

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE IMPEDIMENTO
DE CONTACTO EN EL DERECHO PENAL
GUATEMALTECO**

LICENCIADA

MIRIAM REGINA BROLO SALAZAR

GUATEMALA, FEBRERO DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE IMPEDIMENTO
DE CONTACTO EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

MIRIAM REGINA BROLO SALAZAR

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO PENAL
(Magíster Scientiae)**

Guatemala, febrero de 2017



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

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
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. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Mtro. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Augusto Eleazar López Rodríguez
VOCAL: MSc. Gloria Edith Ochoa Zetino
SECRETARIA: Dra. Blanca María Chocochic Ramos

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 25 de octubre del año 2016.

Señor
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.

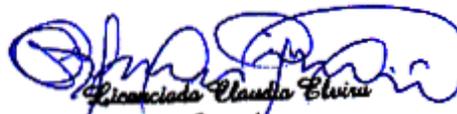
De mi mayor consideración:

De conformidad con lo establecido con la resolución D.E.E.P. D.P. 44-2014 de esta Escuela, mediante la que se me designó como tutor de tesis de la Abogada Miriam Regina Brolo Salazar, le indico lo siguiente:

1. He recibido de parte de la profesional mencionada, el acta fechada 31 de agosto del año dos mil dieciséis, en el que se efectuaron las recomendaciones para enmendar la tesis denominada **"LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**.
2. La licenciada Brolo Salazar cumplió con las indicaciones y aceptó las observaciones realizadas por el Tribunal examinador, efectuando los cambios de forma y de fondo sugeridos por la terna evaluadora, situación que he podido confirmar al leer y analizar la versión final de la tesis que presenta para continuar con los trámites administrativos y académicos, que correspondan como lo indica la normativa de Tesis de Maestría y Doctorado.

Agradeciendo a Usted su atención, me suscribo,

Atentamente,


Licenciada Claudia Elvira
González
Abogada y Notaria

Guatemala, 21 de noviembre de 2016.

MSc. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO EN EL
DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

Esta tesis fue presentada por la Licenciada Miriam Regina Brolo Salazar, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, ya realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred Catalina Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

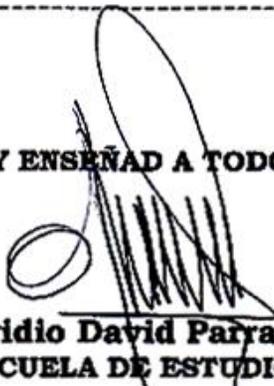
Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiado 5456

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, dos de febrero del dos mil diecisiete.-----

En vista de que la Licenciada Miriam Regina Brolo Salazar, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 29-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA

A DIOS:

Dador de vida y fuente de sabiduría inagotable. El que me ha dado la capacidad y fortaleza para que este sueño se hiciera realidad, sin ti mi Dios nada hubiera sido posible.

A MIS PADRES:

Julio César Brolo Luna (+) y Dora Miriam Salazar Carrillo de Brolo, por haberme dado la vida y haberme forjado en la persona que soy en la actualidad, todos mis logros se los debo a su ejemplo y dedicación.

A MI FAMILIA:

Ricardo Antonio Córdova Zepeda, mi eterno apoyo y por siempre mejor amigo.

Ana Virginia Brolo Salazar, Peter Languer, Claudia Paola Brolo Salazar, Helmer José Ayala Paiz, quienes siempre me han acompañado y apoyado durante el trayecto de la vida y especialmente para alcanzar esta meta en mi vida.

María Ines y Julia, dos milagros de Dios, que hacen de este mundo un lugar especial.

A MIS HIJOS:

Isabella, mi pequeña coqueta y graciosa que le da luz a mi vida cada día. Juan Ignacio, mi hombre caballeroso, que siempre me hace sonreír y me impacta con sus ocurrencias. Valentina (+) mi ángel personal en el cielo, que siempre vivirá en mi corazón, quien me acompañó a la defensa de la presente tesis, y que en su corto paso por esta tierra me enseñó que la vida se debe afrontar con valentía, entereza y alegría. Los tres son mi motor, mi



fuerza, lo que me anima a ser mejor cada día, los amo con todo mi corazón.

A MIS AMIGOS:

Que son mi familia por convicción, parte de mi tesoro personal, quienes me han acompañado en mis alegrías y penas, con quienes puedo ser yo misma y han hecho de mi una mejor persona: Ana Patricia Morataya, Astrid Vega, Karin Muller, Sandra Ruano, Rocío Leonardo, Freddy Jerez, Luis Rubio y Mauricio Corado.

A:

La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y con eso brindarme la oportunidad de cumplir uno de los sueños anhelados de mi proyecto de vida: superarme profesionalmente.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que con la ayuda de sus catedráticos, quienes con su instrucción y colaboración me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.

A LAS VÍCTIMAS:

Niños, Niñas y Adolescentes, Padres o Madres, que de forma arbitraria e inconsciente se les impide el contacto entre ellos, perdiendo de esa forma la relación paterno filial. Especialmente a mi amigo Haroldo Herrera, con quien emprendimos una lucha judicial cuesta arriba, que hizo que surgiera la presente tesis.

ÍNDICE



Introducción.....	i
CAPÍTULO I	1
EL CONTROL SOCIAL DEL DELITO COMO UNA VÍA EFECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA CONDUCTA.....	1
1.1 Sobre el control social del delito.....	1
1.2. La familia como agencia de control social informal del delito.....	4
1.3. Derechos humanos de la niñez	20
1.3.2. El derecho humano de la niñez y la adolescencia de relacionarse con ambos padres... 21	
1.3.2.- El interés superior del niño como principio general en el Derecho Penal.....	23
CAPÍTULO II.	34
EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DERECHO PENAL, ESPECIAL REFERENCIA A LA FAMILIA.	
2.1 Generalidades sobre el bien jurídico.....	34
2.2 Una mirada a las teorías contemporáneas sobre el bien jurídico.....	38
2.2.1. Las teorías funcionalistas del bien jurídico	38
2.2.2. Teorías que dan fundamento constitucional al bien jurídico.	41
2.3 Tipo penal.....	43
2.3.1 Función del tipo penal.....	44
2.4 Elementos del tipo	45
2.5 Clasificación de los tipos:	45
2.5.1 Por su estructura	45
2.6 Tipo penal derivado de la protección al fenómeno delictivo: Una forma de proteger bienes jurídicos	46
2.7 La familia y su necesidad de protección por el Derecho penal.....	53
2.8 Especial referencia a la protección de las relaciones paternas filiales como bien jurídico singular en el derecho penal	57
2.9 Tipos penales que protegen la familia en Guatemala. Dos perspectivas de análisis: La familia como sujeto de infracciones y la familia como objeto de protección	60
CAPÍTULO III.	63
EL DELITO DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE LOS.....	63



HIJOS CON LOS PADRES NO CONVIVIENTES	63
3.1. Razones sociológicas, jurídicas para incorporación del delito de impedimento de contacto de ordenamiento penal guatemalteco	63
3.1.1 Razones sociológicas.	66
3.1.2 Razones jurídicas	71
3.2 Reflexiones de la doctrina acerca de la necesidad del delito de impedimento de contacto de padres no convivientes.....	77
3.3 El mandato de la comunidad internacional para la protección de este fenómeno.....	79
3.4 La valoración social del fenómeno en Guatemala	80
3.5 Elementos para la conformación de la estructura del tipo penal.....	82
3.5.1 El bien jurídico tutelado	85
3.5.2 Elementos de conducta típica	88
3.5.3. Tipo penal mixto alternativo.	89
3.5.4. El elemento subjetivo. Tipo de dolo.....	89
3.5.5. El sujeto activo y la participación delictiva.....	90
3.5.6. El resultado.....	90
3.5.7. El <i>itercriminis</i>	90
3.5.8 Agravantes.....	91
3.5.9 Problemas concursales.....	92
3.5.10 La confluencia de figuras penales	92
3.5.11 Pena a imponer.	93
CAPÍTULO IV	94
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS	94
4.1 Ficha técnica.	94
4.2 Presentación de los resultados.	95
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	104
ANEXO	109



INTRODUCCIÓN

Contar con una sociedad donde la familia constituya el eslabón principal del desarrollo de las nuevas generaciones, constituye la aspiración loable en todo Estado democrático de derecho. Pero ello no siempre es posible, toda vez que desde el propio núcleo familiar se generan conflictos interpersonales que afectan de manera considerable a uno de sus miembros más vulnerables, las niñas y los niños.

Tener una comunicación normal, en el sentido amplio de la palabra, se muestra en la actualidad como un derecho de niños y padres, reconocido en instrumentos jurídicos internacionales, que tienen como referente inmediato la Convención de los Derechos del Niño, lo cual en disímiles oportunidades no se logra en Guatemala, dado el gran nivel de conflictividad que en el ámbito de las relaciones paternas se origina cuando el menor es conviviente con uno de sus padres.

En Guatemala, la falta de ejercicio efectivo del Derecho que tienen hoy los niños y adolescentes a una adecuada comunicación con ambos padres, se convierte en un inconveniente que rebasa los límites del simple conflicto matrimonial y afecta de manera importante el desarrollo social y psicológico de estos, problemática que dota a la investigación que se presenta como necesaria y actual; siendo el objetivo principal de este trabajo demostrar que esta conducta social puede ser atacada de manera real por medio de la creación de un nuevo tipo penal que se denomina en otras legislaciones internacionales como impedimento de contacto de los hijos con los padres no convivientes.



En algunas oportunidades, al disolverse el vínculo matrimonial o la unión de hecho, los progenitores utilizan a sus hijos para lograr un mejor convenio, pensión alimenticia o simplemente no les interesa que el padre o la madre continúe relacionándose con su hijo. Para impedir el contacto paterno-filial, interponen denuncias falsas, tendentes a obtener medidas de seguridad buscando la separación del padre o madre no conviviente con sus hijos, e incluso se hace mal uso de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, sin tomar en cuenta que para todo niño y adolescente es necesario mantener una adecuada comunicación con ambos padres para lograr su pleno desarrollo emocional y social.

Como respuesta al problema, se formuló la siguiente hipótesis: Es el tipo penal de “Impedimento de contacto”, el que debe incluirse dentro de la normativa penal guatemalteca, con el fin de minimizar el abuso que en algunos casos se hace de la Ley de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, para que los padres separados o divorciados se relacionen con sus hijos libremente.

Para desarrollar la investigación se plantearon los siguientes objetivos: Dar a conocer los diferentes problemas psicológicos, sociales y morales en los que se ven implicados los niños, niñas y adolescentes, al no relacionarse con sus padres separados, que impiden su adecuado desarrollo; determinar cuáles son las consecuencias presentes y futuras a las que se condenan a los niños, niñas y adolescentes, al no tener la adecuada comunicación con sus padres; realizar un estudio jurídico sobre el delito de IMPEDIMENTO DE CONTACTO, a la luz de la legislación guatemalteca e internacional, que sirva de apoyo al Congreso de la República para su tipificación dentro del ordenamiento penal guatemalteco.



La justificación del presente trabajo de tesis, se realiza sobre la base de un profundo estudio doctrinal de la familia como mecanismo de control social informal, así como de los criterios jurídicos más avanzados respecto a la familia como bien jurídico a tutelar o proteger por el derecho penal, haciéndose un especial énfasis en los elementos normativos que caracterizan al impedimento del contacto de los hijos con el padre no conviviente.

El estudio tomó como referente legislaciones de Argentina y Brasil, lo que permitió validar la investigación, así como arribar a conclusiones en correspondencia con el objetivo propuesto, y establecer la necesidad sobre la regulación de un nuevo delito que sancione conductas que impidan al niño, niña y adolescente una normal comunicación con el padre no conviviente.



CAPÍTULO I

EL CONTROL SOCIAL DEL DELITO COMO UNA VÍA EFECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA CONDUCTA

1.1 Sobre el control social del delito

En el nacimiento de la sociología como disciplina científica, la idea de control social fue un concepto central para analizar la organización social y el desarrollo de la sociedad industrial. Inicialmente, este término hizo referencia a un aspecto de la sociedad relacionado con el orden y la organización de la misma. De hecho, afirma Janowitz, que “ (Morris, 1995) fue un recurso intelectual para relacionar el análisis sociológico con los valores humanísticos y las orientaciones filosóficas empleadas por algunos de los primeros sociólogos interesado en el progreso social y en la reducción de la irracionalidad en el comportamiento social.”

No resulta novedoso, pues, que en la actualidad siempre se esté recurriendo al estudio de la capacidad de la sociedad para regularse, ya que desde principios del siglo XX, a través del análisis sociológico se han explorado las condiciones y variables para lograr el control que permita mantener un orden social.

La teoría y el análisis sociológico han padecido el cambio que han producido los sociólogos cuando definieron el “control social”, como una psicología social de la conformidad. Este tipo de pensamiento contribuye a dificultar la relación del quehacer sociológico con otras ciencias sociales, así como también, con la filosofía social y los problemas de la práctica profesional y de la política social. O bien, tuvo que inventarse un nuevo concepto o tuvo que ser reconstruido el significado originario.



La constante búsqueda por establecer qué tipo de organización y orden son necesarios para lograr el equilibrio social, en cuanto al control de conductas desproporcionadamente conflictuales que llegan a afectar continuamente a diferentes sectores sociales, ha sido un ejercicio que ha ocupado a teóricos de la sociología durante más de un siglo; sin embargo, a través de la historia del surgimiento de las diferentes teorías en torno al “control social”, se puede apreciar que el punto focal de todo este entretejido teórico, ha sido el de encontrar la forma de adecuar los controles necesarios para mantener el orden dentro de sociedades en constante cambio, compuestas de diferentes culturas, religiones, creencias, razas, cuerpos normativos, etc.

Dice Janowitz, que Mead simplemente articuló en su propia conceptualización, una tendencia que ya había sido puesta sobre la mesa de discusión, por parte del *American Journal of Sociology* en 1896, en un trabajo presentado por George Vincent, quien se encontraba familiarizado con el lenguaje de la filosofía social al postular en su definición que (Morris, 1995) “El control social es el arte de combinar las fuerzas sociales de manera tal que, al menos, se ofrezca a la sociedad una dirección hacia un ideal.”

El control social visto desde esta perspectiva, no involucra en absoluto normas coercitivas en función de encontrar un enlace perfecto entre los miembros de la sociedad para establecer el equilibrio; tan solo plantea, filosóficamente, la búsqueda del ideal común sin explicitar cuál es ese ideal y qué rasgos lo caracterizan para que funcione equitativamente para todos.



La continuidad del término control social, se deriva de su concepción que se sustenta en un compromiso valorativo con respecto a dos elementos: la reducción de la coerción, aunque se reconozca los irreductibles elementos de coerción en un sistema legítimo de autoridad y la eliminación de la miseria humana, aunque se reconozca la persistencia de algunos grados de desigualdad. En su percepción, Janowitz también habla de un tercer elemento: un compromiso con procedimientos para redefinir metas sociales a fin de afirmar el papel de la racionalidad, aunque esto puede ser considerado inherente a los otros dos.

Se entiende, por lo tanto, que la permanencia del término “control social” dentro del léxico académico sociológico, criminológico y aun jurídico, se debe a que existe una cercana relación entre la necesidad de minimizar la coerción, por la afectación que esta tiene en la población, juntamente con el aspecto preventivo que coadyuva a reducir la miseria humana a través de adquirir compromiso en cuanto a la creación de procedimientos expeditos para redefinir las metas sociales desde una perspectiva de racionalidad. Haciendo énfasis en que esa racionalidad deberá implicar la focalización del beneficio del orden social para todos.

Lo contrario de “control social” sería entonces, el énfasis en sistemas coercitivos de control, o sea, la organización social de una sociedad que descansa o se apoya predominante y esencialmente en la fuerza, en la amenaza y el uso de la fuerza. Por supuesto, aun en el Estado-nación más represivo y totalitario, los agentes de la represión están limitados a la esfera del conjunto de normas. Sin pretender entrar en este momento al ámbito jurídico penal, sí se puede considerar que el enfoque anterior está referido al límite del *ius puniendi* del Estado.



