

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



**LESBIA PATRICIA MORALES GUILLÉN**

**GUATEMALA, MAYO DE 2016**

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

**EL DAÑO MORAL OCASIONADO A LOS MENORES RECONOCIDOS COMO  
PRODUCTO DE UN DELITO Y NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA  
LEGISLACIÓN DE FAMILIA**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**LESBIA PATRICIA MORALES GUILLÉN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, mayo de 2016

**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. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia  
**VOCAL V:** Br. Freddy Noé Orellana Orellana  
**SECRETARIO:** Lic. Dariel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:** Presidenta: Licda. Berta Aracely Ortiz Robles  
Vocal: Licda. Benicia Contreras Calderón  
Secretario: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández

**Segunda Fase:** Presidenta: Licda. Eloísa Mazariegos Herrera  
Vocal: Licda. María Celsa Menchú Ulín  
Secretario: Lic. José Efraín Ramírez Higueros

**RAZON:** “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentadas y el 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).

**BUFETE PROFESIONAL**  
**LIC. CARLOS ANTULIO SALAZAR URÌZAR**  
**COLEGIADO 6279**  
**8ª. Av. 20-22 zona 1 Oficina No. 4 Edif. Castañeda Molina**  
**Guatemala, C. A.**

---



Guatemala, 10 de julio de 2012

Doctor  
Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Mejía:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para informarle que de conformidad con el nombramiento de Asesor de Trabajo de Tesis, que se me hiciera de la Bachiller **LESBIA PATRICIA MORALES GUILLÉN**, denominado "EL DAÑO MORAL OCASIONADO A LOS MENORES RECONOCIDOS COMO PRODUCTO DE UN DELITO Y NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEGISLACION DE FAMILIA" el cual se rectificó y el mismo queda así: **ÉL DAÑO MORAL OCASIONADO A LOS MENORES RECONOCIDOS COMO PRODUCTO DE UN DELITO Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEGISLACION DE FAMILIA"**.

El trabajo desarrollado por la Bachiller **LESBIA PATRICIA MORALES GUILLÉN**, tiene un contenido científico y técnico; ya que se refiere a una problemática legal que diariamente sucede en nuestro ordenamiento jurídico y también en vista que la Bachiller **MORALES GUILLÉN**, utilizó las siguientes metodologías.

- a) Utilizó los métodos científico, deductivo y analítico, así como de las técnicas de investigación en todas las etapas del proceso.
- b) Los métodos que utilizó adecuadamente dentro del desarrollo del trabajo fueron: analítico, sintético, inductivo y deductivo. Todo de conformidad con las diferentes etapas investigadas.
- c) La redacción: La autora desarrolló un lenguaje técnico y una redacción clara y sencilla que permite la fácil comprensión de la temática abordada



**BUFETE PROFESIONAL**

**LIC. CARLOS ANTULIO SALAZAR URIZAR**

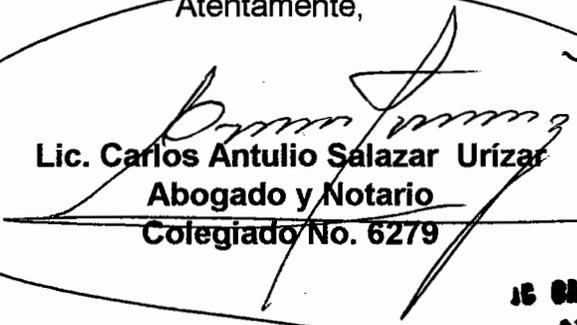
**COLEGIADO 6279**

**8ª. Av. 20-22 Zona 1 Oficina No. 4 Edif. Castañeda Molina  
Guatemala C.A.**

---

- d) La contribución científica del presente trabajo en su desarrollo: constituye un aporte en materia civil y científico y además se ha cumplido con todo el procedimiento del método científico. Siendo este aporte la demostración de la forma que se podría legislar en materia de familia.
- e) En cuanto a las conclusiones y recomendaciones: son congruentes y tienen relación directa con las citas bibliográficas, de tal manera que comparto los argumentos vertidos por el autor, puesto que las mismas se encuentran estructuradas de acuerdo con el contenido al plan de investigación y están debidamente fundamentadas.
- f) Con lo anterior opino que el contenido científico y técnico de la tesis, los métodos y técnicas de investigación, su contribución científica, sus conclusiones y recomendaciones y la bibliografía relacionada fueron las adecuadas y pertinentes; por ende se establece que el trabajo cumple con los requisitos ya que son congruentes con lo exigido por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que expreso mi opinión y emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado; para que pueda ser sustentado en examen público de tesis.

Atentamente,

  
**Lic. Carlos Antulio Salazar Urizar**  
**Abogado y Notario**  
**Colegiado No. 6279**

**LIC. CARLOS ANTULIO SALAZAR URIZAR**  
**ABOGADO Y NOTARIO**



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, 27 de agosto de 2012.

Atentamente, pase a la LICENCIADA CORALIA CARMINA CONTRERAS FLOES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante LESBIA PATRICIA MORALES GUILLEN, intitulado: "EL DAÑO MORAL OCASIONADO A LOS MENORES RECONOCIDOS COMO PRODUCTO DE UN DELITO Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEGISLACION DE FAMILIA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "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 las 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 estime pertinentes".

  
**DR. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELIANA**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**



cc.Unidad de Tesis  
BAMC/yr.

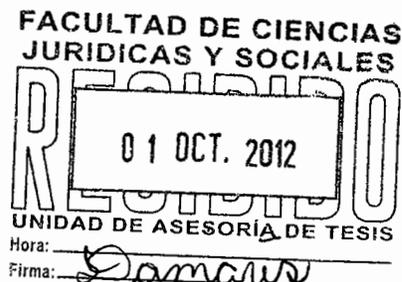
LICDA. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES  
ABOGADA Y NOTARIA  
COLEGIADA 5656

---



Guatemala, 01 de octubre de 2012

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



Estimado Doctor Mejía Orellana:

Hago de su conocimiento que de conformidad al nombramiento de fecha veintisiete de agosto de dos mil doce, fui designada por su despacho para proceder a la revisión de tesis de la bachiller Lesbia Patricia Morales Guillén, que se intitula **“EL DAÑO MORAL OCASIONADO A LOS MENORES RECONOCIDOS COMO PRODUCTO DE UN DELITO Y LA NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEGISLACIÓN DE FAMILIA”**; me es grato hacer de su conocimiento:

1. En relación a la tesis, la misma abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la importancia del análisis jurídico del daño moral ocasionado a los menores reconocidos como producto de un delito.
2. Durante el desarrollo de la tesis fueron empleados los siguientes métodos de investigación: analítico, con el que se estableció la competencia profesional; el sintético, dio a conocer su importancia; el inductivo, señaló el daño moral ocasionado a los menores reconocidos como producto de un delito y el deductivo que fue utilizado para indicar la problemática actual. Se utilizaron las técnicas de fichas bibliográficas y documental, con las que se recopiló de forma ordenada la información doctrinaria y legal de actualidad.
3. La redacción empleada es la adecuada. Durante el desarrollo de la tesis la sustentante, demostró empeño, dedicación e interés, y de forma personal

LICDA. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES  
ABOGADA Y NOTARIA  
COLEGIADA 5656



me encargué de guiarla en las distintas etapas del proceso de investigación.

4. La tesis es una contribución científica para la bibliografía del país. Los objetivos se alcanzaron, al determinar la importancia del estudio del daño moral ocasionado a los menores reconocidos como producto de un delito. La hipótesis formulada se comprobó, la cual indica lo esencial de establecer la necesidad de que se regule de conformidad con la legislación de familia del país.
5. Las conclusiones y recomendaciones son congruentes y se relacionan entre sí, de manera directa con el contenido de los capítulos, siendo la bibliografía que se utilizó la correcta. Además, le surgen diversas modificaciones a los capítulos y a su introducción, siempre bajo el respeto de la posición ideológica de la sustentante; quien se encontró conforme en su realización.
6. La bibliografía utilizada para el desarrollo de la tesis se relaciona con los capítulos y con las citas bibliográficas, siendo acorde al tema y actualizada.

Con motivo de lo anotado, la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establecer el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, previo a optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con Muestras de mi consideración y alta estima de usted  
Atentamente,

Licda. Coralia Carmina Contreras Flores  
Revisora de Tesis  
Colegiada 5656

LICENCIADA  
Coralia Carmina Contreras Flores  
ABOGADA Y NOTARIA

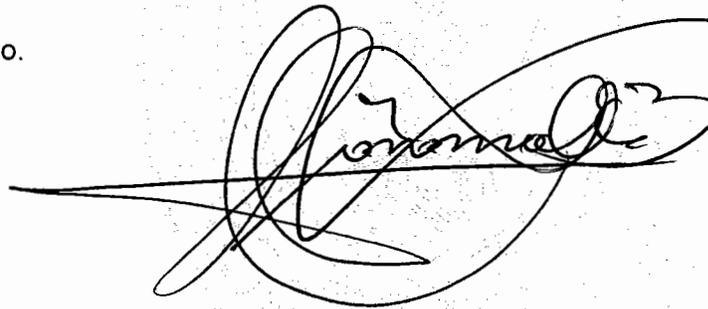


**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de febrero de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LESBIA PATRICIA MORALES GUILLEN, titulado EL DAÑO MORAL OCASIONADO A LOS MENORES RECONOCIDOS COMO PRODUCTO DE UN DELITO Y NECESIDAD DE QUE SE REGULE EN LA LEGISLACIÓN DE FAMILIA. 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. Awdán Ortíz Orellana  
DECANO





## DEDICATORIA

- A Dios todopoderoso:** Gracias por permitirme llegar a este momento.
- A María:** Gracias virgencita por estar siempre a mí lado.
- A mi madre:** Mercedes Guillén Juárez.  
Gracias por su amor y apoyo incondicional.
- A mi hijo:** Miguel Antonio Morales Guillén.  
Gracias por ser mi motor y mi inspiración.
- A mi hermano:** Luis Estuardo Morales Guillén.  
Con respeto y cariño.
- A mi familia:** Edna, Paola, Carlos, Mercedes, Dana, Diego, Sebastián y María René con cariño.
- A todos mis amigos:** Gracias por toda su ayuda.
- A la Universidad de San Carlos de Guatemala**
- A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. La tutela del Estado .....	1
1.1 Antecedentes .....	1
1.2 Definición de tutela del Estado .....	4
1.3 Características que identifican la tutela del Estado .....	6
1.4 Reforma de la ley como una función tutelar del Estado .....	8
1.4.1 La ley .....	8
1.4.2 Características de la ley .....	9
1.4.3 Proceso legislativo guatemalteco .....	10
1.4.4 Abrogación y derogación de la ley .....	17

### CAPÍTULO II

2. La tutela de Estado en el derecho de familia, los derechos del niño y el derecho penal .....	21
2.1 La familia, el derecho de familia y los derechos del niño .....	22
2.2 Su regulación legal .....	24
2.2.1 Derechos humanos que incluyen derechos individuales que tienen relación con el derecho de familia y los derechos del niño. ....	26
2.2.2 Derechos del niño .....	28
2.2.3 Instituciones del Código Civil .....	36
2.2.4 La filiación .....	41
2.2.5 El derecho penal en la esfera del derecho de familia .....	44
2.2.6 El delito de violación, estupro y sus repercusiones respecto al numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil .....	46



	<b>Pág.</b>
2.2.7 Antecedentes del delito de violación .....	47
2.2.8 Regulación legal del delito de violación en el Código Penal Guatemalteco .....	49
2.2.9 Consecuencia Jurídica para el delincuente .....	51
2.2.10 Consecuencia Jurídica para la mujer víctima.....	53
2.2.11 Consecuencia Jurídica para el menor.....	55

### CAPÍTULO III

3. La derogatoria del numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil y las repercusiones en cuanto a la Convención Sobre los Derechos del Niño .....	59
3.1 Aspectos considerativos.....	59
3.2 Los daños.....	67
3.3 Definición de daño .....	67
3.4 La derogatoria del numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil.....	71

### CAPÍTULO IV

4. Repercusiones del numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil en los derechos fundamentales de los menores.....	79
4.1 Derecho de menores.....	79
4.2 Relación entre el delito de violación y el derecho de menores.....	81
4.3 La necesidad que se regule en la legislación de familia .....	85
4.3.1 Bases para una Reforma al Código Civil.....	85
CONCLUSIONES .....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objeto analizar las normas contenidas en el Código Civil, Código Penal y Convenciones en materia de niñez para establecer la vulneración de los derechos del niño concebido a través del delito de violación, así como la vulneración de los derechos de la mujer víctima, por la posibilidad que brinda el numeral tercero del Artículo 221, del Decreto Ley 106, Código Civil de Guatemala; en el sentido que en el caso de un delito de violación el agresor tenga derecho de obtener la paternidad del niño fruto de la comisión de este delito a través de una declaración judicial, cuando la época del delito coincida con la de la concepción o se determine científicamente la filiación del agresor con el niño a través de la prueba del Ácido Dexico Nucleico (ADN). Siendo la paternidad un derecho civil, del que se deriva el reconocimiento de un menor dentro de un núcleo familiar, identificando al menor por medio del nombre con que se inscribe su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados, o del de sus padres no casados que lo hubieren reconocido. En el caso de un delito de violación, el darle la paternidad al agresor por una declaración judicial es una vulneración al derecho del niño a tener y preservar un nombre digno debido que su concepción fue por un acto ilícito; en el caso de la madre víctima viene a ser una re victimización por tener que reconocer el derecho de paternidad a su agresor y tener que ponerle un apellido no deseado a su hijo, siendo estos casos una falta de tutelaridad de parte del Estado.

En esta línea también resulta necesario que sea establecida dentro de la legislación civil la obligación que tiene la persona que ha cometido el delito de violación y que como



resultado haya nacido un niño, éste quede obligado a prestarle alimentos aunque no exista la filiación por nombre o por registro una vez hayan sido realizadas las pruebas pertinentes y que las mismas puedan ser tomadas como evidencia para una sanción penal. De lo anterior tenemos como resultado que es necesaria una derogatoria del numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil, siendo necesario suprimir este numeral porque lesiona derechos fundamentales del niño y de la mujer víctima, y que del desarrollo de la presente investigación se dan recomendaciones importantes como lo es la modificación del Artículo 283 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que se añada dentro de los obligados a dar alimentos al menor nacido como fruto de una violación, la persona que provoco su nacimiento a través de este delito, aunque ella no lo haya reconocido como hijo; en esta línea otra recomendación es que reforme el Artículo 174 del Decreto 17-73, Código Penal, en el sentido que a parte del aumento de la pena debe de imponérsele la obligación de prestar alimentos al menor.

