

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

**PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO JUDICIAL FORZOSO DE LOS HORARIOS
DE RELACIÓN PATERNO / MATERNO FILIAL**



HEADY JEANNETTE ORDOÑEZ BAUTISTA

GUATEMALA, AGOSTO 2015

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

**PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO JUDICIAL FORZOSO DE LOS HORARIOS
DE RELACIÓN PATERNO / MATERNO FILIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HEADY JEANNETTE ORDOÑEZ BAUTISTA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto 2015

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Benicia Contreras Calderón
Secretaria: Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza
Vocal: Lic. Bayron René Jiménez Aquino

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Leonel Armando López Mayorga
Secretario: Lic. Rafael Otilio Ruiz Castellanos
Vocal: Licda. Crista Ruiz De Juárez

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).



Licenciado Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
9ª. Avenida 13-39 Zona 1, Guatemala
Tel. 54120813

Guatemala 09 de septiembre de 2013

Doctor.
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Doctor:

De manera atenta y en mi calidad de Asesor de la tesis intitulada: "PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO JUDICIAL FORZOSO DE LOS HORARIOS DE RELACIÓN PATERNO / MATERNO FILIAL", según oficio de fecha 29 de julio de 2013 hago de su conocimiento que he revisado el trabajo de tesis relacionado, presentado por la estudiante HEADY JEANNTE ORDOÑEZ BAUTSITA, quien tiene asignado el carné número 2006 15942.

Expresamente declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley, de la estudiante que asesoro.

Con la bachiller sostuvimos múltiples sesiones de trabajo, en las que se hicieron varios cambios a la investigación, las cuales se llevaron a cabo de manera coordinada, y para el efecto describo algunas de las opiniones al respecto.

El aporte científico:

Considero que el trabajo constituye un aporte científico que en su aplicación ayudará a solucionar el problema tratado, debido a que realiza un análisis jurídico importante acerca de los horarios impuestos judicialmente y la afectación en virtud dicha imposición.

El contenido científico y técnico de la tesis:

Para llevar a cabo la investigación se ha cumplido con los parámetros del método científico de las ciencias sociales y la metodología utilizada reúne las condiciones para lograr los objetivos y ordenamiento de actividades para una reproducción de análisis descriptivo y explicativo para este tipo de estudios.

La metodología y las técnicas de investigación utilizadas:

Se utiliza el análisis documental para el desarrollo de síntesis, y deducciones para la generación de conclusiones, así como se utilizó la técnica de estudios de casos sobre la necesidad de regular la forma de imposición de los horarios de relación familiar.

Licenciado Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
9ª. Avenida 13-39 Zona 1, Guatemala
Tel. 54120813



Redacción:

Se encuentra apegado a las normas mínimas del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sus conclusiones y recomendaciones:

La estudiante determinó que existe un compromiso fundamental de las autoridades judiciales para crear mecanismos que regulen el actuar judicial en cuanto sea necesario imponer los horarios de relación paterno/materno filial. Además, se determinó que una medida infalible para no llegar hasta la imposición judicial de los horarios de relación, es el acuerdo entre los progenitores y la conciliación entre ambos para evitar el daño psicológico y las consecuencias familiares que pudieran derivarse.

Bibliografía consultada:

Las fuentes son diversas y actualizadas en relación con el tema que se investigó, tomando autores nacionales y extranjeros.

En general el tema se desarrolló adecuadamente, por lo que considero que reúne 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, en virtud de lo cual emito **Dictamen Favorable**, para que el trabajo sea aprobado y transcurran las fases posteriores.

Sin otro particular me suscribo de usted, manifestando mis muestras de estima y consideración.

Lic. ~~Otto René Arenas Hernández~~
Abogado y Notario
Colegiado 3805

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 11 de septiembre de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO JUAN CARLOS RÍOS ARÉVALO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante HEADY JEANNETTE ORDOÑEZ BAUTISTA, intitulado: "PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO JUDICIAL FORZOSO DE LOS HORARIOS DE RELACIÓN PATERNO/MATerno FILIAL".

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/iyr.



Licenciado Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario

6ª avenida 0-60 zona 4
Torre profesional 1 Oficina 701

Tel. 23380099



Guatemala 15 de enero de 2015

Doctor.
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la unidad de asesoría de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Doctor Mejía:

En cumplimiento de la resolución dictada por la Unidad de Asesoría de Tesis como revisor, procedí a revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller HEADY JEANNETTE ORDOÑEZ BAUTISTA, carné número 20016 15942 consistente en una monografía denominada "PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO JUDICIAL FORZOSO DE LOS HORARIOS DE RELACIÓN PATERNO/MATERNO FILIAL", la cual fue asesorada por el Licenciado Otto Rene Arenas Hernández.

Al respecto puedo indicar que el trabajo se revisó, se recomendaron ampliaciones y modificaciones al mismo, las cuales fueron atendidas y realizadas por la ponente, sobre todo se adecuó a los aspectos legales que se regulan en la materia, respetando en todo momento el criterio de la sustentante, además se revisó la concordancia de la investigación con las conclusiones y recomendaciones a las que arribó su autora. En cuanto a la tesis revisada puedo opinar que abarca un tema sumamente sensible e importante para la realidad guatemalteca actual, y de mucha incidencia académica en cuanto al derecho civil se refiere.

En cuanto a los métodos y técnicas utilizados en esta tesis, la ponente utilizó correctamente los métodos inductivo y deductivo al momento de redactar y estructurar los temas tratados dentro de la misma, y, en su momento, el método analítico en los capítulos finales, en los que claramente expone las ideas conclusivas de la investigación. Se revisó también la correcta utilización de las técnicas directas e indirectas al momento de depurar los datos utilizados en esta tesis.

Se recomendaron cambios estructurales y de forma en cuanto a la redacción se refiere, a lo que la ponente respondió realizando los cambios necesarios para que la tesis respondiera a las exigencias gramaticales y ortográficas correspondientes; para que el presente trabajo pueda ser sometido a consideración de un tribunal.

Licenciado Juan Carlos Ríos Arévalo

Abogado y Notario

6ª avenida 0-60 zona 4
Torre profesional 1 Oficina 701

Tel. 23380099



Tomando en cuenta el contenido científico y técnico de la tesis, se puede aseverar que la monografía presentada contiene un gran aporte al derecho civil en Guatemala, específicamente en cuanto a la apreciación de la relación familiar al momento de fijar el cumplimiento de los horarios de relación materno/paterno filial priorizando justamente los derechos y posibilidades de desarrollo integral del menor de edad.

Cabe destacar que la bibliografía en que se basó la investigación es amplia y acorde a la esencia y fines de la investigación, provocando entonces una buena base que fijó los parámetros para realizar la investigación de campo.

Dado que el trabajo de Tesis cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, emito dictamen en sentido **FAVORABLE**, para que en su oportunidad pueda ser discutido por el sustentante en Examen General Público.

Sin otro particular se suscribe de usted, atentamente,



Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario
Colegiado 7792

*Licenciado
Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario*



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 19 de junio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante HEADY JEANNETTE ORDOÑEZ BAUTISTA, titulado PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO JUDICIAL FORZOSO DE LOS HORARIOS DE RELACIÓN PATERNO/MATERNO FILIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Avidán Ortiz Orejuna
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Gracias por permitirme culminar una meta tan importante para mí, porque cada día me acompañas, me bendices y me fortaleces en los momentos más difíciles, pero sobre todo gracias por tu inmenso amor, por permitirme conocerte y ser el centro de mi vida.

A MIS PADRES:

María Antonia y Renán Herber, gracias por confiar en mí, por enseñarme a ser la persona que soy y darme el mejor ejemplo que pude tener, por sembrar en mi corazón mucho amor, hoy este triunfo lo comparto con ustedes porque lucharon por mí y junto a mí, los amo con todo mi corazón.

A MIS HERMANOS:

Linda Betsabé y Christian Herberth, gracias por todo su apoyo y cariño, por cada palabra de ánimo, me han enseñado a ser una mejor persona.

A MIS SOBRINOS:

Linda Isabella y Darian Josué, gracias por llegar a nuestras vidas y darnos tanta alegría, porque llenan mi vida de amor.

A MIS AMIGOS:

Por las muestras de cariño y apoyo, gracias por ser parte de mi otra familia.

A:

La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por acogerme en sus aulas y forjarme como Profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de familia	1
1.1. Definición de familia	1
1.2. Definición de derecho de familia	5
1.2.1. Teoría evolucionista	5
1.2.2. Teoría creacionista	7
1.3. Evolución de la familia.....	8
1.3.1. La promiscuidad sexual.....	8
1.3.2. La familia consanguínea.....	9
1.3.3. La familia punalúa	10
1.3.4. La familia sindiásmica	11
1.3.5. La familia monogámica.....	12
1.4. Definición	14
1.5. Caracteres del derecho de familia.....	17
1.5.1. Fondo ético de sus instituciones.....	18
1.5.2. Predominan las relaciones estrictamente personales sobre las de carácter patrimonial	18



1.5.3. Prevalece el interés social sobre el interés individual.....	19
1.5.4. Características.....	19
1.6. Clases de familia.....	20
1.7. Función de la familia	21
1.8. La familia como persona jurídica.....	23
1.9. Naturaleza del derecho de familia.....	25
1.10. Instituciones del derecho de familia	26
1.11. Ubicación del derecho de familia en el campo de las disciplinas jurídicas.....	26

CAPÍTULO II

2. La relación familiar	27
2.1. Concepto de relación familiar.....	27
2.2. Necesidad del reconocimiento de la relación paterno filial.....	33
2.3. Base legal	34
2.3.1. Acuerdo entre los padres	34
2.3.2. Inexistencia de acuerdo.....	35
2.4. Como medida cautelar.....	37
2.5. Particularidades de la relación paterno o materno filial.....	38
2.6. Instituciones de donde surge la relación familiar.....	39
2.6.1. Patria potestad	39

2.6.2. El parentesco.....	40
2.6.3. El matrimonio.....	41
2.6.4. La adopción.....	41
2.7. Opinión del menor.....	42
2.7.1. Edad del menor.....	43
2.7.2. Opinión auténtica.....	43
2.7.3. El deseo y el interés del menor.....	43

CAPÍTULO III

3. Incumplimiento de la relación familiar.....	45
3.1. Incumplimiento por el progenitor que no detenta la guarda y custodia.....	45
3.2. La niñez y el derecho de familia.....	48
3.3. Cuando el incumplimiento es causado por el adolescente.....	50
3.4. Incumplimiento por parte del progenitor que detenta la guarda y custodia.....	51
3.5. Cuando la suspensión de la relación familiar, resulta de una medida adoptada por el Estado.....	52
3.6. Horarios de relación familiar y prestación de alimentos.....	53

CAPÍTULO IV

4. Dificultades en el cumplimiento forzoso de la relación familiar.....	55
---	----

4.1. Carencia de regulación sustantiva	55
4.2. Carencia de parámetros para su fijación y modificación	66
4.3. Uso abusivo de recursos procesales	67
4.4. Interposición de denuncias por violencia intrafamiliar	68
4.5. Falta de procedimiento adjetivo o vía legal para hacer efectiva la relación familiar.....	69
4.5.1. Competencia	71
4.5.2. Ejecución en vía de apremio	71
4.5.3. Juicio ejecutivo	72
4.5.4. Ejecuciones especiales	72
4.5.5. Condicionamiento de la reparación del daño en función de las relaciones familiares.....	73
4.6. Certificación de lo conducente	74

CAPÍTULO V

5. Reformas legislativas	75
5.1. Código Procesal General	75
5.2. Nuevos problemas	77
5.2.1. Derecho de visita de los parientes.....	77
5.2.2. Derecho de visita de padrastros o madrastras	79



5.3. Análisis de trabajo de campo	80
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
ANEXOS	87
BIBLIOGRAFÍA	93



INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo de tesis, aborda la problemática del cumplimiento judicial forzoso de los horarios de relación paterno y/o materno filial y, pretende hacer un análisis crítico sobre particularidades y generalidades que suelen observarse en este tipo de procesos, cuando las familias se ven en la necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional, quien debe decidir conforme la relación familiar ya existente, en cuanto a los horarios en que los progenitores que no vivan con su menor hijo tendrán el derecho de visitarles.

Se planteó la hipótesis: para lograr el reconocimiento de la relación familiar como institución jurídica, debe plantearse una iniciativa para reformar la legislación correspondiente.

Los objetivos trazados tenían la finalidad de establecer si los horarios de relación paterno / materno filial fijados judicialmente, se fundamentan en un análisis de la relación familiar. Se intenta motivar un cambio en la apreciación de la relación familiar, que se le reconozca como tal, así como generar dudas respecto de la legislación vigente, principalmente de las falencias a nivel procesal.

Es necesario entonces, que cada tema sea debidamente tratado en el sentido que quede claro primeramente a qué se refiere el tema aludido y desglosar cada uno de los puntos.



La presente tesis consta de cinco capítulos, en el primero se encuentra lo relativo derecho de familia; en el segundo capítulo se define la relación familiar así como la necesidad de su reconocimiento; en el tercer capítulo se aborda el tema del incumplimiento de la relación familiar; el cuarto capítulo tiene como tema principal las dificultades en el cumplimiento forzoso de la relación familiar; el quinto capítulo plasma los nuevos problemas en cuanto al derecho de visita.

En relación a los métodos utilizados para la elaboración de la investigación, fue necesario someter toda la información al método analítico para establecer las ventajas que ofrece la investigación en el ámbito jurídico, además, por medio del método inductivo se relacionaron los hechos investigados que permiten inferir el fenómeno que explica la realidad que se vive al desconocer la relación familiar entre progenitores y sus hijos. La técnica documental fue importante para encontrar las diferentes posturas de estudiosos en la materia de derecho de familia, sin dejar por un lado las entrevistas en las que se obtuvo diferentes puntos de vista, dependiendo del lado en el que se encuentre el entrevistado.

Las normas jurídicas en su conjunto y su aplicación a los casos particulares en que se demanda la actuación de órganos jurisdiccionales, provienen de una realidad en cambios permanentes, el tema planteado es producto de dicha evolución y aunque el derecho de relación familiar es tan natural que no se encuentra contenido específicamente en la legislación, las relaciones de los núcleos familiares actuales, exigen su reconocimiento y regulación.



CAPÍTULO I

1. Derecho de familia

1.1. Definición de familia

En la actualidad se puede afirmar que es un conjunto de personas que tienen un vínculo sanguíneo, todas ellas viviendo en la misma residencia, teniendo en ella a una autoridad que es quien dirige y coordina todos los aspectos relativos al desenvolvimiento diario de sus miembros.

Se puede definir a la familia como “un grupo de personas ligadas entre si y ya sea por vínculos de sangre, matrimonio o adopción. La familia es el grupo social básico, su existencia es en todas las sociedades, en la que sus miembros idealmente proveen a sus miembros defensa, compañía, seguridad y socialización”.

Puig Peña por su parte proporciona una definición jurídica un tanto más profunda y acertada. “La familia es aquella institución, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes para que presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por amor y respeto se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”¹

¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 18



O bien, “la familia es la institución de fuerte contenido moral, que constituye la comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores y los hijos a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse en parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o concubinato, de la filiación y el parentesco.”²

Como se puede apreciar, las definiciones anteriores tienen íntima relación intrínseca con las sociológicas. Al estudiar todas y cada una de las definiciones se observan elementos sociológicos en común, como por ejemplo los padres, los hijos, el matrimonio, autoridad de los miembros, filiación y parentesco, entre otros.

El tratadista Eduardo Zannoni la define como: “La institución social que en su concepción moderna puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determinan mediante pautas institucionales relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco. Así mismo Zannoni aporta en un sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hayan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco.”³

² Borda, Guillermo. **Manual de derecho de familia**. Pág. 13

³ Zannoni, Eduardo. **Manual de derecho de familia**. Pág. 5-6



La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la protección de familia y agrupa los derechos humanos dentro del Título II, incluyendo dentro de los denominados derechos sociales la base legal de la familia, esta en su sección primera promueve su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos, norma que aparece desarrollada dentro del ordenamiento sustantivo civil, específicamente en el Código Civil, con el título de La Familia.