El control social debe ser entendido como un equivalente de la organización social, lo que implica que no solo debe buscarse la capacidad de una sociedad o grupo social de regularse a sí mismos sino que, generalmente, esta capacidad lleva implícito un conjunto de objetivos más que una sola meta. Entendido así, el control social va a funcionar siempre y cuando se satisfagan en un alto nivel, la serie de objetivos trazados para mantener el orden social y la conjunción de esfuerzos de los grupos sociales.

La noción de control social ha sido formulada y elaborada para proveer un enfoque más adecuado a los problemas del cambio social y del orden social. Las teorías sociológicas sobre el orden social han venido a rechazar la afirmación de que los aspectos comunitarios de la estructura social son solo residuos de algún estadio previo de la organización social, mientras las dimensiones societales constituyen la realidad de las sociedades urbanas e industriales.

1.2. La familia como agencia de control social informal del delito

El control informal podrá ser más o menos eficiente respecto de su actuación sobre el individuo, ya que este no es un ente sujeto a leyes deterministas, sino que es justamente capaz de autodeterminación (de esta autodeterminación de ser o no obediente, se va a derivar la presencia de un control coercitivo para doblegar esta autodeterminación cuando la misma afecta el orden societal).



Para Miralles, es de esta forma que el individuo presentará distintas respuestas al condicionamiento disciplinario, (Millares, 1983) “de modo que a partir de su experiencia vivida a su paso por las diversas instancias informales llegará a aceptar con mayor o menor fuerza, con mayor o menor convicción, la ideología que se le ha transmitido. De ahí que su constelación de valores y actitudes se inscriban o no, total o parcialmente, en las premisas de la ideología consensual. Las instancias de control informal son eficaces cuando convierten al individuo en un sujeto adaptado que acepta lo que la sociedad le impone a lo largo de su vida; nunca o raramente presentará una actuación que quebrante las reglas establecidas.”

A pesar de ello, se dan disidencias por parte de algunos individuos porque las instancias de control social informal, no llegaron al consenso necesario para que la socialización de estos individuos fuera eficiente en la forma que transmitirá la disciplina vigente. De esta disidencia, surgen grupos de “desobedientes” a quienes habrá que atajarlos por medio del funcionamiento del conjunto de instancias formales de control que reproducen y mecanizan las mismas exigencias de poder que las instancias informales, pero de modo coercitivo, ya que se rigen desde y legitiman por las directrices del conjunto de normas que contienen el poder absoluto del Estado sobre el individuo. Una vez que el individuo “desobediente” traspasa las fronteras de lo informal y lo formal, se hace “acreedor” de los castigos que ya no son los impuestos a partir de la persuasión prevaleciente en el contexto del control informal, entran ya al ámbito jurisdiccional donde el castigo es sinónimo de pena.



El afianzamiento de la familia como institución autoritaria en la estructura social del siglo XX, le confiere la capacidad de entrenamiento de la autoridad en los hijos e hijas. La dependencia de estos de la autoridad paterna y materna ya no se basa únicamente sobre el aspecto económico; las autoridades en la familia se transforman en reproductores del sistema informal, que de todos modos es impuesto por los controladores estatales, para crear en la juventud a su cargo la dependencia y la obediencia a través del recurso persuasivo, a todo el sistema estatal que siempre amenaza al “desobediente” con castigarlo con el peso de toda la maquinaria del poder punitivo que le es conferido al Estado.

Apunta Miralles que (Millares, 1983) “Un estudio realizado en los Estados Unidos de América sobre las características de la personalidad autoritaria y su actitud de aceptación de las normas opresoras del Estado fuerte, ha puesto de relieve que el papel principal de la familia en el siglo XX se centra en la función ideológica, en la transmisión de los patrones de autoridad familiar y que en su vida adulta valoran la autoridad, la rigidez y la convencionalidad en todas las relaciones que se imponen a su vida. Y su visión del orden en la sociedad se rige en consonancia con la rigidez y convencionalidad que ha vivido: valoración de todo lo masculino, de la fuerza y del poder de la propiedad.”

En cuanto a la valoración de todo lo masculino, a pesar que en el siglo XXI la figura de la mujer ha adquirido relevancia, siempre han quedado remanentes de esta visión social de que la figura del hombre es la portadora de la autoridad. Por ello, difícilmente se le puede adjudicar la figura de total autoridad a una mujer, aunque es un hecho de la vida actual la existencia de familias monoparentales, en donde la madre es la figura de autoridad.



Es indiscutible, que la relación madre-hijos-hijas estará basada en mayores lazos emotivos y comprensivos, que cuando existe la figura del hombre, cuyas diferencias estructurales en el universo emocional con la mujer son de grandes dimensiones, pero ello no impide que la mujer por sí misma pueda ejercer autoridad en cuanto al disciplinamiento persuasivo de la juventud a su cargo. De cualquier manera, ella misma ha sido sujeto de control por parte de su propia familia. Solo reproduce lo que está en su formación primaria, por lo tanto, el Estado a través de la mujer, también puede ejercer el control sobre los potenciales “obedientes”.

La familia es el contexto natural para crecer y recibir auxilio. Es un grupo natural que con el transcurso del tiempo ha elaborado pautas de interacción, que a su vez rige el funcionamiento de cada uno de sus miembros, define su gama de conductas y facilita su interacción recíproca.

Si nos detenemos a reflexionar en la frase de que la familia es el contexto natural para crecer y recibir auxilio, los niños objetos de conflicto por los padres, son la contradicción concreta de ella.

Es papel fundamental de la familia mantener a los niños y adolescentes alejados del mundo de la violencia, ya que es responsabilidad de ellos la protección y cuidado del menor.

La conformación de la familia moderna es un prolongado proceso que se desarrolla en Europa con la transición de la sociedad preindustrial a la sociedad industrial y el auge de la burguesía durante los siglos XVIII y XIX.

La familia nuclear, conformada por un matrimonio y sus hijos, de constitución voluntaria y fundada en la relación afectiva de los cónyuges, es relativamente nueva en la historia. Conceptos como la igualdad entre los hijos, la infancia entendida como una etapa diferente de la vida, el sexo relacionado al amor y no solo a la procreación, la intimidad de la vida de familia, con una madre, un padre y unos niños



que se protegen y se quieren, no estaban suficientemente generalizados y comprendidos así, por ejemplo, entre los chilenos de comienzos del siglo XIX.

Diferentes autores sostienen que el paso desde la familia concebida como un espacio productivo y público hacia la familia constituida como un espacio afectivo y privado, es una conquista moderna.

De acuerdo a esto, durante el siglo XIX, las familias respondían a uniones más por obligación o compromiso, se hablaba de matrimonios arreglados, de hijos para prolongar el apellido y mantener los negocios familiares.

Durante las últimas décadas del siglo XX la familia ha sido afectada por las transformaciones que han ocurrido en el mundo, como todas las instituciones. De hecho, los cambios en el sistema familiar han sido de tal envergadura, que el concepto ya no representa plenamente a la realidad a la que remite.

En este sentido, las familias constituyen en la actualidad instituciones que parecen iguales que siempre desde afuera, y llevan los mismos nombres, pero por dentro son bastante diferentes. Seguimos hablando de la nación, la familia, el trabajo, la tradición, la naturaleza, como si todos fueran iguales que en el pasado, pero no lo son. La parte exterior permanece, pero por dentro han cambiado y esto está ocurriendo prácticamente en todas partes.

Seguimos pensando en la familia como una estructura ideal, con un papá una mamá y los hijos, a través de la historia esto ha cambiado, pero la sociedad sigue manteniendo en mente el prototipo de familia "ideal".

Tan solo un mínimo de las familias responde al tipo de familia constituida por el padre, la madre y los hijos. Cabe destacar que las que presentan mayor crecimiento entre los dos últimos censos son las familias mono-parentales, es decir, las que se constituyen con un solo padre, las familias mono-parentales con jefa de hogar han



aumentado en los últimos años, lo que se origina en gran medida debido a la ruptura del matrimonio, e incluso, a la disolución de una relación marital.

Estos antecedentes nos dejan muy en claro que las composiciones familiares no son las mismas que hace 20 años atrás, ni pretenden mantenerse de una forma por mucho tiempo, estas están en constante cambio, debido a motivaciones personales o consecuencias ambientales, pero de una u otra forma las familias cambian y se necesita reconocer el tipo de familia y analizar el cumplimiento de las funciones dentro de estas para poder orientar el proceso de socialización de sus miembros.

Se ha planteado que: (SERMAN, 1993) "La familia es un sistema social integrado por personas de diferente sexo y edad que tienen una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad y cuyo propósito es la convivencia prolongada y la realización de actividades cotidianas estrechamente relacionadas con la reproducción social: reproducción biológica o más precisamente bio-social, mantenimiento cotidiano de las personas, reposición de la fuerza de trabajo, socialización primaria de niños y jóvenes y en general con la reproducción cultural."

Según la socióloga Minerva Donal, (Donal, 1988) "se entiende operacionalmente a la familia como "toda convivencia bajo el mismo techo con ánimo de permanencia y ámbito de privacidad, sin considerar sexo, identidad, edad o parentesco legal."

La familia, según Alfonso Brañas, se puede hablar de un sentido popular y un sentido propio para la palabra familia. En el sentido popular se dice que familia es el: (Peña, 2006) "Conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida."

Mientras que en sentido propio: (Peña, 2006) "la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre."



Señalan Marcel Planiol y Georges Ripert que familia es: (Ripert Georges, 1998) “El conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcionalmente por la adopción.”

Francisco Messineo indica que: (Peña, 2006) “la familia en sentido estricto es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico) y que constituye un todo unitario.”

En sentido restringido es: (Peña, 2006) “el núcleo paterno filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad.”

Para el relevante tratadista Federico Puig Peña, familia es: (Peña, 2006) “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”

Entendemos que los seres humanos, no somos seres aislados, provenimos de otros seres humanos que pueden o no quererlo, pero la vida se abre paso; aun, con controles de natalidad, aun con las dificultades de la sociedad misma, Así, un individuo llega al mundo para ser uno más. Este individuo se integra a la sociedad y participa de ella para bien o para mal, esto va a depender de cómo haya sido su socialización que en una primera etapa se desarrolla generalmente en el medio familiar.

Los conceptos dados nos destacan tres propósitos importantes: reproducción bio-social, reposición de la fuerza de trabajo y socialización primaria de niños y jóvenes, enmarcadas todas ellas en la reproducción cultural.



Se sabe a ciencia cierta que para reproducir a la sociedad, no necesitamos una familia, basta que se lleve a efecto, un simple proceso biológico llamado "concepción", y hoy mucho más allá de eso, desde la fertilización in-Vitro, hasta la clonación, pero para que esta sociedad surja y avance con prosperidad es necesario que la socialización de los niños y niñas que llegan al mundo se desarrolle de forma que este niño llegue a ser un adulto responsable y productivo, una persona con valores y miembro activo de una sociedad globalizada.

La familia es la encargada de lograr esto, otorgando a los niños la alimentación, cuidado y manutención a la que tienen derecho, además de ingresarlos a la escuela, motivarlos y mantenerlos en ella.

Según Salvador Minuchin, la familia (Minuchin, 1999) “es un grupo social natural, el cual constituye un factor significativo en el proceso del desarrollo de la mente humana, la información y actitudes son asimiladas y almacenadas, convirtiéndose en la forma de acercamiento de una persona al contexto con el que interactúa, afirma, que este grupo social llamado familia determina las respuestas de sus miembros a través de estímulos desde el interior y desde el exterior. Su organización y estructura tamizan y califican la experiencia de los miembros de la familia.”

Para Minuchin, una de las necesidades más básicas del niño, es la figura de una madre que lo alimente, proteja e instruya, dentro de una sociedad que sobrevive en grupos, algo que es inherente a la condición humana. La familia es la parte más importante en la primera instancia de la socialización.

De acuerdo a esto la bibliografía sugiere como concepto que la socialización es: (Minuchin, 1999) “El proceso a través del cual los niños adquieren las normas y valores de la sociedad en la que viven y se divide en primaria, que corresponde a las primeras etapas de este proceso que se cumple por lo general en el medio



familiar; y secundaria, que se cumple a través de las instituciones encargadas de la educación, básicamente la escuela.”

De acuerdo a esto la familia es el primer agente de socialización con que se enfrenta el niño. No obstante, si nos damos cuenta de los cambios culturales que ha traído consigo la globalización, puede afirmarse que la influencia de la familia se ha reducido enormemente.

La socialización es un proceso complejo, cuya complejidad radica, en parte, en los múltiples agentes de socialización que afronta el niño: padres, hermanos y profesores.

Si en una primera instancia de socialización tenemos a la familia y en la segunda etapa a la escuela, un menor que trabaja tiene además variados agentes agregados, las relaciones que se crean en los lugares de trabajo son importantes para un adulto, pero aún más para los niños ya que estas relaciones actúan como agentes socializadores "no formales", ya que no corresponden a relaciones entre pares, por lo tanto el niño adquirirá costumbres, hábitos y valores desde distintas fuentes, que pueden perjudicar su desarrollo. (INE, 2011)

Dada la diversidad existente, no se puede afirmar que todas las familias son iguales, por lo tanto, dado ciertos criterios de clasificación como el tipo de hogar, la composición de la familia, las relaciones de parentesco, entre otros. Las familias se pueden dividir en:

- Familia nuclear: está integrada por una pareja adulta, con o sin hijos o por uno de los miembros de la pareja y sus hijos. La familia nuclear se divide en tres tipos de familias:
- Familia nuclear simple: integrada por una pareja sin hijos.
- Familia nuclear biparental: integrada por el padre y la madre, con uno o más



hijos.

- Familia nuclear mono-parental: integrada por uno de los padres y uno o más hijos.
- Familia extensa: integrada por una pareja o uno de sus miembros, con o sin hijos, y por otros miembros, parientes o no parientes.
- Familia extensa biparental: integrada por el padre y la madre, con uno o más hijos, y por otros parientes.
- Familia extensa mono-parental: integrada por uno de los miembros de la pareja, con uno o más hijos, y por otros parientes.
- Familia extensa amplia (o familia compuesta): integrada por una pareja o uno de los miembros de esta, con uno o más hijos, y por otros miembros parientes y no parientes.
- Familia reconstituida (o también llamada ensambladas): es decir, uno de los padres vuelve a formar pareja, luego de una separación o divorcio, donde existía a lo menos un hijo de una relación anterior.
- Familias provenientes de un divorcio: en la cual uno de los cónyuges tiene hijos previos o ambos tienen hijos previos.
- La familia reconstituida más antigua, la de toda la vida, es la que proviene la figura del padrastro o madrastra.

Estas definiciones debemos considerar que no son estables, cambian a medida que la sociedad avanza y debido a esto, es difícil determinar el tipo de familia al cual puede pertenecer un niño o niña ya que el día de mañana esa estructura familiar puede cambiar y con esto muchas de las situaciones que probablemente deberá enfrentar ese niño o niña.

Existe además otro tipo de familia, llamada adoptiva. Para entender este tipo de familia debemos entender primero lo que es adopción, que se define como: Un proceso que establece un compromiso emocional y psicológico, por parte de los adultos, con el fin de establecer un vínculo afectivo con el menor, que se construye a través de la convivencia diaria, el cariño y amor. Dado este concepto podemos



decir que:

La familia adoptiva es aquella que acoge a un menor por medio del proceso de adopción, estableciendo con este o estos una relación estable y duradera basada en los principios del amor.

Dado los tipos de familia debemos considerar (indistintamente del tipo de esta) que todas deben cumplir ciertas funciones.

El concepto de función familiar abarca: las actividades que realiza la familia, las relaciones sociales que establece en la ejecución de esas actividades y, en un segundo nivel de análisis, comprende los aportes (o efectos) que de ellos resultan para las personas y para la sociedad. Este concepto nos habla de relaciones sociales, de actividades, de aportes o efectos que la familia lleva a cabo durante el proceso de socialización de un niño.