En cuanto a la metodología se siguió con los lineamientos establecidos en el plan, es por ello, que se empleó el método científico, a través del cual, utilizando el análisis y la síntesis, se ha podido establecer el contenido capitular de este trabajo. Además, en el caso del método deductivo e inductivo que partió de lo general a lo particular y viceversa. En cuanto a la técnica utilizada se utilizó la técnica bibliográfica, y el estudio y análisis de las leyes citadas. Para una mejor comprensión de la presente investigación, ha sido dividida en capítulos. En el primero, se hace un análisis de la tutela del Estado y sus repercusiones en el caso del Derecho de Familia y el Derecho Penal; en el segundo capítulo, se establece un análisis de la tutela de Estado en el



derecho de familia, los derechos del niño y el derecho penal; el capítulo tercero, es un análisis del Artículo 221 numeral 3 del Código Civil y sus repercusiones en cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño; en el capítulo cuarto se propone la reforma al Código Civil y se abordó las repercusiones contenidas en el Artículo 221 del Código Civil respecto a los derechos fundamentales de los menores y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Por último establezco las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de investigación.



## CAPÍTULO I

### 1. La tutela del Estado

El Estado es el ente soberano que fortalece las democracias, por lo tanto, goza de legitimidad en el caso de la sociedad guatemalteca. A pesar que existen tendencias que determinan que el Estado no puede ser completamente tutelar de los ciudadanos, existen otras, que se fundamentan en que su creación obedece a determinados fines los cuales debe cumplir y que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución Política de la República.

#### 1.1. Antecedentes

El fortalecimiento a la justicia en Guatemala se dirige hacia el derecho penal. Indiscutiblemente, se le ha dado mayor importancia a esta rama del derecho, por la misma naturaleza que encierra, sin embargo, cabe señalar que en el caso del derecho de familia, esta se ha quedado a la zaga, tan es así, que a partir del año mil novecientos sesenta, se introducen una serie de cambios que comparándolos en la actualidad se han quedado estáticos pues, se crean los tribunales de familia, de naturaleza privativa, puesto que anteriormente, se regía todo los asuntos en materia de familia, por el derecho civil.

Lo anterior, tiene su fundamento a partir de lo que establece el Código Civil y todas las instituciones de naturaleza familiar que regula, pero sin embargo, se habla de una tutela



del Estado, a partir de que éste a través del poder coercitivo que tiene por medio del ejercicio del derecho, impone a los ciudadanos.

Esta tutela tiene sus momentos históricos en una conquista o reconquista de los valores y principios máximos que inspiraron grandes movimientos sociales de la humanidad como el Cristianismo y la Revolución Francesa, y tantos otros grandes acontecimientos, que inspirados en los principios del constitucionalismo dirigieron sus esfuerzos al logro de la mayor expresión secular de dichos valores: la libertad y la justicia, para cuya realización es indispensable la verdad.

De modo que todo cuanto impida la verdad, estorba la libertad, puesto que afecta a la justicia, siendo esta última la aspiración máxima que debe tener el Estado para lograr una armonía entre los ciudadanos de un conglomerado social, y que esto, ha sido posible, o por lo menos se encuentra en ese proceso a partir del aparecimiento del derecho. Entonces, se puede señalar que la tutela del Estado, se ejercita a través de la intervención de éste por medio del aparecimiento del derecho y de tal suerte, el cúmulo de normas jurídicas que rige el ordenamiento jurídico de un Estado.

A la hora de realizar una descripción de cualquier ordenamiento jurídico suelen confundirse muy a menudo los distintos planos desde los que la noción de derecho suele ser afirmada. En efecto, los planos normativo, fáctico y axiológico, no pueden ser adecuadamente distinguidos, en tanto no se comprenda que no puede reducirse el fenómeno jurídico a uno sólo de ellos.



Una cosa es lo que ocurre en la esfera de la validez jurídica, en tanto otra muy distinta es la que tiene lugar en la de los hechos; esto es, las conductas fácticas que acontecen. Asimismo, cuestión aparte configura la referente a juicios de valor, ya sea sobre las acciones debidas, ya sobre las actuales.

“Para cuestionar la tutela del Estado en el ámbito del derecho, se tendría que sustentar su legitimidad en una lógica, puesto que una cosa es el derecho es deber normativo, otra el que le parecería que fuera a una sociedad, el que debería ser el ideal o valorativo y otra muy distinta lo que ocurre en el acontecer fáctico o fenomenológico”.<sup>1</sup>

Particularmente en el plano del derecho, el valor sólo se reduce a lo que prescribe una norma jurídica, es decir, ella obliga, prohíbe, permite o autoriza positivamente una determinada acción y nada más, con independencia del mérito o desmérito que se tenga sobre ella, puesto que lo debido no se confunde con el deber, así como tampoco el ser se confunde con el deber ser. El valor para el derecho únicamente puede ser entendido en un sentido.

La Tutela del Estado se manifiesta de manera uniforme y esta debe de interpretarse de la manera siguiente:

---

<sup>1</sup> Dworkin, Ronald. **Tomando los derechos en serio**. Pág. 653.



1. El derecho debe de definir los fines y objetivos del Estado y especialmente delimitar que debe comprenderse en el caso de los ciudadanos cuando se dice que el Estado debe ser tutelar.

2. Refieren que en el plano del derecho, el valor se reduce a lo que prescribe específicamente la norma jurídica, que contiene supuestos como de obligar, permitir, prohibir o autorizar una determinada conducta o acción.

## **1.2. Definición de tutela del Estado**

La palabra tutela proviene del latín tutelam “Institución ordenada por la ley, que tiene por objeto la protección y asistencia de una persona que, por razón de edad o de incapacidad, no puede gobernarse por ella misma ni proveer a la administración de sus bienes. Autoridad protectora, cargo de tutor” según el diccionario enciclopédico pequeño Larousse en color en español.

El Código Civil en el Artículo 293 al respecto establece: “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedara sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes, también quedara sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado”.

Con similitud a lo anterior, la tutela estatal, no es más que esa protección y asistencia que tiene como deber el Estado a la colectividad, por el ejercicio mismo de su función.



En el Derecho Penal, es considerada esta como:” Un conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando hechos, estrictamente determinados por la ley”<sup>2</sup> Como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

“Además, se considera como la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”<sup>3</sup>, se entiende entonces, que la tutela del Estado a través del ejercicio del derecho penal, se fundamenta precisamente porque tiene el deber de brindar protección a los ciudadanos que infrinjan normas prohibitivas que llevan implícita la protección de determinado bien jurídico tutelado, como el caso de la vida, la libertad, la integridad física, el patrimonio, etc.

Entonces, la misión del derecho penal no solo se reduce a enlistar o preceptuar las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad y reparar el daño causado. Esto se logra a través de medidas que, por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos

---

<sup>2</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general**. Pág. 653

<sup>3</sup> Idem. Pág. 653.



que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad. Concretamente, el derecho penal es parte de la ciencia jurídica, y por ello su finalidad es el estudio y la interpretación de los principios contenidos en la ley. Lo que es importante saber en virtud que en la presente investigación se busca establecer que el derecho penal cumpla con sus fines en cuanto a la víctima del delito de violación así como la protección del niño nacido a través de la misma y la sanción que debe de tener el sindicado de violación.

### **1.3. Características que identifican la tutela del Estado**

Dentro de las principales características que identifica la tutela del Estado podemos mencionar las siguientes:

- Es una actividad propia del Estado, en cumplimiento a las obligaciones que le impone las leyes principalmente teniendo como función brindar protección a la sociedad a la que este representa.
- Se basa en los valores y principios máximos que inspiran el bienestar social y que se fundamentan en los cuerpos normativos. En el caso de Guatemala, a partir de lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula no solamente principios sino mandatos rectores que deben acatarse.



- Independientemente de la protección que amerita la sociedad en su conjunto, de los presuntos infractores a las normas prohibitivas a través del derecho coercitivo o penal, también, a los infractores o delincuentes, tiene la obligación de brindar protección ejerciendo el mismo.
- La tutela del Estado no solamente se ve fundamentada en el derecho penal, sino en otros ámbitos del derecho como lo son, el derecho civil, derecho laboral, derecho familiar, etc.

Derivado de lo anterior la tutela del Estado se encuentra inmersa en el ámbito público y privado, mas sin embargo hay situaciones que se escapan de la esfera de protección del Estado, siendo importante resaltar que la tutela estatal también puede tener falencias por antinomias o contradicciones entre normas que tutelan bienes jurídicos importantes.

Como en el presente caso, en el que objeto de investigación, es la oportunidad que el Estado le da a través de una norma legal civil a que una persona sentenciada por el delito de violación tenga el derecho de paternidad sobre un niño fruto de una violación, y que tenga el derecho de ponerle su nombre y apellido siendo que su concepción fue a través de la comisión de un delito. De lo anterior, existe una falencia en cuenta a la tutela del Estado a favor de sus ciudadanos.



#### **1.4. La reforma de la ley como una función tutelar del Estado.**

El Estado desempeña varias funciones en el cumplimiento de sus deberes ya que es el ente encargado de velar por el bienestar de la población. Dentro de estas funciones están: garantizar su soberanía, proporcionar justicia y seguridad a todos los habitantes de la nación, elaborar y aplicar las leyes para garantizar en todo ámbito de la vida de sus habitantes su recreación, salud, seguridad, educación vivienda, transporte, infraestructura, economía, etcétera.

Para el cumplimiento de sus funciones el Estado está compuesto por tres Organismos que son: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; ello para poder ejercer de mejor forma sus funciones, sus fines y deberes. En el marco de la tutelaridad que el Estado debe de brindar a sus habitantes y ciudadanos, el Organismo Legislativo es el encargado de desarrollar leyes que ayuden a cumplir las funciones, fines y deberes del Estado; y en el caso que una ley vulnere derechos de los ciudadanos éste Organismo tiene la obligación de derogarlas, abrogarlas, modificarlas o suprimirlas para proteger sus valores más preciados.

##### **1.4.1. La ley**

La ley, del latín lex, legis, es una norma jurídica dictada por el Organismo Legislativo a través de sus diputados. Es decir, un precepto establecido por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia, y para el bien de los



governados. Las leyes son delimitadoras del libre albedrío de las personas dentro de la sociedad. Se puede decir que la ley es el control externo que existe para la conducta humana, en pocas palabras, las normas que rigen nuestra conducta social.

Constituye una de las fuentes del derecho, actualmente considerada como la principal, que para ser expedida, requiere de autoridad competente, o sea, el Organismo Legislativo.

#### **1.4.2. Características de la ley.**

Toda ley para que lo sea debe ser una norma jurídica con las características siguientes:

- Impersonal: consecuente con lo anterior, la ley no ha de ir dirigida a persona determinada, sino a una generalidad;
- Obligatoria: implica que sus disposiciones deben ser necesariamente observadas y cumplidas por todas las personas a las cuales se les aplican con independencia de su aceptación, pudiendo llegarse a una ejecución forzosa;
- Permanente: la ley aspira a tener cierta duración temporal, a regular situaciones con estabilidad, desde que es promulgada hasta que sea derogada. No es instantánea. Para lograr su fin y mantener la seguridad jurídica no debe modificarse caprichosamente;



· Irretroactiva: no se aplica a casos acontecidos antes de su sanción, tiene una proyección futura.

### 1.4.3. El proceso legislativo guatemalteco.

En Guatemala, la potestad de legislar corresponde al Congreso de la República (potestad legislativa). Una de sus atribuciones es: decretar, reformar y derogar las Leyes, para ello existe un procedimiento legal mediante el cual una iniciativa llega a ser aprobada por el poder u organismo encargado de la emisión de leyes; el cual es denominado proceso legislativo.

“El proceso legislativo es el conjunto de actos encaminados a la creación de la ley”.<sup>4</sup>

Para que la ley sea considerada como regla de observancia general es necesario que se manifiesten diversas etapas las cuales son:

- Iniciativa,
- Discusión,
- Aprobación,
- Sanción,
- Publicación, e

---

<sup>4</sup> Péreznieto Castro, Leonel. **Introducción al estudio del derecho**, pág. 144.10



- Iniciación de la vigencia.

Es pues en el Estado de Derecho o Estado Constitucional donde se cumplen con los pasos anteriores por medio del Organismo Legislativo o Congreso de la República.

En el sistema positivista imperante en Guatemala para que una ley sea válida debe seguirse para su creación un proceso establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala. Se dispone que la ley deba ser decretada, reformada y derogada por el Organismo Legislativo; aunque debe considerarse que también el Ejecutivo interviene en los pasos finales de su aprobación, haciendo de ella una verdadera emanación del poder público del Estado.

Los pasos a seguirse en su elaboración están estipulados en los Artículos 174 al 180 de la Constitución Política de la República y en los Artículos 109 al 133 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, los cuales explicamos a continuación:

1. Iniciativa. Es el acto por el cual un proyecto de ley es presentado a la consideración del Organismo Legislativo por los órganos del Estado debidamente facultados para ello. De conformidad con lo que regula el Artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tienen iniciativa para la formación de leyes:

- Los Diputados al Congreso de la República;
- El Organismo Ejecutivo;



- La Corte Suprema de Justicia;
- La Universidad de San Carlos; y
- Tribunal Supremo Electoral.

Asimismo el Artículo 274 del referido ordenamiento fundamental establece: Tienen iniciativa para proponer reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala:

- El Presidente de la República en Consejo de Ministros;
- Diez o más diputados al Congreso de la República;
- La Corte de Constitucionalidad; y
- El pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos.

Según el Artículo 176 de nuestra carta magna, y la Ley Orgánica y de Régimen Interior del Organismo Legislativo, para la presentación de una iniciativa de ley debe de observarse el siguiente procedimiento:

- De la forma de presentación: El proyecto de ley debe ser redactado en forma de decreto con exposición de motivos, estudios técnicos, si fuere necesario, y la documentación que la justifiquen, se presenta ante la Secretaría del Congreso. Una vez presentado el proyecto de ley, el mismo se debe incluir dentro de los puntos de agenda de la sesión del pleno del Congreso.



Lectura. Incluida la agenda de la sesión, el Secretario debe leer en el pleno la iniciativa de ley. Una vez leída la iniciativa, el diputado ponente o el representante del organismo o institución que la presentó, tiene el derecho de exponer ante el pleno del Congreso, los motivos de la iniciativa, sin que ningún otro diputado pueda intervenir.

Acto seguido, el pleno del Congreso tiene la facultad de enviarlo a la comisión que corresponda para que emita dictamen, o bien obviar este requisito y entrar en forma directa a su discusión.

2. Dictamen de la Comisión. Si como resultado de su trabajo la comisión emite dictamen favorable, pasa de regreso a la secretaría del Congreso para que sea sometido a discusión del pleno el contenido del dictamen y el proyecto de ley.

