológico y físico que la prisión pueda tener en el sujeto infractor.

Nuestro sistema sancionatorio, no solo se acoge a lo antes expuesto, en cuanto al respeto a las garantías procesales y derechos humanos en general, sino también comparte con los positivistas, la visión, en mi opinión, evolucionada de la pena como medio de advertencia y prevención a la sociedad. Es decir, nuestro sistema sancionatorio convierte a la pena en algo más que solamente la retribución al infractor, y la concreta como un instrumento estatal para desalentar a la comunidad de la comisión de tales actos que constituyen delitos. Así queda establecido, por ejemplo, en el Artículo 2 de la Ley del Régimen Penitenciario, en el cual se indica que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de las personas privadas de libertad. Asimismo, concibe la pena de prisión particularmente, como una sanción penal que resguarda a la sociedad, del infractor, Artículo 3 literal a, sin dejar atrás, que en el mismo Artículo se estipula que el sistema penitenciario debe promover que el recluso alcance un desarrollo personal idóneo, mientras dure su prisión.



## CAPÍTULO VI

### 6. Propuesta

#### 6.1 Procedimiento de creación o reforma de una ley

El procedimiento para la creación de la ley, el cual es el mismo que debe seguirse para la reforma a una norma jurídica, y en el caso particular de la presente investigación, de un tipo penal, se conforma de las siguientes etapas consecutivas, abordadas brevemente en este apartado.

1. Presentar iniciativa de ley ante la dirección legislativa del Congreso. En el Artículo 109 de la ley orgánica del organismo legislativo se establece que las iniciativas que promuevan un proyecto de ley deben ser presentadas en forma de Decreto, incluyendo lo siguiente:

- a. Parte considerativa
- b. Parte dispositiva
- c. Exposición de motivos
- d. Estudios técnicos y demás documentación necesaria

Las formalidades que debe cumplir la presentación del Decreto consisten en presentarlo por escrito y en formato digital, así como el utilizar hojas numeradas y rubricadas.



2. Lectura en el pleno. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 110 de la ley citada, si la propuesta de ley proviene de los diputados, el diputado ponente hará uso de la palabra para referirse a los motivos de su propuesta.

3. Pasa a la comisión a la que corresponda de acuerdo a la materia. En caso de ser promovida por el organismo ejecutivo, la corte suprema de justicia, la universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal supremo electora, instituciones que según el Artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tienen iniciativa de ley, además de los diputados del Congreso, después de su lectura en el pleno, pasarán a la comisión que corresponde, sin más trámite.

Los diputados miembros de la comisión que deba analizar el proyecto de ley, pueden proponer enmiendas concediendo audiencia al ponente de la iniciativa o al diputado ponente.

Una vez finalizadas las audiencias y el análisis respectivo, la comisión emite el dictamen respectivo. Este dictamen se emitirá aun cuando los requeridos a audiencia por formulación de enmiendas, no hayan comparecido. En el dictamen pueden incorporarse las enmiendas que hayan sido aprobadas, aunque también es posible presentar dichas enmiendas en el momento mismo de la discusión por Artículos.

4. Proyecto regresa al pleno y se entregan copias del mismo a cada diputado, así como una copia en formato digital, con las enmiendas incluidas.

Una vez en el pleno, se da lectura en tres debates (de ser considerada de urgencia nacional, basta con un solo debate). Durante los debates solamente se leerá el dictamen de la comisión. Dichos debates deberán efectuarse en distintos días y no procede la votación hasta considerarse que se ha agotado la discusión del mismo.

En los dos primeros se discute:

- a. Constitucionalidad
- b. Importancia
- c. Conveniencia
- d. Oportunidad del proyecto

Para que sea declarada la urgencia nacional de un Decreto, deberá solicitarse de forma específica.