Minuchin determina que como respuesta a las necesidades de la cultura, la familia sufre cambios paralelos a los cambios que enfrenta la sociedad día a día, ha abandonado las funciones de proteger y socializar a sus miembros. De acuerdo a esto, nos habla de que las funciones de la familia sirven a dos objetivos distintos: (Minuchin, 1999) "Uno es interno, la protección psico-social de sus miembros, el otro es externo, la acomodación a una cultura y la transmisión de esa cultura."

En relación a estos dos objetivos, se puede hablar de las siguientes cuatro funciones:

- Función bio-social: comprende la realización de la necesidad de procrear hijos y vivir con ellos en familia.
- Función cultural: comprende aquella parte de los procesos de reproducción cultural y espiritual de la sociedad que transcurren dentro de la familia, particularmente los relacionados con los valores sociales que transmite la



familia y las actividades de tiempo libre que transcurren en el hogar o aquellos que los integrantes disfrutaban en grupo fuera del hogar.

- Función socializadora: esta función, no solo se inscribe dentro de la función cultural. Ella no resulta solo de actividades propiamente "educativas" (dirigidas conscientemente a formar, disciplinar o educar), sino del conjunto de las actividades y relaciones propias de todas las funciones distinguidas y de los efectos que pueden atribuírsele en términos de la formación de la persona.
- Función económica: se realiza a través de la convivencia en un hogar común y la administración de la economía doméstica. Para el cumplimiento de esta función resulta central la variada gama de actividades que se realizan en el hogar, dirigidas al mantenimiento de la familia y que corrientemente se denominan "trabajo doméstico", cuyo aporte es fundamental para asegurar la existencia física y desarrollo de sus miembros, muy especialmente la reposición de la fuerza de trabajo.

De acuerdo al tipo de familia en que está inserto un niño será la forma en que se cumplan estas funciones y tenemos claro que no siempre son cumplidas por los padres de familia. La función bio-social claramente solo es cumplida por los procreadores de un niño, teniendo en cuenta que no necesariamente puede llevarla a cabo la madre y el padre, ya que son tema de siempre los incestos dentro de las familias.

La función socializadora y la cultural ambas muy unidas, poseen estrecha relación con el ingreso de un niño al mundo laboral ya que este puede ingresar por propia voluntad, sin que los padres se lo impidan o por obligación de los mismos.

Si se habla de la transmisión cultural, se puede mencionar el ejemplo del niño que crece en un ambiente de tradición en el trabajo familiar, como lo es el trabajo de campo en donde este tiene internalizado el trabajo de la familia como parte activa de su vida.



En el caso de la función económica, muchas veces esta función es cumplida por niños que ayudan al sustento familiar o incluso en algunos casos son ellos el único sustento que la familia posee, por lo tanto, se está otorgando al niño roles que no le corresponde asumir.

La sociedad globalizada urbana ha entrado sin remedio en la familia, haciéndose cargo de múltiples funciones que tiempo atrás se consideraron únicamente como deberes familiares. Enseñar a hablar a los hijos, enseñarles a caminar bañarlos y alimentarlos eran deberes de la familia específicamente de la madre, hoy esta sale a trabajar y los niños quedan al cuidado de otros, la nana, la televisión, jardines infantiles y en los hogares pobres, la calle. ¿Cómo entonces protegen las familias de escasos recursos a sus niños? El dinero no alcanza para contratar un servicio que se preocupe de esto y la educación preescolar en el país es baja, todo lo que provoca un número importante de conflicto entre los padres.

La Convención de los Derechos del Niño en su artículo 27, protege y promueve el desarrollo integral de todos los niños y les reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, moral, espiritual y social. Establece como responsabilidad de los padres o de los encargados de la crianza del niño, satisfacer el derecho, y deber de los organismos del Estado y de la política pública, apoyar a los padres en el cumplimiento de esta responsabilidad.

Con respecto a esto, Minuchin comenta que, cuando existen situaciones de desequilibrio del sistema familiar, es habitual que los miembros de la familia consideren que los otros miembros no han cumplido sus obligaciones, pero de igual manera la estructura familiar debe ser capaz de adaptarse cuando las circunstancias cambian como, por ejemplo, cuando uno de los padres abandona el hogar y la economía del hogar se ve afectada.

Minuchin menciona que la estructura familiar: (Minuchin, 1999) "es el conjunto



invisible de demandas funcionales que organizan los modos en que interactúan los miembros de una familia. La familia es un sistema que opera a través de pautas transaccionales, que regulan la conducta de los miembros de ésta."

Según esto, estas transacciones repetidas una y otra vez establecerían pautas sobre cómo se relacionan los miembros de la familia, cuándo y con quién. Por lo tanto, la protección de sus miembros depende de cómo se desarrollen estas pautas dentro de una familia y se relaciona además con las circunstancias en que sucede el ingreso de un nuevo miembro a la familia y el proceso de formación.

Las circunstancias en que ocurre el proceso de formación o construcción de un niño o niña incide con gran fuerza en el desarrollo de estos. Para que este desarrollo sea el adecuado debe tener ciertas condiciones específicas, como acceso a la salud, recursos económicos de los que dispone en el hogar, posibilidades de participación en actividades adecuadas a la edad, acceso y calidad de la educación, condiciones de seguridad y protección, oportunidades de ambiente familiar y social, y condiciones de habitabilidad de la vivienda y el barrio. Todas estas condiciones se deben presentar en una familia para que la niña o niño se desarrolle normalmente y no deba enfrentar situaciones de riesgo entre otras como la desintegración familiar.

Desde un punto de vista sociológico, la familia es: (Osorio, 2002) "el conjunto de parientes con los cuales existe un vínculo de convivencia, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado."

Desde un punto de vista jurídico, para Díaz De Guijarro la familia es: (Osorio, 2002) "Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de filiación."

Constituye un grupo social, que dentro de la sociedad, es el más idóneo para que



se desarrolle en un sentido integral el ser humano. La familia es donde se asienta y fortalece cualquier sociedad del mundo, de allí saldrán los ciudadanos que darán continuidad a la sociedad y a la especie humana en general.

Se observa que hay diferentes tipos de familia que cambian en función de la época, de la geografía, del desarrollo económico, técnico y social, de la clase social y de la evolución de las ideas.

Desde esta amplia perspectiva, debe incorporarse en el concepto de familia a la llamada extramatrimonial, toda vez que no es posible identificar o declarar separadamente a familia y matrimonio, dado que agrupaciones personales no fundadas en el matrimonio constituyen conjuntos familiares, que deben merecer la debida protección del Estado, tal como lo establece el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

En una misma época y lugar, la coexistencia de varios tipos de familias, ha permitido la formulación del “principio de la pluralidad de los tipos”.

Se puede aludir, con el vocablo indicado (familia), a una agrupación restringida (la que conforman los padres e hijos que conviven con ellos o bien con el tipo monoparental integrado por un solo progenitor y sus hijos o una abuela o abuelo y sus nietos).

Una familia más extensa que como dice Carbonnier, comprende a todos los descendientes de un progenitor común que se hallan ligados por un vínculo de parentesco consanguíneo dentro de los límites prefijados, es la familia jurídica que para Josserand, engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco de consanguinidad o de afinidad; esta se entendería hasta ciertos límites, según los parámetros establecidos por el Derecho y descansaría a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción.



Los autores Hanser y Huet-Weiller señalan que el proceso que parecía inevitable —pareja, hijo, familia— a veces se encuentra invertido; pues el nacimiento de un hijo crea toda una familia en torno a una persona sola. La familia monoparental, se caracteriza por la convivencia de un hijo o más con un solo progenitor, ante la falta del otro.

En conclusión, cualquiera sea la postura y la concepción, es cierto que la familia está lejos de ser una entidad congelada, pues está sujeta de manera permanente a transformaciones. Pero se podría decir en un sentido amplio que existe familia, cuando entre determinados sujetos hay vínculos de parentesco.

En Guatemala, la Constitución Política de la República le concede un lugar preferencial a la familia como base fundamental de la sociedad, sobre cualquier otra forma de agrupación social, y de esa manera la protege, aunque ciertamente, en la práctica se presenten formas distintas de familia, a las originadas en el matrimonio, y la misma Carta Magna reconoce por ello, la unión de hecho. La Ley de Desarrollo en su artículo 6 señala: “la organización de la familia es la unidad básica de la sociedad. La que se considera sobre la base legal del matrimonio. Constituye también núcleo familiar con los mismos derechos, la unión de hecho, las madres y padres solteros, en atención a los artículos 48 de la Constitución Política de la República y 173 del Código Civil.” A pesar de la protección a la que se compromete el Estado a brindarle, la familia atraviesa una crisis social.

La Constitución Política de la República establece en su Artículo 47, la protección a la familia. 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.

El Código Civil guatemalteco no define lo que debe significar “familia”. La



Convención Sobre Derechos del Niño señala en su artículo 5: (UNICEF, 2003) “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

La Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia, señala en su artículo 18. (UNICEF, 2003) “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.”

1.3 Derechos humanos de la niñez

Fue en el año de 1924, cuando la Sociedad de Naciones adoptó la Declaración de la Unión Internacional para la protección a la Infancia; siendo este el punto de partida para el desarrollo internacional de la protección de Los Derechos de la Niñez, en este se hizo notar la necesidad de que los niños y niñas deberían ser lo primero en la sociedad, los primeros en recibir atención y protección.

El 20 de noviembre de 1959, la Organización de las Naciones Unidas en su Asamblea General aprobó la Declaración de los Derechos del Niño la que se integra de un preámbulo y diez principios.

En el preámbulo se indica: "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal,



tanto antes como después de su nacimiento. Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle, la Asamblea General proclama la presente declaración de los Derechos del Niño a fin de que este pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, autoridades locales y Gobiernos nacionales, a que reconozcan estos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, adoptadas progresivamente de conformidad con los principios." (ONU, 1959) La falta de cumplimiento de la declaración de estos derechos por los países que la suscribieron, motivó al Estado de Polonia, presentar a las Naciones Unidas en el año de 1978, una propuesta basada en la necesidad de dar a los niños y niñas un cuerpo de normas jurídicas para su protección y sus derechos, lo que significó la primera idea sobre la necesidad de una convención.

En el año de 1979 la comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, ONU, nombró un grupo de trabajo integrado por 43 representantes de los Estados Miembros de la comisión, más la incorporación de organismos especializados de las Naciones Unidas tales como: El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización Internacional del Trabajo OIT (El alto comisionado de la los Refugiados (ACNUR) y más de 50 organizaciones no Gubernamentales a nivel mundial. Después de muchas discusiones y consultas a nivel mundial por un período de diez años, fue presentada una propuesta de convención a la Comisión de Derechos Humanos quién la aprobó en el año de 1989 y la elevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrando en vigor en el año de 1990 y ratificada por varios países.

1.3.2. El derecho humano de la niñez y la adolescencia de relacionarse con ambos padres

El objeto fundamental de estudio en el presente trabajo lo constituye la tipificación del delito de impedimento de contacto, mismo que tiene como relevancia jurídica, proteger el derecho humano de la niñez y la juventud a relacionarse con ambos padres. Cuando uno de los progenitores se opone deliberadamente a que el otro



tenga contacto con el hijo de ambos, entonces obstruye el cumplimiento de tan importante derecho.

Previo a proceder a explicar las implicaciones penales de una conducta como la descrita en el final del párrafo anterior, es preciso primeramente desarrollar el derecho a relacionarse con ambos padres que informa a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, para comprender de dicha manera, la magnitud e importancia que reviste lo que por otro lado obstruye quien se opone a su cumplimiento.

Este derecho está protegido directamente por la Convención sobre Derechos del Niño, por virtud de lo estatuido en el Artículo 18 que regula en el numeral 1: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Por ello, es responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones. Además, para garantizar y promover los derechos de la Convención sobre Derechos del Niño, el Estado de Guatemala como parte de tal convención, debe prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

En dicho sentido se deben adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.



1.3.2.- El interés superior del niño como principio general en el Derecho penal

El mundo globalizado cada día se asemeja más a un gran mercado de valores, donde todos gritan y pelean por su porción. En esa metodología los niños, reconocidos como incapaces por el Derecho, siempre se llevan la peor parte lo que conduce a agudizar el ingenio y permanecer alerta, en una labor fundamental como es la de interpretar y aplicar ese derecho que pretende proteger a los niños.

El término “Interés Superior del Niño”, reconoce como objetivo del sistema jurídico del Estado, la garantía constitucional de la protección integral de la persona del niño, de su crianza y del derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, poniendo el acento en el desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y de la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades, con el objeto de facilitar que el niño se baste a sí mismo, tenga una vida activa en la comunidad, y esté preparado para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, e igualdad.

El principio rector del interés superior del niño como una de las tantas expresiones y manifestaciones de los derechos humanos, nos aporta un esencial instrumento a utilizar en la labor cotidiana de la interpretación y construcción de los contenidos del Derecho que ha de servir para que las personas tengan una vida justa en la sociedad que los contiene.

Los derechos humanos están basados en el respeto a aquellas cosas en la vida a las cuales cualquier persona tiene acceso, sin importar su edad, género, raza, religión, nacionalidad, o cualquier otro factor. La responsabilidad para asegurar que los derechos sean respetados, protegidos y satisfechos reside finalmente en los gobiernos nacionales.



La ratificación en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas es un evento histórico en la aceptación de los niños como sujetos de derecho, fruto del trabajo de muchas instituciones que han promovido actos a favor de los derechos del niño.

En 1990 se realizó la Cumbre Mundial a favor de la Niñez donde se acordaron metas para la implementación de la Convención durante los primeros diez años. Luego, en el 2002, los Estados que ratificaron la misma hicieron un balance de ello. Meses después, en mayo de 2002, la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas evaluó y analizó la implementación de la Convención en los países, y acordó nuevas metas para la segunda década de implementación de la Convención.

Conforme a estas metas, cada Estado se comprometió a elaborar y monitorear un nuevo Plan Nacional de Acción de la Infancia en sus países para fortalecer la vigencia de los derechos del niño a nivel local, nacional e internacional.

Los Estados son los principales responsables de garantizar los derechos del niño y velar por su implementación, pero también la sociedad civil, las familias, la comunidad y los niños y niñas mismos para la promoción y defensa de la Convención.

Cuando alegamos los Derechos del Niño debemos tener presente que estamos refiriéndonos a Derechos Humanos, los que en los últimos decenios se han convertido en el continente latinoamericano en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, sin discriminación, siendo un principio básico de los derechos humanos que tanto las normativas jurídicas nacionales o internacionales deben ser aplicables por igual a todas las personas.



Los primeros documentos oficiales interamericanos en que hay una mención expresa por los Derechos Humanos se encontrarían en la 8ª Conferencia Internacional Americana realizada en Lima en 1938. La resolución XVI, Declaración en Defensa de los Derechos Humanos está expresada en función del ambiente que se vivía en víspera de la guerra.

Este no fue un documento de defensa de los derechos en el continente, sino la manifestación de una preocupación por la situación que vivía Europa en esos momentos abogando en caso de producirse un conflicto, que se respetaran los derechos humanos no necesariamente comprometidos en las contiendas.

En la resolución XXVI hubo una expresión contraria a la persecución por motivos raciales o religiosos declarando que la concepción democrática del Estado garantiza a todos los individuos condiciones esenciales para desarrollar sus legítimas actividades en un plano de dignidad. También hubo Declaraciones (Resolución XI) en favor de la protección de los núcleos indígenas y en favor de los Derechos de la Mujer (Resolución XX).

Pero fue en el curso de la Segunda Guerra Mundial cuando se generalizó una preocupación por los derechos de las personas, no quedando América Latina al margen, y fue así como la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz efectuada en Chapultepec, México, en 1945 aprobó varias resoluciones referidas a diversos aspectos de los derechos del hombre: Resolución XXVII sobre Libertad de Información; Resolución XXVIII sobre Derechos de la Mujer en América; Resolución XLI sobre rechazo a la Discriminación Racial; Resolución LV, que contiene una Carta de la Mujer y del Niño con recomendaciones para ejecutar los compromisos adquiridos en reuniones anteriores para mejorar la condición de la mujer y del niño en América.