Vuelto al pleno del Congreso de la República el dictamen favorable y el proyecto de ley se someterán ambos a su consideración. Tanto en éste como en el caso de que se hubiese obviado el requisito del dictamen de la comisión, el sometimiento al pleno del proyecto de ley en esta fase implica su admisión.

3. Discusión. Es el acto por el cual el Organismo Legislativo delibera acerca de los proyectos presentados, discutiendo sobre la conveniencia de aprobarlos o no. En nuestra constitución, el Artículo 176 establece que admitido un proyecto de ley se pondrá a discusión en tres sesiones diferentes celebradas en distintos días, y no podrá votarse hasta que se tenga bien discutido en la tercera sesión. Se exceptúan del



procedimiento establecido, aquellos casos en que el Congreso declare un proyecto de urgencia nacional con el voto favorable de las dos terceras partes o más del número total de diputados que lo integran.

4. Aprobación. Tras discutir el proyecto de ley, el Organismo Legislativo lo somete a votación, la cual puede ser:

- Votación breve o sencilla (levantando la mano),
- Votación nominal (por lista),
- Votación por cédula (secreta).

Para aprobarlo se debe contar con el voto favorable de la mayoría absoluta (mitad más uno) de los miembros que integran el Congreso, salvo casos especiales de la Constitución Política que establezca un número especial. Una vez aprobado el proyecto de ley, la junta directiva del Congreso deberá enviarlo en un plazo no mayor de diez días al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación.

5. Sanción: Es la aceptación por parte del Ejecutivo de un proyecto de ley ya debidamente aprobado por el Organismo Legislativo; en Guatemala la sanción del Poder Ejecutivo debe ser otorgado en un plazo máximo de 15 días (desde la recepción del proyecto) en caso contrario se tiene por sancionado y debe promulgarse como ley de la república a los ocho días siguientes.



La sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por el Congreso. El presidente puede negar la sanción de un proyecto de ley, a través del veto. El derecho del veto implica que el Presidente de la República dentro de los quince días de recibido el decreto, y previo acuerdo en Consejo de Ministros, el Presidente de la República puede devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes.

Para el efecto, el Artículo 178 de la carta magna regula: “Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros, el Presidente de la República podrá devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes, en el ejercicio de su derecho de veto. Las leyes no podrán ser vetadas parcialmente. Si el Organismo Ejecutivo no devolviera el decreto dentro de los quince días contados desde la fecha de su recepción, se tendrá por sancionado y deberá promulgarse como ley dentro de los ocho días siguientes. En el caso de que el Congreso clausurare sus sesiones antes de que expire el plazo en que puede ejercitarse el veto, el Ejecutivo deberá devolver el decreto dentro de los ocho días de sesiones ordinarias del período siguientes”.

6. Promulgación: Es el reconocimiento solemne por el Ejecutivo de que un proyecto de ley ha sido aprobado conforme el proceso legislador establecido por la Constitución y que, por consiguiente, debe ser obedecida; por lo tanto la promulgación de la ley equivale a la orden oficial de que la misma sea publicada por el órgano correspondiente y cumplida por las personas que deban quedar sujetas a la misma.



7. Publicación: Acto por el cual la ley aprobada y sancionada se hace del conocimiento a quienes deben cumplirla. Esta se da a conocer por medio del Diario Oficial de Centroamérica. Implica que no hay leyes secretas, presume que todas las resoluciones emitidas por el Organismo Legislativo pueden ser conocidas por los habitantes del Estado.

8. Iniciación de la vigencia: Al tenor de lo que regula el Artículo 6 de la Ley del Organismo Judicial: "La ley empieza a regir ocho días después (vacatio legis) de su publicación en el diario oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación".

Existen sistemas para que una ley entre en vigor y son los siguientes: · Sistemas de iniciación de la vigencia ü Sistema sucesivo: la ley entra en vigor por espacios geográficos parciales dentro del territorio de un Estado; Sistema sincrónico: la ley empieza a regir en todo el territorio del Estado, después de extinguida la vacatio legis. Este es el sistema que se aplica en Guatemala.

· Clases de vigencia o Determinada: esta se produce cuando en la misma ley se estipula la fecha, el período o lapso que la misma estará en vigor. Ejemplo, las normas individualizadas, como contratos, declaraciones de voluntad unilateral, sentencias judiciales y los decretos que dicta el Estado en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución Política en su Artículo 138, en casos de invasión del territorio, perturbación grave de la paz, de actividades contra la seguridad del Estado o calamidad pública podrá cesar la plena vigencia de los derechos a que se refieren los Artículos 5º,



6º, 9º, 26, 33, primer párrafo del Artículo 35, segundo párrafo del Artículo 38 y segundo párrafo del Artículo 116.

La vigencia Indeterminada, esta se produce cuando en la ley que se declara de observancia obligatoria, no se establece la vigencia de la misma. Ejemplo de ella, lo encontramos en casi todas las normas constitucionales, ordinarias y reglamentarias, ya que como vimos, a excepción de las constitucionales, cuando se limitan los derechos constitucionales y las normas de carácter individualizado que tienen un período de duración determinado.

#### **1.4.4. Abrogación y derogación de la ley**

Después de entrar en vigencia una ley se da la eficacia de la misma, al transcurrir el tiempo, la aplicación de la ley puede ser eficaz o no en el sentido que puede que su aplicación tienda a la protección de derechos o de los bienes jurídicos que se pretende tutelar; o bien se presenten casos en que la misma ley vigente sea transgresora de derechos.

Cuando una ley deja de ser eficaz o vulnera derechos, esta puede ser suprimida o anulada de forma total o parcial, en este sentido la doctrina diferencia la abrogación y la derogación; ya que la primera es la supresión o anulación total de la ley, mientras que la segunda es la anulación parcial de la ley o sea lo que se conoce como reforma de la ley.



A este respecto se refiere el autor Moto Salazar: “Por abrogación, se debe entender, quitar a la totalidad de la ley su fuerza obligatoria. Ejemplo: cuando el Código Civil substituye a otro anterior. Por derogación se entiende suprimir solamente algunos preceptos de la ley. Ejemplo, cuando se suprime un determinado artículo de la Constitución para substituirlo por otro nuevo”.<sup>5</sup>

En el foro guatemalteco se utiliza la palabra derogación para indicar que la ley se suprime, ya sea parcial o totalmente, por ejemplo: La Ley del Organismo Judicial en su Artículo 8 establece: “Las leyes se derogan por leyes posteriores: a) por declaración expresa de las nuevas leyes; b) parcialmente por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes; c) totalmente porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior; d) total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad. Por el hecho de la derogación de una ley no se recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

Por su parte el Artículo 22 de las disposiciones transitorias y finales de la Constitución Política de la República establece: “Se derogan todas las constituciones de la República de Guatemala y reformas constitucionales decretadas con anterioridad a la presente, así como cualesquiera leyes y disposiciones que hubiesen surtido iguales efectos”.

---

<sup>5</sup> Moto, Ob. Cit; pág. 51.



La abrogatoria o derogatoria puede ser tácita o expresa: es tácita, cuando en el cuerpo de la nueva ley nos indica que está derogando otra norma, pero la nueva ley está regulando por completo lo mismo que regulaba la ley anterior o por incompatibilidad de la nueva ley con la precedente.

Las leyes que, por la materia que regulan son de contenido administrativo forman parte del ordenamiento jurídico del país y por lo tanto también les es aplicable todo lo establecido. Existen multitud de leyes con este tipo de contenido que regulan las más diversas materias en las que se ve involucrada la administración pública y su actuar. En materia administrativa, el Organismo Legislativo utiliza sus facultades para regular diferentes aspectos de la administración pública dando lugar a la existencia de distintos tipos de leyes. Así, existen:

- Leyes orgánicas: que tienen como cometido estructurar los diferentes órganos de la administración;
- Leyes reglamentarias: que se emiten para regular aspectos específicos del actuar administrativo y de los derechos y obligaciones tanto de la administración como de los administrados.

Respecto al tema objeto de nuestra investigación es necesaria la derogatoria de forma parcial del numeral 3 del Artículo 221 del Código Civil, en el sentido que vulnera los derechos del niño fruto de una violación, al tener que llevar un apellido no digno, y en el



caso de la madre víctima al sufrir re victimización al ser obligada a que su hijo tenga que llevar los apellidos de su agresor. La vigencia de esta norma impide que el Estado cumpla con su tutelaridad, en virtud que su función y obligación es la protección y asistencia de una persona que, por razón de edad o de incapacidad, no puede gobernarse por ella misma, ya que una parte de la norma vigente antes mencionada es una norma transgresora de derechos del niño y de la mujer víctima.



## CAPÍTULO II

### **2. La tutela del Estado en el derecho de familia, los derechos del niño y el derecho penal**

Como se ha señalado en el Capítulo I, la tutela del Estado no solamente se ve concentrada en una determinada rama del derecho, esta se encuentra en el derecho de familia, a partir de que sitúa a los jueces, como protectores de la parte más débil de las relaciones familiares, y esto tiene su fundamento no sólo en normas ordinarias, sino constitucionales, entre ellas, la Constitución Política de la República de Guatemala, a partir de lo que establece sobre la protección a la familia, al menor, a la mujer, a los ancianos, etc.

En esta línea la tutela de igual forma se manifiesta en derecho penal, al cual se le ha dado mayor significado en los últimos tiempos, derivado de la misma naturaleza de éste, siendo una de sus mayores características la coercitividad del mismo.

Así también se desglosa en normas del derecho internacional de los Derechos Humanos, como el caso de la Declaración sobre los Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y Convenciones relacionadas a los derechos de las mujeres.

De lo anterior, la tutela del Estado a favor de los ciudadanos, se ve fortalecida en normas internas nacionales, y también en normas internacionales como las mencionadas con anterioridad, las que gozan de legitimidad y por lo tanto, es una obligación del Estado no solo para los ciudadanos, sino para la comunidad internacional en general, brindar esa protección, y que esa protección sea efectiva.

## **2.1. La familia, el derecho de familia y los derechos del niño**

La familia conforma la estructura básica de una sociedad organizada y en sus relaciones debe regirse por una armonía entre los ciudadanos, a través de un cuerpo de normas generales las que rigen para que esas relaciones logren esa convivencia armónica entre ellos; siendo esta la razón del derecho de familia, y este derecho en términos generales, se constituye en un conjunto de normas jurídicas, instituciones, leyes, que se rigen para proteger a los integrantes del grupo familiar, cuando entre estos se generan conflictos.

Estas normas las establece el Estado, como mencionamos en el Capítulo I, el Estado se encuentra organizado en tres organismos, siendo uno de ellos el Organismo Legislativo, que es el que tiene la función de crear las leyes que rigen el derecho de familia, la niñez, el derecho penal y demás derechos; y el Organismo Judicial, que es el organismo del Estado encargado de aplicar y hacer aplicar las normas creadas por el Legislativo, es así, como en este tema, el objeto de la justicia y su administración se



refieren a poder lograr una armonía entre las familias y éstas entre las otras dentro de una sociedad.

Por otro lado el Estado ha sido creado, esencialmente, para la protección de la persona individual, de tal suerte, en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece como se organiza el Estado y los fines de éste. Asimismo contiene una serie de normas supremas que se desglosan en leyes de carácter ordinario, sin embargo, también deja plasmado en el Artículo 46 que es la preeminencia del derecho internacional sobre todo en materia de derechos humanos, la cual reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social “reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad” y, el Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala que tienen relación con el Derecho de Familia y el Derecho de los niños se encuentran: derecho a la vida (Artículo 3), derecho de petición (Artículo 28), protección a la familia (Artículo 47).

Seguidamente dentro de los derechos sociales se regula lo relativo a la unión de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos, acciones



contra causas de desintegración familiar. Todo lo anterior se encuentra regulado en los artículos del 48 al 56 de ese cuerpo legal.

Adicionalmente, es evidente que el Estado de Guatemala no se encuentra solo para regirse por sus leyes, sino que también existe otra serie de instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que Guatemala debe respetar y acatar, los que se basan en la persona humana y por ende en la familia.

El derecho de familia en términos generales se constituye en un conjunto de normas jurídicas, instituciones, leyes, que se rigen para precisamente proteger a los integrantes del grupo familiar cuando entre estos se generan conflictos. Adicionalmente, en materia de derechos de la niñez y la adolescencia, se encuentra el instrumento internacional de máxima importancia jerárquica, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño.

## **2.2. Su regulación legal**

La familia concebida de otra forma se ha visto como elemento de estabilidad social y los países han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma. Desde la Constitución de 1985, el constituyente creyó oportuno cuidar ese ámbito de la persona, como había ocurrido en los precedentes nacionales y extranjeros, aunque con variados grados de intensidad. Y se protege el grupo familiar como una



institución básica de la continuidad social. Como principio rector de la política social, los poderes políticos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

En este sentido y contexto, la Constitución Política de la República de Guatemala regula la familia en el Capítulo II (Derechos Sociales), Sección Primera, en los artículos del 47 a 56.

Por otra parte, sigue el actual Código Civil, de forma parcial, la orientación del Código de 1933 en la estructura y contenido de las materias que integran a la familia, pero se hace la salvedad de que este último no regulaba la unión de hecho, ni la adopción, ni incluía el patrimonio familiar (o sea su equivalente, el asilo de familia) en el libro dedicado a los bienes, tratándolo juntamente con los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

En este sentido el actual Código Civil regula esta importante institución dedicándole el título II del libro I "De la familia", que trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela, el patrimonio familiar y el Registro Civil en los artículos del 78 al 441.

También existen algunos tratados internacionales y leyes especiales que guardan una estrecha relación con la familia. En materia de leyes especiales la "Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia", "es un instrumento jurídico de integración familiar y



promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos” (art.1). El Artículo 18 de este cuerpo legal reconoce el Derecho a la familia en los siguientes términos: “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.”

En el ámbito del Derecho público, el Código Penal dedica a proteger como bien jurídico a la familia en los artículos 129,131, del 133 a 136, del 138 a 140,178,189 numeral 5º., 192 numeral 2º., del 226 a 231, del 236 a 237, del 238 a 241 y del 242 al 245.

### **2.2.1. Derechos humanos que incluyen derechos individuales que tienen relación con el derecho de familia y los derechos de los niños**

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales, que tienen relación con el derecho de familia y los derechos de los niños, se encuentran prescritos los derechos siguientes:

- a) Derecho a la vida: El Artículo 3 establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

b) Derecho de petición: El Artículo 28 estatuye: “Los habitantes de la República de Guatemala, tiene derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”.

c) Libertad de religión: El Artículo 36 estipula el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición.

Los anteriores constituyen derechos inherentes a la persona humana. Establecen que los derechos y garantías que otorga la Constitución Política de la República de Guatemala no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Con relación a la preeminencia del derecho internacional, se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, tal como lo estipula el artículo 46 de nuestra Constitución, para la protección integral de las personas.

Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia; el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “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”, es por ello que el Estado emite leyes y disposiciones necesarias para la protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad y velará por el cumplimiento de las obligaciones que de ellas se deriven.

Dentro de los derechos sociales, se regula lo relativo a la unión de hecho, el matrimonio, igualdad de los hijos, protección de menores y ancianos, maternidad, minusválidos, adopción, la obligación de proporcionar alimentos, acciones contra causas de desintegración familiar. Todo lo anterior, se encuentra regulado en los artículos del 48 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Así también, éste cuerpo legal establece el derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia, eje de toda sociedad.

Adicionalmente, es evidente que el Estado de Guatemala no se rige únicamente por sus leyes, sino que también existen otra serie de instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos que Guatemala debe respetar y observar, basados en la persona humana y por ende en la familia.

### **2.2.2. Derechos del niño**

En materia de derechos de la niñez y la adolescencia, se encuentra el instrumento internacional de máxima importancia jerárquica, como lo es la Convención sobre los



## Derechos del Niño.

En cuanto a la convención antes mencionada, esta fue ratificada y aprobada por el gobierno de Guatemala, el 26 de enero de 1990 y conforme lo establece el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno en materia de derechos humanos, es decir, que debe ser considerada como ley vigente en el país, y atiende lo relacionado con los derechos fundamentales del niño y niña, definido sencillamente como todo ser humano menor de dieciocho años; presenta asimismo dos elementos conceptuales con importantes implicaciones que están reguladas en los artículos siguientes:

Artículo 3: El interés superior del niño se convierte en criterio obligatorio para todas las medidas relativas a los niños, siempre en estrecha vinculación con los derechos pertinentes mencionados en otras partes de la Convención sobre los derechos del niño.

Artículo 5: Los padres u otra persona responsable del niño deberían orientar al niño para que ejerza sus derechos de acuerdo con la evolución de sus capacidades.

Dentro de los principales principios de la Convención sobre los derechos del niño se encuentran:

a) El principio a la no discriminación, contenido en el artículo 2.

- b) El principio sobre el mejor interés de los niños, regulado en el artículo 3.
  
- c) El principio o el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo integral de los menores, regulado en el artículo 6.
  
- d) El principio del respeto de la opinión del niño, regulado en el artículo 12 de la Convención arriba identificada.

La convención sobre los derechos del niño se divide en dos partes, en la primera, se establecen los derechos y garantías de los niños. En la segunda parte, la intervención de los estados y la función del comité de los derechos del niño que tendrá funciones especiales para dar cumplimiento a lo normado en la mencionada Convención.

El Artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño establece que debe entenderse como niño “a todo ser humano menor de dieciocho años”, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Dentro de lo importante a resaltar es en cuanto a los derechos de los niños, es que el Estado de Guatemala, reconoce al niño y a la niña como sujetos de derecho; derecho a un nombre y nacionalidad, a conocer a sus padres y en la medida de lo posible a ser cuidados por ellos. También subraya el derecho de la niñez a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, la institución familiar, reconoce el derecho del niño y niña a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y espiritual. Por lo anterior, debe ser de observancia general, tanto para instituciones gubernamentales y no



gubernamentales, que se dedican a la protección o cuidado de los menores y a respetar el principio de que debe prevalecer el interés superior del niño o niña.

El Artículo 2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, regula lo relativo a la aplicación de dicho instrumento por los estados partes, y que cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

El Artículo 3, del mismo cuerpo legal que se ha venido analizando, regula lo relativo a la obligación de cuidado para su bienestar, tanto de instituciones privadas como públicas.

El Artículo 4, regula lo relativo a las medidas administrativas que deben adoptar los Estados partes para asegurar el cumplimiento y efectividad de los derechos que la convención garantiza, por eso creará las instituciones necesarias para su protección.

El Artículo 5, regula la responsabilidad que tienen los padres respecto a los hijos, por lo que los padres fijarán de común acuerdo todo lo relativo a cuidar, educar y sustentar lo necesario a sus hijos empleando para ello medios prudentes para su educación. El Artículo 6, regula el Derecho intrínseco a la vida, este es un derecho protegido por la ley y constituye un fin supremo y como tal merece su protección.



El Artículo 7, preceptúa el derecho a un nombre, y a adquirir una nacionalidad, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, por lo que todo niño tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres así como la protección de su familia, en cuanto a la nacionalidad el Estado debe velar porque no se le prive de este derecho, además debe ser educado en el amor de sus padres.

El Artículo 8, norma el derecho a la identidad, dentro de este derecho está incluido el nombre, la nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, es una obligación del Estado garantizar su inscripción en el Registro Nacional de las Personas.

El Artículo 9, estatuye al derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos; que se hace necesario velar por el interés superior del niño.

El Artículo 11 regula lo relativo a luchar contra el trato ilícito de niños en el extranjero, el Estado debe velar por la dignidad de los niños como miembros de una sociedad, poniéndolos a salvo de cualquier trato violento y humillante.

El Artículo 12 estatuye el derecho a expresar su opinión, a ser escuchado en procedimiento judicial o administrativo.

Los Artículos 13, 14, 15, 16 regulan lo relativo a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, a la libertad de asociación y celebración de reuniones pacíficas, a la no injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, esto se refiere a la inviolabilidad de su integridad psíquica moral y



espiritual por lo que se le deben de garantizar un cuidado especial en este sentido debido a lo indefensos que son.

El Artículo 17, regula la importante función que debe desempeñar los medios de comunicación, ser instrumentos de promoción y supervisar toda la información, espectáculos, programas, o cualquier material que sea puesto para su conocimiento y que todo esto sirva para ayudar a desarrollar una personalidad sana.

Los Artículos 18, 19, 20 y 21, estipulan lo relativo a garantizar al niño el conocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, a adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas apropiadas para proteger contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, trato negligente, malos tratos o explotación, el abuso sexual, etc. En el caso de los niños privados de su medio familiar, y lo relativo a la adopción, se deberá atender primordialmente el conocimiento y ejercicio de sus derechos humanos y la importancia de vivir en una sociedad democrática con paz y libertad por lo que si se tiene la sospecha de maltrato deberá comunicarse a la autoridad competente.

Los Artículos 22, 23 y 24, regulan lo relativo al caso de los niños refugiados, a los cuidados de niños especiales, el derecho a la salud de los niños, los niños con discapacidad física deberán gozar de una vida plena y digna y el Estado asegurará que reciban los cuidados especiales a su condición como será el acceso a programas de estimulación temprana y servicios de salud, así también en el caso de los niños



refugiados el Estado deberá desarrollar actividades y estrategias de carácter nacional, bilateral y multilaterales para que estos niños y sus familias puedan regresar al país.

Los Artículos 25, 26, 27 y 28 regulan lo relativo a la intervención de las autoridades competentes para los fines de cumplimiento de los derechos de los menores, en el caso de la seguridad social y los menores, en el caso a la educación, esto con el fin de prepararlos para el ejercicio pleno y responsable en igualdad de condiciones para el acceso a la educación y los padres deben velar para que esto se cumpla y participar en el proceso educativo.

Los Artículos 29, 30, 31 y 32, regulan aspectos relativos a la educación, a las condiciones étnicas, religiosas o lingüísticas de los menores, el derecho al descanso y esparcimiento, juego, actividades recreativas de los menores, y a la prohibición de explotación económica en el desempeño de cualquier trabajo de los menores, se les deberá garantizar la educación de acuerdo a su realidad étnica y cultural, para un desarrollo sano y armonioso en condiciones dignas a fin de prepararles para una vida plena y que no sean obligados a realizar trabajos que puedan ser peligrosos que los ponga en riesgo.

Los Artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38 regulan lo relativo a las medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para proteger a los menores contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, respecto a la explotación y los abusos sexuales, el secuestro, torturas y otros tratos crueles inhumanos o



degradantes, y el respeto por las normas del derecho internacional humanitario en el caso de los conflictos armados.

En cuanto al tema anterior deben ser protegidos para que no estén a su alcance sustancias que produzcan dependencia y crear las condiciones apropiadas para que esto no suceda así como ser protegidos contra toda forma de maltrato por lo que es necesario la creación de instituciones y programas preventivos para adoptar todas las medidas pertinentes a efecto de asegurar que estos programas se cumplan a cabalidad, en cuanto a los conflictos armados el Estado deberá asegurar su no reclutamiento en el servicio militar y se respeten las normas de derecho internacional para que no participen en hostilidades.

El Artículo 39, regula lo relativo a la necesidad de protección en la recuperación física y psicológica y la reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, respecto a las normas procesales penales en el caso de los menores de edad, por lo que se deberá promover la rehabilitación y asistencia necesaria para dar apoyo y orientación a la familia o a quienes cuidan de ellos.

En la segunda parte de la convención sobre los derechos del niño, se regula en los Artículos 42, 43, 44 y 45 la función del comité de derechos del niño, esto se refiere a que el comité es responsable de la formulación de normas para la protección de la niñez para que sean incorporadas a políticas de desarrollo para adoptar acciones pertinentes que lleven a mayor eficiencia la protección a la niñez.

De los derechos antes mencionados el Artículo 5, regula la responsabilidad que tienen los padres respecto a los hijos, por lo que los padres fijarán de común acuerdo todo lo relativo a cuidar, educar y sustentar lo necesario a sus hijos empleando para ello medios prudentes para su educación.

### **2.2.3. Instituciones del Código Civil**

Dentro de las instituciones del Derecho Civil respecto del Derecho de Familia es el parentesco. El parentesco es el vínculo consanguíneo por afinidad o civil que une a las personas, esta institución se encuentra regulada en el Artículo 190 del código civil, el que establece: “ Clases de parentesco. La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil que nace de la adopción...”

El Artículo 191 del mismo cuerpo legal establece el parentesco por afinidad, estableciendo: “Parentesco de afinidad es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos”.

Seguidamente otra de las instituciones de derecho civil es la paternidad, que consiste en el vínculo de parentesco del padre hacia su hijo.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, define la institución de la paternidad como: “paternidad, indica calidad de padre, procreación por



varón, relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima cuando está concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente”.<sup>6</sup>

En el caso de una violación el parentesco del padre hacia el hijo es ilegítima no solo por procrearlo extramatrimonialmente sino que por procrearlo a través de un acto violento.

El reconocimiento del padre se encuentra regulado en el Artículo 210 del Código Civil, el que establece: “Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con la relación a la madre, del solo hecho del nacimiento; y, con respecto del padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.”

De lo anterior, la paternidad por orden judicial está regulada en el Artículo 221 del Código Civil, el que establece los casos en que puede ser declarada la paternidad, dentro de los cuales uno de ellos violenta los derechos del niño fruto de una violación así como los derechos de la mujer; por ello este será tema que desarrollaremos en el Capítulo III de la presente investigación.

Seguidamente la patria potestad es definida en el diccionario de Ossorio como “El conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para

---

<sup>6</sup> Osorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 433.



que cuiden, gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual periodo”.<sup>7</sup>

El Artículo 252 establece la patria potestad en el matrimonio y fuera de él, regulando: “El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.”

Con respecto a los hijos extramatrimoniales, la patria potestad, corresponde a la madre, al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre. Tiene su origen natural y legal a la vez, la patria potestad definida en el diccionario ya identificado es:

Por nacimiento de legítimo matrimonio,

Por legitimación mediante subsiguientes nupcias entre los padres de una o más hijos;

Por reconocimiento de la filiación natural;

Por obra exclusiva de la ley en virtud de la adopción;

Como resultado de los hechos ante la falta de otras pruebas, por la posesión de Estado.

Con respecto a la patria potestad escribe que: “En todo grupo humano más o menos articulado, en toda relación jurídica en la que se asocien varias personas para cumplir

---

<sup>7</sup> **Ibid.** Pág. 434.

un cometido que se sale de la más pura situación del derecho privado, siempre tiene que haber un poder de dirección que de armonía y unidad a la variedad que el supone.

En el grupo matrimonial, la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar<sup>8</sup>. Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común. Para la exponente este principio rector está representado por la patria potestad. De acuerdo a lo anterior, el origen de la palabra patria potestad, viene del latín patrias, a lo relativo al padre y potestad significa dominio, autoridad.

La patria potestad como "Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".<sup>9</sup>

"Las características de esta institución son:

a) Constituye ante todo, un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que esta asignada a los padres, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado, que la articulan ellos como sujetos a quienes corresponde con exclusividad.

---

<sup>8</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio del derecho civil español**. Pág 82.

<sup>9</sup> Planiol, Marcel. **Tratado elemental del derecho civil**. Pág. 98

b) Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero; solo la madre puede ejercer, como asociada, determinadas funciones propias de la patria potestad en el área particular e la familia, esto no obsta, sin embargo, para que algunos cometidos del instituto singularmente en lo referente a la educación e instrucción, puede el padre encomendarla a un tercero, valiéndose para ello de auxiliares de cumplimiento, como por ejemplo entregar al hijo a un preceptor o a un internado, o enviarle a un aprendizaje o a un maestro que le de enseñanza de una profesión u oficio.

c) Además es intransferible, no puede el padre transmitir a un tercero, en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos, solamente puede entrar en juego el instituto de la adopción, en los términos con las condiciones y requisitos que se estudian al respecto.

d) Finalmente, representa una obligación positiva de trato continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad. No es factible, en efecto, asumir la patria potestad y mantenerse en una situación negativa, “el Estado exige una actividad reiterada de beneficio y sanción en los términos que exigen el cumplimiento por acción y también por omisión”<sup>10</sup>.

El estudio de esta importantísima institución que forma parte del Derecho de Familia

---

<sup>10</sup> Puig Peña, Federico, **Ob. Cit.** Pág 104.



haciendo las consideraciones sobre las personas sometidas a la patria potestad, personas que legalmente pueden ejercerla, ejercicio de esa misma función en cuanto a las personas y los bienes sometidos a ella, por lo que siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre en el ejercicio de la patria potestad la autoridad judicial respectiva debe resolver lo que más convenga al bienestar del menor.