5. Se discute y analiza cada Artículo. Se pasa a esta fase solamente si se votó a favor del proyecto. Si es votado en contra, se desecha el proyecto de ley. En esta etapa se pueden presentar enmiendas por:

- a. Supresión total



b. Supresión parcial

c. Adición

d. Sustitución parcial

e. Sustitución total.

Dichas enmiendas deberán ser presentadas por escrito, siendo la secretaria la encargada de leerlas conforme la presentación del Artículo que pretende modificar.

Posteriormente se vota por cada enmienda sugerida.

6. Se lee la redacción final del texto de la que será la ley, una aprobado el proyecto. Luego se vota sobre la redacción final y es así como queda aprobado el texto. El paso siguiente se dedica al estilo únicamente, ordenado por la junta directiva del Congreso.

7. El presidente del Congreso y dos secretarios firman el Decreto. Se le asigna el número correlativo, que empieza desde el número uno, más el año de su aprobación.

8. El Decreto es enviado al organismo ejecutivo. En esta fase, el presidente de la República de Guatemala tiene dos opciones: el veto o la sanción. Si decide vetarlo, esto deberá ponerse en conocimiento del pleno en la siguiente sesión, mismo que podrá sancionarlo, es decir, rechazar el veto, si así lo vota.

En caso de que el presidente lo sancione, lo envía a publicar al diario oficial. En caso de que el ejecutivo no haya vetado ni sancionado, el Congreso deberá igualmente, mandar a publicar el Decreto en no más de 3 días.

9. Entrada en vigencia en el territorio nacional, misma que inicia de acuerdo al Artículo 180 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ocho días después de su publicación íntegra en el diario de Centroamérica, diario oficial, a menos que se estipule un menor o mayor plazo o un ámbito territorial específico de aplicación.

## **6.2 Viabilidad de tipificar la alienación parental**

Acerca de este respecto, es importante vincular la legislación europea que en suerte de los menores maltratados, ya existe.

El objetivo en países latinoamericanos y en especial en Guatemala, es que se cree un sistema de protección al menor, incluyendo la prevención en la comisión de esta serie de actos denominados síndrome de alienación parental.

De tal cuenta, es valioso mencionar los avances alcanzados en legislaciones extranjeras alrededor del mundo. De acuerdo a un reporte estadístico basado en la base de datos del tribunal europeo de derechos humanos TEDH, en el 30% de los casos que se llevan por divorcios a nivel europeo, se produce esta forma de maltrato infantil, traducido en violencia psicológica.



El enfoque del informe, incluye también la responsabilidad de los jueces y otros actores judiciales, en la falta de sanción de este síndrome, sanción no necesariamente penal, sino civil como se verá a continuación.

El basamento del amplio, pero aun así escaso, tratamiento que se le da a la alienación parental, es el convenio europeo de derechos humanos, en especial los Artículos 6, 8 y 14, los cuales se refieren al derecho a un proceso equitativo, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, enfatizando que no deberá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto esta injerencia constituya una medida necesaria para la seguridad pública, prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás, entre otros; y finalmente, la prohibición de discriminación, la cual por supuesto se refiere a que los derechos y libertades deben ser asegurados a todas las personas sin distinción de sexo, raza u otras categorías sociales, respectivamente.

Todo ello para lograr la igualdad en los litigios en que padre y madre buscan obtener la custodia de los menores.

Es evidente el arduo trabajo que en dicho continente se ha realizado para proteger los derechos de los menores a una familia y a la salud no solo física sino mental y emocional, de su padre o madre alienador(a). La comunidad europea, a través de la comisión europea, dirección general de empleo, relaciones laborales y asuntos sociales, creó en 1998 el documento 100 palabras para la igualdad.



Este documento proporciona una definición para el concepto de violencia doméstica o violencia en la familia, entendiéndola como toda forma de violencia física, sexual o psicológica que pone en peligro la seguridad o el bienestar de un miembro de la familia; recurso a la fuerza física o al chantaje emocional; amenazas de recurso a la fuerza física, incluida la violencia sexual, en la familia o el hogar.