Fue en la Conferencia de Chapultepec donde se proclamó la adhesión de las Repúblicas americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional



para la salvaguarda de los derechos esenciales del hombre y pronunciarse en favor de un sistema de protección internacional de los mismos.

En el mismo documento encomendó al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre. Dos años después las Naciones Unidas iniciaría el camino para redactar la Declaración Universal.

Como consecuencia de la decisión de Chapultepec, el Comité Jurídico Interamericano elaboró el documento solicitado, el que fue aprobado por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, siendo la Resolución XXX, que se le conoce como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dicha Declaración enuncia una lista de derechos como los de la vida, la igualdad ante la ley, libertades de opinión, religión, residencia, inviolabilidad, trabajo, descanso, nacionalidad, sufragio, reunión, asociación, petición, asilo, protección a la detención arbitraria, etc. También enuncia deberes para con la sociedad, para con los hijos, adquirir instrucción primaria, de sufragar, pagar impuestos, servir a la sociedad, obedecer la ley, abstenerse de realizar actividades políticas en país extranjero.

Sin embargo, pese a tan numerosas legislaciones es palpable fácilmente que ciertos grupos de personas son víctimas de la vulneración y discriminación de sus derechos, bien porque se les priva de protección o porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad a los mecanismos ordinarios de protección, encontrándose dentro de estos a la infancia y a la adolescencia, o sea, los menores hasta 18 años, siendo América Latina muestra de insatisfacción de dichos derechos y de sujetos víctimas de esas violaciones jurídicas.



Para lograr una protección jurídica uniforme de los derechos de los niños, se han conformado a lo largo del devenir histórico diversos cuerpos legales que se sustentan en el principio básico del interés superior del niño; siendo menester ahondar en el mismo para una mejor comprensión y aplicación de dichas normativas de los derechos de la infancia.

Es posible afirmar que el interés superior del niño como principio general del Derecho, nos conduce a la plena satisfacción de sus derechos, el contenido del mismo son los propios derechos, coincidiendo en este caso: deberes y derechos; todo interés superior pasa a ser "declarado derecho" y por su parte, todo lo que es reconocido como derecho, puede ser "interés superior".

Dicho concepto alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo y la calidad de vida adecuada, siendo una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, debiendo ponderarse los derechos de los niños y niñas de un modo prioritario.

El principio del interés superior del niño ha sido aplicado durante el devenir histórico en todos los sistemas judiciales, tanto anglosajones como codificados, revelando una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual, ignorándose prácticamente por el derecho en un inicio, protegiéndose solamente muy sucintamente las facultades de los padres para con los menores.; siendo los intereses de los niños un asunto privado, excluido de los asuntos públicos; *a posteriori*, se aprecia un incremento de la preocupación por estos y se les reconocen intereses jurídicamente protegidos.

Ejemplo de lo expuesto anteriormente tenemos que en Gran Bretaña, ello se apreciaba en la aplicación del Derecho de equidad como alternativa del derecho consuetudinario que solamente consideraba al niño como un instrumento de sus padres, ello se asumió también por el Derecho francés.



En esta fase del Derecho de la Infancia, son apreciables algunas características distintivas como que el Estado podía asumir en ciertos casos, la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como sucedía con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el tribunal pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.

En América Latina se plasmó ello en el Derecho de Familia a partir de la legislación de protección dictada a comienzos del siglo XX; en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares ha sido refrendado por legislación posterior.

La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de este principio, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924, que establecía el imperativo de darle lo mejor a los niños, o se refería a este principio con palabras como "los niños primero", no formulándose expresamente el mismo hasta la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; requiriéndose en la actualidad que este principio, dado el importante grado de desarrollo que ha alcanzado la protección jurídica de los derechos de los niños y las niñas, sea interpretado en un nuevo contexto.

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el año 1989 fue el fruto de un trabajo progresivo del reconocimiento y protección de los derechos de los niños a través del curso de la historia, revelando el análisis del desarrollo del Derecho y la sociedad, la estrecha relación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general.



Convención que constituye la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos de los niños y las niñas, ya que independientemente de las culturas tan diversas y materias tan controvertidas que aborda, ha sido un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social, logrando un aglutinamiento de intereses por los países del orbe al respecto.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dice el Principio 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones, entre los que se encuentra los padres.

Para ilustrar su contenido, los derechos del niño que son equivalentes a los enarbolados por el anterior cuerpo legal, citados en la publicación ALFA Y OMEGA N° 233, 9-XI-2000 por su autor Luis Riesgo Ménguez

1. El niño tiene derecho a que sus padres se conozcan debidamente antes de casarse. Y va contra ese derecho la ligereza con que muchos jóvenes viven su noviazgo —predisponiéndose así al fracaso matrimonial—, el convertir el noviazgo en un matrimonio anticipado y el olvidar que más vale rectificar a tiempo que llorar después, durante toda la vida, las consecuencias de una elección mal hecha.
2. El niño tiene derecho a que sus padres puedan casarse y se casen. Puedan casarse (...): la madurez —fisiológica, intelectual, afectiva— y cierta base económica son presupuesto necesario. Y se casen (...): quienes deciden unir sus vidas tienen que considerar la posibilidad de que, como fruto de su unión, lleguen unos hijos. Hijos hacia los que contraen obligaciones que quedarían mal paradas si ellos no se encontrasen unidos ante la ley, religiosa o civil.
3. El niño tiene derecho a que sus padres le dejen nacer. Cada acto sexual ha de quedar abierto a la transmisión de la vida, aunque de hecho la inmensa mayoría de las veces no sea fecundo. No separar por tanto, de modo artificial,



lo que es inseparable. Y si el futuro hijo ha superado ese primer obstáculo que se presentó en su camino (los anticonceptivos) aceptarle: no convertir, mediante el aborto, el vientre de la madre que la naturaleza le ha preparado, en el lugar más peligroso para él.

4. El niño tiene derecho a un mundo infantil. A través del mundo del entretenimiento, con sus juegos y sus juguetes; del mundo de la fantasía, con sus cuentos y leyendas; y del mundo que le es propio: el mundo infantil. Esa es la única atmósfera en la que su ser psicológico puede respirar y desarrollarse, porque, para que de adulto alcance su plenitud como hombre, es preciso, en la infancia, favorecer su plenitud como niño.
5. El niño tiene derecho a ser comprendido. El amor es la atmósfera adecuada para que vaya abriéndose a la vida. Pero el amor ni siquiera es concebible si no hay comprensión. Y difícilmente llegaremos a comprenderle si previamente no lo conocemos. De ahí la necesidad de que intentemos respondernos a este interrogante: ¿cómo es ese niño, nuestro hijo, en las distintas etapas de su desarrollo: en la infancia, en la adolescencia y en la juventud?
6. El niño tiene derecho al cultivo de su inteligencia. Los padres que lo trajeron al mundo no han cumplido su misión con solo proporcionarle hogar, alimento y vestido. Tienen también el deber, en conformidad con sus posibilidades, de ir poniendo los medios para que este niño vaya creciendo intelectualmente, de forma que un día pueda independizarse con una preparación que le permita abrirse camino en la vida, a la vez que decir su propia palabra en medio de la sociedad en que se halla inmerso.
7. El niño tiene derecho al fortalecimiento de su voluntad. No pocas veces nos encontramos con personas que, aunque destacan por su nivel intelectual, no han logrado situarse, mientras que otras, acaso con menos dotes pero con



una mayor voluntad, han llegado donde no era previsible que lo hicieran. Y es que en la vida, supuestas unas condiciones razonables de inteligencia, lo que cuenta verdaderamente a la hora de abrirse camino es el carácter, la constancia, la entrega ilusionada al trabajo, la fuerza de voluntad en definitiva. Y ahí tenemos los padres una tarea importantísima a llevar a cabo.

8. El niño tiene derecho a ser educado en la libertad y para la libertad. La educación presupone la libertad. El niño no sería educable si no estuviera en estado de pensar. Y pensar significa ser libre. El desarrollo del pensamiento es desarrollo de la reflexión, es dominio —del niño, del adolescente y del joven— sobre sus propias ideas, sobre sus instintos, sobre su carácter, sobre todo su ser. El desarrollo del pensamiento es, en fin, el desarrollo de la libertad.
9. El niño tiene derecho a ser educado en el amor y para el amor. divorcio, tensiones; que el interés superior del niño es el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

Nada de lo cual puede lograrse si desde edades tempranas los menores en vez convivir en un hogar funcional, se desarrolla en un hogar donde reine la discordia y la violencia entre los padres, y sea precisamente el niño el fruto de la discordia, al punto de que intervenga el derecho penal como forma de solucionar el conflicto.

Sin embargo, la evolución actual del pensar jurídico permite afirmar que dentro de los Derechos Humanos está implícita la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

La rica normativa que ha sustituido las antiguas leyes para menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia



complementan, no sustituyen a los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos para todas las personas, lo que se aprecia en el artículo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, protección legal para los niños que complementa sus derechos, fundamentada en la protección jurídica general; por lo que cualquier intento de autonomía del Derecho de la Infancia que contravenga estos postulados, es contraria a la concepción de los derechos de los niños y las niñas que emana de la doctrina de los derechos humanos.

Por tanto, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia, recogiendo como fundamental principio el interés superior del niño.

Este principio aceptado literalmente, en cuerpos normativos, no en la realidad práctica en Guatemala y en muchos países del mundo, adquiere significación y relevancia al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención, cuando reza: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (UNICEF, 2003)

Con este pronunciamiento se eleva este principio al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido, que se extiende más allá del ordenamiento jurídico hacia la política, orientando el desarrollo de una cultura más respetuosa e igualitaria de los derechos humanos generales.

La anterior afirmación es reconocida por el Comité Organizador creado por la Convención, al estipular que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a convertirse en el principio rector guía de la misma, encaminada a promover la conciliación entre este principio y la protección



de manera efectiva y verdaderamente objetiva de sus derechos; representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en puntos tan polémicos e importantes como lo son los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños.



CAPÍTULO II

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DERECHO PENAL, ESPECIAL REFERENCIA A LA FAMILIA

2.1 Generalidades sobre el bien jurídico

Los avances en el pensamiento jurídico penal, llevan de la mano una mirada más depurada al tema de los bienes jurídicos como función esencial de la protección en el Derecho penal lo que involucra las reflexiones teóricas y empíricas de penalistas, sociólogos y filósofos del Derecho, acerca del problema del bien jurídico. En torno a esto es menester analizar la función utilitaria y garantista del Derecho Penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos.

En la Ciencia del Derecho penal existe acuerdo en que este debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. Pero este acuerdo se rompe cuando se trata de determinar qué debe entenderse por "bien jurídico" (Conde, 1981). Desde su nacimiento, que data de mediados del siglo XIX, de la mano de Birnbaum se sitúa en uno de los conceptos fundamentales de esta ciencia, de ahí que la estructura básica alrededor de la que se diseña la teoría del delito se completa con el respeto a dos principios constitucionales, el de legalidad y el de lesividad, que requiere que en todo delito haya un bien jurídico lesionado o puesto en peligro. (Zaffaroni E. R., 2011)

De esa forma la idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo con referencia a bienes considerados políticamente primarios o interno con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos del Derecho penal.



Por su propia naturaleza el Derecho penal es un derecho eminentemente "selectivo" (Zaffaroni E. R., 2011). La exclusiva protección de bienes jurídicos parte de uno de sus principios consustanciales, lo que ha provocado un sin número de formulaciones teóricas (Puig, 2003), que parten desde su reconocimiento Constitucional hasta la materialización en los tipos penales, toda vez, que sería imposible que un Estado encargado de asegurar la vida en común de todos los ciudadanos, no diseñara qué se debe proteger en el ámbito penal y cómo asegurar esa protección, por ello Roxin considera a los bienes jurídicos como "condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común" (Roxin, 1976), en función de garantizar el orden pacífico.

Por su parte, la expansión incontrolada de la intervención penal parece haber llegado a ser el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque solo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.

Esta distancia entre las aspiraciones teóricas de la cultura penalista de inspiración garantista y las tendencias prácticas de los sistemas penales, exige que el problema del bien jurídico, sea repensado y analizado en los distintos niveles axiológico, jurídico-positivo y sociológico de la reflexión penal.

El primer acercamiento a esta nueva mirada es señalar que el bien jurídico es una palabra densamente valorativa. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico, equivale a expresar sobre él un juicio de valor; decir que es un bien jurídico penal, equivale a expresar un juicio de valor penal, es decir una justificación de su tutela mediante prohibiciones y puniciones de su infracción.



Se entiende así el significado axiológico de "límite" o "garantía" del concepto de bien jurídico: "un objeto debe ser un bien jurídico porque su tutela penal esté justificada" (Ferrajoli, 2006), pero ¿cuáles son los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales?, para responder estas preguntas conviene distinguir cuatro órdenes de cuestiones que corresponden a otros tantos niveles de discurso y poseen por ello un diferente estatuto lógico y semántico:

- a)** Si deben existir bienes, y cuáles, para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales.
- b)** Si existe un cierto ordenamiento el vínculo normativo del daño a ciertos bienes, y a cuáles para legitimar constitucionalmente las leyes penales.
- c)** Si un cierto ordenamiento tutela legalmente los bienes determinados como se fijó arriba, y cuáles otros bienes o no bienes tutela dicho ordenamiento.
- d)** Qué cosa, es decir, cuáles bienes o no bienes tutela efectivamente dicho ordenamiento.

De estas cuatro cuestiones, la a) es de carácter ético-político, la b) de carácter jurídico-constitucional, la c) jurídico-penal; y, la d) de carácter sociológico o factual. Además, mientras a) es jurídicamente axiológica, las otras son descriptivas, aunque con referencia a universos distintos, esto es, a la constitución, a las leyes ordinarias y a la realidad social; pero la respuesta a cada una de las tres primeras tiene un valor axiológico con respecto a la última.

En fin, mientras la primera y la última cuestión expresan un punto de vista externo (que es, por su orden, de tipo axiológico y de tipo fenomenológico), la segunda y tercera expresan un punto de vista interno al ordenamiento, relativo en la primera a lo que el Derecho penal "debe ser" sobre la base de la Constitución, y la segunda a lo que el Derecho penal es sobre la base de las leyes.



Es inútil decir que muchas de las incomprendiones, equívocos y dificultades que se presentan en las discusiones sobre el bien jurídico en Derecho Penal se originan en el hecho de que estas cuestiones, las cuales admiten diversidad de respuestas sobre la base de indagaciones y/o de argumentos diversos, son frecuentemente tratados confusamente

El concepto de bien jurídico, nace entonces como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico entendiendo por tal, uno que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal.

Lamentablemente los esfuerzos no se han visto compensados con resultados. Así, por ejemplo, Von Liszt lo definiría como “interés jurídicamente protegido”, o Welzel como “todo Estado social que el derecho quiere resguardar de lesiones”.

Como se comprenderá, la virtualidad práctica de estas definiciones y de otras más recientes como “las condiciones de convivencia social” poco colabora para solucionar el problema pues son formales y tautológicas.

Una teoría del bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho ha de tomar en cuenta lo que ya decíamos en relación con la norma: ella tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tiene lugar en su seno. Son en un Estado democrático el producto de la discusión participativa donde la hegemonía alcanzada está dispuesta en el futuro a aceptar su revisión.

Los objetos de protección, los bienes jurídicos, surgen de la base social y, por consiguiente, están también sujetos a su rediscusión democrática. Por eso, se dice que tienen un carácter dinámico, ello es importante de cara a la propuesta que luego enfrentaremos en esta investigación



El Derecho con la norma quiere regular comportamientos. Se trata con las prohibiciones y mandatos de evitar situaciones lesivas de bienes jurídicos, que las personas no los lesionen. La lesión de un bien jurídico, en consecuencia, solo puede provenir de una conducta humana

Los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas. La vida, la libertad, la salud sin perjuicio de ser valores naturales, en cuanto bienes jurídicos son protegidos frente a conductas humanas. El comportamiento personal del hombre en sociedad no debe lesionar bienes jurídicos; más aún, debe abstenerse de realizar conductas que signifiquen siquiera un peligro para los bienes jurídicos.