#### **2.2.4. La filiación**

La filiación en sentido amplio, “la describe como la descendencia en línea recta, pero en sentido jurídico, le da un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo, indicando que de aquí deviene que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere al lado del padre o de la madre, y por lo tanto, concluye dicho autor, en que la filiación puede definirse como la relación existente entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra.”<sup>11</sup>

Al respecto manifiesta que, “como la procreación es obra de padre y madre, es evidente que si la relación de paternidad o maternidad, aisladamente considerada, nos muestra la relación de filiación, deberá comprender tanto a la paternidad como a la maternidad, y por tanto, será noción más completa que podríamos definir, como relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la

---

<sup>11</sup> Espin Canovas, Diego. **Derecho civil**. Pág 312.



madre de la primera”.<sup>12</sup>

La filiación se puede clasificar de la siguiente forma:

- Filiación Legítima: “Se entiende por filiación legítima la que se crea entre el hijo concebido dentro del matrimonio y sus padres”
  
- Filiación Ilegítima: “Se entiende por relación paterno filial ilegítima, a aquella que tiene lugar por el hecho de la generación fuera de las justas nupcias”

Aplicando estas técnicas, se puede establecer con mayor facilidad que el juez pueda elaborar un dictamen sobre una controversia que surja de las relaciones familiares, es decir, el marido puede impugnar la paternidad del hijo nacido en el tiempo en que él considera que no es hijo suyo por cuestiones naturales, y conviene en ese sentido, establecer lo que dice la ley, pues indica que el marido puede impugnar la paternidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio o la unión de hecho, pero en este caso, el hijo y la madre tienen derecho para justificar la paternidad de aquel, conforme lo indica el Artículo 202 del Código Civil.

La ley procura regular la forma de establecer la filiación matrimonial, persista o no ese vínculo en el momento de que se solicite su reconocimiento. El Artículo 206 contempla el derecho de la mujer encinta al momento de la separación o disolución del matrimonio,

---

<sup>12</sup> **Ibid.** Pág 313.



señalando su deber de denunciarlo al juez o al marido, en el término de noventa días contados desde su separación o divorcio.

Asimismo, si la mujer queda encinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente, dentro del mismo término a fin de que en uno u otro caso, se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación.

Con la relación paterno-filial, puede determinarse que cuando se acude a la vía judicial, se pretende, conforme la legislación analizada, que a cualquier persona le asiste el derecho que tiene como hijo no reconocido que se busque una declaración judicial para que un tribunal competente haga dicho reconocimiento.

Su acción no pretende crear algo, sino que el órgano judicial, se pronuncie sobre un hecho ya realizado en la vida real.

Esta convención fue ratificada y aprobada por el gobierno de Guatemala, el 24 de enero de 1990, y conforme lo establece el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno, es decir, que debe ser considerada como ley vigente en el país, y atiende lo relacionado con los derechos fundamentales del niño y niña, definido sencillamente como “todo ser humano menor de dieciocho años”.

### 2.2.5. El derecho penal en la esfera del derecho de familia

Dentro de la tutela del Estado y en la realidad social, las disciplinas del derecho se interrelacionan entre sí, como sucede en el caso del derecho penal con el derecho de familia. A pesar de que ambas disciplinas jurídicas son distintas, existen instituciones que las vinculan entre sí, y que ellas tendrían que analizarse desde la perspectiva integral del ordenamiento jurídico nacional e internacional, especialmente cuando se trata de los derechos humanos fundamentales de las personas no importando su edad.

El derecho penal se constituye en un conjunto de normas jurídicas, principios, instituciones, leyes, doctrinas, jurisprudencia que constituye el ejercicio del Estado en el poder punitivo que tiene para crear figuras delictivas o prohibitivas y sancionar a los ciudadanos que infringen las normas contenidas en el Código Penal.

“La razón de ser del derecho penal es precisamente el delito, las penas y las medidas de seguridad. Con relación al delito, establece que es una acción típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de punibilidad”.<sup>13</sup>

En la obra Tratado de Derecho Penal, establece que “delito es una conducta humana culpable, que viola las normas del Estado y que las leyes penales colocan bajo pena.”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Goldstein, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**. Pág. 136.

<sup>14</sup> Zaffaroni, Eugenio. **Ob. Cit.**. Pág. 472.



En resumen, puede decirse que desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sancionará con una pena, estando la misma dentro de los parámetros de prohibición que impera en la norma como un mandato legal de prevención hacia los particulares y que si se infringe, su infracción constituye una consecuencia directa de la sanción o pena. Sin embargo, es menester hacer mención de que para la conformación de la definición del delito, se deben de cumplir los elementos negativos los que ayudan a la estructura de dicho concepto. Algunos tratadistas como el caso de Silva Sánchez indica que el concepto delito responde a una doble perspectiva: "Por un lado es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, al segundo, culpabilidad o responsabilidad. Injusto o antijuridicidad es pues, la desaprobación del acto, culpabilidad, la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo. En estas dos grandes categorías antijuridicidad y culpabilidad, se ha ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito.

En la primera que como se dijo arriba, es un juicio de desvalor que se le llama injusto o antijuridicidad se incluye la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado.

En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor, la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el reconocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto, dice Cerezo Mir en la



polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal español, en los problemas fundamentales del derecho penal.

Existen en la teoría del delito, los elementos positivos que lo conforman, los cuales han sido considerados por la autoridad no solo para crear las figuras delictivas, sino también para sancionarlas.

#### **2.2.6. El delito de Violación, el estupro y sus repercusiones respecto al numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil.**

Uno de los delitos que afecta los derechos de familia es el delito de violación, el cual es un delito que atenta contra la libertad sexual e indemnidad sexual de las personas, siendo este uno de los delitos de gran impacto social y de gran trascendencia o gravedad, por lo tanto, se encuentra penado drásticamente. Tanto el hombre como la mujer pueden ser vulnerados en su sexualidad, pero en el caso de la mujer este delito puede causar consecuencias mayores cuando la mujer resulta embarazada y da a luz a un niño.

“Se entiende por violación, al delito contra la libertad sexual cuya acción consiste en el acceso carnal llevado a cabo en circunstancias tipificadas por la ley”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Cocoresse, Gaetano. **Responsabilidad del Estado con Ocasión de la Violación de los Derechos Humanos**. Pág 183.

El delito de violación concurre con frecuencia en conjunto con otros delitos como lo es el de homicidio o el de lesiones, y la persona que sufre la afectación por este delito en el derecho penal es conocida como sujeto pasivo, quien puede ser un hombre como una mujer. Asimismo, la condición de cónyuge tampoco excluye la posible existencia de este delito.

“Debe distinguirse la violación del estupro, pensado para cualquier tipo de acceso carnal, mediando el engaño o prevaliéndose el autor del hecho de su situación de superioridad”<sup>16</sup>, en este párrafo puede distinguirse que se hace una distinción entre estos dos delitos, sin embargo el Código Penal ya no regula el estupro en virtud que fue reformado por el Artículo 28, del Decreto del Congreso Número 9-2009 el 03-04-2009; quedando solamente regulada la figura de estupro en el Código Civil.

### **2.2.7. Antecedentes del delito de violación**

Este delito, en sus antecedentes tiene una historia, por ello, brevemente se establece lo siguiente: “En Babilonia, surge el código de Hammurabi el cual mencionaba que la mujer no tenía independencia, o bien la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente casada. De acuerdo con este código un hombre que violaba a una virgen prometida debe ser cogido y ajusticiado, pero a la joven víctima se le consideraba inocente. Hammurabi decretó que un hombre que conocía a su hija, es decir que cometía incesto, era simplemente desterrado fuera de los muros de la ciudad. Una

---

<sup>16</sup> Puig Peña. **Ob Cit.** Pág. 345.



mujer casada que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante, sin tener en cuenta cómo se había desarrollado el incidente, el crimen era considerado adulterio y se cogía y se arrojaba al río a ambos participantes.

Es revelador que hubiera una posibilidad de apelación. Se permitía al marido en caso de desearlo éste, que sacara a su mujer del agua; el rey si así lo quería podía dejar libre a su súbdito. En Israel, en la cultura Hebrea la mujer casada que era victimizada mediante la violación, era considerada culpable, adúltera e irrevocablemente profanada. En el derecho romano, la Lex Julia de vis pública imponía la pena de muerte para el responsable de la unión sexual violenta. En el pueblo hebreo, dependiendo si la víctima era casada o soltera se le imponía la pena de muerte o multa al responsable. En Egipto se castraba a aquél que violare a alguna mujer.

En el Código de Manú se aplicaba la pena corporal en el caso de que la mujer no fuera de la misma clase social.

En Grecia el violador debía pagar una multa y estaba obligado a casarse con la víctima si así lo deseaba ella, de no ser así se le aplicaba la pena de muerte.

En la época de Teodorico existía un edicto por el cual debía casarse con la mujer atacada, además de otorgarle la mitad de sus bienes si era rico y noble.



“En el derecho canónico sólo se consideró el stuprum violentum, en el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento, pero en mujer ya desflorada no se podía cometer el delito”<sup>17</sup>.

Para el caso de Guatemala, en el año de mil novecientos treinta y seis, regía el Código Penal contenido en el Decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, que contemplaba como bien jurídico tutelado la libertad sexual, y estableciendo las normas relativas a la protección a ese bien, a través de la tipificación del delito de abusos deshonestos y violación dentro de esta normativa. Posteriormente, entra en vigencia el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, siendo el que actualmente regula el delito de abusos deshonestos y violación dentro de los delitos que atentan contra la libertad sexual de las personas.

#### **2.2.8. Regulación legal del delito de violación en el Código Penal Guatemalteco**

El título III del libro segundo del Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula los delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de las personas y dentro de los cuales, en el capítulo I, regula lo relativo al delito de violación, estableciendo lo siguiente: Violación El artículo 173 del Decreto Número 17-73, Código Penal de Guatemala, establece: “Violación. Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por

---

<sup>17</sup> **Ibid.** Pág 345.



cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirselos a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.”

Seguidamente el artículo 174 del mismo cuerpo legal establece: “Agravación de la pena. La pena a imponer por los delitos enunciados en los artículos anteriores, se aumentará en dos terceras partes en los siguientes casos: (...) 4to. Cuando se cometa en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito...”.

De acuerdo a lo anterior, conviene efectuar el siguiente análisis:

En el derecho penal a la víctima se le denomina (sujeto activo) y a la persona que vulnera a la víctima (sujeto pasivo); “La utilización de la violencia para la comisión del delito, por parte del sujeto activo en contra del sujeto pasivo; existen elementos que radican en la comisión del delito, como el aprovechamiento de las circunstancias en que se encuentra la víctima, (...); a que es un delito reprochable por la sociedad, en cuanto a que atenta contra la libertad sexual e incluso, contra la vida, por la resistencia que pone la víctima y que puede producir durante el lapso de la violencia empleada, la muerte de la víctima, la pena a imponer, no es suficiente para el responsable, y que debe ser mayor, cuando sucede en el caso de menores de catorce años; establece la regulación de la agravación de la pena, la cual se aumentará en dos terceras partes.



Cuando se dan las circunstancias que regula el artículo 174 del Código Penal, es decir, que si en la ejecución del delito, participaren dos o más personas, cuando el autor fuere pariente de la víctima dentro de los grados de ley; cuando se cometa en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito; cuando el tutor, o en el encargado de la educación, custodia o guarda de la menor; en el caso de que se produjere grave daño, como consecuencia de la comisión del delito, que puede referirse a lesiones, y en este caso, también, puede establecerse el daño moral.

#### **2.2.9. Consecuencia jurídica para el delincuente**

Conviene hacer la reflexión respecto a las circunstancias por las cuales se producen actos ilícitos como sucede con la violación. Dentro de la mente del criminal, se encuentra la intención de provocar un grave perjuicio al abusar o aprovecharse de la situación en la que se encuentra una mujer y tener acceso carnal con ella, independientemente si es voluntad de ella o no, lo cual hace presumir la falta de conocimiento previo o anterior entre víctima y victimario. En este caso, es de considerar que no es factible que el agresor tenga la posibilidad de eximirse de su responsabilidad penal, tan solo por el hecho que decida contraer matrimonio con la víctima.

Peor aún es el hecho respecto del menor, que si bien, como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, este tiene derecho inherente de saber quienes son sus



padres, no obliga a que estos deben estar unidos en matrimonio en una situación de violación, por ejemplo. Aparte de ello, también surge la inquietud en el tema respecto a que en muchos casos, las mujeres que se encuentran en esta situación, deciden abortar al producto de la violación, ya sea por razones de salud o por el trauma sufrido y demás circunstancias, que se vean obligadas a tomar una decisión equivocada.

Adicionalmente, es de considerar y esto surge derivado de las entrevistas realizadas a distintas personas, en el tema respecto a que cuando surge una violación, es común, que tanto el agresor como la víctima de esa violación se conozcan previamente y que pudiera darse el caso que hayan mantenido una relación de noviazgo y derivado de esa circunstancias el agresor haya aprovechado esta situación para someter a su víctima a un deseo sexual y que esto se traduzca en una violación.

A pesar de que pudo haber estado en la mente del violador y de la víctima contraer matrimonio en alguna oportunidad, esto no debería haber sido prioritario por lo menos en el violador, ya que no debió de existir violencia y mucho menos en contra de la voluntad de la mujer eso es inaceptable y que debido a esto y por diversas razones ya sean familiares o la misma sociedad se deba de contraer matrimonio, pues debe existir un conocimiento previo entre las familias de ambos, la planificación del matrimonio, la planificación del momento en que decidan concebir el primer hijo, etc., lo cual no se ha estimado en estas circunstancias, por lo que no es correcto ni justo para la mujer, por lo tanto, la ley no debiera obligar a cualquiera de ellos, o a los dos a contraer matrimonio sin haber estimado todas y cada una de estas circunstancias, y pareciera



que el legislador de forma abrupta quiere que no existan niños sin padres, y que estos padres se encuentren unidos, cuando hay un fin primordial en la familia que es la protección a los niños para que exista una paternidad responsable, y decidir libremente con quien se quiere tener hijos y no como producto de una violación.

En cualquiera de los casos anteriormente señalados se hace evidente que la obligación del agresor de contraer matrimonio con el objeto de evadir la responsabilidad penal no resulta congruente para los fines del matrimonio y para la formación de una familia sana, siendo estas dos instituciones protegidas constitucionalmente por el Estado, es decir, no tiene caso obligar por una ley ordinaria al victimario, de contraer matrimonio para evadir su responsabilidad, porque el futuro se torna incierto, especialmente para el niño nacido como producto de la violación. Adicionalmente, en muchos casos simplemente acepta el victimario esta condición con el fin de evadir su responsabilidad penal, lo cual no es justo para los derechos de la mujer, a la cual le asiste el derecho de decidir con quien quiere casarse y con quien quiere procrear sus hijos.

#### **2.2.10 Consecuencia jurídica para la mujer víctima**

Es de reconocer que por muchos años a través de la historia y especialmente en el caso de la sociedad guatemalteca, así como en otras sociedades en que la mujer ha sido relegada a un segundo plano, ya que dentro de sus funciones en la sociedad era la de limpiar la casa, cuidar del hogar, cuidar a los niños, atender al esposo y cocinar y no tener la posibilidad de estudiar. Esta realidad ha ido cambiando y los derechos de las



mujeres se han ido reconociendo poco a poco, sin dejar de cumplir con sus obligaciones dentro del hogar, propugnando por una igualdad con relación a los derechos de los hombres, tal y como lo establece el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Tomando en consideración que el Código Penal data de los años setenta, la sociedad en esa época era distinta a la sociedad actual y esto también aplica al caso de los legisladores y su pensamiento conservador, en virtud que el Código Penal se le han realizado reformas a tal punto que el delito de estupro ya no existe dentro de su normativa.