En este concepto se incluyen el maltrato infantil, el incesto, el maltrato de mujeres y los abusos sexuales o de otro tipo contra cualquier persona que conviva bajo el mismo techo.

Es importante observar que en la definición anterior, ya se hace alusión específica al chantaje emocional, es decir, a la alienación parental, configurando el síndrome como uno de los elementos materiales del delito de violencia doméstica.

En el 2005, el colegio oficial de médicos de Madrid, se pronunció acerca del maltrato al que da lugar el proceso de alienación parental. La comisión deontológica, en el comunicado 176 del mismo año, estableció que la existencia de un posible secuestro emocional ocasionado por el uso de menores como arma arrojadiza, se consigue mediante la programación y lavado de cerebro, así llamado por Howard Gardner y demás expertos en el tema.

Este proceso constituye un maltrato al menor pues se llega a manifestar un odio al menor, hacia el progenitor objetivo.

Estas afirmaciones, en el caso de ser confirmadas, pueden estar incluidas en una tipificación penal y por lo tanto tener responsabilidades civiles y penales. Esto le da un respaldo médico al síndrome de alienación parental, dándonos un fundamento científico de dicho síndrome en cuanto a causas y consecuencias.

Es valioso mencionar que particularmente en la legislación española, se tiene contemplada una indemnización al padre o madre alienado, por la ausencia de actuación o actuación negligente de autoridades judiciales en el resguardo de su derecho al régimen de visitas.

Asimismo, es necesario reconocer que en España existe una cantidad relativamente amplia de sentencias, que incluso han llegado a la sala de apelaciones, en la que se determina que debido a la interrupción continuada de la madre en relación a las visitas del padre con sus hijos, se decide otorgar la custodia de los mismos, al padre. Todo lo cual constituye indicios de la comisión de violencia psicológica emocional.

El defensor del menor de Madrid, figura existente en promoción de derechos de los niños y niñas españoles, indica que “el uso de los menores como arma arrojadiza, se da en el 32% de los divorcios, y según estadísticas se da en el 80% de los casos que se tramitan con oposición de las partes (sin acuerdo). Ambas figuras son compatibles, pues el número de los que se tramitan con oposición de las partes, anda por el 35%”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, Pág. 46.

Lo anterior implica que en España, deben de ser unos 25.000 casos más al año, lo que hace un acumulado de menores afectados de unos 200.000. Es una realidad mundial, que merece ser modificada en beneficio de los menores, pero también de la sociedad.

Otro ejemplo de la gran posibilidad que existe en cuanto a lograr un cambio de tendencias relacionadas con el otorgamiento de la custodia a las madres en casos de divorcio o separación, es el siguiente: En la sentencia identificada con número 93-2002 de fecha 2 de enero del mismo año, de un litigio llevado en Madrid España, estando el mismo en la fase de ejecución de sentencia, "se modificó el régimen de guarda y custodia sobre el hijo de los litigantes, pasando ésta al padre dada la actitud obstruccionista de la madre en relación al cumplimiento del régimen de visitas establecido en favor del padre, lo que implica un incumplimiento y desatención de sus obligaciones relativas a la patria potestad"<sup>41</sup> asimismo, dicho órgano jurisdiccional indicó que "aun cuando el cambio de ambiente no sea beneficioso para el menor, más perjudicial sería que éste continuara sin mantener relación con uno de los progenitores"<sup>42</sup>.

De acuerdo al defensor del menor, en este escenario el sistema de justicia juega un papel con una inmensa responsabilidad, pues, por desconocimiento, se actúa reforzando la acción del progenitor programador o alienador, es decir, del padre o madre que ejerce la violencia. En estas circunstancias el más dañado en su integridad moral será siempre el menor.

---

<sup>41</sup> Tejedor, Asunción. **El síndrome de alienación parental**. Pág. 31.

<sup>42</sup> *Ibid.* Pág. 33.