Por eso, son relaciones sociales concretas, esto es, (Ramírez, 2006) relaciones entre personas que adquieren significación de bien jurídico en cuanto son confirmadas por la norma, (Ramírez, 2006) con un carácter sintético normativo y sintético social.

2.2 Una mirada a las teorías contemporáneas sobre el bien jurídico

2.2.1. Las teorías funcionalistas del bien jurídico

La teoría sistémica ha inspirado a diversos autores en el Derecho penal para diseñar desde una perspectiva funcionalista una teoría sobre el bien jurídico y la dañosidad social considerando que la teoría de la dañosidad social tiene su límite en los principios liberales referidos a la persona en la Constitución y los de la dogmática referidos a la relación entre daño social y bien jurídico



Desde una perspectiva sistémica, la postura del funcionalismo sistémico de Jakobs, (Jakobs, 1997) no plantea la legitimación material del derecho penal desde el bien jurídico, sino de la vigencia de la norma, al esbozar que la contribución que hace el derecho penal para el mantenimiento de la estructura social y estatal se realiza en la garantía de la vigencia de las normas ya que de esta manera contribuye a la cohesión social asegurando la no defraudación de las expectativas. Por ello el bien defendido por el derecho penal es "la resistencia a la defraudación de las expectativas." (Jakobs)

Su concepción lo lleva asegurar que las normas, cuya obligatoriedad incuestionable es el bien del derecho penal que pasan el filtro de la "dañosidad social", son "normas que en parte son protectoras de bienes jurídicos, normas que en parte están para el establecimiento de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y normas que en parte están para la protección de la paz."

Un segundo pensamiento sobre estas teorías es el de Hassemer (Hassemer, 1989) el que realiza hace una clasificación de las teorías del bien jurídico conocidas, según si cumplen una función crítica o una función simplemente sistemática. Las primeras, según sitúan el bien jurídico más allá del Derecho penal y son, por lo tanto, trascendental al sistema penal. Las segundas reducen al bien jurídico a una creación del legislador y son, por lo mismo, inmanentes al sistema penal. (Hassemer)

En la perspectiva de construir una técnica del delito a partir del bien jurídico, solo tienen valor para este autor las primeras. No obstante, enfatiza que (Hassemer, 1989) ninguna de las teorías del bien jurídico trascendentes al sistema propuestas hasta ahora, ha podido, por su formalismo derivado del hecho de haberse limitado exclusivamente a categorías jurídico- normativas, dar un concepto material de bien jurídico capaz de expresar no sólo qué es lo que lesiona una acción delictual, sino



también de responder a la cuestión de por qué una determinada sociedad en su ordenamiento jurídico penal criminaliza exactamente esas acciones lesivas y no otras. En suma, se trata de desarrollar una teoría de la criminalización como presupuesto de una teoría del delito como teoría de la criminalidad.

Hassemer estima además que la resolución de este problema depende de la valoración que la sociedad da a los objetos que por la conducta a incriminar pueden quedar lesionados o expuestos a un peligro. Según él, esta valoración depende de tres factores: a) de cuán a menudo se realizan estas conductas; b) de la intensidad de la demanda del objeto en cuestión; y c) de la medida de la amenaza. La efectividad de estos factores no es exclusivamente objetiva sino que también otros como la incidencia en la conciencia cultural de la sociedad y su ilustración normativa. Todo ello es importante de cara al análisis que posteriormente vamos a realizar sobre el delito de impedimento de contacto.

Frente a la incapacidad de una teoría del bien jurídico para oponer, en el contexto de un derecho penal dominado por el funcionalismo sistémico, una barrera a los intereses de la política criminal, Hassemer recuerda que la teoría del bien jurídico en sí misma no tiene capacidad para responder a la cuestión del merecimiento de la pena. El bien jurídico aparece como condición necesaria pero no suficiente para criminalizar una conducta. Piensa que al bien jurídico como elemento fundante del merecimiento de pena debe oponerse las limitaciones de la punibilidad que se engloban bajo el concepto de (Hassemer, 1989) "formalización de la administración de justicia"; tales como la subsidiariedad del Derecho penal, la dañosidad social, la protección de la dignidad del hombre etc., con lo que se lograría rescatar en el contexto actual la capacidad limitadora del *ius punlendi* del bien jurídico.



2.2.2 Teorías que dan fundamento constitucional al bien jurídico

Es obligada la relación del Derecho penal con el ordenamiento constitucional, lo que impone distinguir dos planos que no se superponen por estar en diferentes niveles de eficacia: el de un "orden de valores constitucional" y el de un "orden de valores penal." El orden constitucional está referido al marco de la actividad del Estado en tanto que el derecho penal sólo protege aspectos parciales que coinciden en lo nuclear con los valores constitucionales como la vida, la libertad, la propiedad.

Sin embargo, hay otros valores que no están expresamente estructurados como tales en la Constitución. Tales serían los valores que se protegen en los delitos en contra del Estado, de la administración de justicia, del honor, entre otros. La Constitución en estos casos simplemente orientaría el ejercicio del *ius puniendi* de acuerdo con su orden de valores, hacia la concreción de esas conductas antijurídicas en tipos penales.

Dentro de esta corriente constitucional en lo que se refiere al bien jurídico, pero en el contexto de un Derecho penal en que se aprecian influencias del funcionalismo podría alinearse a Roxin quien desde la Constitución y concretamente en la idea de "*estado de derecho*", trata de fundamentar el carácter prepositivo de los bienes jurídicos.

Para Roxin (1976) se conciben los bienes jurídicos como aquellas "condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común" en función de garantizar el orden pacífico. Así, señala que el Estado como garante de las condiciones de vida social, debe proteger los bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio etc. (Roxin)

En esta misma línea y también con influencias del funcionalismo, puede inscribirse a Rudolphi (Shunemann, 2012) de la concepción de un "Estado de derecho constitucional", en el que tan importante son las garantías formales como "la



vinculación jurídica del poder estatal a la idea de justicia material", por lo que a su juicio la actividad estatal no solo debe sujetarse al principio de legalidad, sino que debe concretarse "en el esfuerzo por una estructuración justa e igualitaria de las relaciones humanas", así, la actividad penal queda condicionada a "la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, es entendida por todos como razonable", será lo que esté en función de la "creación o mantenimiento de una vida social apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo" y es la Constitución la que indica los valores fundamentales y la vinculación jurídica obligatoria del legislador a la protección de bienes jurídicos previos al ordenamiento penal, cuyo contenido se determina conforme a dichos valores. (Shunemann)

Estos valores darían una pauta para la elaboración de un concepto material de bien jurídico. Para ello, de acuerdo con Rudolphi, es necesario remitirse a la realidad social de donde, a partir de la indagación de los fenómenos que son lesionables por un comportamiento humano y de la perspectiva constitucional, debe revelarse el concepto de bien jurídico "como un presupuesto de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo".

Luego, el sustrato material del concepto de bien jurídico, vendría dado, de acuerdo con lo expuesto, por la sociedad estatal conforme a la Constitución y por las jJurídico se revelaría como una unidad social de función viviente, esto es, no estática, que es necesaria para la subsistencia de la sociedad constitucionalmente organizada.

También dentro del formalismo constitucional Marx da una definición de bien jurídico a partir del fin del derecho penal que según él se corresponde con el del derecho y este a su vez con el fin del Estado.

En términos generales, todas estas concepciones del bien jurídico no pueden superar la objeción de carácter general que hace Hassemer: "¿Hacia dónde conduce esta vía de una concepción de un bien jurídico que no debe excluir ningún



objeto de protección? El resultado es un concepto general de bien jurídico que es tan abstracto que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular. La concepción de lo que el hombre necesita para su libre realización personal, de lo que es irrenunciable para la sociedad y la libertad individual, de qué valores son merecedores de protección como concepción del propio desarrollo personal queda abandonada a la interpretación." (Hassemer, 1989)

2.3 Tipo penal

Según Muñoz Conde, el tipo penal es (Conde, 1981) "la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal".

Quiere decir que el tipo penal es la descripción precisa de las acciones y omisiones catalogadas como delito y a las cuales se les aplica una sanción o pena. Según Zaffaroni (Zaffaroni, 2005): el tipo penal es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva "que tienen por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes."

Los tipos penales pueden incluir aspectos objetivos y subjetivos. El elemento objetivo del tipo penal consiste en la conducta exterior que realiza una persona y se expresa a través de un verbo; por ejemplo: matar, sustraer, etc. El elemento subjetivo por su parte consiste en la intención o dolo de realizar la conducta descrita y en algunos casos también la negligencia o culpa en el accionar.

Para Josue Fossi (Fossi, 2015) "en el derecho penal se viene utilizando dos formas que intervienen en el supuesto de acto. Por un lado, se encuentra la dimensión objetiva del supuesto acto, caracterizada por el conjunto de elementos extrínsecos al agente que permiten constatar el acto delictivo, denominado como tipo objetivo, que funciona como un elemento de garantía y por otro lado, la dimensión subjetiva del acto caracterizada por el estado mental del agente en el acto delictivo, que a su



vez, permite constatar el compromiso psicológico en cuanto a la acción y resultado (si lo hubo), llamado tipo de imputación del cual se deriva el dolo y la culpa en sus distintas manifestaciones. Estas dos dimensiones vienen reducidas al concepto de tipo, que a su vez, se desdobra en objetivo y subjetivo.”

2.3.1 Función del tipo penal

Para el tratadista Muñoz Conde (2010) las funciones del tipo penal son:

2.3.1.1 Función seleccionadora de los comportamientos humanos personalmente relevantes

Consiste en la selección que realiza el legislador de aquellas conductas humanas que considera intolerables y lesivas para los bienes jurídicos, para establecer cuáles de ellas deben ser consideradas delitos, por violentar bienes jurídicos debidamente tutelados.

2.3.1.2 Función garantista

Esta función encuentra su fundamento en el principio de legalidad puesto que solo los comportamientos descritos en la legislación como delitos pueden ser considerados como tal.

2.3.1.3 Función motivadora general

Esta función consiste en indicar por parte del legislador qué comportamientos están prohibidos para que no realicen esta conducta.

2.3.1.4 Función indiciaria

Consiste en la descripción general de la acción antijurídica que da lugar a un juicio particular acerca del carácter antijurídico del hecho, una presunción, refutable acerca de la antijuricidad.



2.4 Elementos del tipo

Los elementos del tipo pueden ser descriptivos y normativos. Los primeros son aquellos que el autor conoce a través de sus sentidos, sin necesidad de realizar una valoración especial. Mientras que los normativos son aquellos contenidos en una descripción típica que se pueden captar mediante un acto de valoración.

Además de estos elementos existen los comunes a todos los tipos; siendo estos los sujetos (que pueden ser activos o pasivos) la acción, el bien jurídico y la relación de causalidad (existencia de un nexo causal entre la acción y el resultado).

2.5 Clasificación de los tipos:

Los tipos penales se pueden clasificar del modo siguiente:

2.5.1 Por su estructura:

2.5.1.1 Tipo básico: Es la descripción hipotética de una conducta que realiza el legislador en una norma penal que sirve de base para analizar las figuras delictivas.

2.5.1.2 Tipo derivado: Es aquel tipo que además de tener tipo base contiene otras descripciones que modifica el tipo fundamental.



2.6 Tipo penal derivado de la protección al fenómeno delictivo: Una forma de proteger bienes jurídicos

La reacción social del Estado, constituye parte de la política criminal. Una de las formas de reacción que tiene el Estado frente a la violación a bienes jurídicos consiste en la aplicación de sanciones previamente establecidas.

Ahora bien, en el caso que el Estado no cuenta con una figura jurídica determinada para garantizar la protección a un bien jurídico tutelado, entonces procede a la criminalización de tal conducta. Esto se logra por la tipificación de delitos.

Por mucho tiempo la idea de pena y de medida de seguridad fue relacionada con ideas morales o hasta religiosas, que lo único que produjeron se resume en hasta una contradicción y polémica entre tratadistas y legislaciones sobre la verdadera naturaleza de la pena y, por tanto, sobre la del Derecho penal subjetivo. Dicha discrepancia ha generado el origen de distintas escuelas motivadas por el ensayo de su propia respuesta a la pregunta sobre la naturaleza de la pena.

Entre estas escuelas se han presentado adicionalmente varias tendencias, corrientes o propuestas, que algunos tratadistas como Muñoz Conde les llama: "teorías" (Conde, 1981), aunque de tal concepto solo tengan el nombre, puesto que son más una forma de concebir el poder punitivo del Estado, por lo que Bustos Ramírez les llama simplemente: "criterios" (Ramírez, 2006).

Por su parte, Julio y Jorge Armaza Galdós exponen que es (Ramírez, 2006) "Zacharia al que se le debe la conocida clasificación de teorías absolutas y relativas a las que Antón Bauer añadió las mixtas. Bentham, antes distinguió las teorías relativas preventivo especiales y generales." Por lo tanto, a continuación se expone lo más relevante de las mismas.



Básicamente, la pena remite indefectiblemente a todo ciudadano la existencia de un Estado. Es de imaginarse, por ejemplo, un hombre que roba consuetudinariamente e incluso frente a la autoridad y estos nunca le reprenden, por lo que en términos materiales concretos nunca temerá al poder punitivo del Estado. Con este ejemplo se quiere enfatizar que la pena es una de las formas en que el Estado puede basar su relación de poder y dominio sobre la sociedad.

Esta breve exposición de la relación de poder del Estado sobre sus gobernados sirve a su vez para examinar las distintas teorías de la pena, que en algunas aparece mal abordado y en otras ni siquiera las tratan.

Entre las teorías absolutas se ubican aquellas explicaciones en las que una pena es legítima, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente, a lo que califica como retribucionismo. La lesión del orden jurídico cometida libremente importa para determinar un abuso de la libertad que es reprochable y, por tanto, culpable. Para estas teorías la pena necesaria es aquella que produzca al autor un mal, es decir, una disminución de sus derechos que compense el mal que él ha causado libremente. Desde el punto de vista filosófico, la utilidad de la pena queda fuera de discusión y para estas teorías lo que es relevante es la pena justa.

Las teorías absolutas de la pena explican la relación de Estado-gobernados y el Derecho penal subjetivo, sin embargo, sus posturas son metafísicas, su planteamiento es dogmático absoluto, por lo que el Estado queda elevado a la categoría de ente moral por excelencia y por tanto queda fuera de toda discusión.



Por el contrario de las teorías absolutas, estas teorías preventivas no dilucidan la cuestión relacionada con el poder del Estado, en cuanto a imponer penas y de esta forma demostrar su existencia. Por supuesto, desde la perspectiva de las teorías preventivas no puede ser abordado con comodidad el hecho de que el Estado sea represivo o que para dejar en claro que su sistema sigue siendo vigente, tenga que recurrir a la sanción. Sin embargo con este tipo de posturas las teorías preventivas encubren esta realidad y plantean un Estado neutral o benefactor por principio, con la imposibilidad de entrar en discusión con él. En palabras de Bustos Ramírez, según estas teorías: (Ramírez, 2006) "los hombres eran los malos, el Estado no."

Las teorías relativas pretenden legitimar a la pena, contrariamente al retribucionismo de las teorías absolutas, por medio de la tendencia de las mismas a obtener un resultado o un determinado fin. Es decir, que el criterio legitimador de la pena en el caso de las teorías preventivas es el de la utilidad de la pena.

Las teorías preventivas especiales se refieren a la prevención que debe hacer el Estado en el delincuente, para escarmentar a este o simplemente para curarlo de no volver a delinquir. Se dice escarmentar puesto que antes que el positivismo invadiera los terrenos de toda ciencia y en particular de la ciencia penal, la prevención individual en el delincuente consistía simplemente en que el mal de la pena debía revertirse para su autor en lograr por medio de esta la inhibición del impulso.

Y por otro lado, se señala el hecho de curar al delincuente puesto que a partir de la década del 60 la prevención especial experimentó una nueva transformación, y el fin de la misma se definió de manera uniforme a través del concepto de resocialización y por otra, se dio cabida a las consideraciones de que la sociedad tiene corresponsabilidad en el delito.