De igual manera sucede en el caso del Código Civil, que data de los años sesenta, en el cual el pensamiento era otro, así como la redacción de las normas las cuales ya se encuentran fuera de la realidad social y no como se vive en la actualidad, en muchos casos resultan inconstitucionales, pues desvaloran el fundamento que se tiene del matrimonio y del pensamiento que de éste pudieran tener las víctimas, en este caso, es la mujer violentada sexualmente, el menor producto de esa agresión sexual e incluso, el de la persona que se encuentra sometida a un proceso penal como agresor sexual, pensando que se le puede eximir de su responsabilidad penal al contraer matrimonio con la víctima.

Así también, se concibe al matrimonio como una obligación social, en función de que los niños no crezcan sin sus padres, interpretándolo de manera restrictiva e inoperante.



Por lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que si no se reforma el Código Civil y especialmente el Artículo 221 en su numeral tres, lo cual se traduce en perjuicio de la mujer y la del menor como producto de esa agresión sexual, porque las consecuencias las seguirán sufriendo, en virtud que no se puede fundar una familia en esas circunstancias, a tal grado que los legisladores no han tomado en cuenta la opinión de la mujer al ser tratada como objeto, porque deja en libertad al agresor de decidir sobre este asunto y no a ella, como sucede en el caso de violación, cuando el contraer matrimonio es una decisión compartida. Adicionalmente la mujer no puede decidir con respecto al fruto de la violación, en virtud que la ley condena cualquier situación que no se apegue a ella.

#### **2.2.11. Consecuencia jurídica para el menor**

En primer término conviene considerar que los derechos del niño a nivel internacional se encuentran ampliamente protegidos. A partir de lo que establece la Convención sobre los Derechos Niño y derivado de las reformas al Código de Menores, que se traduce en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, el Estado de Guatemala, ha dado un paso fundamental para hacer valer los derechos de los menores y especialmente protegerlos.

A pesar de los avances que se han tenido en cuanto a la protección de la niñez, debido a las intervenciones que han tenido por parte de los adultos, la situación de desventaja



en que se encuentran los menores es abrumadora, es por esto que en el ámbito del trabajo, de su subsistencia y de sus derechos en asuntos judiciales, sean abordados con especial interés por la Organización de las Naciones Unidas, y para ello ya se han conformado cuerpos normativos como el citado para su debida protección.

El Fruto de la violación como delito, lo constituye el menor y en este caso se convierte en víctima también y quizá en víctima primaria ya que él no ha decidido sobre sus derechos respecto al nombre y de continuar llevándolo en el transcurso de su vida, principalmente cuando tiene uso de razón y se entere de cómo fue concebido, claramente la legislación nacional no regula nada al respecto y de hecho debe regularse en la legislación de familia y de conformidad con lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, para que estos puedan tener una infancia feliz y estar en el pleno goce de sus derechos que como niño le asiste en beneficio de la sociedad y de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole para que sean adoptadas progresivamente.

No se puede fundar una familia a partir de un hecho delictivo, como puede ser la violación y que debido a este hecho la mujer conciba y la problemática que esto conlleva por las consecuencias irreversibles tanto para la mujer como para el menor, como dije anteriormente no se puede fundar una familia bajo estas circunstancias, porque sería una familia carente de valores en donde el amor y el respeto no existirían.



El tema del aborto a nivel internacional también podría ser discutido dentro del ámbito jurídico y moral. En el caso de Guatemala, se tendría que someter a consideración de lo que las normas refieren, y en este caso, el aborto está prohibido, con excepciones de las contenidas en el Código Penal que trasciendan a provocar grave daño a la salud de la mujer y esto también debe ser considerado por facultativos.

A pesar de lo anterior, es evidente que la realidad enmarca una proliferación de mujeres especialmente jóvenes que se han provocado el aborto y que existen clínicas y médicos que se dedican a estas actividades ilegales.

En el tema de las violaciones, entonces, se debe considerar que se encuentra en juego tanto los derechos de la mujer, como los derechos del niño, y aquí es en donde se considera de importancia la tutela efectiva del Estado para éste resguardo, el de los derechos fundamentales de cada una de las víctimas sea prioridad y velar porque así sea.

Es por ello, que el legislador tiene el deber de regular normas claras en este sentido, y la misma debiera de regularse en una legislación específica de familia, tomando en consideración todos estos aspectos, y provocando a través de las mismas que existan soluciones a los conflictos sociales que esta problemática genera, como sucede en el presente caso analizado.





## CAPÍTULO III

### **3. La derogatoria del numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil y las repercusiones en cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño**

Como se ha venido analizando en el desarrollo de este trabajo, la situación derivada de un hecho o acto ilícito, como es la violación, que comúnmente puede generarse en el seno de la familia, o parientes cercanos, la mujer en cualquiera de éstos casos, será sometida a una disyuntiva que repercutirá en toda su vida si se le diera el apellido del agresor a su hijo fruto de la violación.

Los daños que se generan de esa forma violenta de interrumpir en su vida sexual, y que da como resultado la infracción a una norma penal, afecta indiscutiblemente a la familia de ésta mujer, y al producto concebido, como es el menor.

#### **3.1. Aspectos considerativos**

En esa circunstancia, cambia el concepto de familia, y lo que significa para una sociedad, es decir, ya no resulta el hecho de que se haya producido una concepción de un hijo, generado de una relación de pareja y de un vínculo como el matrimonio, y todo lo que la sociedad concibe como familia. "La familia existe siempre que existe el hombre".



La atracción sexual y el amor, origen del vínculo matrimonial, encuentran en la familia el cauce institucional por el que los individuos se integran en la sociedad.

La procreación, dentro de la estructura familiar, adquiere un carácter afectivo que hace posible la crianza y el desarrollo intelectual de los seres humanos.”<sup>18</sup>

Respecto a los orígenes de la familia, conviene hacer la reflexión en cuanto a que lo conocido es que se inicia con una familia claramente patriarcal en el Oriente Medio, con menos autoridad para el padre de familia en Grecia y Roma, y con menos aún en los pueblos de América, sin que en ningún pueblo de los conocidos, el padre deje de ser el jefe de la familia.

El matiz del patriarcado exagerado o disminuido viene dado por la mayor o menor consideración que se le da la mujer y por tanto, por la mayor o menor importancia que se le da al matrimonio monogámico.

Esto confirma lo que nos dice la razón: que la familia y el matrimonio son dos instituciones naturales, en el sentido que se derivan de la naturaleza humana y por tanto han estado presentes desde que existe el ser humano sobre la tierra y seguirá existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza.

En la familia, entonces se generan vínculos de parentesco y de conformidad con la ley existen tipos y grados. El parentesco, entonces, es la relación que existe entre

---

<sup>18</sup> **Ibid.** Pág. 653.



miembros de una misma familia, por vínculos de sangre, o bien, la generada entre los cónyuges, que es la de afinidad y entre los hijos adoptados y los padres adoptantes que es la denominada civil.

En el caso de una violación, en donde se produjo la concepción de un hijo, el vínculo de parentesco que se genera entre el violador y la víctima, respecto del hijo, es la de consanguinidad, al establecer que es el que existe entre personas que descienden del mismo progenitor, y de allí las consecuencias ulteriores respecto a la conformación de la familia por razones de consanguinidad que se generan de este hecho.

Dentro de las obligaciones que se imponen a los padres respecto de los hijos, y que efectivamente es parte de esa tutela estatal, es de la obligación de proporcionar alimentos.

De conformidad con la ley civil guatemalteca, de carácter sustantivo, los alimentos, no solo comprenden precisamente eso, sino que encierra todo un cúmulo de bienes que son necesarios para la vida de un menor, como por ejemplo, educación, salud, recreación, habitación, etc.

El derecho de alimentos se deriva del parentesco, y su fundamento es el derecho a la vida que tiene toda persona necesitada.



Para que exista este derecho se deben dar tres requisitos: en primer lugar debe de haber una necesidad en el acreedor, en segundo lugar una posibilidad en el deudor que debe darlos, y por último un parentesco entre ambos. De tal forma que si no existe necesidad, posibilidad o parentesco no puede nacer el derecho de los alimentos.

La finalidad del derecho de los alimentos es asegurar al pariente necesitado cuanto necesita para su mantenimiento o subsistencia. Es un derecho condicional y variable. Es condicional, ya que sólo se debe si existe y subsiste la necesidad en el acreedor, y si existe y subsiste la posibilidad del deudor; termina también cuando el deudor alimentista deja de estar en posibilidad de proveer alimentos.

Ahora bien, derivado del parentesco por consanguinidad y lo que respecta a las obligaciones que nacen de ello, dependen de la filiación que exista entre el padre e hijo y viceversa.

La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no se sepa quiénes son.

La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios.



Para el derecho la filiación es más bien, el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado.

Claro está que la filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica, y tomar de ella las presunciones e indicios para establecer esa peculiar relación de filiación, pero en ocasiones la misma biología no puede establecer con certeza la relación biológica de filiación.

Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y sin madre; conforme al derecho puede haber hijos sin padre ni madre, ya sea porque se desconozcan o porque sabiéndose su identidad, no se hayan llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación jurídica de filiación.

Aún cuando biológicamente la filiación y los caracteres hereditarios se reciben de todos los ascendientes, para el derecho, la filiación se concreta solamente a la relación del hijo con su padre y su madre y por tanto se reduce a paternidad y maternidad, y a través de ellos con los demás ascendientes. Por la misma naturaleza, la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto.

Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquél parto. La incertidumbre de la paternidad no es biológica sino social, pues sólo una célula masculina puede engendrar al producto en la madre. Esa incertidumbre la despeja el derecho por medio de presunciones, que si



bien se basan en elementos biológicos, hacen otro tipo de atribuciones basadas en la integridad de la familia, la paz social, etc., que rebasan el campo biológico y en ocasiones de hecho lo contradicen.

De tal suerte, que surge lo que se ha denominado en el Derecho Civil, la filiación de los hijos legítimos y no legítimos. Son legítimos los hijos nacidos de matrimonio legal. Se entiende que son hijos del matrimonio los nacidos después de 180 días de celebrado éste o antes de 300 días de terminado, o de haberse separado los cónyuges.

La presunción de legitimidad de los hijos opera mientras no se contradiga por parte del marido. La presunción legal de paternidad del marido sigue reglas diferentes para el caso de que la mujer no respete el plazo de 300 días que le impone la ley y contraiga nuevo matrimonio antes de cumplirse ese plazo, que debe contarse desde la terminación del matrimonio o la cohabitación anterior.

En relación a los hijos naturales o legitimados son aquellos, que habiendo nacido como naturales, por el subsecuente matrimonio de sus padres, se les tiene, para todos los efectos legales como hijos del matrimonio desde la fecha de éste. Al no distinguir la ley, pueden ser legitimados cualquier tipo de hijos naturales, con excepción de aquellos que, como los incestuosos, o algunos casos de adulterinos, han nacido de padres que no pueden contraer matrimonio entre sí.



Tiene todos los derechos del legítimo desde la fecha del matrimonio de sus padres. Ahora bien, derivado de todo lo anterior, procede entonces, el tema de los reconocimientos. El hijo y sus descendientes son los únicos titulares de estas acciones de reconocimiento, las cuales sólo pueden ejercitarse en relación con la madre, cuando no tengan por objeto imputar la maternidad a una mujer casada a menos que ésta se deduzca de una sentencia judicial.

La maternidad puede acreditarse por cualquier medio de prueba, pues lo que se trata de establecer es el hecho del parto y la identidad del producto. En cambio, la paternidad sólo puede investigarse en los casos y con los medios que la ley restrictivamente señala. Esto es lógico, y no puede interpretarse como una medida antifeminista, pues se deriva de la propia naturaleza. Es muy difícil atribuir falsas maternidades, en cambio, si la ley no restringe la investigación de la paternidad, sería muy fácil atribuir falsas paternidades que servirían de base de chantajes y problemas familiares y patrimoniales de consideración.

También aquí es necesario distinguir entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales. Para los hijos legítimos tienen derecho a llevar los apellidos de sus padres. Tienen derecho a ser alimentados por sus padres, los cuales, como cónyuges, determinarán sobre quién recae esta carga económica, pudiendo los hijos pedir el aseguramiento de este derecho en virtud del derecho preferente que les concede la ley.



Tienen derecho a vivir en el hogar conyugal, y para eso el Código les marca como domicilio legal el de sus padres y les obliga a vivir con ellos. Tienen derecho a ser educados por sus padres quienes no sólo han de proporcionar los medios económicos para adquirir cultura, sino sobre todo creando y manteniendo el ambiente familiar propicio para el desarrollo armónico del hijo. En el caso de los hijos legítimos, este derecho se ve fortalecido por el compromiso matrimonial de sus padres que incluye necesariamente la educación de la prole como fin del matrimonio. Tiene derecho a la porción de hijo en la herencia legítima y a una pensión testamentaria en caso de necesidad.

Ahora bien, en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio los efectos de la filiación son los mismos, con la excepción del derecho a vivir en el hogar de sus padres, pues ni aún en el caso de las concubinas existe ese derecho, pues las concubinas no tienen obligación de vivir junto a su pareja y por tanto terminan la vida en común cuando cualquiera de ellos lo decida. El derecho a ser educados por sus padres también sufre demérito en el caso de estos hijos, pues los padres que no viven con él, no pueden realizar esta obligación con toda plenitud. En todo lo demás, el hijo natural reconocido se iguala al legítimo, lo cual es de justicia, pues su condición le ha sido impuesta sin consultarle y sin su culpa. Es más, en materia patrimonial, la ley podría ir más allá exigiendo a los padres del hijo natural que aseguren, dentro de sus posibilidades, el futuro económico de sus hijos, sin detrimento de la familia legítima, cuando ésta exista.



De conformidad con lo anterior, cuando se produce una situación abrupta o fuera de las reglas generales que aquí se han enumerado respecto a la filiación, parentesco, matrimonio, la familia, y consecuentemente la relación de padres e hijos, como es el caso de una acción ilícita, como puede ser resultado de una violación, se rompen todos los esquemas que han sido creados con respecto a la familia y los hijos, y de ellos se extraen unos y otros pero no con la fuerza y el verdadero espíritu que los conformó, de tal suerte que el menor ya desde su concepción, sufre desmérito, en relación a todos esos derechos que le asisten desde ese momento.