“Etimológicamente la palabra familia viene de famel, que significa siervo. En el latín clásico, famulus significa el siervo que no solo recibe un sueldo por su trabajo, sino que vive bajo la dependencia de su señor en cuanto a habitación, vestido y alimento. Las palabras de Cicerón y Tito Livio, aunque no tiene un fundamento etimológico, pretende derivar de la palabra familia de famas o hambre, lo cual significa el número de personas a quienes el jefe debe alimentar.”

El hombre es un ser que se ha agrupado primariamente por factores esencialmente de reproducción y protección, en forma posterior y conforme va evolucionando la familia, surgen diversos tipos de familia que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, religiosos, históricos, etc., de tal manera el término familia tiene varias acepciones, dependiendo del campo en el cual se le observe, en este sentido el concepto familia no será el mismo si se analiza o enfoca a través del punto de vista de su origen, o a partir de su evolución histórica, o bajo el ámbito jurídico, etc.



Atendiendo a la agrupación que proviene de una pareja, así como lo son sus ascendientes y descendientes y aquellas personas que las unen por vínculos de consanguinidad, afinidad o civiles, se puede derivar el concepto jurídico de familia, en virtud de que el ordenamiento positivo otorga derechos jurídicos e impone deberes.

Tomando en cuenta los derechos y obligaciones que provienen de la ley, la unión de una pareja y la descendencia extra matrimonial, para que se reconozca o se constituya como familia desde el punto de vista jurídico, se requiere la permanencia de la relación con la pareja y del reconocimiento de los hijos. El concepto de familia no se define ni se precisa dentro de la mayor parte de la legislación que rige el derecho de familia en Guatemala.

De los conceptos anteriormente mencionados, se puede concluir en que: La familia es la base sobre la cual descansa la sociedad y por lo mismo es una institución que vive a través de los siglos con una marcha continua de fuerza y que subsiste por imperativo necesario de la naturaleza misma.

Se le llama familia nuclear a la que está formada por los miembros de un núcleo familiar conformados por dos adultos que son los padres y sus hijos, a esta se le puede llamar unidad principal de las sociedades avanzadas, puesto que la estructura de la familia puede variar según la sociedad; en otra, el núcleo familiar se subordina a una gran familia con abuelos y otros familiares. Por otro lado se encuentra la familia monoparental, la cual está conformada por los hijos que viven solo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudedad o divorcio.

1.2. Definición de derecho de familia

Se considera necesario analizar lo relacionado al derecho de familia, antes de conocer y desarrollar el tema nuclear de investigación.

La familia misma tiene sus orígenes en la prehistoria de la humanidad, el ser humano tuvo necesidad de sentirse unido el uno con el otro para poder sobrevivir, y poder desarrollarse para una asistencia mutua.

Dos son las teorías que merecen mayor volumen de estudio, las cuales son: teoría evolucionista y teoría creacionista. Se considera que es loable hablar de cada una de ellas por su importancia para el estudio y lo trascendental que es su significado para la humanidad, una por estar representada por la comunidad científica y la otra por estar representada por la comunidad de los teólogos y religiosos.

1.2.1. Teoría evolucionista

Esta expone que la humanidad se inició hace más de cuatro millones de años, cuando nacieron a la vida los primeros seres parecidos al hombre. Aún no se sabe con exactitud cómo eran los primeros seres parecidos al hombre que habitaron la tierra. Se cree que los primeros seres eran bípedos semejantes a los antropoides, quienes fueron evolucionando en forma paulatina hasta llegar a formar la especie humana. En la actualidad es aceptado que el hombre moderno evolucionó del homínido llamado australopitecos.



“Muchos estudiosos de la materia (paleontólogos y antropólogos) creen que el hombre apareció en las sabanas del continente africano, y que luego fueron a habitar las zonas boscosas de la región. Se cree que vivían encima de los árboles, por lo menos parte de él, y esta es la única explicación de que pudiera continuar existiendo en presencia de las grandes fieras.

Luego de esa etapa, por las lluvias e inclemencias del tiempo habitaron las cavernas, comenzaron a hacer uso de la piedra como instrumento de trabajo al mismo tiempo que descubrieron el fuego como un instrumento para la vida, para el alimento, para la caza, etc. Es natural decir que en aquellas épocas los seres humanos no tenían el dominio básico de su mente para realizar una comunicación perfecta entre ellos, se puede decir que vivían en forma salvaje, posteriormente con el descubrimiento del fuego, la sociedad humana avanzó de una manera significativa.

La primera organización familiar fue el matriarcado ya que muchos seres humanos descendían de una madre en común, por lo que se deduce conductas matrilineales en donde se manifiesta la poliandria y conductas sexuales de carácter promiscuo.

El matriarcado se encontró en gran parte de las sociedades más primarias. Cabe destacar que no obstante que los regímenes primarios de la sociedad humana fueron los matriarcados no se marco un poder político desde esa instancia, reduciendo el matriarcado a una organización puramente familiar.”⁴

⁴ Engels, Friedrich. **Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**. Págs. 23-24

“Poco a poco los grupos humanos se vuelven más sedentarios, haciendo la aparición de la agricultura y la ganadería, el hombre se convierte en el ascendiente común directo del grupo y por lo tanto comienza a surgir otra forma de uso familiar, de poder y decisión como lo sería el patriarcado, fundándose así una forma primitiva de organización política fundada, desde luego, en vínculos de sangre.

El parentesco se transmitía exclusivamente por línea femenina, sin que la madre tuviera la supremacía absoluta sobre el grupo familiar; y que luego, después de dejar el grupo la vida nómada, se convirtió progresivamente a una rudimentaria organización política de descendencia patrilineal a la cual se llamo patriarcado, la cual tuvo por base un sistema agropecuario que admitía la línea de parentesco por los lazos de sangre transmitidos ahora únicamente por el padre y jefe del grupo familiar.”⁵

1.1.1. Teoría creacionista

“Sustentada por los teólogos y religiosos cristianos, indica que desde la creación de los seres humanos han pasado unos siete mil años, y tal como lo expone el autor francés Jaques Pirenne al escribir que en la Biblia aparece la creación del mundo únicamente 1700 años antes del diluvio sumerio.”⁶

⁵ Engels, Friedrich. **Ob. Cit.** Págs. 23-24

⁶ Pirenne, Jacques. **Historia universal: las grandes corrientes de la historia.** Pág. 304



Así pues las culturas que profesan el cristianismo tienen como origen único de la humanidad y por ende el de la familia. Para la teología cristiana, incluyendo otras como el islam y el judaísmo, la fe en el Dios creador constituye la respuesta al origen del mundo y al sentido y fin de la historia.

En suma se considera que todos los animales y demás seres han sido creados por la voluntad divina. También es claro que la doctrina cristiana no reconoce en ningún momento al matriarcado como la primera forma de organización puramente familiar.

1.3. Evolución de la familia

La evolución de la familia se ha ido desarrollando en cinco fases en la presente investigación: la promiscuidad sexual, la familia consanguínea, la familia punalúa, la familia sindiásmica y la familia monogámica.

1.3.1. La promiscuidad sexual

“El primer estado de la vida humana fue el de la promiscuidad sexual, se trata de una conducta sexual desordenada, donde los vínculos de parentesco no parecían tener importancia. Con esta tradición y costumbres no podía existir concepto claro de la familia y aún menos de parentesco.

Los hijos recién nacidos o apenas criados por las madres dejaban de reconocerlas, todas las mujeres podían pertenecer a todos los hombres.

En esta etapa de la existencia del ser humano, el concepto de la animalidad se vivió en forma por demás acentuada en lo que concierne al aspecto sexual y crianza de los hijos.

Los celos en frío es decir fuera de la época de celo, y la repugnancia al incesto, eran entonces perfectamente desconocidas. No existían más sentimientos relativos a la familia que el del amor animal y el de la protección sobretodo materna a los niños recién nacidos y pequeños.”⁷

Es decir que en esa etapa de la existencia del ser humano, el concepto de animalidad se convirtió en la forma más acentuada en que concerniere al aspecto sexual y crianza de los hijos, no dándole mayor importancia a los vínculos de la familia estable y consolidada.

1.3.2. La familia consanguínea

Respecto a este tema, los verdaderos sentimientos de la familia nacieron más tarde en forma muy rudimentaria. Su principal característica es la relación con los lazos de sangre que unen a sus integrantes. Con la familia consanguínea que representó un segundo estado; consistía en el matrimonio por grupos, según generaciones; era una especie de promiscuidad por generaciones.

⁷ Engels, Friedrich. **Ob. Cit.** Págs. 32-33

“Todos los padres y madres, hijos e hijas, nietos y nietas se consideraban esposos entre sí. Los hermanos y primos varones en primero, segundo y restantes grados, constituían el grupo de los maridos de sus hermanas y primas. En esta etapa o período el vínculo fraternal era también sexual: nacer hermanos equivalía a nacer cónyuges. Solo estaba prohibido el comercio carnal de los ascendientes con los descendientes; o sea de los abuelos y padres con los hijos. La fisonomía típica de una familia de esta clase consiste en descender de una pareja; y en que, a su vez, los descendientes en cada grado particular son entre sí hermanos y hermanas, y por eso mismo maridos y mujeres unos de otros.

La familia consanguínea ha desaparecido. Ni aún los pueblos más groseros de que habla la historia nos presentan ningún ejemplo de ella. Pero nos vemos obligados a admitir que ha debido existir, puesto que el sistema de parentesco hawaiano que aún reina hoy en toda la Polinesia, expresa grados de parentesco consanguíneo que solo han podido nacer con esa forma de familia; y nos vemos obligados a ello por todo el desarrollo ulterior de la familia, que exige esa forma como estadio previo necesario.”⁸

1.3.3. La familia punalúa

Si el primer progreso de la organización ha consistido en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo ha consistido en la exclusión de hermanos y hermanas.

⁸ Engels, Friedrich. **Ob. Cit.** Págs. 47-49

“Significa una nueva y provechosa conquista de la civilización. Esencialmente estableció la exclusión de los hermanos en el comercio sexual recíproco. El matrimonio se estableció por grupos de hermanos y primos varones con grupos de hermanas y primas. Los maridos eran pues, hermanos y primos entre sí, y también las mujeres; pero no existía ningún parentesco de sangre entre aquellos y estas, no se llamaban entre sí hermanos sino punalúa, es decir, compañero íntimo.

Los hijos varones llamaban padre a todos los hombres del grupo del verdadero padre y de los tíos, y las hijas llamaban madre a todas las mujeres del grupo de la verdadera madre y de las tías. Pero los hijos desconocían en absoluto a sus tías, las hermanas de sus padres, y las hijas a sus tíos, los hermanos de sus madres.

En la familia punalúa, sus miembros tienen por tronco común una madre, y en virtud de este origen, los descendientes femeninos forman generaciones de hermanas. Los colaterales en línea materna se constituyen como un círculo cerrado de parientes consanguíneos por línea femenina, que no pueden casarse unos con otros.”⁹

1.3.4. La familia sindiásmica

También llamada patriarcal; representó el cuarto y penúltimo estado. Hasta la constitución del patriarcado, la filiación fue siempre uterina. En adelante, aunque conservando rastros de esta, se hizo agnaticia. Llegaron a coexistir en el lenguaje dos nomenclaturas de parentesco: la antigua y matriarcal y la moderna o patriarcal.

⁹ Engels, Friedrich. **Ob. Cit.** Págs. 49-51

Se entabló una lucha entre el antiguo derecho materno y el moderno derecho paterno para hacer prevalecer tanto al matriarcado como al patriarcado y fue ardua la lucha entre las familias y no fue sino hasta que se dio cumplimiento a la fuerza física del hombre con relación a la de la mujer cuando comenzó a prevalecer el sentimiento de que era mejor la forma patriarcal, ya que llevaba consigo el poder físico y cierta forma primitiva de ejercicio vital político en función y beneficio de la familia, de la tribu, y lo que hoy en día se ha dado en llamar beneficio y bienestar común.

El hombre tenía una mujer principal entre sus numerosas, la poligamia e infidelidad ocasional era un derecho para los hombres, al mismo tiempo se exigía la más estricta fidelidad a las mujeres y su adulterio era castigado cruelmente, sin embargo, el vínculo conyugal se disolvía con facilidad por una y otra parte, y después, los hijos pertenecen a la madre. Se puede afirmar que en esa etapa el desarrollo del ser humano prevaleció una tenaz lucha por el derecho. Uno enfocado por el matriarcado y sus formas y otro por el patriarcado y su propia óptica del ejercicio del poder físico y político.

1.3.5. La familia monogámica

Se caracteriza porque el dominio del hombre o el predominio del hombre es absoluto; la paternidad es indiscutible, y se establece para mantener el derecho de herencia, condición indispensable para poder preservar el dominio y control sobre la propiedad privada. Sin embargo hay que aclarar que en este tipo de familia, se establece con mucho auge la prostitución y el adulterio, aunque este último en muchas localidades se ejerce al margen de estatutos legales.

Antes de esa etapa los usos de propiedad eran simples y ya con la familia monogámica la misma se extiende a otros usos como la tierra, las armas, el vestido, etc.

Se hace ineludible una consolidación firme de la familia y hasta de cierto rigor militar, tanto para la disciplina de la producción como para la defensa de lo producido. En esa etapa se domestica el ganado y se ejerce la agricultura.

El varón dotado de mayor fuerza y que no ofrece los problemas de la preñez y de la lactancia que presenta la mujer, adquiere un tipo de autoridad en forma absoluta sobre la familia. Para evitar penurias como el hambre, la derrota, el desdén, había que seguirle y obedecerle. Se funda el predominio del hombre y así se establece el patriarcado.

Es de recalcar que se acentúa la crianza de ganado, la agricultura, la posesión de tierras, entonces comienzan los orígenes del Estado. La propiedad común pasa a ser particular y se reservan ciertas tierras como públicas.

Se hace necesario aclarar, que para algunos estudiosos del tema, el orden de la evolución, según Giorgio del Vecchio, esta representada por fases sucesivas: "la horda, matriarcado y patriarcado, haciendo la salvedad que la horda no constituyó la primera forma de organización familiar ni política, sino la forma de convivencia social, regulada por normas poco estables." ¹⁰

¹⁰ Del Vecchio, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Pág. 103



1.4. Definición

“El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Estas relaciones integran el derecho civil. En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges.

“El interés familiar limita las facultades individuales. También se dice que el derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre si y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco. El derecho de familia es la parte del derecho civil que se ocupa de las relaciones jurídicas entre personas unidas por el vínculo del parentesco.”¹¹

Su ubicación en la sistemática jurídica guatemalteca comprende: El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estipula que: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”

¹¹ Pérez Duarte, Alicia Elena. **Derecho de familia**. Pág. 20



Además de que la familia está protegida en la Carta Magna, la ley la ubica dentro del derecho civil y, por consiguiente, del derecho privado. Se podría ubicar dentro del derecho social según las corrientes modernas. Sin embargo dentro de las demás ramas del derecho existen normas que también estipulan aspectos de la familia y su protección.

El Código Civil, Decreto Ley número 106, regula unitariamente a la familia, dedicándole el Título II, del Libro I, que en los respectivos capítulos trata de: "Del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, patria potestad, alimentos, tutela, patrimonio familiar y registro civil."

Siendo la familia un grupo de personas con lazos consanguíneos y/o de afinidad más sólidamente formado a través de la historia, como grupo social regulado por el derecho, convergiendo sobre tal realidad social el derecho, la religión, la ética y las costumbres; de gran importancia considerándose incluso como el núcleo político embrionario del Estado, resulta imperativo definir el derecho de familia.