La prevención general, por el contrario, se refiere al efecto que debe lograr la pena en el resto de la sociedad y no individualmente en el delincuente, es decir la intimidación de la generalidad, el inhibir los impulsos delictivos de determinados potenciales delincuentes.

Llamadas por Bacigalupo, (Galdòs, 2001) "teorías de la unión", no son más que la combinación de posturas entre retribuciones sea esta última especial o prevención general. Empero se objeta que no es posible conciliar teorías que se basan en presupuestos antagónicos como la culpabilidad por el hecho (retribucionismo) y por el autor (prevención especial): así como las dificultades que involucra el defender la idea de libre albedrío, por medio de posturas que combinan prevención general y retribucionismo, que necesariamente conducen a dicho presupuesto. (Armaza)

Las teorías de la unión resultan poco más que difíciles de defender, puesto que se basan en combinaciones como se mencionó, antagónicas, que no conducen sino a discusiones aún mayores.

En resumen, las teorías absolutistas, debido a la imposibilidad que plantean cuestiones surgidas a partir de los Derechos Humanos y de principios tales como el de dignidad de la persona humana, han de tener adeptos siendo posturas demasiado conservadoras o radicales de aquellos juristas, quienes las defienden, o de legislaciones que las conservan, o simplemente se inspiran en las mismas.

Considerando las principales discusiones dentro del Derecho penal relativas a la pena y el delito, que tuvo suficiente discusión en el siglo XX, en la actualidad comienza a ceder espacio a favor de la pena. Tal como lo señalan Julio y Jorge Armaza Galdós (2001), tratadistas peruanos al afirmar que "apaciguado el debate que en las últimas dos décadas se libró en esta parte del continente en torno a las teorías causal y final, el interés por la pena permanece intacto..."



Resulta pues una discusión importante en el Derecho Penal, al punto que como señala la mayoría de tratados o manuales de Derecho Penal, en especial los peruanos, argentinos y colombianos, es la pena la que caracteriza fundamentalmente el nombre que recibe esta rama del Derecho: Penal, así como Juan Bustos Ramírez que afirma: (Ramírez, 2006) "ya hemos visto que al definir el derecho penal una de sus características esenciales es el establecimiento de penas y que ya en la evolución de su denominación, la pena ha surgido como el rasgo definitorio a la hora de su nombre."

Cuando el Estado establece un tipo penal quiere prohibir la relación social entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en las condiciones objetivas y subjetivas contempladas en el propio tipo. El tipo constituye una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en la norma penal. El tipo contiene una relación social que niega otra relación social, la relación social concreta protegida por la norma penal, que es el bien jurídico. (Puig, 2003)

El profesor Quirós Pérez se afilia a la concepción de que (Pérez, 2008) el bien jurídico está constituido por las relaciones sociales (o elementos de las relaciones sociales) que, por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho penal, de los ataques y amenazas materializados por comportamientos considerados socialmente peligrosos, poniendo el énfasis en esas específicas relaciones sociales que deben ser resguardadas por la protección penal.



Por lo tanto, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma. El bien jurídico (lo procurado proteger por el Derecho penal) no es el propio Derecho, o sea, las normas jurídicas, sino el contenido de esas normas jurídicas, esto es, las relaciones sociales modeladas y consolidadas en dichas normas jurídicas. De esta forma la protección exclusiva de bienes jurídicos se coloca en principio limitativo al *ius puniendi* del Estado y con ello la garantía de seguridad jurídica.

Estas reflexiones nos llevan de la mano a señalar, que ese enfoque dialéctico que caracteriza al contenido del bien jurídico, tiene hoy una influencia decisiva en la formulación de nuevas construcciones jurídicas, a tenor de los fenómenos contemporáneos, que marcan el desarrollo de las sociedades en sus relaciones internas y en su vínculo con otras sociedades.

La línea de pensamiento seguida en materia de protección penal del bien jurídico, como principio limitativo del derecho de castigar, nos coloca ante el necesario análisis de su carácter fragmentario o subsidiario, frente a otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que llama a una mínima intervención penal para solucionar los conflictos sociales, ya que, todos los bienes jurídicos como apuntamos no tienen relevancia para el Derecho penal.



Siguiendo entonces a Muñoz Conde, el principio de intervención mínima, significa que el Derecho penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse con medios menos graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención (con la dureza de sus medios) sería innecesaria y, por tanto, injustificable. (Conde, 1981)

Al referirse a la vigencia del principio de subsidiariedad Jakobs, afirma que: (Jakobs, 1997) Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contrato social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social” y añade que: “el principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas. (Jakobs, 1997)

La inclusión del delito impedimento de contacto de hijos con padres no convivientes en las leyes penales, se fundamenta en la existencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal, la necesaria protección de los menores y los derechos de los padres a participar en su educación y formación, tal como analizaremos posteriormente, que es el presupuesto necesario para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, para lo que en consecuencia, con el principio de subsidiariedad o de intervención mínima se exige además, que la intervención del Derecho penal resulte necesaria y que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas



2.7 La familia y su necesidad de protección por el Derecho penal

La formación histórica de la familia demuestra que esta tuvo un papel preponderante como estructura social en la era primitiva, pero a medida que el Estado ha ido adquiriendo vigor y poderes, correlativamente se han reducido los de la familia. No solo ha perdido estas sus funciones políticas y económicas; hoy el Estado interviene en la educación de los menores de edad, en la asistencia a los enfermos e inválidos; los magistrados tácitamente tienen facultades para penetrar en el interior del hogar, vigilan y protegen la salud de los menores, los amparan contra los abusos o contra el peligro de vivir en ambientes moralmente dañosos, pudiendo sustraerlos a la autoridad paterna. En algunas legislaciones, el juez dirime las divergencias entre cónyuges respecto de problemas de la diaria convivencia, tales como la elección de domicilio, la educación de los hijos, la administración y disposición de los bienes gananciales, entre otras.

En esta penetración del Estado en la familia hay un fundamento ético. No es tolerable ya el ejercicio arbitrario y abusivo de las potestades familiares; las responsabilidades y deberes que estas implican asumen un carácter preeminente, y la sociedad debe velar por su cumplimiento. Está bien, pues, que el Estado intervenga allí donde es necesario corregir una deficiencia, suplir una omisión, salvar a los débiles de la irresponsabilidad de sus padres, de la ignorancia, de las enfermedades.

Pero hay en esta llamada publicitación del Derecho de familia un peligro grave que es necesario destacar y al que urge poner coto. El Estado de hoy, cada día más absorbente y poderoso, provisto de todos los recursos que la economía y la técnica han puesto en sus manos, tiende a invadir la esfera de la más reservada y respetable privacidad.



Ha facilitado este proceso el concepto, a nuestro juicio erróneo, de que las potestades familiares, y particularmente las paternas, son una función social. Sin duda, ellas tienen una función social; pero el concepto de estas potestades no se agota allí. Implican también derechos, que los hombres tienen en su calidad de tales, es decir, verdaderos derechos naturales. Así, por ejemplo, el que tienen los padres de educar a sus hijos, de plasmar su espíritu, de inculcarles su religión, sus ideas personales y políticas.

La intromisión del Estado en la familia se ha hecho sentir, naturalmente, con más intensidad en los regímenes totalitarios. El poder público se inmiscuye en su vida íntima, debilita los vínculos, pretende sustituir a los padres en la educación y formación moral de los hijos. Todo ello es contrario al derecho natural, y debe ser enérgicamente repudiado.

De la misma forma se alude a que en los últimos años asistimos a una honda crisis de la familia. El resquebrajamiento de la disciplina familiar, la relajación de las costumbres, el aumento de los divorcios, la despreocupación por los hijos, señalan los aspectos fundamentales de este fenómeno de repercusión mundial.

Muchas son las causas que han concurrido a desencadenarla. Ante todo, causas económicas. Hasta hace no muchos años, la economía familiar se fundaba en los ingresos aportados por el hombre, mientras la mujer quedaba al cuidado del hogar; hoy, en cambio, se apoya, salvo en las clases acomodadas, no solo en el sueldo del padre, sino también en las entradas de la madre, y aun de los hijos menores. La vida en común tiende a desaparecer.



El padre, la madre y los hijos se reúnen quizás a la hora de comer, y luego retornan a sus ocupaciones o sus diversiones fuera de la casa. Contribuye a este estado de cosas el problema agudo de la vivienda; la estrechez de los departamentos o habitaciones en donde conviven promiscuamente numerosas personas, crea una sensación de disgusto por el ambiente familiar, que impulsa a vivir fuera de él.

No menos importantes son los factores espirituales y políticos. Hay una indudable declinación de las convicciones religiosas; la nuestra es una generación de gozadores, que se desentienden de sus deberes; no existe ya la tolerancia, que hacía fácil y alegre la convivencia. La mujer, que ha debido salir a la calle a completar los ingresos del hogar, ha logrado la equiparación jurídica con el hombre. Su elevación en el plano cultural, económico y político le hace desdeñar las tareas domésticas. Limpiar y lavar, coser o remendar, cocinar, e inclusive cuidar de sus hijos, le parecen tareas opacas, cuando no sórdidas, frente a la posibilidad de oír y dar conferencias o conciertos, a la atrayente actividad de los negocios, la dirección de una industria o de un organismo de gobierno, la actuación parlamentaria.

Todo eso está hoy a su alcance. Se ha enriquecido espiritualmente; pero al propio tiempo, ha perdido el sentido de sus responsabilidades hogareñas y el espíritu de sacrificio, que era uno de sus más nobles atributos, y el que le permitía lograr una paz espiritual plena. La disciplina familiar ha sufrido con ello un rudo quebranto; los divorcios proliferan.

Además, la rápida evolución de las costumbres e ideas, ha provocado una desconexión entre padres e hijos, que corroe la armonía familiar. Los hijos buscan fuera de su casa, la comprensión que no encuentran en ella. Finalmente, en muchos países el intervencionismo estatal ha sido un factor desquiciante.



Este estado de cosas no solo ha preocupado a sociólogos y moralistas, sino también a los legisladores. Son cada día más numerosas las leyes que se ocupan de la familia y procuran defenderla y fortalecerla. La protección de la familia legítima, el salario familiar, la creación del bien de familia, el amparo de la maternidad, las leyes de previsión, las que reprimen el abandono de la familia, están encaminadas hacia ese fin.

La familia es también y ante todo un organismo ético; de la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los a veces, y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno, peculiar del Derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho, o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de tales preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

El Estado interviene entonces para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de sus relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirlo rectamente para la consecución de sus finalidades; sin que la ley constituya, como en otras relaciones de Derecho privado, la única norma reguladora (Engels, 1884), y en el caso específico del Derecho penal, este actúa cuando otros mecanismos reguladores del propio Derecho de familia o ramas afines no han logrado una correcta convivencia familiar y orden en sus relaciones. (Engels)



2.8 Especial referencia a la protección de las relaciones paternas filiales como bien jurídico singular en el Derecho penal

En el derecho romano primitivo el *pater familiae* tenía sobre sus hijos poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, disponer de sus bienes; tenía derecho a juzgarlos y condenarlos en *judicia privata*. Las potestades del padre subsistían hasta su muerte, cualquiera fuera la edad de los hijos. Lentamente se fueron atenuando estos poderes, primero con la intervención de magistrados y censores que refrenaban los abusos, más tarde con leyes que castigaron la muerte o exposición de los recién nacidos, prohibieron, salvo hipótesis excepcionales, la venta de los hijos, y eliminaron el *jus patrium*, que fue substituido por el *jus publicum* para el juzgamiento de los delitos. La Iglesia tuvo una marcada influencia en esta dulcificación del sistema, pues miraba la patria potestad más bien desde el ángulo del interés de los hijos. En el derecho germánico predominaba también la idea de protección del incapaz, siendo los poderes paternos de carácter temporal.

Hoy está definitivamente triunfante la idea de que la patria potestad implica no solo derechos, sino también deberes; y, más aún, que lo que importa primordialmente es la protección de los niños y adolescentes. La legislación moderna, a la inversa de la antigua, ha puesto el acento sobre los deberes y no sobre los derechos de los padres. De ahí un contralor cada vez mayor del Estado sobre la forma en que se ejerce la autoridad paterna y la admisión de sanciones, incluso de orden penal, para los padres que no cumplen debidamente con sus obligaciones.



Sin embargo, en esta evolución, se corre el riesgo de ir demasiado allá. So color de protección de los menores, hay una tendencia a acentuar demasiado la intervención del Estado en la vida íntima de la familia. Se afirma que la potestad paterna es una función social. Sin duda, si bien la tiene, el concepto de la institución no se agota en los deberes que impone a los padres, ni en la función social contenida en el cumplimiento de esos deberes. Implica también derechos, que los hombres tienen en su calidad de tales, y que son, por tanto, verdaderos derechos naturales.

Tal, por ejemplo, el de educar a los hijos, de plasmar su espíritu, de formarlos de acuerdo con sus ideales morales, religiosos o políticos. Baste por ahora decir que si bien es justo legislar la institución teniendo en cuenta primordialmente el interés y la protección de los hijos, no por ello deben dejar de considerarse y respetarse los derechos que los padres indiscutiblemente poseen.

La patria potestad, por lo tanto, no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos. Se la legisla teniendo en mira al hijo y a los padres, a la familia y a la sociedad. Las normas que a ella se refieren son, pues, de orden público. De ahí los siguientes caracteres:

- a) Es personal e intransferible. No puede renunciarse ni ser objeto de abandono. Tal conducta tiene graves sanciones legales, incluso de carácter penal, como sucede con el incumplimiento de los deberes de asistencia. Está fuera del comercio: no puede ser objeto de venta, transacción, cesión, ni en su totalidad ni en alguno de sus atributos. De ahí que los acreedores no pueden embargar el usufructo legal, ni subrogarse en los derechos del padre para percibirlos.
- b) Es indelegable; solo en casos excepcionales puede ser objeto de un desmembramiento práctico, aunque no jurídico; así, por ejemplo, la internación del hijo en un colegio significa, sin duda, delegar la educación, el deber de cuidarlo. Pero siempre la dirección definitiva queda en manos de



los padres, quienes pueden sacarlo del establecimiento, internarlo en otro que a su juicio sea preferible para la formación espiritual y física del menor o retenerlo a su lado. No hay inconveniente, tampoco, en que los padres otorguen poder a un tercero para que los represente en un determinado acto jurídico referente a la persona o bienes del menor.

- c) En cuanto derecho, es eminentemente relativo. Las potestades paternas se reconocen teniendo en cuenta primordialmente el interés del hijo; por tanto, deben ser ejercidas en consonancia con ese fin. Por eso la patria potestad no es perpetua; termina con la emancipación o la mayor edad, es decir, cuando el hijo puede ya prescindir de la tutela de sus progenitores. No es intangible; si no la desempeña en concordancia con sus fines, si aquellos abusan de sus prerrogativas legales, si maltratan al hijo o le dan ejemplos perniciosos, pueden ser privados de ella o de su ejercicio. El Estado interviene para controlar el ejercicio prudente de la autoridad paterna.

Las potestades que integran la autoridad paterna son de naturaleza compleja; ordinariamente asumen a la vez la condición de derechos y deberes. Educar a un hijo, vivir a su lado, plasmar su espíritu, cuidar de su persona y sus bienes, constituyen para un padre o madre normal la fuente de las más perdurables satisfacciones y alegrías. Al atribuirle estas potestades, la ley reconoce un derecho natural, pero le impone al mismo tiempo su cumplimiento como una obligación. Se conjugan así el interés paterno con el familiar y social, dando origen a esta categoría de derechos-deberes que caracteriza a la institución.



2.9 Tipos penales que protegen la familia en Guatemala. Dos perspectivas de análisis: La familia como sujeto de infracciones y la familia como objeto de protección

Castillo González, refiriéndose a los artículos contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala de la sección de Familia, indica que estas están redactadas con base en dos ideas: (González, 2015) “1. El Estado garantiza la protección y 2. El Estado promueve organización. El rol protector y rol promotor garantizan el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. El rol protector se cumple mediante la emisión de leyes que establezcan facultades a las organizaciones públicas. El rol promotor se cumple si el Estado conjuntamente con organizaciones públicas y privadas, directa o indirectamente, impulsan actividades y decisiones de toda naturaleza, principalmente socioeconómicas, relacionadas con la familia.”