Adicionalmente, en el caso de la mujer, también, sucede que ésta en calidad de víctima sufre distintas formas de daños.

### **3.2. Los daños**

El tema de la reparación que se produce por los daños que se generan de los delitos, ha sido abordado desde tiempos muy remotos y en distintas culturas y sociedades.

### **3.3. Definición de Daño**

La palabra daño proviene del vocablo latino “demere significa disminuir, cercenar, quitar”<sup>19</sup>. El Diccionario de la Real Academia Española, define al daño como “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia”.

---

<sup>19</sup> Minozzi, Alfredo. *Il Danno non patrimoniale*. Pag. 29.



Es importante notar que la noción de daño no comprende únicamente la consecuencia directa del hecho sobre los bienes del sujeto, que sería el detrimento, perjuicio y menoscabo sino también la repercusión inmaterial del daño en el ser humano, titular de los bienes afectados, tales como: dolor, molestias, etc.

La teoría del daño moral ha provocado discusiones en torno a su admisibilidad o no, dentro de la esfera del derecho penal. Se ha dicho por ejemplo, que el propio significado gramatical del término resarcimiento se opone a ello.

El verbo resarcir, significa etimológicamente, reconstruir, que en todo caso es una actividad material o económica dirigida a volver a la cosa a su primitivo estado, o sea cancelación de los efectos patrimoniales del ilícito dañoso.

La naturaleza jurídica del daño es pública, el Estado tiene por todo esto, un interés en el que el daño sea resarcido del modo más rápido y en toda su extensión.

La sanción civil se dirige con la penal hacia un mismo fin. La tutela del orden social. “El resarcimiento rápido no solo satisface a la víctima e impide la venganza privada, sino que más ampliamente a la conciencia pública”.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Florián Eugenio. **Elementos del Derecho Procesal Penal**. Pág. 208.



Para establecer la naturaleza jurídica del daño, es necesario considerar aquellos criterios de los autores sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, que lógicamente según ellos no pueden ir separadas de aquél. “Así pues, establecerla para llegar al motivo que la origina, la plantean por la vía procesal para que se haga valer o por la fuente jurídica, llegando así la conclusión de que tanto la acción civil como la responsabilidad civil que aquella pone en movimiento son de naturaleza privada o corresponde al daño de allí que se diga que: pública será la lesión del interés jurídico. Pública será la ofensa. El daño será siempre privado, aunque el motivo que lo produjo fuere ilícito penal”.<sup>21</sup>

Es cierto dicen estos autores, (Saénz Jiménez y Fernández de Gamboa), que la forma de pedir el resarcimiento se da dentro del proceso penal, en aras de los principios de economía y celeridad, así como también para evitar los fallos contradictorios, pero de allí de considerar el daño como elemento esencial del delito o atribuirle una naturaleza pública, como en ciertas legislaciones se ha hecho, es muy discutible.

También es correcto el criterio de Florián, en cuanto a considerar: “la reparación como un elemento tranquilizador, en cuanto a evitar venganzas privadas, pero de todo ello no son sino facetas concomitantes por exigencias sociales o colectivas con el daño pero que no penetran en la esfera interna del mismo, el que a pesar de todas esas consideraciones sigue gozando de una prístina naturaleza privada, y no otra cosa puede ser, ya que lo contrario no nos llevara al absurdo, de obtener una reparación

---

<sup>21</sup> Sáez Jiménez y Fernández de Gamboa. **Ob. Cit.** Pág. 1302.



penal mediante el ejercicio de una acción civil, cualquiera que sea la vía procedimental en que se pretenda hacerlo valer”.<sup>22</sup>

Así también, en cuanto a la extensión de la responsabilidad civil producida por el daño ocasionado de un acto o hecho ilícito, el artículo 119 del Código Penal establece:

“La responsabilidad civil comprende:

- a) La restitución
- b) La reparación de los daños materiales y morales
- c) La indemnización de perjuicios”

A pesar de que la norma penal, excluye no directamente lo relativo a la reparación de los daños morales, al no establecerlo en una norma específica, dada la naturaleza de estos, le da énfasis a la reparación de los daños materiales, y al respecto el Artículo 121 del Código Penal establece: “Reparación del daño material. La reparación se hará valorando la entidad del daño material, atendido el precio de la cosa y el de afección del agraviado, si constare o pudiere apreciarse”.

Indiscutiblemente a la mujer víctima del delito de violación, no sólo adquiere la condición de tal, es decir, de víctima, sino también, consecuentemente se le produce un daño, tanto moral, físico, como patrimonial. En el caso del daño moral, por cuanto de forma abrupta interfiere en su estado de libertad sexual, es decir, se le coarta ese derecho, violentando en su interior toda una serie de circunstancias que le perjudican

---

<sup>22</sup> **Ibid.** Pág. 1303.



en su condición de mujer. Entorpece sus metas, deseos, aspiraciones, es un daño irreparable y difícilmente puede resarcirse.

Así también, se le produce un daño físico, ya que daña su persona, su integridad, su condición de mujer, su estado de vulnerabilidad ante el agresor o sujeto activo del delito. Estos dos tipos de daños, se ven más gravemente afectados cuando el agresor, es parte de la familia de la agredida o violentada.

En cuanto al daño patrimonial, a la mujer se le coloca en una situación vulnerable que hace tambalear su estabilidad económica, por cuanto, al concebir un hijo, representa un perjuicio patrimonial que no tenía estimado, ya que precisamente ocasionará gastos desde el mismo momento de la concepción, el hecho de realizarse pruebas, exámenes médicos, etc., ya sea para que se cumplan sus deseos de abortar, o bien para proseguir con el embarazo y consecuentemente dar a luz.

#### **3.4. La derogatoria del numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil**

El artículo 221 del Código Civil se refiere a los casos en que puede ser declarada la paternidad. Esto quiere decir, que son circunstancias que los jueces de familia, en donde se llevan a cabo procesos de esta naturaleza, deben observar para que en una sentencia penal, se haya declarado que el producto del acto ilícito como lo es la violación, haya surgido la concepción y consecuentemente el nacimiento de un menor. En el numeral 3 de dicha norma, se establece que puede ser declarada la paternidad,



en los casos en que hubiera habido violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

A este respecto, y como se ha hecho el análisis en el presente trabajo, es de hacer notar que lo anterior riñe con los principios fundamentales que rigen para el derecho de menores, puesto que efectivamente existe aún más perjuicio para la mujer si derivado de este acto ella queda embarazada.

Como ya se dijo anteriormente, el instrumento jurídico internacional más importante no sólo en materia de derecho de familia, sino también en derecho de los niños, es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y que le da un giro total a la doctrina sobre la situación irregular y da margen a que se introduzca en las legislaciones de menores de los Estados parte, avances sustanciales en materia de protección integral del menor en todos los ámbitos de su vida y que su creación fue fundamentada a través de los siguientes instrumentos:

- 1) Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.
- 2) Declaración Universal de Derechos Humanos
- 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales



5) Estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Conforme la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 1 establece que debe entenderse como niño "a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Dentro de lo importante a resaltar en cuanto a los derechos de los niños que consagra este instrumento jurídico internacional, se encuentran:

a) El deber de respeto del niño sin ningún tipo de distinción independientemente de la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes.

b) La obligatoriedad de los Estados parte de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el que sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de condición, actividades, opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares.

c) El Principio que establece que debe considerarse el interés superior del niño, debe versar sobre todas las actividades o políticas institucionales que realicen los distintos países en temas concernientes a los niños.



d) El respeto a preservar la identidad, nacionalidad, nombre, relaciones familiares, el hecho de que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, a excepción de reserva de revisión judicial se determine tal condición, la lucha constante contra los traslados ilícitos de niños al extranjero, la retención ilícita de los niños.

e) El derecho de los niños a la libre expresión, libertad de pensamiento, de asociación, a la salud, de educación, alimentación, a la seguridad social, al medio ambiente, a un nivel cultural, a la recreación, etc.

De conformidad con el análisis del presente trabajo, es de hacer notar que en la ponderación de valores, la violación de la madre no justifica moralmente el aborto del producto, que quiere decir, la concepción de un ser humano con derechos inherentes, para que se cometa un infanticidio o muerte del menor.

Es un principio ético elemental de que un mal no se corrige ni compensa con otro que lo supere.

Por ello, existen tendencias en otros países, que pretenden penalizar el aborto en casos de violación, puesto que en ningún modo sería optar por el mal menor sino que permitir el mal mayor.

En los casos de violación, los sistemas de adopción y de atención social suficiente pueden jugar un gran papel.



Una mayor penalización del violador contribuiría a disminuir estos casos. Esta causa es sin duda alguna insostenible porque tendría que hacerse una reforma a la ley penal ya que la culpa del violador significaría la pena de muerte del concebido a causa de la violación.

Y la proponen quienes consideran contrario a los derechos humanos imponerla al violador y estimarían una aberración, propia de épocas bárbaras.

Sin embargo, se impone la pena más grave a un ser inocente, como es la muerte con el aborto, o en el peor de los casos, su vida, pero bajo circunstancias lamentables que mediante la ausencia de sistemas de protección y tutela efectiva del Estado, podría ser que el menor al crecer se convirtiera en otro maleante más.

"La situación de la mujeres que han quedado embarazadas por la violación es similar a la de los minusválidos. La reacción de otros a su condición es a menudo mucho más difícil de soportar que la condición en sí".<sup>23</sup> Primero por el daño irreversible que este delito provoca y segundo por la discriminación que sufre la afectada.

"La violación es sin duda una situación muy dolorosa, y afortunadamente pocas violaciones van seguidas de embarazos, pero aún en este caso la violación, que es un acto de violencia terrible, no puede ir seguido de otra no menos terrible, como es la destrucción de un ser vivo.

---

<sup>23</sup> Mary Meehan. **Human Life Review**. Consulta Internet: [www.goesjurídica.com.thlm](http://www.goesjurídica.com.thlm). Día: 10-10-07





Sin embargo, aún en esta situación se está hablando de un ser humano. La Liga de Amas de Casa de la República Argentina está por la vida: por lo tanto el vientre de una mujer da vida y no debe ser tumba de muerte.

Esta entidad propone estas alternativas para solucionar el problema de las violaciones.

- 1) Asignar mayores recursos a la seguridad y la justicia.
  
- 2) Aumentar al máximo las penas a los culpables de estos delitos.
  
- 3) Desburocratizar los trámites de adopción.
  
- 4) Amparar a la madre que pasó por este trance con leyes adecuadas. Ayuda material, psicológica y espiritual para llevar adelante su embarazo y posteriormente la educación de su bebé.
  
- 5) Proteger al niño desde su concepción, ya que desde ese momento la ley lo considera heredero absoluto".<sup>26</sup>

Considero que estas alternativas serían las mínimas para tratar de reparar en algo el problema de la violación que tenga como consecuencia la concepción de un niño.

---

<sup>26</sup> De Lazzari, Angela. **Liga por amas de casa de Argentina**. Consulta Internet: [www.goesjuridica.com.html](http://www.goesjuridica.com.html). Día: 9-10-07.





## CAPÍTULO IV

### **4. Repercusiones del numeral tercero del Artículo 221 del Código Civil en los derechos fundamentales de los menores**

#### **4.1. Derecho de menores**

Conceptualizando el Derecho de menores desde el punto de vista de que un menor sea víctima de violencia y de malos tratos, o bien desde el punto de vista de que sea objeto de desprotección.

Partiendo de la teoría de la concepción que recoge el derecho guatemalteco y que se encuentra establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala; y las teorías del nacimiento y de la viabilidad que establece en el Artículo 1 del Código Civil, como norma ordinaria, se considera persona, precisamente en el momento en que se concibe al nuevo ser, para efectos de este trabajo, se analizará el momento mismo del hecho ilícito realizado en una mujer y como producto de ellos surge la concepción y consecuentemente el nacimiento de un menor.

Es decir, desde que el niño se encuentra en el vientre de la madre, se considera persona, así que desde ese momento éstos son considerados como seres humanos, son los más vulnerables dentro de la sociedad, es por ello, que se encuentran amparados por las leyes, porque por esa vulnerabilidad se encuentran sometidos a una serie de vicisitudes en la vida, y que radica en su perjuicio cuando se trata de aquellos



que provienen de hogares desintegrados, ya que son objeto de malos tratos, violencia intrafamiliar y abusos sexuales.

Según datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística, se establece que la población menor de dieciocho años asciende a cinco millones, muchos de ellos y ellas, viven en situación de precariedad y sus hogares son formados con ausencia de uno o de los dos padres, incorporándose unos a la calle, otros al trabajo mal remunerado, de ese total de menores, estiman que cinco mil menores se encuentran viviendo en las calles.

Esto también motiva a suponer, cuántos niños han sido concebidos y no deseados y han sido prácticamente desechados por las madres, sin considerar toda una serie de aspectos relacionados con los derechos que éstos niños ya han adquirido desde su concepción y que el Estado tiene la obligación de proteger.

Ahora bien, la realidad social de las familias guatemaltecas, es distinta en el área rural y en el área urbana, sin embargo, en ambos casos es alarmante la precaria situación en que viven los miembros que la integran y que en definitiva forman la sociedad guatemalteca, dentro de la cual un buen porcentaje son niñas y niños; esta situación ha causado que muchas familias rurales emigren a la ciudad, pero nuestro modelo de desarrollo no ha facilitado y no ha ayudado a la creación de un sector urbano industrial capaz de dar empleo a la creciente población urbana y de invertir en su propio crecimiento.



Estos niños y niñas crecen y en muchos casos, por no tener una orientación adecuada en el seno de la familia, y el desajuste que existe en la obligación de protección del Estado, conlleva a que muchos de éstos cometan actos ilícitos, dentro de los cuales, puede encontrarse la violación, o bien otros delitos sexuales, adicionalmente, que estas niñas o mujeres, también, provoquen actos lamentables, como los denominados abortos.

#### **4.2. Relación de los delitos de violación y el derecho de menores**

Indiscutiblemente existe una relación directa entre los delitos de violación, abusos deshonestos y lo que sucede en los menores, la afectación que ello ocasiona, y la forma en que el Estado brinda esa tutela estatal de protección. Así también, incumbe a los derechos de las mujeres.

Las mujeres han sido víctimas de abusos constantes a través de la historia, y esa situación no ha variado significativamente en la actualidad. Los abusos sexuales, los actos ilícitos de violación, muchas veces, se suscitan en el seno de la familia y como producto de violencia intrafamiliar.

Se ha establecido que dentro de los sectores de la población que son más vulnerables a la violencia generalizada y en cuanto a la violencia intrafamiliar son las mujeres, los niños y los ancianos. En el tema de la mujer, ésta ha sufrido a lo largo de la historia de



Guatemala, de violencia intrafamiliar, porque la cultura de la violencia se hereda y la mujer continúa ese ciclo de vida sufriendo de maltrato de toda índole.