Existen muchos tratadistas que han vertido diversidad de criterios, de los cuales se citarían algunos, pero se puede indicar que en sentido subjetivo, el derecho de familia es el conjunto de facultades, poderes que pertenecen al ente familiar como tal o a cada uno de sus miembros entre sí y respecto de terceros; en sentido objetivo, el derecho de familia es el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares.



Una definición elemental la proporciona Manuel Ossorio relacionándolo como: “La parte o rama del Derecho Civil relativa a los derechos y deberes, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda la sociedad.”¹²

La definición sitúa al derecho de familia como parte del derecho civil; sin embargo, debe considerarse que el Estado puede abandonar el derecho, resto del privado a las decisiones de los particulares, circunstancia que no ocurre con las instituciones familiares, dado el interés general que entrañan.

Antonio Cicu, coloca al derecho de familia junto al derecho público, pues “la característica de esta rama, radica en que el Estado actúa como extraño en las relaciones de los particulares, reconociendo al individuo con la libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines.”¹³ Indica el relacionado autor, que en el derecho público tal y como sucede en el derecho de familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados.

Rafael Rojina Villegas critica la tesis por estimar que “el derecho público es el derecho del Estado, contrario de todas las normas que regulan la conducta de particulares, independientemente del interés en juego o de la igualdad o desigualdad de las situaciones jurídicas, serán normas de derecho privado, por cuanto no se refieren a la estructuración jurídica del Estado.”¹⁴

¹² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 302

¹³ Cicu, Antonio. **El derecho de familia**. Pág. 122

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil I**. Pág. 19



Considerando que el derecho de familia encuentra su lugar dentro del derecho privado en general, que el problema consiste en determinar si corresponde al derecho civil regular bajo un mismo sistema de normas tanto los problemas de orden patrimonial que se presentan entre particulares, en cuanto a los de naturaleza familiar que tienen una especial caracterización aún cuando tengan en algunos casos, consecuencias de orden económico.

Julien Bonnecase entiende que el derecho de familia es “el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto, de una manera exclusiva, o principal, o accesoria, o indirecta, es regular la organización, vida y disolución de la familia.”¹⁵

Federico Puig Peña define que: “Se entiende por derecho de familia al conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En sentido subjetivo los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones en cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar”.¹⁶

1.5. Caracteres del derecho de familia

Ruggiero, “establece caracteres del Derecho de Familia, de sus normas, instituciones y sujetos, indicando los siguientes:”¹⁷

¹⁵ Bonnecase, Julien. *Filosofía del código de Napoleón aplicada al derecho de familia*. Págs. 32-33

¹⁶ Puig Peña, Federico. *Ob. Cit.* Pág. 22

¹⁷ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones del derecho civil*. Pág. 675



1.5.1. Fondo ético de sus instituciones

Dado que las normas del derecho de familia tienen más carácter moral que jurídico, se entiende que la familia se regula exclusivamente por normas jurídicas (derecho), recibe también influencias religiosas, consuetudinarias y morales, provienen los preceptos más esenciales que la legislación presupone, de la misma ética.

El Estado interviene fortaleciendo los vínculos, garantizando la seguridad en las relaciones, disciplinando el organismo familiar con el objeto de cumplir sus fines.

1.5.2. Predominan las relaciones estrictamente personales sobre las de carácter patrimonial

El derecho de familia es disciplina de condiciones personales o estados, es inherente a la persona y se imponen como derechos absolutos, respecto de todos y fuera del grupo, Ruggiero asevera que de los estados surgen relaciones económicas y patrimoniales, lo que se denomina derechos familiares, contrapuestos puramente a los derechos familiares.

Dichas relaciones económicas adoptan una configuración especial cuando se dan dentro de la familia, las relaciones de contenido económico y los derechos ofrecen carácter patrimonial; sin embargo la norma jurídica en el derecho de familia, persigue fines que trascienden lo individual protege intereses superiores o sea los intereses de la familia.



1.5.3. Prevalece el interés social sobre el interés individual

En las disposiciones relativas al derecho de familia, contrariamente a otras ramas del derecho civil, el interés individual es opacado por un interés superior, que no es más que el de la familia. La tutelaridad jurídica se enfoca a proteger y satisfacer las necesidades de la familia y no del individuo.

1.5.4. Características

a) Universalidad

El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.

b) Unidad

Los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.

c) Indivisibilidad

La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos; por ejemplo, si es soltero, es soltero ante todos.

d) Oponibilidad

El estado de familia puede ser opuesto erga omnes para ejercer los derechos que de él derivan.



e) Estabilidad o permanencia

Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Por ejemplo, el estado de casado puede transformarse en estado de soltero.

f) Inalienabilidad

El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.

g) Imprescriptibilidad

El transcurso del tiempo no altera el estado de familia ni tampoco el derecho a obtener el emplazamiento. La institución familia es inherente a la persona.

No puede ejercerse por alguna otra persona que no sea su titular y no puede ser transmitido mortis causa. No pueden reemplazarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia, solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores.

1.6. Clases de familia

La familia puede ser constituida de forma variable, dependiendo de diversos factores, que pueden ser, sociales, económicos, políticos, religiosos, jurídicos, históricos, etc., sin embargo son dos las formas más comunes de integración familiar, en relación con los miembros que la conforman:



a) Familia extensa

Cuando se integra además de la pareja y de sus hijos, a los ascendientes de uno o ambos de sus miembros, a los descendientes en segundo o ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto, sexto o más grados, a los afines y a los adoptados. En la antigüedad se dio en el pueblo romano, y aún es común en la actualidad en el medio rural.

b) Familia nuclear o conyugal

Cuando se integra exclusivamente por miembros del núcleo familiar, es decir, el hombre, la mujer y sus hijos. Este tipo familiar es el prototipo de la familia urbana.

1.7. Función de la familia

La familia y sus miembros cumplen un significativo papel en el desarrollo de la comunidad. Las funciones propias de la familia aunque no exclusivas, son las siguientes:

a) Función reguladora de las relaciones sexuales

A través de la historia, las culturas establecen al matrimonio como el fundamento de la familia, esencia de ésta, la reguladora de las relaciones sexuales de la pareja, no obstante que existan individuos que establezcan relaciones sexuales fuera del matrimonio, ello no le quita a la familia ser la reguladora por excelencia de las relaciones sexuales.

b) Función reguladora de la reproducción

La pareja, en la familia, tiene como finalidad la reproducción humana. La procreación es en buena parte sinónimo de familia, aun cuando se de el caso de que engendrar a un hijo, no cree lazos familiares, como cuando el hombre en una relación sexual ocasional con una mujer que no es su pareja, y concibe un hijo, que generalmente no habrá relación padre - hijo, por lo que no va a crear familia, en cambio con la madre si habrá relación con el hijo y crearan familia. La reproducción, más que función propia de la familia se convierte en fuente de la misma.

c) Función económica de la familia

La función, presenta un doble aspecto: La familia es una unidad productora de bienes y servicios y, sus miembros contribuyen al aporte económico llevando a cabo diferentes variantes, por ejemplo en una misma unidad de familia sus miembros pueden ser trabajadores de una empresa familiar o bien pueden trabajar fuera del entorno familiar y así contribuir a la economía de la familia.

Dentro del tema de consumo familiar, para la satisfacción de necesidades materiales de la familia, como lo es el alimento, la vivienda, el vestido, la salud, que se da dentro del núcleo familiar ya sea en su propia morada o el consumo fuera del hogar como la recreación, la tintorería, restaurantes, hoteles, entre otros. La familia considerada como unidad económica de producción y consumo de bienes y servicios, se dio más en el pasado, y actualmente se realiza con mayor frecuencia en el medio rural que en la ciudad, ya que estas producen sus propios alimentos, vestimentas y herramientas de trabajo y lo consumen en su mismo hogar.



Por otro lado, en el medio urbano, la familia con ingresos colectivos de sus miembros está desapareciendo, derivado que en algunas familias sus miembros llegan a ser autosuficientes, y se independizan económicamente y del patrimonio familiar se pasa al individual separado, incluso el de los cónyuges cuando ambos trabajan.

d) Función educativa y socializadora

Las normas y enseñanzas éticas básicas de conducta, educación, cultura y moral se adquieren dentro del núcleo familiar, en donde se funda el carácter de los niños y adolescentes, por tal razón la familia y su función educativa y socializadora de sus miembros es de suma importancia, ya que esta base servirá a sus miembros en toda su vida. La responsabilidad de formación básica, principalmente recae en los padres para con sus hijos y esto es un tanto difícil y enorme, dado que los hijos normalmente se guían por la conducta de sus progenitores.

Otras instituciones fuera del ámbito familiar, contribuyen a la educación y socialización de los miembros menores de una familia, como las guarderías y escuelas, pero su papel aunque importante, viene siendo secundario, dado que los cimientos de toda buena educación, se traen desde el seno familiar.

1.8. La familia como persona jurídica

Algunos autores han afirmado que la familia representa una persona jurídica, y para apoyar su criterio aportan que las mismas poseen bienes y que los jefes de familia actúan como sus voceros y representantes.

El llamado bien de familia no pertenece a su agrupación en su conjunto, sino únicamente al titular del derecho; la ley ha intervenido únicamente a manera de protección, estableciendo algunas limitaciones destinadas a evitar su gravamen.

Para afirmar, entonces que no existe tal personalidad jurídica, que por otra parte tampoco es necesaria para el cumplimiento de los fines legales del organismo. Hauriou y George Renard, han realizado estudios especializados tendientes a determinar la naturaleza de la institución de la familia. "Hauriou recalca el hecho que la idea del contrato no explica satisfactoriamente algunas vinculaciones jurídicas, las cuales están integradas por elementos sociales cuya duración no puede ser determinada por las voluntades individuales de sus integrantes." ¹⁸

Se designan con el nombre de instituciones, que traduce claramente el concepto de que estas entidades se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros aun de la misma ley. Puesto que ésta última no puede desconocérselas sin violar normas elementales del derecho natural.

Según Prelot, "debe entenderse por instituciones una colectividad humana organizada, en cuyo seno las diversas actividades individuales están compenetradas de una idea directora, y se encuentran sometidas para su realización a una autoridad y a reglas sociales." ¹⁹

¹⁸ Tintaya Quenta, Eliseo. **Principios de la familia en la educación jurídica.** <http://www.monografias.com/trabajos16/familia-jurídica>.

¹⁹ Prelot, Marcel. **La ciencia política.** Pág. 87

La familia debe ser considerada entonces como una institución típica, sumamente importante, quizás la más importante de todas, ya que representa en esencia la base elemental de la organización de toda la sociedad.

1.9. Naturaleza del derecho de familia

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho de familia es una sub-rama del derecho civil, no obstante, el derecho civil se encuentra estructurado sobre la base de la persona individual y, se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas solo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad.

En la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho, con principios propios. Sin embargo, para considerarse autónoma del derecho, con principios propios, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial. Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un Código de Familia (por aparte de un Código Civil).

Ese ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá y Rusia, entre otros. Además, y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente: Juzgados o tribunales de familia. En Guatemala estos Juzgados fueron instituidos a través del Decreto Ley número 206 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdia, en el año 1964 Ley de Tribunales de Familia.



1.10. Instituciones del derecho de familia

- a) El matrimonio;
- b) La filiación;
- c) La adopción;
- d) Patrimonio familiar;
- e) La sucesión;
- f) La tutela.

1.11. Ubicación del derecho de familia en el campo de las disciplinas jurídicas

“En la rama del derecho privado, el derecho civil y algunos tratadistas lo ubican como derecho social, existiendo corrientes doctrinarias que tratan de separarlo del derecho civil e inclusive del derecho privado, que se originaron a principios del siglo XX, siendo el principal exponente el Italiano Antonio Cicu.”²⁰

²⁰ Cicu, Antonio. **Ob. Cit.** Pág. 123



CAPÍTULO II

2. La relación familiar

2.1. Concepto de relación familiar

“Término que deriva del latín “vinculum”, de “vincere”. Significa unión o atadura de una persona o cosa con otra. Se usa también para expresar: unir, juntar o sujetar con ligaduras o nudos. Se refiere a atar duraderamente.

Es preciso distinguir dos conceptos diferentes: vínculo y relación. El primero con características de ligadura inconciente y el segundo como la multiplicidad de sus manifestaciones. El vínculo entre un padre y un hijo o entre un esposo y una esposa, da cuenta de una estructura que los envuelve y los inviste más allá y más acá de las ligaduras incluidas en la misma.”

La relación entre un padre y un hijo, o entre un esposo y una esposa es el conjunto de realizaciones donde se manifiesta la matriz inconsciente del vínculo. El ser humano nace y vive en un mundo de vínculos. Estar sólo implica provisoria o definitivamente la idea de des vínculo, con la posibilidad de estar acompañado por las relaciones objetales, registros internos de buenas experiencias que permiten sobrellevar ese estado. Soledad implica al estado mental individual o compartido de estar ligado en un vínculo impregnado de malestar; donde inconscientemente (sin saberlo) deja y es dejado solo/la por el otro, con la amenaza de caer en el estado de desamparo.

En la Estructura Familiar Inconsciente -EFI- se describen una serie de vínculos que ligan una serie de lugares ocupados por lo general, teniendo la misma denominación del lugar. El vínculo de alianza liga los lugares de esposo y esposa ocupados por cada uno de ellos, se enfatiza desde el punto de vista del matrimonio. El vínculo de filiación liga los lugares de los padres con el de los hijos, ocupados respectivamente por el del padre y de la madre; y en un momento posterior por el de los hijos.

Los vínculos del parentesco y sus denominaciones

“El parentesco proviene del latín parentes, radica en un conjunto de nombres que sirven para designar a los parientes y se acompañan además, por series de comportamientos afectivos afines a las denominaciones.”

Vínculos familiares

Comenzando el siglo XXI, hablar de ciencia, es hablar de complejidad y en el terreno de las ciencias sociales es poder comprender más ordenada e inteligiblemente el concepto de cultura y ser humano.

Afirma C. Geertz: “Dar el gigantesco paso de apartarse de la concepción de la naturaleza humana unitaria significa, en lo que se refiere al estudio del hombre, abandonar el Edén.”²¹

²¹ Geertz, Clifford. **La interpretación de las culturas**. Pág. 207

Siguiendo el abordaje antropológico de Geertz, "se entiende por cultura los mecanismos de control... que gobiernan la conducta. Con esta concepción de cultura, entendida como una serie de dispositivos simbólicos capaces de controlar las conductas, sostenemos que por la cultura, el ser humano, en vinculación permanente con otros llega a ser persona.

De esta manera el individuo llega a ser persona guiado por los esquemas culturales, significantes y específicos y en un momento histórico determinado, lejos de esta forma, del paradigma que en un momento proclamó que lo humano podía ser definido por la reproducción."

Para efectos específicos del tema presente, la realización de las visitas de los padres, es un derecho que encuentra su base en la naturaleza misma y debe ser irrenunciable; sin embargo la legislación moderna va más allá reconociendo el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, con la única salvedad de que lo anterior fuere contrario al interés superior del menor.

La relación familiar y específicamente el contacto paterno-filial no puede, ni debe, quedar supeditado a la subsistencia de la relación de los padres, tomando en cuenta que el principal afectado por la separación o simple desavenencia de sus progenitores es el menor de edad producto de dicha relación, no solo porque continúa amando a ambos padres, sino por el temor que nace de que alguno de ellos pueda dejar de quererle.



Es importante mantener una relación estable y el mayor contacto posible entre el niño el progenitor con quien no se convive, puede de algún modo dar seguridad al menor y mitigar el daño que toda separación produce. Es el contacto el que da contenido a la llamada Relación paterno-filial y en el sentido más amplio Relación Familiar, doctrinariamente derecho de visitas.