De esa forma se ve cómo nuestro ordenamiento sustantivo penal, ha incluido tipos penales tendientes a la protección de la familia, de la mujer y de la niñez y adolescencia.

El Decreto número 17-73 del Congreso de la República, que contiene el Código Penal, establece tipos penales específicos tendientes a la protección de la familia. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes: El artículo 208 del Código Penal, establece el tipo penal de sustracción de menores, que se encuentra vigente desde hace casi cuarenta años.

Por otra parte, en el Título V, Capítulo I, se encuentran establecidos los delitos contra el Orden Jurídico Familiar y Contra el Estado civil, tipificando los siguientes delitos: Matrimonio Ilegal, Ocultación de Impedimento, Simulación, Inobservancia de Plazos, Celebración Ilegal y Responsabilidad de Representantes.



En el capítulo II, del título en referencia, se encontraba establecido los delitos de Adulterio y Concubinato, que fueron declarados inconstitucionales, según la sentencia emitida dentro del expediente número 936-95, de fecha 7 de marzo del año 1996 y la sentencia emitida según el expediente número 936-95 de fecha 7 de marzo del año 1996, ambas de la Corte de Constitucionalidad respectivamente.

En el capítulo III, se introduce el tipo penal de Incesto Propio y su agravación. En el capítulo IV, los tipos penales de; Suposición de Parto, Sustitución de un niño por otro, Supresión y alteración del Estado Civil, Adopción Irregular.

El capítulo V, establece lo relativo al incumplimiento de deberes, estableciendo los tipos penales de Negación de Asistencia Económica.

En el año 1996, se emitió el Decreto 97-1996 que contiene la Ley para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, estableciendo medidas adecuadas tendientes a garantizar la vida, integridad, seguridad de víctimas de violencia dentro de la familia, especialmente mujeres, niños, jóvenes y personas discapacitadas. Lamentablemente, en la misma no se establecieron tipos penales y sanciones.

Por otra parte, el Decreto 27-2007 del Congreso de la República de Guatemala, contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que contiene normas específicas tendientes a la protección de la niñez y adolescencia, buscando erradicar el tráfico ilegal, sustracción y trata de menores de edad y adolescentes, evitando el maltrato.

Asimismo, se emitió el Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, que busca proteger de forma especial a mujeres y NNYA, tendiente a evitar la explotación sexual comercial, laboral, servidumbre, esclavitud de cualquier índole. (UNICEF, 2003)



A través del Decreto 22-2008, se emite la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, Decreto número 22-2008, que establece una protección especial a las mujeres, tendientes a proteger a la mujer de relaciones de poder. Estableciendo tipos penales específicos para la protección física, psicológica y moral de la mujer.



CAPÍTULO III

EL DELITO DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE LOS HIJOS CON LOS PADRES NO CONVIVIENTES

3.1. Razones sociológicas, jurídicas para incorporación del delito de impedimento de contacto al ordenamiento penal guatemalteco

El Derecho de familia ha sufrido importantes cambios, que obedecen a la mutación de la familia; en la realidad actual contamos con un creciente número de parejas, con hijos, que no se encuentran habitando el mismo domicilio, por diferentes razones (divorcio vincular, separación personal, nulidad del matrimonio), dando lugar a las llamadas familias monoparentales, caracterizada por la ausencia de unión entre ambos padres, determinante de una especie de unión fragmentaria entre uno solo de los progenitores y los hijos, con exclusión del otro progenitor no conviviente, cuyo derecho de visita a sus hijos menores de edad, se trata de preservar penalmente, en beneficio del equilibrio psico-físico de estos.

Este concepto limitado de familia, fue también la pretensión esgrimida en las legislaciones de Argentina y Brasil al sancionar la conducta del padre conviviente que impide el contacto de los hijos niños y adolescentes con el padre no conviviente.

Este tipo penal viene también a ofrecer protección al denominado régimen de visitas en el Derecho de familia. El derecho de visita entre padres e hijos menores no convivientes, también denominado, “derecho de adecuada comunicación y supervisión de la educación”, tiene lugar en parejas desavenidas fruto de la división familiar. La comunicación o contacto con el padre no conviviente es un imperativo natural, donde el menor requiere la presencia de ambos padres para estructurar adecuadamente su psiquismo.



Este derecho de adecuada comunicación se lleva a cabo mediante la implementación de un régimen de visitas, el cual analizado en su estructura de funcionamiento tiene tres propiedades relevantes que se deben dar para que el sistema opere de acuerdo a sus fines: (Yagüe, 1985) A) que el padre conviviente ponga a disposición del no conviviente sus hijos en días, horas y lugares determinados. B) que el padre no conviviente retire a los menores en dichos días y horas y lugares determinados. C) Que el padre no conviviente reintegre a los menores en el día, hora y lugar que se haya fijado. Cada una de estas propiedades relevantes se traduce en sendas obligaciones para cada uno de los progenitores. De la propiedad A se generan obligaciones para el padre conviviente con los menores de edad, mientras que de B y C devienen obligaciones para el padre no conviviente.

(Yagüe, 1985) Esta situación fáctica es competencia de los Tribunales de Familia, quienes deben homologar el acuerdo al que arribaron las partes o fijarlo en caso de desacuerdo. Muchas legislaciones consideran que incumplidos los acuerdos en esas jurisdicción se puede dar paso a la justicia penal para restablecer el vínculo cuando el progenitor conviviente impide dolosamente el contacto de los menores con el progenitor no conviviente, ya sea incumpliendo un régimen de visitas judicial o extrajudicial.

De esta manera se dota a la jurisdicción penal de un instrumento legal operativo para solucionar casos concretos, tipificando estas conductas como delitos, las cuales serían desalentadas mediante la amenaza disuasoria de la pena (Ortúzar, 2014), sin embargo, como se sabe muchas veces el ámbito penal no es el adecuado para resolver la conflictiva familiar a los niños y adolescentes, ya que se distancian aún más los progenitores a partir de las medidas de coerción personal que se pueden tomar.



Más allá de que su intervención en determinados casos sea necesaria, se ha afirmado que existe una seria crítica a la intervención del Derecho penal en estas cuestiones toda vez que se considera que tal intervención es iatrogénica y solo sirve para empeorar la situación de los miembros inmersos en una situación de violencia.

Lo que se pretende en realidad es establecer un castigo a quien vulnera una adecuada comunicación. Este derecho es denominado, de una manera un tanto impropia, “de visita”, ya que no es necesario que deba realizarse mediante la visita del padre al hijo, debido a que no concluye con el solo contacto físico, sino que se manifiesta en otros aspectos, como vigilar la educación, el mantenimiento de correspondencia, llamadas telefónicas de los padres con los hijos, entre otras manifestaciones, teniendo en cuenta el interés de los niños, con el fin de fortalecer los lazos afectivos que los unen.

La consumación del tipo delictivo que se analiza no exige la violación de un régimen de visitas judicial o extrajudicial previo, ya que lo que se protege es el específico derecho-deber de los padres no convivientes de visitar a sus hijos menores de edad no emancipados, que surge del ejercicio de la patria potestad compartida, que emana de distintas fuentes en el Derecho civil y de la Convención de los Derechos del Niño.

El autor del impedimento de contacto paterno-filial debe obrar de modo formal y sustancialmente arbitrario y abusivo sin estar debidamente autorizado a realizar el hecho o para ejecutarlo del modo que lo hace. Es decir, que no se configura el delito por ejemplo si se hubiera dispuesto judicialmente la suspensión o restricción de las visitas del progenitor que no ejerce la guarda, en razón de ser conveniente al interés de los hijos.



La doctrina y jurisprudencia han admitido restrictivamente estas medidas, por entender que las visitas puedan agravar perniciosamente en el desarrollo psicológico del hijo, cuando por ejemplo, el progenitor carece de aptitudes morales, o cuando el contacto con aquel compromete la salud física y psíquica de los menores o cuando el padre ha incumplido la obligación alimentaria.

3.1.1 Razones sociológicas

Las teorías sociológicas abordan a la sociedad desde un punto desigual existente entre los individuos, y lo analizan desde el conflicto y el cambio social. Entre estas teorías se encuentra la teoría sociológica de Durkheim, la sociología del conflicto, la teoría de la desorganización social, entre otras.

Las conductas sociales son producto de las condiciones de desigualdad que surgen entre los individuos que viven en sociedad y que las mismas derivan en conflictos. Para Emillie Durkheim, las razones sociológicas para la incorporación de un delito son hechos que definen cómo pensar, cómo actuar y cómo sentir, que son completamente externos al individuo, pero que tienen un poder de coerción que hacen que las personas lo cumplan; son considerados culturales porque forman parte de la cultura de la sociedad y por lo tanto el individuo considera que tiene que actuar de esa manera y en caso contrario podría ser castigado. Considera que los hechos sociales son la forma en la que la colectividad influye en los individuos a tal extremo que tiene el poder de determinar los pensamientos y forma de actuar de cada persona.



La sociología del conflicto también conocida como materialismo histórico, fundamenta sobre la base que la realidad social es conflictiva y caracterizada por la desigualdad social. Los máximos exponentes de esta teoría son Carlos Marx y Federico Engels, que indican que quienes entran en conflicto son las clases sociales, y derivado de las constantes luchas que se dan entre ellas surgen los procesos de cambios sociales. Esta teoría se contrapone a la teoría Funcionalista o al paradigma funcionalista, puesto que indica que los conflictos sociales son consecuencia de la desigualdad social y por ende de otro tipo de desigualdades como lo son la económica, la de género, la de etnia o raza, entre otras. Se le critica a esta teoría el hecho de que destaca tanto las desigualdades y conflictos que deja a un lado los valores compartidos que favorecen al equilibrio y la paz social.

Por otra parte en 1940 surge la teoría de la desorganización social, teniendo como máximos exponentes a Clifford Shaw y Mckay Henry. Esta teoría establece la estructura de una comunidad está íntimamente ligada a la criminalidad del lugar. En los lugares en los cuales las estructuras sociales se encuentran bien cimentadas es posible que la cantidad de delitos sea menor, mientras que en aquellas que exista una decadencia de valores es probable que la cantidad de delitos sea mayor, no teniendo injerencia el factor étnico, ni la pobreza, debiéndose estudiar la naturaleza social y étnica de la zona para establecer el nivel de criminalidad, es decir, que los valores de la zona son los que importan.



En 1951, Salomon Kobrin propone la dicotomía de los valores, que establece que en la sociedad, principalmente en la clase social más pobre, existen dos tipos de valores, siendo valores de conformidad y valores delictivos, los cuales coexisten y por ello se generan valores duales. A su vez establece que existen individuos que son contaminados por el entorno en el que viven, refirió además que se pueden dar fenómenos como lo son que un joven antisocial en su adultez no vuelva a delinquir, o bien un joven no infractor que en su adultez cometa algún delito, esto se genera en la existencia de dos grupos de valores, los convencionales y criminales, los que conviven simultáneamente teniendo influencia el uno para el otro.

Rafael Garófalo formó parte de la escuela positiva. Crea su obra en 1885, basado en tres partes, primero estudia el delito, posteriormente estudia al delincuente y finalmente estudia la pena. En cuanto al delito indica que su compañero Lombroso estudia al criminal como un tipo antropológico, pero esto es impráctico, toda vez que en la realidad no se ve a los hombres en la forma descrita por lo naturalistas, ya que sus antecesores no analizan el delito, preocupándose únicamente por el delincuente, por lo que él introduce el concepto de delito natural, siendo aquellos delitos que se dan siempre y en todo lugar (delitos eternos), siendo la inmoralidad la condición para que un hecho sea considerado como criminal. Debe tenerse en cuenta que ese sentido moral se ha desarrollado según las razas y épocas; sin embargo, es variable de época en época, toda vez que para una generación algo que podía catalogarse como inmoral, para otra no. Garófalo resume el delito natural en dos categorías, siendo la primera la ofensa al sentimiento de piedad o humanidad, que son los delitos contra la vida e integridad de la persona, y la segunda categoría es la ofensa al sentimiento de propiedad como son los delitos al patrimonio.



Después de analizar el delito natural, Garófalo enfoca su análisis en el delincuente e indica que al criminal se le conoce por una serie de observaciones, que el acto no es un fenómeno aislado sino el síntoma de una anomalía moral. Para él, no puede clasificarse a los delincuentes como normales o anormales, si no como instintivos o fortuitos. Analiza a su vez la influencia de la educación en el medio del delincuente y establece que si la persona no tiene educación, es más fácil que delinca. Finalmente, al analizar la pena o represión como él le nominó, es la consecuencia a la ofensa realizada a la moral relativa a la agresión que conlleva la exclusión del infractor de la sociedad, privándolo de la vida social. Para Garófalo la pena no surge como posible aplicación de teorías de prevención o reinserción.

El discípulo de Garófalo, Enrico Ferri, perteneciente a la escuela positivista, postuló teorías de legalidad en prevención del delito frente a su castigo. Considerando que las razones por las que los individuos son delincuentes son completamente ajenas a su voluntad, siendo el delito consecuencia de enfermedades que el hombre hereda o adquiere durante su vida, por lo que el delito no existe. Ferri cuestiona el énfasis que se había realizado en cuanto a las características fisiológicas del delincuente, ya que para él lo importante son las características psicológicas que son las responsables del desarrollo criminal de los individuos.

Pedro Dorado Montero, introdujo el positivismo jurídico en España frente al iusnaturalismo católico; se le considera un criminológico radical, representante del correccionalismo. Defendía la metodología correccional como un derecho protector de los delincuentes. Fue un precursor de la defensa social, protegiendo a los criminales. 1. Da la base de la teoría correccionalista. 2. El Estado debe de proteger al Delincuente de la reacción de la sociedad y su ignorancia para castigar. 3. Dice que el delito no se comete por voluntad libre si no por otras causas que el Estado debe de combatir. 4. La pena no debe de ser retributiva sino correctiva con base en un estudio psicológico y a la personalidad del autor. 5. El tratamiento del



delincuente debe ser individual con base en su peligrosidad. 6. La pena debe impedir delitos futuros. 7. El juez, el fiscal y los abogados constituyen un equipo de cura para el criminal.

Para establecer un hecho como delito tienen que concurrir las circunstancias sociológicas que den lugar a su penalización, debe darse ese fenómeno social y la conducta frecuente por parte de la colectividad y la puesta en peligro de un bien jurídico debidamente tutelado, estableciendo una consecuencia o castigo por su actuar. Al establecer las razones sociológicas de las que deviene regular un nuevo tipo penal, se establece una teoría correccionista que tiende a evitar que esa conducta se realice. Quiere decir que si la sociedad no realiza de forma reiterada ese actuar, no puede establecerse como delito.

3.1.2 Razones jurídicas

La base para establecer la necesidad de crear determinado tipo penal radica en la necesidad social. El legislador, propiamente en su función legislativa dentro del ámbito penal, previo a crear un tipo penal, debe establecer exactamente la necesidad social, verificar que existe un bien jurídico puesto en peligro, que lo legitima a crear el tipo. Los eventos que no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico, no pueden ser considerados como antisociales y por ende no pueden ser previstos como tipo penal. Los tipos penales se crean con base en las normas político criminológicas, íntimamente relacionadas con el sistema de justicia penal, tendientes a lograr una convivencia pacífica y una efectiva protección de la sociedad. El legislador a través de la creación de tipos penales o normas sustantivas, prohíbe acciones u omisiones, que limitan el actuar de las personas, salva guardando el interés social o de la colectividad. Por lo cual para establecer la necesidad de crear un tipo penal debe en primer lugar establecerse, la necesidad



social o de la colectividad, además verificar si esta conducta considerada como antisocial se está dando dentro de la colectividad, poniendo en riesgo o en peligro a un sector vulnerable.