La violencia doméstica, en alguna medida, todos la hemos vivido, en calidad de padres, de hijos, de hermanos, de esposos, esposas, convivientes, etc.

La violencia intrafamiliar o doméstica, se manifiesta de diferentes maneras, ya sea psicológicamente, cuando hay maltrato verbal, insulto, marginación, discriminación; se manifiesta de manera física, cuando existen golpes que pueden provocar lesiones o la muerte, violencia sexual, cuando se incurre en el delito de violación al obligar a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, aun siendo esposa, esposo, convivientes.

Puede suscitarse la violencia económica o patrimonial, que se debe a la discusión que provoca violencia psicológica o física, derivado del factor económico o derivado de asuntos materiales, bienes muebles e inmuebles.

El hecho de que en la actualidad se haya aumentado los índices de denuncias en los tribunales, en el Ministerio Público y en la Policía Nacional Civil, fundamentalmente, se debe entre otras cosas, a la divulgación de la ley que atañe a la violencia intrafamiliar, de los derechos de la mujer, de la participación activa que han tenido muchas mujeres en todos los ámbitos de la vida social, política, cultural, etc., que hace posible, ese despertar de la sumisión, de la determinación cerrada de los roles de la mujer en la



sociedad, que ha ido evolucionando con la intervención, la profesionalización, el estudio, el interés que han tenido las mujeres de participar en el desarrollo social, económico, político, cultural, del país, que ha motivado a otras, que ha permitido que las mujeres que sean víctimas de violencia intrafamiliar, se atrevan a denunciar, busquen ayuda, rompan ese círculo que se determina en la violencia que se le denomina ciclo de la violencia y que no permite respirar adecuada y sanamente a la mujer respecto a su propia vida y la de sus hijos, en todo caso.

Independientemente de lo expuesto, resulta también el fenómeno social, con lo vivido por la sociedad guatemalteca en la actualidad, con el hecho de la muerte de mujeres y especialmente jóvenes víctimas de violencia; en el Ministerio Público se reciben mensualmente de 60 a 80 casos de violación, y en general por razones de violencia doméstica 800 denuncias mensuales.

Según estadísticas del Ministerio Público, han existido asesinatos dobles de mujeres, especialmente adolescentes, de las cuales un alto porcentaje son jóvenes que pertenecen a maras.

Así también, se evidencia las alarmantes estadísticas que registra el Ministerio Público con relación a los expedientes de violencia intrafamiliar manejados durante el año 2002 que fueron 9,000 y que de lo que va el presente año, se llevan estadísticas de 7,000 expedientes.



Entonces, indiscutiblemente el tema de la violencia contra las mujeres, tiene mucho que ver con los derechos de los menores, respecto a los delitos de violación, por cuanto entra a operar estos derechos, incluso, el derecho de familia.

La función del Estado, es brindar protección a través de la tutela efectiva dentro de estos marcos normativos, que se han conjugado a partir de lo que indica el Artículo 221 del Código Civil, cuando se refiere a los casos en que puede ser declarada la paternidad de los hijos, dentro de ellos, es cuando haya habido sentencia firme en el caso de violación.

Esta situación atrae consigo dos vías contradictorias en que puede encontrarse la mujer.

Por un lado, el hecho de que pueda servir a esta para que el presunto padre, reconozca al hijo, y consecuentemente, ésta pueda reclamar los alimentos del mismo.

Por el otro, el hecho de que la mujer no desee ni la filiación, ni la paternidad, puesto que no está de acuerdo con el producto de ese ilícito, como es el hijo concebido, situación que mucho menos podría motivar que la mujer este interesada en ese reconocimiento y mucho menos aún, que desee que a través de eso, se le proporcione a su hijo, una pensión alimenticia.



#### **4.3. La necesidad que se regule en la legislación de familia**

De conformidad con el análisis efectuado en el presente informe, con relación a lo que se señala en el numeral 3 del Artículo 221 del Código Civil respecto a los casos de violación, estupro o raptó, cuando coincida con la fecha de la concepción del bebé, en caso resulte embarazada la víctima, puede el juez de familia declarar la paternidad; es un tema que ha sido discutido ampliamente que ha implicado que principalmente en todos los aspectos, como es el derecho de los niños, el derecho de la mujer y dentro del Derecho de Familia, amerita que exista una derogatoria implícita de este numeral, por considerar que violenta principalmente los derechos de los niños, especialmente el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez, que no existe una norma que indique el derecho del menor a querer continuar llevando el apellido del padre concebido bajo estas circunstancias, o bien, el derecho del niño a que el presunto padre lo reconozca como tal en esas mismas circunstancias.

##### **4.3.1. Bases para una reforma al Código Civil**

De conformidad con lo analizado en el presente capítulo y los capítulos anteriores, es eminente una reforma parcial al numeral 3 del Artículo 221 del Código Civil de Guatemala, lo anterior, es innegable ya que en Guatemala, tal como se encuentra regulado para el delito de violación, respecto de la víctima y el menor concebido a través de la comisión de delito de violación.



En conclusión, se hace necesaria la derogatoria parcial por decreto por parte del Organismo Legislativo del numeral 3ro. del Artículo 221 del Código Civil, en el sentido que sea suprimido, por cuanto, aquí se trata de analizar respecto a una ponderación de valores.

Y sobre todo, respecto del hijo concebido como producto de una violación, que como ser humano, con derechos, tiene precisamente el derecho a vivir con un nombre digno.

“El individuo humano es concebido sin contar con su voluntad; su desarrollo depende de la madre hasta el momento del nacimiento; después, de la familia y de la sociedad”<sup>27</sup>.

Romano Guardini se refiere al problema y la norma indicando: ¿es lícito destruir la vida del niño que está madurando en las entrañas de la madre? Esta pregunta surge, en primer lugar sobre la misma madre; y después, más ampliamente, sobre la familia y sobre el pueblo.

La existencia de este ser podría significar la amenaza de un peligro para la madre, la familia y la colectividad. ¿Es lícito matarlo para evitar este peligro? Sin embargo, la cuestión es más amplia.

---

<sup>27</sup> Guardini, Romano. **El derecho a la vida antes del nacimiento**. Consulta en internet:

[http://www.notivida.com.ar/Articulos/Aborto/El\\_derecho\\_a\\_la\\_vida\\_antes\\_del\\_nacimiento.html](http://www.notivida.com.ar/Articulos/Aborto/El_derecho_a_la_vida_antes_del_nacimiento.html) . Día: 10-01-12



Cuando un ser humano es concebido por violación su desarrollo depende de la madre hasta el momento del nacimiento; después, es de la familia y de la sociedad.

Así pues, todos los que cooperan en su desarrollo, sobre todo los padres y el Estado, son responsables de él.

Siendo así, no deben, quizá, en determinadas circunstancias, representar el interés de un ser que todavía no es independiente, incluso en lo que respecta a su presencia física en el mundo. Si están persuadidos de que la vida de este futuro ser será desventurada, no es acaso su deber preservarlo de la desventura.

Estos problemas han sido siempre actuales, pero durante mucho tiempo fueron resueltos con fe en la divina providencia. Se convirtieron en agobiantes cuando muchos perdieron la conciencia de esta guía celestial y llegaron a una concepción del hombre como dueño y único responsable de su existencia.

A la vez, paralelamente a este desarrollo, la sociología y la medicina crearon las premisas que hicieron posible una acción metódica en este campo.

Finalmente, en la sociedad de masas de la existencia moderna, se fue perdiendo cada vez más el sentido, antes muy vivo de la intangibilidad fundamental de la vida humana.



Después, he aquí que se agrava la situación externa: alimentación, vivienda, educación, carrera universitaria, asistencia y cuidados médicos, son puestos de tal manera en entredicho, como sucede hoy de hecho, que aquellos problemas que afrontara la madre del menor aumentarían de intensidad de un modo amenazador y aparte de esto ella tenga que lidiar con las pretensiones del violador por la paternidad reconocida por el Estado.

Así pues considero que la familia es tradicional y clásicamente descrita como el primer grupo de seres humanos, partir de cuya expansión se forma la sociedad.

También es vista como el punto de partida del desarrollo psicobiosocial del individuo, ya que es el primer mundo en donde el niño vive.

En conclusión se hace necesario la derogatoria por decreto por parte del Organismo Legislativo del Artículo 221 numeral tercero del Código Civil por cuanto aquí se trató de analizar respecto a una ponderación de valores.

Sobre todo del menor concebido como producto de una violación, que como ser humano tiene derecho a vivir integralmente. El derecho a la vida antes del nacimiento debe prevalecer.



Como ya he analizado en cuanto a lo referente a la familia, se hace necesario que el Código Civil sea reformado especialmente el Artículo 221 numeral tres, pues lesiona básicamente el fundamento de la familia.





## CONCLUSIONES

1. La tutela del Estado, no es más que la protección que se debe brindar a cualquier ciudadano para que sus derechos fundamentales no sean coartados, y se fundamenta en la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo, en la doctrina se ha conocido con mayor énfasis la tutela judicial, por cuanto, amerita el estudio del derecho penal, siendo esta esfera mayor sentida por la población en cuanto a inseguridad y violación a sus derechos más elementales.
2. .La sociedad guatemalteca durante su historia, ha vivido un clima de violencia, empezando con la conquista, luego con el conflicto armado, y recientemente, con los índices de delincuencia y criminalidad provocados por maras, falta de seguridad y precariedad etc. Violencia que entorpece la función del Estado en brindar una tutela estatal efectiva, y en el tema del resguardo de los derechos de la mujer y los niños respecto al delito de violación, debe ajustarse a las realidades concretas, partiendo del análisis integral de las normas internacionales en materia de Derechos Humanos.
3. Las formas de reconocimiento de un menor, son voluntarias y no voluntarias, y en el caso de las no voluntarias, puede realizarse por la intervención de un juez de familia, en los casos en que del producto de la violación surja el nacimiento de un menor.
4. En el delito de violación cuando se le da la autorización a la persona que cometió este delito a que le pueda poner su apellido al nombre de un niño fruto de su



violación, se está violentando los derechos del menor, y consecuentemente, las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño.



## RECOMENDACIONES

1. La tutela del Estado se puede ejercer a través de las autoridades de la Corte Suprema de Justicia y cumplan su papel constitucional, en las resoluciones de casos en que la mujer abusada sexualmente quede embarazada, para que el agresor no pueda tener derechos que no le corresponden sobre el niño nacido en esta circunstancia.
2. Que el Estado brinde una tutela más efectiva en cuanto al resguardo de los derechos de la mujer y los niños en el Organismo Legislativo a través de la Comisión de la Mujer, la Familia y la Niñez, así como de revisar las normas internacionales en materia de Derechos Humanos.
3. En virtud que el reconocimiento de un menor puede ser voluntaria y no voluntaria, y la no voluntaria puede realizarse por medio de un juez de familia en el caso del nacimiento de un menor como producto de una violación por lo que es imprescindible la derogatoria del inciso 3 del artículo 221 del Código Civil por considerar que violenta los derechos del niño y de la mujer.
4. Que se reforme de forma parcial el artículo 174 del Decreto 17-73, Código Penal en el sentido que en el caso del numeral, en el apartado del aumento de la pena, debe de imponérsele la obligación de prestar alimentos al menor.





## BIBLIOGRAFÍA

- BLIDEY J., Thomas. **Congresional record.** (s.e.), (s.f.).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** México;Ed. Heliasta, S.R.L. 1988.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamento de derecho procesal civil.** España:Ed. Humanitas. (s.f).
- DE PIÑA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles.** (s.e.), (s.f.).
- DWORKIN, Ronald. **Tomando los derechos en serio.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1984.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Derecho civil español.** Madrid, España: Volumen IV Ed. Revista de Derecho Privado (s.f.).
- FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal.** Valencia, España: Ed. Casa, 1934.
- GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** (s.e.), (s.f.).
- GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1993.
- ILANUD, **Folleto del programa regional de capacitación contra la violencia doméstica,** (s.e.), 1998, 1999.
- ILANUD. **Manual metodológico de capacitación en el abordaje de la violencia doméstica contra las mujeres, niñas y los niños.** (s.e.), 1999.
- LOBOS HERNÁNDEZ, Hugo Américo. **Algunas consideraciones sobre la protección de la familia en el derecho guatemalteco.** Tesis de Grado académico. (s.e.), (s.f.).
- MORALES TRUJILLO, Hilda. **El Derecho de familia su posición en la sistemática jurídica.** Tesis profesional, (s.e.), 1970.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L. 1981.
- PALLARES, Eduardo. **Derecho procesal civil.** (s.e), 1965



PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. **Tratado elemental de derecho civil.** (s.e.), 1981.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Pamplona: Ed. Arazandi, 1974.

Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario.** (s.e.), 1999.

RODRÍGUEZ, Edna Victoria. **Módulo sobre violencia intrafamiliar.** Guatemala: (s.e.), 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil.** Mexico D.F.: Ed. Porrúa, S.A. 1978.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** Mexico: Ed. Mimosa, 1975.

VARGAS DE ORTIZ, Ana María. **Tribunales de familia de Guatemala.** Tipografía Nacional, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Derecho civil español. Derecho de familia. Parte especial.** Madrid, España: Talleres Tipográficos, 1975.

WALKER, Leonore. **Folleto la mujer agredida,** (s.e.), 1979.

**Temas sobre salud mundial.** Centro para la Salud y la Equidad de Género. Estado Unidos: (s.e.), 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general.** México: ed. Porrúa, 2001.

#### **LEGISLACIÓN:**

**Constitución política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 31 de mayo de 1985.

**Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.** Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

**Convención Internacional sobre los Derechos Humanos.** Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

**Código Civil y sus reformas.** Decreto Ley 106, 1 de julio de 1964, Congreso de la República de Guatemala.



**Código de Menores.** Decreto 61-69, Congreso de la República de Guatemala.

**Código Penal.** Decreto 17-73, 1 de enero de 1974, Congreso de la República de Guatemala.

**Código Procesal Penal.** Decreto 51-92, 1 de julio de 1994, Congreso de la República de Guatemala.

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Decreto Ley 107, 25 de noviembre de 1995, Congreso de la República de Guatemala.

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto 2-89, 31 de diciembre de 1990, Congreso de la República de Guatemala

**Ley de Protección a la Niñez y Adolescencia.** Decreto 27-2003, 4 de junio de 2003, Congreso de la República de Guatemala.

**Ley Para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.** Decreto 97-96, 24 de octubre de 1996, Congreso de la República de Guatemala.

**Ley de Tribunales de Familia.** Decreto Ley 206, 7 de mayo de 1964, Congreso de la República de Guatemala.

**Instructivo para los Tribunales de Familia.** Circular número 42, 9 de septiembre de 1964, Corte Suprema de Justicia.