El derecho de relacionarse con su menor hijo corresponde al progenitor que no disfruta de la guarda y custodia de sus hijos menores, tiene fundamento en elementales principios de orden natural, debiendo procurarse el mayor acercamiento posible entre ambos, requiriéndose de forma principal que no se deteriore la relación, de allí que deba evitarse toda decisión que tienda a limitarla o incluso cercenarla impidiendo el acercamiento del menor con su progenitor.

Dos son los ordenamientos jurídicos que inciden, en mayor o menor grado, en el tema de la relación familiar objeto de este análisis. Estos son el Código Civil y la Convención sobre los Derechos del Niño. El Código Civil aporta conceptos en cuanto a la patria potestad y su ejercicio, mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño, introduce como derecho del menor que se encuentre separado de su progenitor, a mantener contacto directo de modo regular.

La relación familiar, consagrada en la Convención de los Derechos del Niño en el numeral 3 del Artículo 9, tiende a mantener ileso el núcleo familiar, no obstante la separación de los progenitores, dado que el menor requiere de ambos para desarrollarse emocionalmente.



Ambas normas generan o son susceptibles de generar, situaciones que deben analizarse para encontrar la solución de tales problemas considerando el status de cada uno de los hijos en particular consagrando el interés superior del niño. La patria potestad compartida en el matrimonio, y su ejercicio por quien ejerza legalmente la tenencia, como en el caso de las madres solteras, debe concordar con el presupuesto legal que siempre que exista pugna de derecho e intereses entre el padre y la madre, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.

No obstante la doctrina le otorga el nombre de derecho de visitas, el que rara vez se instrumenta en forma de visitas a los menores en el hogar que comparten con el otro progenitor.

Es decir, siempre que las condiciones de salud y de edad del menor lo permitan, la relación paterno-filial (derecho de visitas) es, en realidad, el derecho del otro progenitor de hacer efectivo el contacto con su hijo y supervisar su educación implicando esto el retiro del menor de su hogar y su reintegro después de un periodo de tiempo establecido en una sentencia o bien convenido por los padres, de manera que solo si se trata de un menor enfermo o imposibilitado, las visitas podrán realizarse en el domicilio del menor, el que, por regla general, será el del otro progenitor.

Sin embargo, en condiciones normales, la relación paterno-filial se instrumentará a través de paseos, los que serán de mayor o menor duración, y aun de alojarse en la casa del otro progenitor así como también de vacaciones conjuntas, eso sí atendiendo la edad y situaciones personales del menor relacionado.



De tales circunstancias se desprende que cuando por la edad del menor, no resulte indicado que se separe largo tiempo de su madre, podrá optarse por materializar la relación familiar en el domicilio de un familiar o de un amigo común; a menos que la relación de los padres del menor permita, que sin que se ocasionen situaciones violentas, la relación se haga efectiva en el propio domicilio del hijo y se sugiere que solo cuando no existe otra opción posible pueden realizarse las visitas en un establecimiento público.

El derecho de visitas que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus menores hijos se funda en elementales principios de orden natural, por lo que su regulación debe efectuarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos. De lo que se trata en la relación familiar, es establecer un régimen de visitas apropiado, es decir, permitir que el contacto entre el menor y su progenitor se asemeje, lo más posible, al que hubiera habido de no haberse producido la ruptura de la convivencia de los padres del menor.

Se pretende que mediante la relación familiar, que incluye el contacto telefónico y la participación en los festejos y actos importantes para el menor hijo, se facilite el logro de una relación que guarde semejanza con la que se daría en la convivencia; en consecuencia, y dada la necesidad de que se otorgue la guarda y cuidado del menor a uno solo de sus progenitores, deviene necesaria la fijación y regulación de la relación paterno-filial y que ésta sea amplia y libre para satisfacer las necesidades de los menores y también de sus progenitores.

El adecuado contacto que debe mantenerse entre los padres y sus menores hijos, no debe verse limitado por reglas fijas y lugares predeterminados, que cercenen a dicho contacto la espontaneidad que tal clase de relación requiere para alcanzar la total plenitud, si bien parece preferible que los padres acuerden de forma amistosa las visitas a los menores hijos, dicha solución no siempre es posible por lo que los órganos jurisdiccionales deben suplir dicho acuerdo, estableciendo un régimen de visitas al progenitor que no ejerce la guarda y cuidado del menor.

2.2. Necesidad del reconocimiento de la relación paterno filial

La relación familiar o relación paterno-filial, surge del necesario otorgamiento de la tenencia o guarda y custodia del menor hijo a uno solo de sus progenitores y la necesidad de mantener el contacto físico y emocional entre aquel y el padre con quien no se mantiene la convivencia.

El derecho surge de la patria potestad y se conoce doctrinariamente como derecho de visitas, es tan obvia su existencia que carece casi de regulación legal específica, no obstante, tal carencia no impide su reconocimiento judicial con fundamento en el derecho natural y con características cada vez mas amplias, basándose en un solo Artículo de la Convención de los Derechos del Niño e interpretando de forma amplia las normas de patria potestad contenidas en el Código Civil. Ante tal ausencia de regulación legal no solo en cuanto a la relación padre hijo sino en un sentido más amplio, el derecho de visitas de los demás parientes, se considera necesario su reconocimiento e introducción dentro del ordenamiento sustantivo civil.



2.3. Base legal

2.3.1. Acuerdo entre los padres

Cuando ambos padres no tienen inconveniente en pactar los horarios de relación familiar, lo pueden plasmar en un documento privado con firmas legalizadas, en escritura pública, presentándolo posteriormente al Juzgador para su homologación y efectos consiguientes; también pueden presentarse a un Juzgado del Orden Familiar a manifestar su voluntad y el Juez si el acuerdo no violenta el derecho vigente, aprueba el mismo y surte sus efectos.

Cuando dos personas unidas en matrimonio solicitan judicialmente su separación o divorcio a tenor de lo establecido en el Artículo 429 del Código Procesal Civil y Mercantil presentarán al Juez un proyecto de convenio en que consten los puntos siguientes:

- 1) A quien quedan confiados los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio,
- 2) Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos;
- 3) Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer, si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y
- 4) Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.



El convenio no perjudicará a los hijos, quienes a pesar de las estipulaciones, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y educados, con arreglo a la ley, aunque en el caso de los divorcios por mutuo consentimiento; la ley no obliga de forma expresa a los cónyuges a convenir sobre la relación paterno filial, la interpretación amplia del último párrafo del Artículo relacionado, permite al Juez sugerir que lo convengan dentro de la junta conciliatoria o en todo caso decretar una relación en forma libre, con el único límite de que no afecte los horarios de alimentación, descanso ni estudio del menor hijo. Sin embargo, se analiza que por imperativo legal dentro de los divorcios por mutuo consentimiento, puede omitirse el acuerdo sobre las cuestiones relacionadas a la relación familiar, sin que ello impida decretar el divorcio.

2.3.2. Inexistencia de acuerdo

A falta de un convenio entre los progenitores, la relación familiar tiene actualmente un reconocimiento legal parcial y aunque las normas reguladoras de las mismas son escasas, dejan en claro que el ejercicio de la guarda y cuidado del menor no perjudica el derecho del padre que no lo tiene de fomentar una adecuada comunicación con sus hijos y supervisar su educación.

No obstante lo anterior la Convención de los Derechos del Niño, base legal por excelencia de la relación familiar, se funda en elementales principios de derecho natural y establece claramente el derecho que tienen los menores de mantener contacto directo con ambos padres de modo regular; derecho que solo puede ser restringido cuando de su ejercicio puede derivarse un peligro para la salud física o moral de los menores.



Es necesario que aunque, con una aplicación amplia de normas de patria potestad, establezca la relación familiar, inmediatamente después del surgimiento de la separación de los progenitores, de manera que se afecte en la menor forma posible a los hijos, quienes no deben perder afectos por la desintegración de la familia.

Al tenor del Artículo 253 del Código Civil, el padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad; ésta norma no implica otra cosa que el mantenimiento de un adecuado contacto y supervisión de la educación de los hijos menores de edad, obligación que tiene implícito el derecho de relacionarse y mantener contacto con sus hijos no obstante no haberse concebido dentro del matrimonio.

Si aun durante la convivencia de los padres, la toma de decisiones fundamentales o no, referidas a los hijos puede generar agrias controversias entre los progenitores, en las que uno u otro de ellos imponga su voluntad o se llegue a una solución intermedia que a ninguno satisfaga, con mayor razón se convertirán en fuente de discordia con posterioridad a la ruptura del vínculo afectivo entre los padres, en caso de desacuerdo entre los padres es un juez quien deberá decidir cuál es la solución más conveniente tanto para los padres pero principalmente para el menor hijo.

El desacuerdo entre los progenitores no es exclusiva de los padres no convivientes, aunque indudablemente es más frecuente en estas circunstancias.



Ante la situación que los progenitores de un menor de edad no convengan respecto de los horarios de relación paterno filial, se deberá acudir a un Juzgado del ramo de familia a que se fije el mismo dentro de un juicio oral de regulación de relación familiar, de conformidad con lo establecido en el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia.

Parte fundamental en los procesos de naturaleza familiar como el relacionado, lo constituye el estudio socio-económico practicado por las trabajadoras sociales adscritas a los Juzgados y el informe psicológico tanto de los progenitores como de los menores practicado por el departamento de psicología del Organismo Judicial, elementos auxiliares del Juez al emitir su fallo.

2.4. Como medida cautelar

Se habla de horario de relación familiar definitivo, cuando aquel fuere establecido judicialmente en sentencia o auto (si fuera el caso de un juicio o incidente), o bien el establecido de común acuerdo entre los progenitores; en ese orden de ideas el horario de relación familiar provisorio, se establece para regir exclusivamente durante el lapso de la tramitación del juicio oral, que llevará en su momento procesal oportuno al establecimiento del horario definitivo.

La fijación de un horario de relación familiar se establece dentro del proceso oral, como medida cautelar, destinada a la no interrupción del contacto padre-hijo, durante la tramitación del juicio, consecuentemente, su establecimiento está sujeto a los menores requisitos que conducen a la fijación del horario definitivo fijado en sentencia.

Sin embargo, el establecimiento de un régimen de visitas provisional no implica un prejuicio por parte del tribunal, porque se reconoce el derecho natural de los progenitores y el derecho de los menores de relacionarse con sus padres, antes de hacer la valoración de los medios probatorios y de convicción que se diligencian durante el proceso, los cuales podrían hacer variar la resolución final.

Es de hacer notar que en los procesos referidos a relación familiar tal como lo que ocurre en los procesos de alimentos, la decisión judicial es revisable tantas veces como se modifiquen las circunstancias de hecho que hayan conducido a su fijación.

2.5. Particularidades de la relación paterno o materno filial

Para establecer un horario de relación familiar que resulte sano y adecuado para la familia, satisfaciendo tanto al menor como al progenitor, deben tenerse en consideración algunas circunstancias que no son de naturaleza legal sino biológicas, psicológicas y sociales, que atienden a las variaciones que presentan los requerimientos de un menor versátiles en el tiempo por razón de su edad, escolaridad, tiempo libre y vida social. Al mismo tiempo deben considerarse circunstancias propias del progenitor como su trabajo y, eventual formación de una nueva familia.

Adecuar los requerimientos de ambas partes al momento de la fijación de un régimen de visitas evitará que su modificación deba replantearse, puesto que lo decidido no produce cosa juzgada, la inminente necesidad de estabilidad de los menores requiere que el establecimiento de la relación traiga consigo la tranquilidad en la misma.



Al establecer un régimen de visitas, la edad cobra especial importancia. Si se trata de menores de temprana edad, deben establecerse períodos cortos, un lugar no muy alejado de su ámbito de referencia habitual y suficientemente frecuentes; lo que no ocurre con menores adolescentes, en que los horarios y salidas debieran ser más flexibles, admitiéndose períodos más largos y que incluso se alojen en casa del progenitor que no goce de su custodia

Consideración aparte merece el menor hijo adolescente, es sano permitir a éste pautar por sí mismo y junto con el progenitor cuáles son los momentos que resultan más convenientes para ambos y qué actividades desean compartir. También debe tomarse en cuenta las actividades del menor, las que indudablemente han de ser respetadas, específicamente sus horarios de alimentación y estudio.

2.6. Instituciones de donde surge la relación familiar

Existen varias instituciones dentro del derecho de familia de donde surge la relación familiar y aunque en sentido estricto deriva de la patria potestad, cabe mencionar también el parentesco, el matrimonio y la adopción.

2.6.1. Patria potestad

Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad.²²

²² Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 728

Para Galindo Garfías “la patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados, no es propiamente una potestad sino una función propia de la paternidad y la maternidad.”²³

El ordenamiento sustantivo civil, establece que patria potestad es la que se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio. Así como también en la unión de hecho y por el padre o la madre en cuyo poder se encuentre el hijo en cualquier otro caso y en cuanto a los menores de edad únicamente estarán bajo la patria potestad los que hayan sido declaradas en estado de interdicción.

2.6.2. El parentesco

El Código Civil argentino lo define como “el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco.”²⁴

Del latín *parens-entis*. “Es el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común.”²⁵

El parentesco se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco en los Artículos 191 y 192 del Código Civil. Es el lazo establecido a raíz de consanguinidad, adopción, matrimonio, afinidad u otro vínculo estable basado en el afecto genuino.

²³ Galindo Garfías, Ignacio. **Derecho civil**. Pág. 338

²⁴ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 714

²⁵ Galindo Garfías, Ignacio. **Ob. Cit.** Pág. 339

2.6.3. El matrimonio

“Del latín matrimonium. Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo:

Primero referente a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; luego la referente al conjunto de normas de carácter jurídico que regulan la unión y por último, al estado general de vida que se deriva de las anteriores.”

El Código Civil regula ésta institución en el Artículo 78 estableciendo que el matrimonio “es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

El lazo matrimonial es reconocido a nivel social, tanto a partir de normas jurídicas como por las costumbres. Al contraer matrimonio, los cónyuges adquieren diversos derechos y obligaciones. El matrimonio también legitima la filiación de los hijos que son procreados por sus miembros.

2.6.4. La adopción

La Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, la define como “la institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.”



Del latín adoptio, adopción es la acción de adoptar. Este verbo hace referencia a recibir como hijo al que no lo es biológicamente, con el cumplimiento de diversos requisitos y obligaciones que establece la ley.

La adopción, en este sentido, es un acto jurídico que establece un vínculo de parentesco entre dos personas con una relación análoga a la paternidad. La legislación fija diversas condiciones para que la persona esté en condiciones de adoptar, como una edad mínima y/o máxima y la necesidad de contar con plena capacidad para el ejercicio de los derechos civiles.

2.7. Opinión del menor

La cuestión respecto de si debe tenerse o no en cuenta la opinión del menor en procesos de relación familiar y en qué medida, admite tantas respuestas como procesos se puedan encontrar. La respuesta no puede ser única, sino se ve condicionada por las numerosas circunstancias que rodean al caso que se plantee, y principalmente se refiere a la madurez intelectual y afectiva del menor.

Es claro que la opinión del menor, no puede ser el único elemento a tomar en cuenta para sustentar el fallo respecto del proceso de relación familiar, pero adquiere tanta importancia como pueda ser considerada personal y auténtica por parte del menor. La evaluación de la opinión del menor debe tomar en consideración algunas circunstancias, con el objeto de establecer la valoración que debe darse a la misma.



2.7.1. Edad del menor

A mayor edad, mayor capacidad de objetividad y discernimiento, lo que permite considerar que la opinión emitida se sustenta en un criterio independiente y objetivo, no caprichoso. Indudablemente, la edad determinará el modo de cuestionar al menor.

2.7.2. Opinión auténtica

Es de suma importancia establecer que la opinión pertenezca al menor, esto con el objeto de descartar la posible influencia de alguno de los progenitores con el fin de ganar su preferencia.

2.7.3. El deseo y el interés del menor

Cuando el deseo del menor, resulta contrario a sus intereses a criterio de sus padres o del juzgador, tal deseo no debe ser tomado en consideración, es decir el fallo judicial debe ajustarse al primordial interés del hijo aunque contrarié sus deseos.