Derivado de lo anteriormente expuesto, que va desde tratados, litigios y sentencias incluso en apelación, así como respaldo de la comunidad médica, sin olvidar las consecuencias personales y sociales que el síndrome en cuestión conlleva, se considera viable la existencia del tipo penal de alienación parental en nuestro país.

### 6.3 Tipificación

Habiendo agotado los temas de delito, tipo penal, sujeto activo y pasivo, así como el de sanción, se establece la propuesta de tipificación del delito de alienación parental, la cual sería así:

#### a. Sujeto activo

El sujeto activo del delito que se propone, es decir el delito de alienación parental lo configura el padre o madre alienador. Es decir, se trata del progenitor que inculca ideas negativas acerca del otro, ex cónyuge o pareja, incurriendo con ello en maltrato infantil, un maltrato quizá no físico, pero ciertamente mental y emocional.

#### b. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito propuesto de alienación parental, está doblemente conformado, debido a que tan es afectado el menor víctima de la violencia psicológica y emocional, como lo es el otro progenitor, contra quien se ejerce la influencia negativa.

Sin embargo, nuestro interés primordial es el menor, pues su calidad de ser susceptible al ser que le cuida y provee, lo hace víctima especial.

#### c. Nomen iuris

El nombre de cada tipo penal, obedece usualmente a la preferencia del legislador, es decir a su criterio. En mi opinión la denominación correcta para la propuesta que se presenta sería de alienación parental. Considero que incluir en su denominación la palabra síndrome, podría crear algún tipo de confusión en la colectividad, pues considero que puede ser relacionado con temas médicos, más allá de jurídicos y legales.

Así también, la combinación de términos, alienación y parental, nos arroja una idea bastante clara de lo que trata el tipo, tanto para fines didácticos como para el ministerio público al hacer su acusación y demás operarios de justicia vinculados a los procesos penales.

#### d. Sanción

La sanción propuesta consiste en pena principal de prisión. Debido a que el sistema penal guatemalteco obliga a legislar penas que contengan un rango dentro del cual el juzgador pueda fijar la pena, apegándose entre los límites dados el rango de la pena de prisión sería de 3 a 5 años.

Este rango relativamente bajo, se propone pues en ese tiempo puede darse la readaptación que nuestra legislación promueve, en este caso, del padre de familia alienador.

Asimismo, considero que es un término que permitiría la adecuada y deseada recuperación de la relación paterno- filial entre padre alienado e hijo o hija alienada para la futura recuperación de los roles socialmente aceptados como correctos.

Asimismo y aun cuando no forma parte de las sanciones penales, como ya fue mencionado, la pérdida de la patria potestad por parte del progenitor condenado por el delito de alienación parental sería inminente. Lo cual considero muy acertado, tomando en cuenta que violentó el derecho humano, e infantil particularmente, de una familia, de salud, mental y emocional, entre otros.

Y relacionado a la sanción penal, considero que dado que el delito surge de un síndrome netamente psicológico, un tratamiento del mismo tipo debe necesariamente ser incluido dentro de la sanción, materia en la que profundizan psicólogos y expertos en terapia familiar.

e. Bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado del tipo de alienación parental está compuesto por la salud y en términos más amplios, la integridad del menor violentado.

Tomando en cuenta que su contenido está enfocado a la protección de la salud, vida e integridad del menor y a la lucha contra la violencia de los miembros que conforman una familia, resulta adecuado incluirlo en la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, creando el Artículo 1 Bis, en cuyo prototipo se leería: Artículo 1 Bis. alienación parental: Comete delito de alienación parental, el padre o madre que, en ejercicio o no de la patria potestad, a cargo o no de la custodia de sus hijos o hijas, debido o no a procesos de separación o divorcio, ejerza cualquier acto físico, psicológico o moral, que atente contra la relación entre dichos menores y su otro progenitor así como contra el derecho a la familia, salud e integridad del menor, todo ello en base a dictámenes de psicólogos, trabajadores sociales y expertos en el tema. Dichos profesionales deberán emitir el dictamen correspondiente de acuerdo a las disposiciones en materia de peritación según Artículo 225 del Código Procesal Penal.