CAPÍTULO III

3. Incumplimiento de la relación familiar

3.1. Incumplimiento por el progenitor que no detenta la guarda y custodia

Se hace necesario introducir este capítulo indicando que para un buen desarrollo integral, la niñez necesita de circunstancias básicas, como lo son un conjunto de bienes y servicios que faciliten su desenvolvimiento biopsicosocial y moral. Sin embargo estas necesidades son cada vez más difíciles de cubrir dada la inequitativa distribución del ingreso que se ha profundizado con la crisis y las medidas de ajuste económico, perjudicando particularmente a la infancia y a la juventud. El Diccionario de la Lengua Española define característica como: “Dicho de una cualidad: Que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes.”²⁶

Las características del Derecho de la Niñez y Adolescencia guatemalteca tiene ciertas características, de esta manera conforme al Artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño el cual funda el principio del interés superior del niño: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberán tomar en cuenta como consideración primordial la del interés superior del niño.”

²⁶Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Pág. 301

El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia define los derechos de la niñez como un conjunto de normas de derecho internacional que protegen a las personas hasta determinada edad. Por lo tanto, es indispensable establecer las características de los derechos de la niñez, entre otras están: inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia.²⁷

Por consiguiente en el ordenamiento jurídico interno el derecho de la niñez nace de la Declaración de los Derechos del Hombre y se reconoce en la Declaración de los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra, las cuales se rigen por los mismos principios de los derechos humanos.

Lo anterior, fundamenta la necesidad de regular dichos derechos, pero esta regulación debe estar enfocada en el desarrollo de un sistema que logre la efectiva tutela de la niñez y la adolescencia. Al respecto, el Diccionario de la Lengua Española, define que es sistema: “es el conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí, contribuyen a determinado objeto.”²⁸

En casos concretos puede suceder, planteándose con cierta frecuencia, que el progenitor que no posee la guarda y custodia del menor hijo relacionado, se desentienda o desatienda a sus hijos o los visite tan esporádicamente que no satisfaga las necesidades básicas de los menores.

²⁷ Fondo de Naciones Unidas para la Infancia Resolución 44/25. 22 de febrero, 2014

²⁸ Real Academia Española. **Ob. Cit.** Pág. 1408

Esta actitud produce perjuicios en la relación, primero por recargar las obligaciones de quien posee la guarda y custodia, desempeña sus obligaciones y además supe al progenitor desentendido y por otro lado no cumple con las obligaciones derivadas de la patria potestad. En éste orden de ideas, el daño que se produce al menor hijo es considerable para el desarrollo del mismo, por lo que el menor sufrirá el abandono de su progenitor.

Las visitas esporádicas, breves y espaciadas, incumplimiento en los encuentros acordados en forma directa con el menor o bien la absoluta falta de contacto inciden negativamente en el desarrollo del hijo, provocándole carencias e inseguridades difíciles de subsanar hasta para el progenitor que convive con el menor.

Se hace énfasis en que la situación ideal, se encuentra al tratar de que la separación de los padres tenga la menor incidencia posible en las relaciones de los menores para con ellos individualmente y, hacerles saber que aunque sus progenitores no se encuentran juntos, ambos les quieren y apoyan no solo económicamente sino también cuentan con su apoyo moral.

De lograrse tal actitud el menor encontrará seguridad en el hecho de que ambos padres le aman en la misma forma que lo hacían durante la convivencia, evitando el sentimiento de culpa que podría florecer. El cumplimiento mismo de las visitas por parte del progenitor que no detenta la guarda y custodia del menor hijo, dado su carácter de obligación de hacer, no puede ser objeto de cumplimiento forzoso.

Sin embargo existen algunas acciones para obligar al progenitor permiso a visitar a sus hijos: los apremios y las multas conforme con los Artículos 178 y 179 de la Ley del Organismo Judicial, empero, si el amor y afecto traducido en la relación familiar debe de ser exigido habrá perdido totalmente su significado.

Análisis aparte merecen las circunstancias dadas cuando ocurre la cesación total de las visitas, dicha situación podría configurar un abandono psicológico y moral que, aún cuando se satisfagan las necesidades alimentarias de los menores, pueda ser causa de pérdida de la patria potestad de conformidad con el numeral 4 del Artículo 274 del Código Civil; muy ulterior consecuencia que deberá acreditarse por medio de un proceso oral de pérdida de la patria potestad.

3.2. La niñez y el derecho de familia

El Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, define al niño y la niña como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad.”

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su Artículo 2 establece que “niño o niña es toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad”, y el Artículo 9 segundo párrafo de la misma ley establece que “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual. Estos derechos se reconocen desde su concepción.”

Partiendo de la definición de familia en sentido amplio, se observa claramente la importancia que los hijos, ya sea legítimos o adoptados, tienen dentro de la familia, estableciéndose que si no hay hijos, no hay nuevos ciudadanos, por tanto no habría futuro para las naciones; sin embargo esta definición no contiene que: la familia no solo debe de tener hijos; y aquí es importante recordar la definición de matrimonio que se encuentra en el Código Civil, anteriormente transcrita, la cual abarca lo que las definiciones de familia no han tomado en consideración, alimentar y educar a sus hijos.

Actualmente se observan familias, que no cumplen con estas obligaciones conforme la legislación, y uniendo esto a la definición de derecho de familia, en cuanto al origen, vida y disolución del matrimonio, se puede apreciar que la normativa en determinados casos protege a los niños y niñas, pero que en la práctica se ha olvidado cumplir con estas obligaciones, otorgándole importancia únicamente a la opinión de los padres, sin valorar la opinión de los hijos para que tengan la oportunidad de manifestar lo que desean y lo que es mejor para sus intereses.

Todo ello nos lleva a que en la actualidad con la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia se ha iniciado una reestructuración en el derecho de familia con la creación del principio del interés superior del niño y la niña, lo cual no obstante que ya se encontraba reconocido en otras disposiciones legales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual Guatemala es parte y ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, el 10 de mayo de 1990, mediante Decreto número 27-90, jamás se le dio importancia, por lo que no obstante que era un derecho vigente, no gozaba de positividad.

Por ello necesario tomar en cuenta el interés de los niños y niñas, para que se respeten sus derechos y que sus intereses prevalezcan sobre los de los adultos, función que deben de realizar y garantizar los jueces, siempre que sea lo más conveniente para los menores de edad.

3.3. Cuando el incumplimiento es causado por el adolescente

EL cumplimiento forzado de un régimen de visitas se toma aún más difícil cuando se trata de un adolescente, dado a que es un menor de edad, casi adulto con capacidad de discernimiento y además capacidad relativa conferida en la ley, no se considera una sentencia el medio ideal para obligarle compulsivamente a visitar a los progenitores, para los adolescentes el apego a un estricto régimen de visitas, puede inferir en forma negativa con la vida social del menor, lo que redundará en una mala relación con el progenitor que no vive con él.

En la sentencia se debe tomar en cuenta el derecho que tiene el menor de edad en condiciones de formarse un juicio propio a expresar su opinión libremente, en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta dichas opiniones, en función de la edad y madurez del mismo.

En este momento el juzgador se encuentra limitado en cuanto a los remedios procesales que puedan conminar al menor de edad, a cumplir con un horario de relación familiar en el que probablemente no se tomó en cuenta su sentir o el mismo ha variado como variaron sus intereses, toda vez que el mismo pudo haber sido convenido por la persona que ejerce su representación tiempo atrás.



3.4. Incumplimiento por parte del progenitor que detenta la guarda y custodia

El estricto cumplimiento del horario de relación familiar resulta indispensable cuando éste ha sido convenido o fijado judicialmente. En virtud de que, de no estar rota ya toda posibilidad de comunicación entre los progenitores, no hubiera sido necesario acudir al órgano jurisdiccional para solucionar el problema que, dentro del desarrollo normal de las relaciones de la familia, deber ser resuelto con máxima prioridad por los sujetos de la relación.

Establecida la relación familiar es interés de los menores hijos y del progenitor visitante que la misma se cumpla plenamente; en consecuencia, se puede decir que el cumplimiento de la relación familiar establecida en autos con el fin de asegurar una adecuada relación entre progenitores e hijos debe ser objeto de cuidadosa atención por parte de los sujetos de la relación, pues en ello va involucrada la formación de los menores y su estabilidad emocional.

Ante el incumplimiento por parte del progenitor que ejerce la guarda y custodia, cabe preguntarse ¿cuál es el límite de la intervención del juez?, Los desacuerdos que afectan a los hijos son frecuentes en los juzgados de primera instancia de familia, la falta de madurez afectiva de uno o ambos progenitores o patologías que afectan la relación, conjugadas con el deterioro de la preténita relación afectiva, dificultan reconocer quien de los dos progenitores se conduce con la verdad, encontrándose el juez que en medio de los dos puntos de vista distintos, con frecuencia alejados de la realidad en la que el menor hijo debe desarrollarse.

En concordancia con las leyes de protección al menor, muchas veces se somete a toda la familia a evaluaciones psicológicas que contribuyen a la formación de opinión de los jueces, sin embargo el papel de dicha evaluación concluye al ser emitido el fallo, sin contarse con los recursos necesarios para proporcionar al núcleo familiar tratamientos o terapias que contribuyan a mejorar su relación en el estado de la separación. La actividad jurisdiccional en aspectos civiles tiene límites muy precisos y, tratándose de intereses de menores, debe actuarse con suma prudencia para que el fallo judicial no afecte más de lo que ya está la situación del núcleo familiar.

El progenitor que goza de la guarda y custodia de sus menores hijos, llega incluso a condicionar las visitas como compensación del cumplimiento de la obligación alimenticia, es en éste punto en donde mayores dificultades se encuentra al momento de exigir el cumplimiento forzoso de los horarios establecidos para relación familiar.

En Guatemala se encuentran varias dificultades en el momento de hacer cumplir los horarios de relación familiar, dificultades objeto de este estudio y que serán profundizadas en el siguiente capítulo.

3.5. Cuando la suspensión de la relación familiar, resulta de una medida adoptada por el Estado

La importancia de conservar el contacto de los menores hijos con sus progenitores con quienes no conviven, va más allá del simple deterioro de la relación de pareja; entraña también, circunstancias derivadas del hecho de que alguno de sus progenitores se encuentre guardando prisión por cualquier motivo.

Analizar la procedencia de decretar un horario de relación familiar cuando uno de los progenitores se encuentre cumpliendo condena, dada la evidencia del derecho de los padres que no ejercen la guarda y custodia de poseer una adecuada comunicación con sus hijos; es necesaria porque el derecho solo puede ser denegado en caso de gravísimas circunstancias de interés del menor y la circunstancia de que la madre o el padre guarden prisión no basta para justificar que su hijo no los vea.

Pues por dolorosa que sea la realidad del progenitor, ésta no será tan nociva para el niño, como el daño moral que pueda florecer de su ocultamiento. De lo anterior se desprende la absoluta necesidad de que los centros de detención cuenten con lugares agradables y seguros, aptos para encuentros familiares.

3.6. Horarios de relación familiar y prestación de alimentos

Existen algunas consideraciones a mencionar en cuanto a la obligación de prestar alimentos y la relación familiar que es importante analizar: por qué es muy frecuente que las personas que tienen concedida la guarda y custodia de los menores hijos, suspendan los horarios de relación familiar como castigo al incumplimiento de la obligación de prestar alimentos.

Sin embargo, el derecho a la relación familiar, entendido como el derecho a mantener una adecuada comunicación con el menor hijo, es un derecho bifronte. Tanto derecho tiene el progenitor que no goza de la guarda y custodia a relacionarse con su hijo; como derecho tiene el menor hijo a relacionarse con su progenitor.



No se puede limitar al progenitor sin limitar al hijo; quien encuentra su derecho en contrapartida con el derecho de su ascendiente. Ambos derechos no pueden ser limitados y por esa razón se debe ser cauteloso y se debe acudir a la vía legal correspondiente a ejercer la pretensión del cobro de pensiones alimenticias atrasadas y no motivar la suspensión o limitación del horario de la relación familiar.

Al condicionar o suspender la relación familiar por incumplimiento de pensiones alimenticias, el menor hijo no solo se encuentra privado del beneficio de ser alimentado, sino también se le agrega la carencia afectiva que implica la suspensión de las visitas y el derecho de relacionarse con su progenitor.

Se entiende que la privación del horario de relación familiar, como sanción del incumplimiento de la obligación alimentaria, no es aplicable y constituye una vulneración del derecho del menor hijo, por ser ambas necesidades independientes y vitales para el desarrollo del menor.

Resulta con frecuencia, que cuando el menor hijo pasa períodos largos con el alimentante, este pretende eximirse de su obligación, manifestando que cumple con su obligación en especie por encontrarse el menor a su lado por espacios prolongados.

Ello no obstante a ser razonable, no es totalmente cierto, puesto que de que los gastos fijos del menor, continúan erogándose y consecuentemente son cubiertos por la persona que detenta la guarda y custodia.



CAPÍTULO IV

4. Dificultades en el cumplimiento forzoso de la relación familiar

4.1. Carencia de regulación sustantiva

Guatemala ratificó según el Decreto número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969.

La Convención en el preámbulo establece que tiene como principal propósito consolidar en el continente un régimen de libertad personal y justicia social, y consagrar un conjunto de derechos que no nacen del reconocimiento que determinado estado realice a sus habitantes, sino de la naturaleza misma del ser humano, razón por la cual se justifica la protección internacional de los derechos humanos para coadyuvar o complementar las legislaciones internas.

Dentro de los derechos que la Convención Americana sobre los Derechos Humanos consagra en la primera parte relativa a deberes de los Estados y derechos protegidos, los siguientes:

1. Enumeración de deberes: Según la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en el Capítulo I se establecen los siguientes deberes.

- a) En el Artículo 1 establece la obligación de los Estados partes a respetar los derechos consagrados en ella.

- b) Deber de los Estados partes a adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen los derechos reconocidos en la convención que no estén respaldados en el derecho interno de cada Estado.

El Artículo 3, Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Derechos Civiles y Políticos: Según la Convención Americana de los Derechos Humanos en el Capítulo II contempla los Sigüientes Derechos:

- a) Reconocimiento de la personalidad jurídica, Artículo 3.

- b) Derecho a la vida, Artículo 4.

- c) Derecho a la integridad personal, Artículo 5.

- d) Prohibición de la esclavitud y servidumbre, Artículo 6.

- e) Derecho a la libertad personal, Artículo 7.

- f) Garantías judiciales, Artículo 8.

- g) Principio de legalidad y de retroactividad, Artículo 9.

- h) Derecho a indemnización por error judicial, Artículo 10.



- i) Protección de la honra y de la dignidad, Artículo 11.
- j) Libertad de conciencia y de religión, Artículo 12.
- k) Libertad de Pensamiento y de expresión, Artículo 13.
- l) Derecho de rectificación o respuesta de la persona que se encuentre afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, Artículo 14.
- m) Derecho de reunión pacífica y sin armas, Artículo 15.
- n) Libertad de asociación, Artículo 16.
- o) Protección a la familia, Artículo 17.
- p) Derecho al nombre, Artículo 18.
- q) Derechos del niño, Artículo 19.
- r) Derecho a la nacionalidad, Artículo 20.
- s) Derecho a la propiedad privada, Artículo 21.
- t) Derecho a la circulación y residencia, Artículo 22.
- u) Derechos políticos (elegir y ser electo, igualdad en funciones públicas, participar en asuntos públicos, entre otros), Artículo 23.
- v) Igualdad ante la ley, Artículo 24.
- w) Protección judicial (entendida esta como la salvaguardia que la norma brinda al particular de oponerse a las resoluciones que afecten sus derechos), Artículo 25.



La Convención Americana Sobre los Derechos Humanos en el Capítulo III contempla también los siguientes Derechos.

3. Derechos económicos Sociales y Culturales:

- a) Desarrollo progresivo establecido en el Artículo 26, entendiendo este derecho como el conjunto de medidas que los Estados partes deben adoptar en sus legislaciones internas para lograr la efectividad de los derechos que se deriven de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, es un instrumento que establece un conjunto de derechos y obligaciones que los Estados al ratificarla, adquieren el compromiso de adoptar los mecanismos necesarios para su cumplimiento. Dentro de los derechos enumerados, que se relacionan con la presente investigación se puede resaltar en el Artículo 17: La protección a la familia, estableciendo dicha convención a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, la que debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Este mismo Artículo regula los siguientes derechos:

- a) El derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia
- b) La obligación de los Estados a tomar las medidas necesarias para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, y en caso de su disolución la protección que es imperante para los hijos, resaltando dicho Artículo el interés y conveniencia de los mismos.

c) Igualdad de derechos tanto a los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio.

En el Artículo 19 hace mención del los Derechos del Niño pues instituye que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". La Convención al ser aprobada y ratificada por Guatemala, se convierte en norma jurídica de derecho interno, cuya aplicación puede ser invocada y requerida por los particulares, y por el Estado y contra los mismos.

La necesidad del reconocimiento del derecho a la relación paterno o materno filial como institución jurídica, se hace necesaria puesto que el Código Civil trata de manera muy imprecisa e indeterminada el derecho de los progenitores de mantener el contacto adecuado con sus menores hijos, además de no mencionar nada respecto del derecho de los menores de relacionarse con sus padres en forma amplia; sin embargo, este se considera el menor de los problemas, porque en realidad, el derecho a la relación familiar, tiene tan obvia existencia en el derecho natural que la obtención de un horario a través de un juicio oral de regulación de relación paterno filial, suple cualquier debilidad que pueda observar la legislación sustantiva.

El principio del interés superior del niño y la niña.

Antecedentes:

El 18 de julio de 2003, se publicó en el Diario de Centro América el Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.



La ley entró en vigencia un día después de su publicación, por lo que a partir del día de julio de ese año, se dio un cambio radical en la administración de justicia en lo referente a la niñez y la adolescencia, además se derogó el Código de Menores cobrando positividad el principio del interés superior de la niñez, principio que no es nuevo dentro de la legislación, puesto que el mismo está reconocido en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, derecho vigente ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, el 10 de mayo de 1990, mediante la ley, sin embargo no se le dio la importancia, en especial en la jurisdicción ordinaria, por lo que respecta a la justicia constitucional hay fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad en los cuales si se observó este principio.

A partir del año 2003 cuando cobra vigencia la referida Ley, las instituciones encargadas del sector justicia empiezan a preocuparse y otorgarle la importancia que corresponde a la garantía, y se inician una serie de capacitaciones especialmente dentro del Organismo Judicial con el objeto de darla a conocer, en la cual cobra importancia y vigencia el principio referido.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el segmento de la población prácticamente era ignorado en cuanto a sus intereses, puesto que cuando por diversas razones resultaba involucrado en un asunto judicial; lo que menos se tomaba en cuenta eran sus intereses, jamás se les preguntaba que querían, con quien deseaban estar, como se sentía, nada, simplemente se les tenía como un objeto, en donde prevalecía la decisión inobjetable de un adulto.

Numerosos son los casos en donde a la niñez se les separaba del padre o de la madre, o de cualquier otra persona con la cual se encontraba protegida, se le colocaba en instituciones, las que en lugar de ayudarlos los dañaban, eran objetos de disputas entre los padres en donde su interés carecía de valor; así era la situación que prevalecía, la opinión del niño no contaba, pero en la actualidad con dicho principio, la situación cambió, al niño se le escucha, se le pregunta que quiere, que desea, ya es sujeto de derechos, los cuales antes se le negaban.

Definiciones:

El Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, define el interés superior del niño, como “una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que asegure el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.”

Por tratarse de una garantía, corresponde al Estado, a través de las diversas instituciones relacionadas con la niñez y la adolescencia, velar porque el principio se cumpla y, especialmente, al Organismo Judicial por medio de los jueces, puesto que se debe asegurar a cabalidad el ejercicio y disfrute de los derechos que les corresponden, teniéndolos como sujetos de derechos y no como objetos de derecho, y en ningún caso se pueden disminuir, tergiversar o restringir los derechos que el ordenamiento jurídico garantiza.

En ningún caso su aplicación puede disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

Ámbito de aplicación:

El principio goza de amplitud en su aplicación, rebasa el campo de acción del Estado e involucra a las instituciones privadas, aunque dentro del ámbito puramente judicial, es a los tribunales a quienes corresponde velar porque se respete el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que involucra a todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. El principio tiene extenso campo de aplicación; mas lo que verdaderamente interesa es el interés del niño y de allí que el Estado se involucre en el ámbito privado.

Preeminencia del interés del niño sobre otros intereses:

Cuando se trata de asuntos que involucren a la niñez y la adolescencia debe tenerse siempre presente que el interés de estos prevalece sobre cualquier otro. Es importante mencionar que en muchas ocasiones surgen conflictos de interés entre adultos y niños. y es principalmente en estos casos en los cuales se pone de manifiesto el interés de proteger siempre a la parte más vulnerable, la cual no se encuentra en igualdad de condiciones, y es donde cobra importancia el principio del interés superior del niño.



Reconocido en varios fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad, antes que cobrara vigencia la actual Ley, tales como los expedientes 1042-97, 866-98, 49-99, en donde quedó claro, en los asuntos que se dirimieron, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, que de surgir un conflicto de intereses, se debe tener presente siempre que en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, pues supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas.

Es válido hacer notar que los fallos se emitieron antes de la vigencia de la Ley y, con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde los mismos eran escasos y se accionó en la jurisdicción constitucional corrigiendo fallos de la justicia ordinaria en donde los tribunales no respetaban ese principio. El derecho de opinión guarda una estrecha relación con el interés superior, por cuanto que para que se pueda garantizar ese interés, es indispensable escuchar la opinión de quien va a resultar beneficiado o afectado con la medida que se adopte.

El respetar el derecho de opinión de la niñez y la adolescencia, no significa que se le esté confiriendo al grupo poblacional, poder absoluto de decisión, puesto que en muchas ocasiones están influenciados por personas adultas, pretendiendo manipularlos y de pronunciarse qué tienen, significa que su opinión va o no a ser tomada en cuenta, pero paralelo a ello, personas especializadas en aspectos sociales, familiares, psicológicos, médicos, etcétera, realizan los estudios correspondientes para determinar que la opinión sea auténtica y corresponda a lo que en efecto beneficia a la niñez.

El derecho de opinión debe garantizarse, especialmente por los jueces, por lo que debe escuchárseles, aún cuando exista oposición de algunas personas, incluso por parte de los padres, la opinión de la niñez y adolescencia no puede limitarse, y en caso de que esto suceda, el juzgador no estaría en posición de resolver de la mejor manera y acorde al interés superior.

Legislación que regula el principio del interés superior:

a) Constitución Política de la República de Guatemala:

La Constitución Política de la República de Guatemala es el ordenamiento jurídico más importante, a su alrededor giran todas las demás leyes de la República. Es el ordenamiento fundamental que sirve para establecer los principios y derechos de los guatemaltecos y establecer la organización jurídica y política del Estado de Guatemala. Se dice que es el normativo supremo de Guatemala, porque todas las normas contenidas en la Constitución pueden ser desarrolladas por otras normas y otras leyes, pero nunca pueden contrariar o tergiversar, es decir que sobre la Constitución no existe otra disposición o Ley superior.

La Constitución Política de la República de Guatemala, fue promulgada el 30 de mayo de 1985 vigente desde el 14 de enero de 1986, reconociendo en su preámbulo a la familia como la génesis primaria y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

En su parte dogmática, la Carta Magna establece los principios, creencias y fundamentalmente los derechos humanos, tanto individuales como sociales. El Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece como derecho humano individual la libertad y la igualdad, determinando sin excepción alguna, que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, por lo que fácil es deducir que la niñez y la adolescencia, por ser seres humanos, tienen los mismos derechos que los adultos, y especialmente los derechos humanos individuales que son inherentes a la persona, por lo tanto gozan de todas las garantías que las leyes establecen, con una protección especial por razón de la edad, en donde todas las medidas que se dicten tal como lo determina el Artículo 20, deben ir encaminadas hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud.

b) Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil:

Las leyes ordinarias aludidas entraron en vigencia el 1 de julio de 1964, época en la cual el interés superior del niño, aunque en la normativa estaba vigente, prácticamente carecía de positividad. Todo el derecho giraba en torno al interés de los adultos, la niñez y la adolescencia no era escuchada, no se le tomaba en cuenta, las controversias en que se les involucraba eran protagonizadas y resueltas por adultos, y cuando se resolvía algo en beneficio de un niño, niña o adolescente, siempre era desde la óptica del adulto, él era quien decidía e interpretaba que era lo mejor, pero sin escucharlo, en muchas ocasiones se adoptaron decisiones que el adulto consideró las más convenientes, pero que no era lo que el niño deseaba, por lo que realmente con ese tipo de decisiones no se garantizaba plenamente el interés superior.

El Código Civil establece disposiciones en relación al interés superior de la niñez y adolescencia y que para la época en que entró en vigencia, era difícil creer que en Guatemala, podía tomarse en cuenta la opinión de la niñez y la adolescencia. Como ejemplo están los Artículos 256 y 262 los que, en ese orden establecen: (Pugna entre el padre y la madre.) “Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.” (El interés de los hijos es predominante). “No obstante lo preceptuado en los Artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.”

4.2. Carencia de parámetros para su fijación y modificación

Queda claro que para la obtención del reconocimiento judicial del derecho a la relación familiar, basta con interponer una demanda en la vía del oral; sin embargo, el juzgador se encuentra con el problema que la legislación actual no contiene un reconocimiento del derecho de la relación familiar, así como parámetros para su fijación, modificación, limitación o extinción; mismos que sí existen para otras instituciones como el derecho de alimentos, en el cual la ley es claro al establecer que se fijarán o modificarán de acuerdo a las necesidades y posibilidades de quien los da y quien los recibe.

La carencia de parámetros legales para la fijación y modificación de la relación familiar, ha logrado en parte, ser superada al auxiliarse el juzgador en estudios psicológicos de los sujetos procesales.

El departamento de psicología del Organismo Judicial, juega un papel primordial en este tipo de juicios, pues el Juez es un profesional letrado en asuntos legales y los psicólogos especialistas en comportamiento humano, sabedores mejor que nadie que cuando el padre no ha podido prestar a sus hijos auxilios significativos en materia económica, su sola presencia importa para que aquéllos obtengan un valor apreciable.

La carencia de parámetros legales para el establecimiento, modificación o extinción de la relación familiar, no se considera como una circunstancia que impida, que de hecho, se fijen o modifiquen horarios de relación familiar; dado que se entiende que la familia se beneficia colectivamente por el incremento del trato y contacto afectivo entre padres e hijos y que toda restricción o disminución de las visitas entre ellos requiere una amplia justificación.

4.3. Uso abusivo de recursos procesales

Aunque los sujetos procesales tienen derecho a ejercitar todas las acciones que la ley les concede, en los procesos de relación paterno filial, es frecuente encontrar el abuso de recursos o remedios procesales, la nulidad, la revocatoria y apelación incluso de procesos de amparo que entorpecen el juicio.

La actuación causa mucho daño a la contraparte; sin embargo, en los procesos de relación familiar el principal daño se ocasiona al menor de edad que no es sujeto procesal, más bien una víctima inocente que únicamente puede ver desde fuera el perjuicio que se le causa, aún sin comprenderlo en su total magnitud.

Cuando con recursos se pretende cercenar el derecho de los menores a la relación con su progenitor el juzgador posee cierta solución en la ley del Organismo Judicial que le confiere la facultad de rechazar *in limine*, los incidentes notoriamente frívolos o improcedentes, los recursos extemporáneos y las excepciones previas extemporáneas; análisis aparte merece el hecho que la ley otorgue dicha facultad a los Jueces bajo su estricta responsabilidad, lo que en ocasiones provoca que se den trámite a dichos incidentes para no violentar el derecho de defensa de las partes y dejar expedita la vía del proceso de amparo.

4.4. Interposición de denuncias por violencia intrafamiliar

Abogados expertos en derecho de familia, indican que es frecuente, cuando los progenitores cesan de discutir los horarios de la relación familiar, por causar ejecutoria la sentencia o causar firmeza el convenio, el progenitor que detenta la custodia, presenta denuncias por malos tratamientos basándose en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, la simple denuncia provoca que el juzgado resuelva otorgando protección a la denunciante y su grupo familiar, limitando al presunto agresor el acceso a la residencia de la ofendida, limitando con ello la relación familiar ya establecida.

Señalan también que suelen ser frecuentes los casos en que las denuncias persiguen únicamente suspender al presunto agresor el derecho de visitar a sus hijos; sin embargo, la ley establece como único caso para otorgar medidas de protección cuando hayan ocurrido agresión sexual contra los menores.

El hecho es que restringir el acceso del presunto agresor al domicilio, lugar de trabajo o de estudio, permanente o temporal, de la persona agredida, fácilmente se vulnera el derecho a la relación familiar. Existe consenso en que las medidas de protección en general salvan vidas a las personas agredidas, siendo positivo si las otorgara el mismo juzgado que conoció el proceso de regulación de relaciones familiares para evitar que se desnaturalicen y sean un arma desleal para cercenar el derecho a la relación familiar. No se considera el principal problema del incumplimiento de los horarios de relación paterno o materno filial, pues los Juzgados de familia decretan las medidas por un plazo no mayor de seis meses, aunque la ley regula su prorroga a petición de parte.

4.5. Falta de procedimiento adjetivo o vía legal para hacer efectiva la relación familiar

El procedimiento es donde se encuentra la dificultad jurídica más grande para hacer valer un derecho decretado por un juez o convenido por los interesados respecto de la relación familiar. La inexistencia de un procedimiento jurídico a través del cual se obtenga la fuerza legal suficiente para obligar a la contraparte a cumplir un derecho ya establecido, pone sin duda al progenitor que no posee la guarda y cuidado de su hijo, en desventaja (en cuanto a garantías procesales) ante el progenitor que la ostenta.

La laguna de la norma procesal da todo tipo de armas al progenitor que detenta la custodia del menor y deja desprotegido al progenitor que desea hacer valer su derecho a la relación familiar.

La ejecución forzada “es la actividad que desarrolla el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, para el cumplimiento de la obligación declarada en sentencia de condena, en los casos en que el vencido no la satisfaga voluntariamente.”²⁹

La intervención estatal, cumple con asegurar el respeto de los derechos, evitando perjuicios innecesarios. La ejecución se pone en marcha a petición del sujeto que ostenta el derecho, en virtud del principio dispositivo que impera en el ordenamiento adjetivo civil. La acción varía según la naturaleza de la obligación, de acuerdo con los bienes sobre los cuales ha de cumplirse y en cuanto al medio empleado para que por intermedio del bien sometido a la ejecución se satisfaga la obligación. Esta premisa coloca a la obligación de permitir la relación familiar en un verdadero dilema.

El permitir la relación familiar y facilitarla no es un bien dentro del comercio, se trata de la estabilidad anímica de un menor de edad y el derecho de un padre a tener contacto con su hijo, en contraposición de los intereses del progenitor que ostenta la tenencia que se opone a facilitarla, en este momento ya decretados los horarios de la relación familiar, cabe preguntar ¿cómo hacerla valer ante el progenitor que posee la custodia y se niega a facilitar el derecho de visita del progenitor que no goza de la tenencia?

²⁹ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. Pág. 25



4.5.1. Competencia

La Ley del Organismo Judicial al establecer que debe ejecutar la sentencia el juez que la dicta en primera instancia; además que los convenios celebrados en juicio serán ejecutados por el juez que conozca del asunto. Si se celebran en segunda instancia, se ejecutarán por el juez que conoció en la primera (Artículos 156, 158).