#### **6.4 Objetivos de la condena de alienación parental: prisión**

En este apartado se analizan las razones o la fundamentación de una pena de prisión para el progenitor alienador. Es necesario tomar en cuenta que dicha persona, ya sea el padre o la madre, debe ser visto como una persona violenta, quizá no físicamente, pero definitivamente ejerce violencia síquica y emocional. Y de la misma forma que se castiga a un padre que ejerce violencia física sobre sus hijos, del mismo modo merece y necesita ser castigado aquel que violenta los derechos de sus hijos e hijas, alejándolo de una vida saludable en términos mentales, y separándolo del vínculo familiar que merece y necesita como ser humano.



De tal cuenta que al condenar al progenitor alienador, se estaría dejando en poder del padre alienado al menor. Muchos expertos en alienación parental, asumen esta situación como perjudicial, pues una vez perdido el vínculo, el retorno a esa relación sería difícil y doloroso para ambos sujetos. Sin embargo, es una opinión generalizada, que a nivel de efectos o consecuencias tanto individuales como sociales, es preferible lo engorroso del inicio de una nueva relación entre padre e hijo, una vida mental y emocionalmente insalubre.

## CONCLUSIONES

1. En la actualidad, muchos menores de edad, hijos o hijas de matrimonios en proceso separación o divorcio, sufren de violencia psicológica en una forma especial, ejercida por su madre o padre en contra del otro, la cual busca el rompimiento del lazo entre dichos sujetos.
2. El Estado de Guatemala está obligado a velar por la protección de los derechos humanos de todos los guatemaltecos y entre los derechos humanos se encuentra el derecho a la salud, incluyendo en este respecto, la salud mental o psicológica, sin embargo no cuenta con instituciones especializadas que se encarguen de asegurar dicha protección.
3. No existe aún en Guatemala, un tipo penal que castigue y todavía más importante, que advierta a la población sobre las consecuencias de la alienación parental para que todo aquel progenitor que intente destruir una relación paterno - filial sea sancionado con prisión.
4. La legislación penal guatemalteca no contempla dentro de las sanciones principales, el tratamiento psicológico, a pesar de ser este, un mecanismo eficiente para sancionar al sujeto alienador y así dar cumplimiento a la finalidad de reinserción que se persigue a través de las condenas.

5. Los tratamientos que actualmente se ofrecen por instituciones públicas y privadas para tratar secuelas de violencia psicológica, resultan ineficientes para el caso particular de la alienación parental, pues una vez dado este síndrome se debe integrar a todos los involucrados a los procedimientos de conciliación y reestructuración del núcleo familiar.



## RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el sistema de salud pública y asistencia social, así como el Ministerio de Educación, a través de sus dependencias, inicien una campaña de capacitación a sus empleados y funcionarios para que estos puedan prestar la atención oportuna a indicios de alienación parental presentados por menores de edad, tanto en escuelas públicas como en centros de asistencia social y médica.
2. Que las instituciones involucradas en la protección de los derechos del niño, tanto a nivel nacional como internacional, promuevan programas de concientización acerca de la alienación parental y las graves consecuencias que trae a nivel individual y social, porque en la medida en que el síndrome se frene, se logrará tener una sociedad con mayor sanidad mental.
3. El Congreso de la República de Guatemala, mediante los medios legales, debe aprobar la reforma al Código Penal actual, agregando a su articulado, un tipo penal que contenga el elemento material, sujeto activo y sujeto pasivo, así como la sanción específicas para la alienación parental para que se persuada a la población acerca de la comisión de este delito, y con ello se reduzcan los casos de alienación parental.