Además, establece el Artículo 295 del Código Procesal Civil y Mercantil que “la ejecución de sentencia o de laudos arbitrales puede hacerse en el mismo expediente o mediante presentación de certificación del fallo, a elección del ejecutante.”

4.5.2. Ejecución en vía de apremio

No es posible intentar dar cumplimiento forzoso a los horarios de relación familiar por medio del procedimiento de vía de apremio porque no existe suma de dinero reclamable, no se puede despachar mandamiento de ejecución ni requerir de pago a la persona obligada.

En las ejecuciones en la vía de apremio, los embargos ejecutorios, constituyen un trámite esencial, pues lo que se persigue es la satisfacción del crédito de quien ejecuta la sentencia, frente al incumplimiento del deudor a pesar del requerimiento, lo que se logrará mediante la transformación en dinero de los bienes embargados por medio del remate, más si no existen bienes embargados la ejecución no puede proseguir, con excepción del proceso de alimentos en que se certifica lo conducente a un Juzgado del orden penal.



4.5.3. Juicio ejecutivo

Circunstancias similares a las de la ejecución en vía de apremio, se encuentran en el denominado juicio ejecutivo, tan similares son que la propia ley establece que además de las disposiciones especiales previas del juicio, se aplicarán las normas correspondientes a la vía de apremio.

La única particularidad aparte del número de días del emplazamiento, es que el juicio ejecutivo concluye en una sentencia, que podría ser tan amplia como lo considerase el juzgador, sin embargo, al no existir cantidad líquida y exigible, en los horarios de relación familiar, no es aplicable la normativa relacionada.

4.5.4. Ejecuciones especiales

El abogado litigante difícilmente puede caer ante la tentación de emprender ejecuciones especiales para dar judicialmente fuerza para que se cumplan los horarios de relación familiar.

En las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, la vía es indirecta; la coacción se ejerce privando al deudor de la posesión o del dominio de la cosa, para transferirla al acreedor. En las obligaciones de hacer, la vía puede ser indirecta en dos formas sucesivas. Si el hecho puede ser ejecutado por un tercero, se procederá y si ello fuera imposible, mediante el pago de daños y perjuicio que a su vez se ejecutarán en bienes al deudor.

4.5.5. Condicionamiento de la reparación del daño en función de las relaciones familiares

El valor de la relación familiar no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, más bien debe contener integralmente valores materiales y espirituales.

Es necesario computar las circunstancias particulares de la víctima y de los beneficios que le traería una sana relación con su progenitor. La carencia de memoria de vivencias pasadas, paradigma de conductas ejemplares o de pautas transmitidas en la formación de sus descendientes, factor de equilibrio, consejo en la incertidumbre, consuelo en la adversidad, etcétera, no debe ser tornado como la consecuencia normal de la separación de los progenitores.

La indemnización por el valor que posean las necesidades morales y culturales del menor y la ayuda afectiva que recibiría de su progenitor deben de ser cuantificadas. El problema es que la legitimación activa directa del menor que se encuentra limitado de la relación con su progenitor, la posee justamente el progenitor que entorpece la misma, la contraparte se tiene que limitar a reclamar los daños que a él se le causan limitando su contacto con el menor.

La indemnización por daño moral, es la compensación pecuniaria por el padecimiento espiritual sufrido, siendo tal de naturaleza resarcitoria, no debiendo necesariamente guardar una proporción o equivalencia, razonable o no con el daño patrimonial.

No es necesaria la prueba del daño moral cuando se trata de limitación a la relación familiar, ya que no se puede concebir un hecho de mayor proyección espiritual que dicha relación, siendo su limitación o suspensión totalmente contrario al orden natural de las cosas. Ese daño moral no requiere de más prueba que el simple establecimiento del entorpecimiento de la relación familiar.

4.6. Certificación de lo conducente

Independientemente de la vía que el litigante elija, el juzgador debe de hacer cumplir sus fallos, es el indicado para hacer valer lo que ordenó. No obstante, en los horarios de relación familiar, es común que el progenitor que detenta la guarda y custodia del menor, se niega por todos los medios legales y de hecho a cumplir con lo sentenciado.

El juzgado ante tal incumplimiento luego de un tortuoso proceso legal, a solicitud de parte certifica lo conducente a un Juzgado del orden penal para lo que haya lugar en contra del demandado.

Sin embargo, la pena del delito de desobediencia tipificado en el Código Penal sancionada con una multa, no contiene la suficiente fuerza para que las partes lleguen a un cumplimiento forzoso. Incluso indican abogados litigantes que hay personas que prefieren pagar la multa, que permitir a sus hijos la relación con el otro progenitor.



CAPÍTULO V

5. Reformas legislativas

5.1. Código Procesal General

Este proyecto forma parte del Programa de Modernización del Organismo Judicial de Guatemala. El programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, con apoyo financiero del Gobierno de Noruega, el Banco Mundial y la Unidad de Modernización del Organismo Judicial a través del proyecto PNUD-GUA, hizo posible la publicación del mismo.

Se presenta como un Código Procesal para materias no penales, mucho más adecuado a las circunstancias actuales. Muy bien adaptado a las necesidades de los procesos en Guatemala y aunque su implementación deberá ser progresiva, se proyecta como un verdadero avance en la legislación adjetiva.

En cuanto a la ejecución forzosa de horarios de relación familiar, también contribuye el otorgar a los juzgadores facultades de conminar económicamente, en dinero por cada día que demore el cumplimiento de la obligación y dichos fondos serán propios del Organismo Judicial, los que se cobrarán por medio de la ejecución de la vía de apremio. El monto de las conminaciones se fijará teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado.



Aquí existe una verdadera fuerza judicial, que la legislación otorga a los órganos jurisdiccionales, pues independientemente de que se certifique lo conducente a un juzgado del orden penal, se impondrán sanciones económicas fáciles de hacer valer por medio de embargos de bienes o salarios.

Establece además todo tipo de conminaciones personales que se consideren apropiadas, para el estricto cumplimiento de lo convenido o sentenciado, mismas que se decretaren en cualquier etapa del proceso de ejecución, ahora la cuestión es en qué vía se ejecutará el cumplimiento de los horarios de relación familiar.

En virtud de que el proyecto del Código Procesal General, contiene todo tipo de normas para materias no penales, no previno circunstancias propias del derecho de familia, específicamente en los horarios de relación familiar, por lo que de nuevo se presentarían variedad de criterios al entrar en vigencia tal y como se encuentra el proyecto en éste momento.

En efecto, respecto del cumplimiento forzoso de los horarios de relación familiar, nos encontramos con la imposibilidad de acudir a la ejecución en vía de apremio por no existir cantidad líquida, misma que no se puede estimar.

Tampoco es posible ejecutar por medio de una obligación de dar, puesto que la relación paterno o materno filial, no puede considerarse una cosa, toda vez que no puede despojarse de ella al obligado para entregarla al actor, circunstancia que también se da con la legislación vigente.



5.2. Nuevos problemas

5.2.1. Derecho de visita de los parientes

El progenitor que detenta la guarda y custodia, puede evitar en forma arbitraria, el contacto de sus menores hijos con miembros de la familia biológica del progenitor que no consiguió judicialmente el cuidado de sus hijos.

Dicho lo anterior, cabe mencionar que los abuelos son una prolongación de la relación de los padres, los nietos requieren de cariño de los abuelos, que es totalmente distinto al de los padres, con la posibilidad de apreciar en ellos la historia generacional de su familia. Por su parte los abuelos necesitan ver y convivir de alguna manera con la generación de sus hijos, esta integración de las relaciones familiares de segunda generación paternal es importante.

Se entiende que los abuelos tienen obligación de alimentar a sus nietos cuando ni el padre ni la madre estén en condiciones de prestar protección alimenticia, la ley debería otorgar reconocimiento al derecho de relación familiar entre abuelos y nietos, con el fin de fomentar la afectividad entre los miembros de la familia.

Especial importancia adquiere este reconocimiento si ocurriere la circunstancia de que falte el progenitor que posee la guarda y custodia; en efecto seria beneficioso para el menor tener vínculos fuertes con sus posibles tutores legales.

El derecho de visita de los parientes cercanos, no puede ser descalificado por excepcional que parezca, pues lo natural es que dicha relación tenga lugar de forma normal.

Se destaca entonces que este derecho debe ser establecido, fundamentalmente, en beneficio de los menores y no puede verse cercenado por razones ajenas a ellos; tales como pueden ser las desavenencias y resentimientos existentes entre los progenitores y los abuelos, tíos, sobrinos, primos o demás parientes.

Así también la relación fraternal es esencial en el desarrollo emocional del menor, algunos dicen que la mejor herencia que se le puede dejar a un hijo es un hermano con quien compartir, en este sentido, se puede entender que la relación entre hermanos no debe dejarse a un lado cuando éstos no tienen la oportunidad de convivir diariamente como familia.

En este orden de ideas, partiendo de la premisa que la relación entre personas es variada y compleja, debe reconocerse por razones propias y esenciales que en ocasiones especiales este régimen familiar de convivir puede verse extendido hacia otras personas, pues las relaciones humanas así le correspondan, este es el caso de los terceros no familiares o también llamados allegados. Sucede como producto de las desavenencias conyugales, de las rupturas familiares, de la propia sociedad y de la crisis económica que aleja a los padre de sus hijos, dado las extensas jornadas laborales, conlleva a que muchos niños terminen siendo cuidados, e incluso criados por parientes, amigos de la familia o sean internados en centros de educación permanente.

Se puede decir que esos niños crearán una familia alterna (aquella con la que viven el día a día) y una familia pasajera (la conformada por los padres que en cortos períodos de tiempo pueden estar con ellos).

En tales situaciones no se puede impedir que el menor se desvincule de esa familia que lo albergó, es fundamental que pueda seguir manteniendo vínculos y comunicaciones, siempre que su desarrollo así se lo exige.

5.2.2. Derecho de visita de padrastros o madrastras

Se produce frecuentemente que el menor es criado por el nuevo cónyuge de quien ostenta su guarda y custodia, el cual, en la realidad ocupa el rol de progenitor, cuida, protege y ama hijos ajenos como propios, dando origen a vínculos afectivos carentes de relación biológica, pero que son fuertes emocionalmente.

Nada se ha normado, respecto del derecho de visita de la madrastra o del padrastro, por lo que también se hace necesario interpretar de forma amplia diversas normas legales, a efecto de encontrar un marco jurídico que se adecue, cuando tal requerimiento ineludiblemente se de y haya de brindarse basado en el afecto nacido de la convivencia más o menos prolongada del menor con dicho actor.

Dado que en las situaciones que protagonizan menores de edad, recurrentemente se encuentran condicionadas a la estabilidad e inmutabilidad, que condicionará en gran medida el buen desarrollo emocional del niño, estos temas cobran cada vez mayor trascendencia.

Aunque esta relación no ha sido objeto de planteo judicial, no se duda que en el futuro sean recurrentes en los órganos jurisdiccionales casos como éstos, dado que no existe límite alguno al número de divorcios y uniones posteriores.

Dado el hecho de una nueva ruptura, esta situación real, merece un reconocimiento del derecho de visita, para beneficiar al menor, que caso contrario verá agravada su sensación de pérdida, dado el afecto recíproco en el hijo y el ex conviviente del progenitor.

La problemática debe considerarse particularmente, siempre maximizando el bienestar del menor de edad.

5.3. Análisis de trabajo de campo

El trabajo de campo, significó la realización de una serie de entrevistas a 20 personas entre ellas jueces de familia y abogados litigantes en el ramo de familia de la ciudad de Guatemala respecto al tema objeto del presente estudio.

Al realizar la primer pregunta de investigación de campo referente al reconocimiento suficiente de la relación paterno o materno filial en las normas contenidas en el Código Civil, decreto ley número 106: el conocimiento del Código Civil por parte de los abogados litigantes es amplio, indicando la mayoría de colaboradores que no existe suficiente reconocimiento como institución a la relación paterno y/o materno filial dentro de ese ordenamiento jurídico.



Si bien el Código Civil contiene normativa relacionada con la relación familiar, no le da carácter de institución jurídica y en consecuencia consideran que no se otorga el reconocimiento adecuado a las necesidades de las relaciones del núcleo familiar actual, los profesionales que contestaron que el Código Civil contiene suficiente reconocimiento de la institución, manifiestan que es cuestión de dar un significado amplio a las normas contenidas en el Título 2 de dicho Código, relacionando que la relación familiar es un derecho y una obligación natural.

Otra interrogante efectuada hace reseña a los procesos derivados de la relación paterno o materno filial y la consideración en cuanto se abuse de la interposición de recursos procesales. La mayoría de los profesionales entrevistados, proporcionaron una respuesta afirmativa a la pregunta, manifestando que es un vicio de los procedimientos jurídicos en general y no una problemática propia de los procesos derivados de la relación familiar. Los profesionales que contestaron en sentido negativo, lo hacen basados en su experiencia personal, manifestando circunstancias de orden ético profesional, que no les permite entorpecer los procesos con prácticas desleales; sin embargo, tampoco descartan que las mismas puedan ser utilizadas por sus colegas, agregando que al final siempre la verdad sale a la luz.

Otro enunciado investigado destaca la casi unánime impresión del gremio de abogados litigantes, en cuanto a que la interposición de acción de amparo, se hace con la finalidad de entorpecer procesos derivados de la relación familiar, desvirtuando así el verdadero objetivo de tal acción en cuanto es una garantía constitucional.

Toda vez que si se suman los profesionales que contestaron siempre, a los profesionales que contestaron muchas veces, se obtiene un alto porcentaje, en contraposición de que ninguno de los entrevistados contestó que nunca sucedía.

Como fue de la investigación de campo realizada se deja ver que en opinión de las personas entrevistadas, las medidas decretadas denuncias de violencia intrafamiliar, han sido desnaturalizadas y que cuando existen problemas de relación paterno o materno filial, su aplicación impide que la relación familiar se cumpla. El porcentaje de litigantes que indicó que nunca se utilizaban las medidas otorgadas por violencia intrafamiliar, para cercenar el derecho a la relación paterno o materno filial, ascendió únicamente al cinco por ciento de los consultados.

En cuanto a si el ordenamiento legal vigente contiene un procedimiento específico para el cumplimiento forzoso de los horarios de relación paterno o materno filial, se obtuvieron opiniones consideradas técnicamente factibles, puesto que se nota una marcada tendencia de los litigantes a que la legislación vigente, no contiene un procedimiento adecuado para el cumplimiento forzoso de los horarios de relación familiar.

Como última interrogante realizada en la investigación de campo, se enuncia una serie de procedimientos considerados como vía legal correspondientes para exigir el cumplimiento de los horarios de relación familiar en la vía judicial. Se obtuvo una diversidad de criterios respecto de la vía legal correspondiente, esto relaciona la falta de claridad de la normativa legal, para ejercer dicha pretensión.



CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico vigente, contiene normas que regulan la relación familiar, sin embargo, no le otorga reconocimiento de institución jurídica, teniendo que ser interpretadas de forma amplia y complementadas con otras normativas vigentes.
2. El proceso para lograr la regulación de relación paterno y/o materno filial, es el juicio oral de regulación de relaciones familiares; el cual ya sea por sentencia o por convenio celebrado en juicio, logra establecer horarios para el contacto de los progenitores que no tengan conferida la guarda y cuidado y sus menores hijos.
3. Las medidas decretadas por denuncias de violencia intrafamiliar, ocasionalmente han sido desnaturalizadas y utilizadas para impedir el libre contacto de los menores hijos, con su progenitor que no detenta la guarda y custodia.
4. El ordenamiento legal vigente, no contiene un procedimiento idóneo para hacer cumplir judicial y forzosamente la relación familiar establecida en sentencia o bien en convenio entre las partes.
5. La consecuencia de la certificación de lo conducente ante el incumplimiento de los horarios de relación familiar, no contiene la fuerza legal necesaria para que el progenitor que detenta la guarda y custodia, acceda al perfeccionamiento de los horarios de relación familiar establecidos.





RECOMENDACIONES

1. A la Corte Suprema de Justicia de Guatemala concierne la creación de más juzgados de familia en Guatemala, con el objeto de que den pronta y cumplida justicia a la población usuaria que recurre a los mismos, en busca de una solución a la problemática del núcleo familiar.
2. De la misma manera, a la Corte Suprema de Justicia de Guatemala le corresponde estandarizar los procedimientos en el cumplimiento judicial forzoso de los horarios de relación familiar, en lo que se evalúa la modificación de las leyes vigentes.
3. Que los Legisladores del Congreso de la República de Guatemala analicen la posibilidad de incorporar al Código Civil la normativa concernida a la relación familiar, incluyendo que el incumplimiento infundado de los horarios de relación familiar, sea causal para solicitar la modificación de la guarda y custodia de los menores hijos.
4. Que los Legisladores del Congreso de la República de Guatemala consideren la posibilidad de incorporar al Código Procesal Civil y Mercantil un procedimiento específico para el cumplimiento judicial forzoso, de los horarios de relación familiar.
5. Al Colegio de Abogados de Guatemala, que se promueva la preparación ética de los profesionales incorporados al ejercicio profesional y que divulgue y fomente la normativa ética profesional entre sus colegiados.





ANEXOS





ANEXO A

BOLETA PARA ENTREVISTA

Señor(a) abogado(a): La información que a continuación se le solicita es únicamente para la elaboración de mi tesis. La información es exclusivamente para uso de la investigación.

1. ¿Considera que las normas contenidas en el Código Civil establecen un reconocimiento suficiente de la relación paterno o materno filial?

Si ___ No ___ ¿Por qué? _____

2. ¿Considera Ud. que en los procesos derivados de la relación paterno o materno filial se abusa en la interposición de recursos procesales?

Si ___ No ___ ¿Por qué? _____

3. ¿Considera Ud. que en los procesos derivados de la relación paterno o materno filial se abusa en la interposición de acciones de amparo?

Siempre ___ Muchas veces ___ Pocas veces ___ Nunca ___

4. ¿Considera Ud. que las denuncias por violencia intrafamiliar han sido utilizadas para evitar que se cumplan los horarios de relación paterno o materno filial?

Siempre ___ Muchas veces ___ Pocas veces ___ Nunca ___

5. ¿Considera Ud. que el ordenamiento legal vigente contiene un procedimiento específico para el cumplimiento forzoso de los horarios de relación paterno o materno filial?

Si ___ No ___

Si responde Si pasar a la siguiente pregunta. Si responde No. pasar a la pregunta 7

6. ¿Cuál de los siguientes procedimientos considera la vía legal correspondiente para exigir el cumplimiento de los horarios de relación familiar en la vía judicial?

Juicio ejecutivo ___

Ejecución en vía de apremio ___

Ejecución de obligación de dar ___

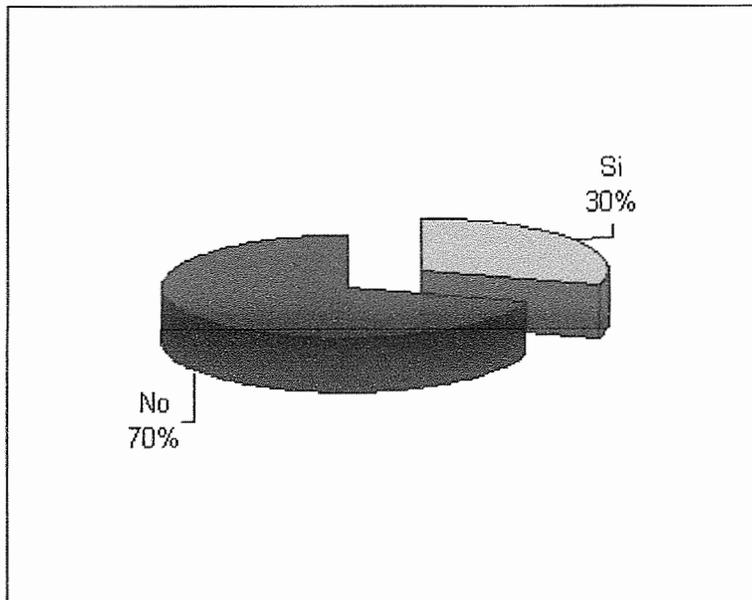
Ejecución de obligación de hacer ___

Incidente ___

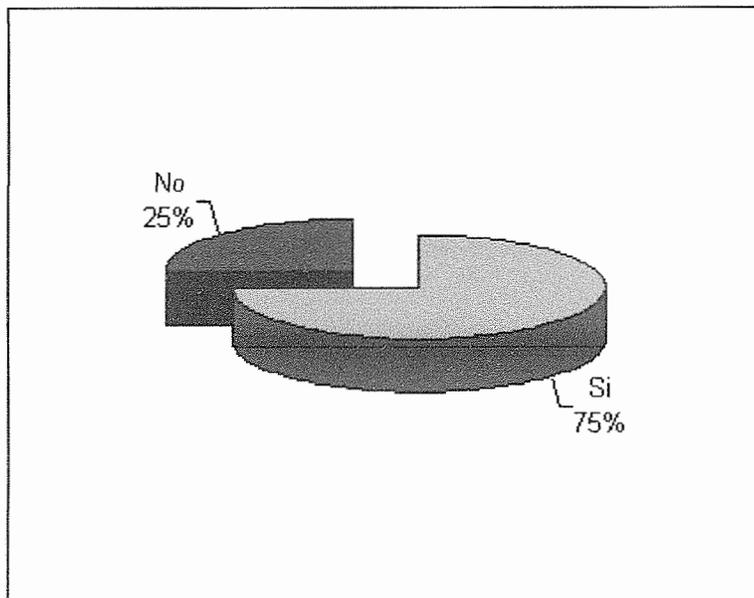
Medida de seguridad ___

ANEXO B

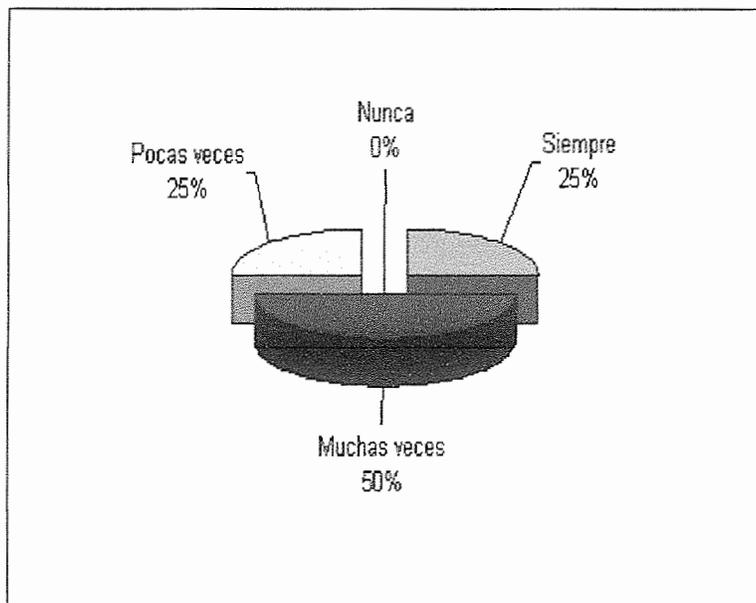
1. ¿Considera que las normas contenidas en el Código Civil establecen un reconocimiento suficiente de la relación paterno o materno filial?



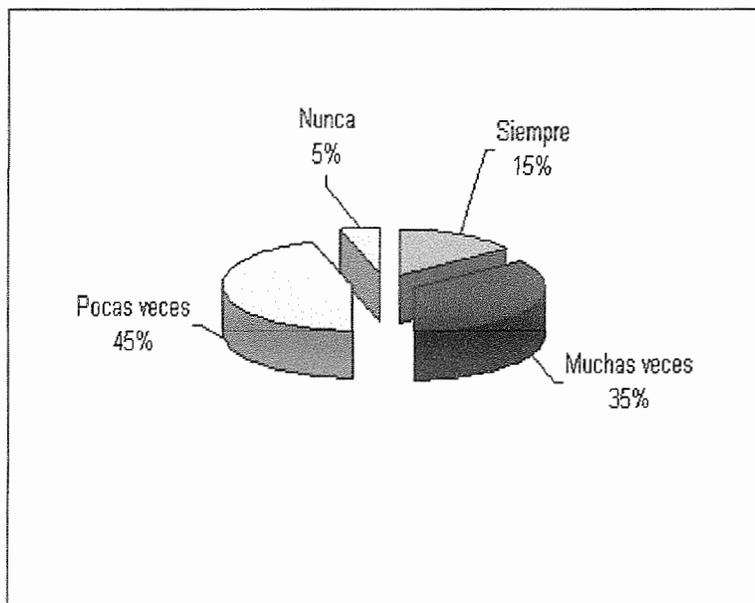
2. ¿Considera Ud. que en los procesos derivados de la relación paterno o materno filial se abusa en la interposición de recursos procesales?



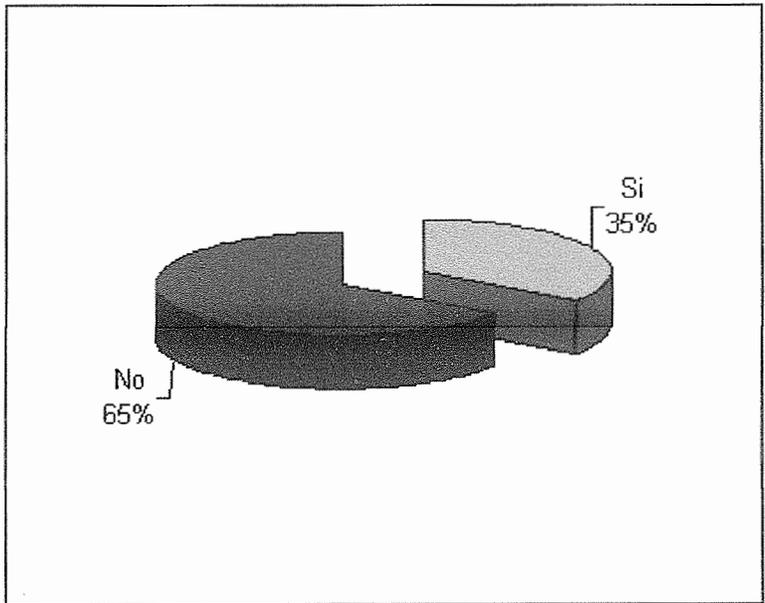
3. ¿Considera Ud. que en los procesos derivados de la relación paterno o materno filial se abusa en la interposición de acciones de amparo?



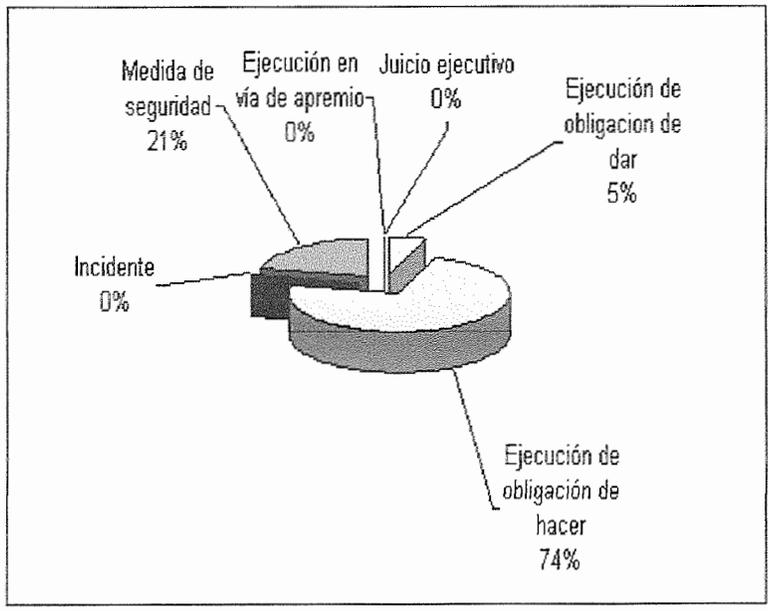
4. ¿Considera Ud. que las denuncias por violencia intrafamiliar han sido utilizadas para evitar que se cumplan los horarios de relación paterno o materno filial?



5. ¿Considera Ud. que el ordenamiento legal vigente contiene un procedimiento específico para el cumplimiento forzoso de los horarios de relación paterno o materno filial?



6. ¿Cuál de los siguientes procedimientos considera la vía legal correspondiente para exigir el cumplimiento de los horarios de relación familiar en la vía judicial?





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. 67 vol.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1982. 283 Págs.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. 5t.; 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S.A., 1957. 639 Págs.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. estudiantil fénix, cooperativa de ciencia política R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1998. 480 Págs.
- BONNECASE, Julien. **Filosofía del código de Napoleón aplicada al derecho de familia**. Puebla, México: Ed. José M. Cajica, 1945. 359 Págs.
- BORDA, Guillermo. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1972. 447 Págs.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 30 ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2008. 634 Págs.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho de familia: relaciones conyugales**. 1t.; 5 vol.; Madrid España: Ed. Reus, 1983. 1038 Págs.
- CICU, Antonio. **El derecho de familia**. 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Editar, 1973. 532 Págs.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Instituciones del derecho civil**. 1t.; 2 vol.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Reus, 1944.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. 3a. ed.; Barcelona, España: Ed. Boshc, 1978. 149 Págs.



ENGELS, Friedrich. **Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**. 8a. ed.; México D.F.: Ed. Editores mexicanos unidos, 2012. 104 Págs.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. **Resolución 44/25**. 22 de febrero de 2014.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho civil**. 2a. ed.; México D.F.: Ed. Porrúa, 1981. 388 Págs.

GHERSI, Carlos Alberto. **Daño moral y psicológico**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2002. 245 Págs.

GEERTZ, Clifford. **La interpretación de las culturas**. 20 ed.; Barcelona, España: Ed. Gedisa, 2003. 392 Págs.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 37a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2011. 1038 Págs.

PÉREZ DUARTE, Alicia Elena. **Derecho de familia**. 1a. ed.; México D.F.: Ed. Universidad autónoma de México, 1998. 46 Págs.

PIRENNE, Jacques. **Historia universal: las grandes corrientes de la historia**. 1t.; 4a. ed.; Barcelona, España: Ed. Éxito, 1959. 489 Págs.

PRELOT, Marcel. **La ciencia política**. 4a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Eudeba, 1969. 111 Págs.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 5 vol; 3a. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide S.A., 1976. 696 Págs.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. 2-3T.; 22 ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Planeta S.A.I.C., 2001. 454 Págs.



ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil I introducción, personas y familia**. 16 ed.; México, D.F.: Ed. Porrúa, 1979. 548 Págs.

STILERMAN, Marta. **Menores**. 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad, 1997. 222 Págs.

TINTAYA QUENTA, Eliseo. **Principios de la familia en la educación jurídica**. <http://www.monografias.com/trabajos16/familia-juridica>; Universidad pública autónoma, El Alto, La Paz, Bolivia: 26 de junio de 2004.

WITTHAUS, Rodolfo Ernesto y Mónica Leticia Maffia. **Ejecuciones y procesos especiales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1991. 367 Págs.

ZANNONI, Eduardo. **Manual de derecho de familia**. 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1991. 659 Págs.

Legislación

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

Convención Sobre los Derechos del Niño. Decreto de Ratificación por el Congreso de la República de Guatemala número 27-90. 1990.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1963.



Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 206, 1964.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 97-96, 1996.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-2003, 2003.

Ley de Adopciones. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 77-2007, 2007.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

Proyecto de Código Procesal General. Proyecto de modernización del Organismo Judicial de Guatemala.