4. Es necesario que el Organismo Judicial cree centros especializados en los que las personas condenadas por el delito de alienación parental, una vez creado el mismo, puedan asistir como parte del cumplimiento de su condena por la comisión de un hecho de violencia psicológica, logrando con esto que el sujeto que delinquiró no solo se redima sino en efecto, se logre una modificación en su conducta.
  
5. Se requiere que los órganos jurisdiccionales en conjunto con el Ministerio de Salud Pública, verifiquen que las terapias tanto individuales como grupales (familiares) se estén dando como parte de la condena al sujeto alienador y como parte del proceso de re programación de los sujetos alienados.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALACIA, Alejandro. **Derecho penal parte general**. Ediar Sociedad Anónima Editora. Comercial. Industrial y Financiera. Segunda Edición. 2002.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Editorial Heliasta S.R.L. Onceava edición, 1976.
- CÁRCAMO, Julia. **Padres divorciados**. [http://www.consumer.es/web/es/economia\\_domestica/familia/2011/05/19/200662.php](http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/familia/2011/05/19/200662.php) (22 de mayo de 2011)
- CARRARA, Francesco. **Derecho penal**. Editorial Harla. Tomo I. Primera edición. 1998.
- CARTALDO, Andrea R. **Teoría de la imputación objetiva de los delitos culposos**. Ediciones jurídicas Cuyo. Primera edición. Argentina. 1994.
- CAUHAPÉ-CAZAUX. Eduardo González. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Fundación Myrna Mack. Segunda edición 2003.
- COSENZA, Alfredo. **Historia de los derechos humanos**. <http://sigloscuriosos.blogspot.com/2009/06/el-cilindro-de-ciro.html>. (27 de junio de 2011).
- CUELLO C. Eugenio. **Derecho penal**. B.O.S.C.H. Casa Editorial, S.A. Barcelona. Decimoséptima Edición. 1975.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Editorial Trotta Octava edición. 2006.
- ILLESCAS, Emilio. **Teoría del Derecho**. <http://etimologias.dechile.net/?derecho> (27 de junio de 2011).
- LANUZA M. Christian Alejandro. **Fundamentos de la técnica legislativa para la formación del derecho positivo**. TESIS. 1996.
- LUCERO, Federico. **Enciclopedia Jurídica para los días modernos** <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/minoria-de-edad/minoria-de-edad.htm> (04 de mayo de 2013)
- MEECE, Judith. **Desarrollo del niño y del adolescente para educadores**. Editorial McGraw Hill. 1ra edición. 2000.
- MUÑOS C. Francisco y Mercedes, García A. **Derecho penal parte general**. Editorial Tirant lo Blanch. Cuarta Edición. 2000.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1984.

PÉREZ, Laura. **Consideraciones legales sobre el divorcio**. <http://iabogado.com/guia-legal/separacion-y-divorcio/la-separacion/lang/es>. (22 de junio de 2011).

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Ediciones Depalma Buenos Aires. Primera edición. 1979.

RIPOLLÉS, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco parte general**. Impresos industriales S.A. 2001.

RIVERA E. Ofelia Angélica. **Apoyo psicológico a mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas de la violencia intrafamiliar**. TESIS, 2001.

SUÁREZ, Mauricio. **El matrimonio del siglo XXI**, [http://www.separacion.es/separacion\\_proceso.htm](http://www.separacion.es/separacion_proceso.htm) **Separación**. (22 de junio de 2011).

TEJEDOR, Asunción. **El síndrome de alienación parental**. Editorial EOS Psicología Jurídica. Madrid, España. Segunda impresión, 2007.

#### **Legislación:**

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

**Convención Americana de Derechos Humanos**. Organización de las Naciones Unidas.

**Código Penal**. Decreto número 17-73. Congreso de la República de Guatemala.

**Código Procesal Penal**. Decreto número 51-92. Congreso de la República de Guatemala.

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

**Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar**. Decreto número 97-96. Congreso de la República de Guatemala.