En el caso concreto del delito de impedimento de contacto, debe tomarse en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita y aprobada por Guatemala, la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece la obligación de velar por la salud física y mental de la niñez y adolescencia, preceptuando como un derecho humano de los niños y adolescentes tener una adecuada comunicación y contacto con ambos padres y como premisa principal el interés superior del niño.

Con la evolución de la familia, se ha denotado que al romperse el vínculo matrimonial o unión de hecho, se utiliza a los hijos o hijas, como medios de manipulación para lograr mejores convenios en el divorcio, mejores pensiones alimenticias, o aun peor se les utiliza como un trofeo en los que al padre o madre a cargo de la guarda y custodia no le interesa que se continúe relacionando con el otro progenitor, limitando su desarrollo integral. Muchas veces los hijos se convierten en rehenes de sus propios padres, en los que ya no se les permite sin razón alguna convivir o relacionarse con el otro padre y mucho menos con la familia de este. Además, se inicia con el “lavado de cerebro”, en el que se le dice frases tendientes a hacer creer al niño o adolescente, que su otro padre no lo quiere, confundiendo al niño o adolescente respecto a su percepción de su progenitor, no permitiendo que formen su propio juicio, variando coercitivamente la idea que su hijo tiene de su progenitor, diciéndole frases como: “tu papá es malo”, “tu papá no se preocupa por ti”, “viste la ropa tan fea que te compró”, “tu mamá te abandonó”, “tu mamá ya no nos quiere”, “prefiere a su nueva familia”, etc.



Muchas veces en el afán de separar al padre no conviviente de sus hijos se le cambia al niño de centro escolar, de residencia y en casos más extremos se les saca del país, logrando evitar la comunicación y contacto de forma permanente.

El primer referente social de un niño o niña, siempre va a ser su familia, se fundamenta en la relación que sostiene con sus padres, hermanos, primos, abuelos, etc. Cuando esta relación primaria se daña de forma arbitraria, se le está causando un daño grave al niño, niña o adolescente. Se ha logrado establecer, que cuando el vínculo del niño o niña, con ambos padres es estable, es una persona con buena autoestima, segura de sí misma, la cual logra tomar decisiones propias y acertadas. Mientras a los que no se les permite ese contacto de forma arbitraria, presentan bajo rendimiento escolar y físico, escaso desarrollo social, autoestima baja, conductas agresivas y de pánico, entre otras.

La afectación causada al niño, niña o adolescente es realmente grave, puesto que se le causa un daño psicológico y emocional irreparable, que se notará y repercutirá a lo largo de su vida, allí radica la gravedad del problema.

La gravedad del asunto no ha sido dimensionada, puesto que el padre que evita el contacto, piensa que el daño recae sobre el otro progenitor, pero no llega a caer en cuenta que la peor parte está recayendo sobre su propio hijo, que se le está variando de forma arbitraria su entorno, emociones y sentimientos, afectándolo para el resto de su vida.

A través del Decreto 97-96 del Congreso de la República, se creó la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, que busca la protección de la familia, erradicando la violencia doméstica o familiar, protegiendo a quienes la ley



considera los más débiles o vulnerables, es decir, mujeres, niños, adolescentes y adultos mayores.

Sin embargo, muchas mujeres han abusado de esta ley, porque acuden a la protección que les otorga la misma, siendo totalmente falsos los hechos que denuncian. En muchas oportunidades lo hacen con el afán de obtener mejores acuerdos en la negociación de un divorcio, una mejor pensión alimenticia, en otras ocasiones lo hacen con el simple afán o capricho de separar al padre o madre de sus hijos, como venganza. Al usar las medidas de seguridad con el fin de impedir el contacto entre progenitores y sus hijos, convierten a sus hijos en un rehén, en el que prácticamente de forma arbitraria, abusiva y negligente se le separa al niño o adolescente de alguno de sus padres, causándole una afectación emocional y psicológica que puede llegar a ser permanente, considerado un tipo de maltrato.

El abuso llega a ser a tal nivel, que se plantean denuncias basadas en hechos falsos, haciendo incurrir a los operadores del sistema de justicia en error, puesto que estos otorgan las medidas de seguridad en convicción que están protegiendo a la parte más vulnerable de la familia, alejándolos de su agresor, pero en realidad sucede todo lo contrario. Debe tenerse claro, que las medidas de seguridad no prejuzgan sobre el fondo de la denuncia, la que debe divulgarse en el juicio que corresponda.

El problema real es que las medidas de seguridad se otorgan para la prevención, es decir la persona que las solicita no debe demostrar que la denuncia que plantea se basa en hechos ciertos. El presunto agresor tiene el derecho a oponerse a las medidas de seguridad decretadas, pero para ello debe esperar que se celebre audiencia para demostrar el agravio que le causan las mismas. La mala intención llega a tal nivel, que en algunas oportunidades la presunta agraviada presenta



excusa para asistir a dicha audiencia y por ende no se lleva a cabo y las medidas siguen vigentes por la totalidad del plazo que fueron otorgadas, que puede ser hasta de seis meses. Posteriormente a ello, las pueden prorrogar o solicitar nuevas medidas de seguridad y de ese modo se les separa a padre o madre de sus hijos, por cierto tiempo, llegando a limitar la relación filial.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que el hecho que las medidas de seguridad hubieren sido revocadas, no impide a la presunta víctima acudir a otro órgano jurisdiccional y solicitar nuevas medidas de seguridad por falta de un registro unificado.

El abuso llega a tal nivel, que a través de la obtención de medidas de seguridad se ha logrado separar a padres e hijos de forma permanente, violentándoles su derecho fundamental de tener contacto, comunicación y relación entre ellos.

En otros casos, se llega a causar agresiones verbales, físicas y la muerte a los niños y adolescentes, por parte del padre o madre conviviente, cuando preguntan por su otro progenitor del cual se le está impidiendo el contacto.

Para entender la dimensión de este abuso, se debe traer a colación el caso de la niña JENNIFER ALEJANDRA VASQUEZ, de tan solo tres años de edad, cuya madre, con el afán de alejarla del padre obtuvo medidas de seguridad supuestamente para protegerla, lo que dejó a la infanta en total estado de indefensión, en manos de su madre que a la postre fue su asesina. Los hechos sucedieron del modo siguiente: En fecha 19 de enero del año 2012, la madre de la niña, acude ante un juez de familia, solicitando el otorgamiento de medidas de seguridad, indicando ser víctima de violencia psicológica, verbal y física por parte



de su ex conviviente, el padre de la menor. En el ejercicio de su derecho, el padre se opone a dichas medidas de seguridad, y la audiencia de oposición se lleva a cabo el día 8 de febrero del mismo año (nótese que entre las medidas de seguridad y la audiencia de oposición transcurrieron 19 días), el Juez revocó las medidas, por lo cual el padre puede volver a ver a su hija. En fecha 23 de marzo, la madre de la niña, presenta denuncia ante el Ministerio Público, en contra del padre de su hija, por los delitos de agresión sexual y plagio. En esa misma fecha ante la gravedad de la sindicación el Ministerio Público solicita al Juez de Familia, la ampliación de las medidas de seguridad, impidiendo nuevamente que el padre tenga contacto alguno con su hija. Posteriormente, interviene el Juez de Niñez y Adolescencia, quien en fecha 29 de mayo del mismo año le otorga en forma definitiva la guardia y custodia de la niña a su madre. En fecha 30 de agosto, Jennifer Alejandra, es víctima de la ira de su madre, cuando la niña se come la cena de su conviviente.

Al realizar la investigación por la muerte de Jennifer Alejandra, se logró determinar que la denuncia interpuesta por la madre era falsa, puesto que el examen del Instituto Nacional de Ciencias Forenses –Inacif— practicado a Jennifer Alejandra, indicaba que no existía signos de desfloración antigua, también se comprobó que la niña era víctima de agresión física, por parte de su progenitora. Lo más lamentable es que se pudo constatar que por un grave abuso que se da a las medidas de seguridad, se condenó a una niña a morir a golpes propinados por su propia madre, además que se dejó al padre en total estado de indefensión, dando como resultado que no pudiera evitar la muerte de su hija. También se dejó en claro que existen errores en el sistema de justicia, que en la creencia que están protegiendo a un niño o adolescente se les deja en total estado de indefensión, a tal punto de perder su vida.

Otro caso, que conmocionó al país y que puede traerse a colación para hacer ver que se plantean denuncias falsas con el único afán de involucrar penalmente al



otro progenitor y de esa forma conseguir el distanciamiento entre padres e hijos es la denuncia que presentara la señora JAQUELINE ANDREA BENAVENTE CHACÓN, en el mes de octubre del año 2015, la que indicaban que su hijo de nombre FELIPE JULIAN MURGA BENAVENTE, le había sido arrebatado de sus brazos por hombres fuertemente armados, en el Boulevard San Cristóbal, zona ocho del Municipio de Mixco. El Ministerio Público al realizar las investigaciones logró establecer que la señora Benavente Chacón días antes del supuesto secuestro, le había entregado a su hijo a una amiga para que se encargara de su cuidado, y que la denuncia penal la presentó con el único afán de sindicar al padre de su hijo. Posteriormente, al esclarecer los hechos, el Ministerio Público requirió la orden de aprehensión de la señora JAQUELINE ANDREA BENAVENTE CHACÓN, por haber simulado el secuestro de su hijo de tan solo cuatro meses de edad.

Por otra parte, la Ley contra el Femicidio y otras formas contra la Violencia contra la Mujer, contenida en el Decreto 22-2008 del Congreso de la República, creada con el fin de erradicar la violencia ejercida en contra de la mujer, en cualquiera de sus formas: psicológica, económica, sexual y física, ha dado paso en algunas oportunidades a que se den abusos por parte de la mujer, al ser utilizada de forma indebida, para evitar el contacto de sus hijos con su padre, en vista que las penas a imponer son severas en la cual no se permite el uso de medidas desjudicializadoras. desprotegiendo de esa forma a la familia. En Guatemala esa protección, solo se le brinda a la mujer, quien en algunas oportunidades hace mal uso de esta ley, interponiendo denuncias basadas en hechos falsos, en espera de conseguir una pena de privación de libertad en contra del padre de su hijo, para de esa forma separarlos de forma definitiva.

Lo terrible del caso es que al darse estos abusos, no se está tomando en cuenta que los niños y adolescentes son la base de nuestra sociedad y que con estas



conductas se les está causando un daño psicológico y emocional, que puede ser de carácter permanente. Por lo cual con base en las consideraciones antes realizadas se puede establecer que es necesario que el Estado de Guatemala incluya en el Código Penal guatemalteco, el tipo penal de impedimento de contacto, para salvaguardar a los niños y adolescentes, de forma efectiva, garantizándoles por un lado el derecho humano de relacionarse libremente con ambos padres, pero sobre todo logrando de esa forma su estabilidad emocional y psicológica.

3.2 Reflexiones de la doctrina acerca de la necesidad del delito de impedimento de contacto de padres no convivientes

El delito de impedimento de contacto que viene teniendo como paradigmas de su incorporación a las regulaciones jurídicas de Argentina y Brasil, está destinado a llenar un vacío legal y proteger al hijo menor de edad de padres divorciados o separados, que han sido víctimas de impedimento del contacto con su padre o madre no conviviente, en contra de sus voluntades, por el arbitrario accionar del otro progenitor, sin que existan causas graves suficientemente probadas por resolución judicial que hayan decretado la suspensión, la supresión o denegación del régimen de visitas. Protege también las necesidades propias y las responsabilidades asumidas de aquel padre o madre no conviviente, también víctima de dicha situación, que siente que criar a un hijo es algo placentero. (Balcarce, 2001)

Por su parte, en el pensamiento español se sostiene la idea, (Pérez, 2010) de que la comunicación entre padres e hijos menores no convivientes, constituye un imperativo natural. El niño requiere de la presencia de ambos padres para estructurar equilibradamente su psiquismo, de modo que las obstrucciones e incumplimientos que de ordinario se verifican en esta área de los derechos-deberes subjetivos familiares o si se quiere más precisamente, funciones familiares o derechos-funciones, producen múltiples clases de perjuicios.



Los menores privados del contacto con sus padres no convivientes se ven privados del contacto afectivo recíproco, lo que implica una pérdida de identidad, del sentimiento de pertenencia a un grupo social, lugar, familia, amigos, todo lo cual lleva un daño psicofísico para ese niño, producto de una situación anormal y antinatural, que a su vez impide beneficiarse en ocasiones de una mejor asistencia tanto de índole económica como educativa y sanitaria. (Pérez, 2010)

Es coincidente el razonamiento de que lo más importante es el bienestar del menor de edad, y si fueron agotadas todas las instancias para un arreglo “sano y equitativo” no queda otra alternativa que recurrir a intervención del Derecho penal.

Como consecuencia de esta obstrucción al contacto entre padres e hijos, realizada de forma arbitraria por el otro progenitor o una tercera persona, se les causa afectación emocional y psicológica a los niños y adolescentes, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes:

- Pérdida de identidad
- Pérdida de sentido de permanencia a un grupo social
- Trastornos de ansiedad
- Trastornos de sueño y alimentación
- Conductas agresivas
- Dependencia emocional
- Dificultad de expresión y comprensión de las emociones
- Daño psicológico o emocional

A lo anterior cabe agregar que el padre o la madre al que se le está obstruyendo con su hijo o hija, también sufre una afectación que va desde lo emocional hasta poner en riesgo su propia libertad.



3.3 El mandato de la comunidad internacional para la protección de este fenómeno

La comunidad internacional lleva tiempo llamando la atención de los Estados para que ofrezcan todo tipo de protección a los niños y su régimen de comunicación con los padres con el objetivo de propiciar su desarrollo armónico en la sociedad.

El primer antecedente que podemos señalar en este sentido se encuentra establecido en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, 1980. La convención no castiga delitos pero sí articula una red de búsqueda de los menores en la que deben participar todos los Estados que ratifiquen el Convenio, quienes deberán designar una autoridad central para que se ponga en contacto con la autoridad requirente y reintegre los menores al Estado de donde fueron sustraídos en el menor plazo posible que nunca puede ser mayor del año. Aquí lo que se plantea es una situación que debe volver a su estado anterior, no se lo tipifica como un delito.

La Convención en su Artículo 3 considera al traslado o la retención de un menor de edad como ilícitos cuando a) se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. El proceso actúa como una medida cautelar pero no resuelve el fondo de la cuestión (Art. 19).

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo 1989, se pronuncia también el Foro Interamericano de la OEA a través de esta Convención que sigue a grandes rasgos los lineamientos de La Haya y se



da en el ámbito americano para la búsqueda y reintegro de los menores a partir de un traslado o retención ilegal para hacer respetar el derecho de visita y de custodia de sus titulares.

El Art. 4 expresa que: "...se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor..."

Finalmente, la Convención sobre los derechos del niño de la que hicimos una amplia reflexión anteriormente, es un punto de análisis trascendente para la incorporación del tipo penal analizado.

3.4 La valoración social del fenómeno en Guatemala

En el país, en los últimos años se presentan serias complicaciones familiares cuando existe separación o divorcio de los padres siendo muy común que la comunicación y contacto del padre con el hijo sea impedido, llegando al extremo que algunas veces se toma al hijo como rehén para obtener algún beneficio o por simple capricho. Además de impedirle al menor que se relacione con su progenitor, se inicia un proceso de "lavado de cerebro al menor", es decir, se le empieza hablar mal de su padre o madre, a decirse expresiones como: "Él no te quiere, él te abandono, no le interesas, no te quiere ver", entre otras manifestaciones causándole un fuerte daño psicológico y emocional.

Con el propósito de cumplir su objetivo de separar al menor de alguno de sus progenitores, el padre alienador, no mide las consecuencias y comienza a interponer denuncias falsas u obtener medidas de seguridad tendientes a conseguir que el alejamiento de ambos sea permanente.



Esta conducta del padre alienador psicológicamente es llamado (Tavares, 2004) “síndrome de alienación parental”, también conocido por sus siglas “SAP”, definido por la ley brasileña, considera al acto de alienación parental a la interferencia a la formación psicológica del niño o adolescente promovida o inducida por los progenitores por ambos o por los que tengan al niño o adolescente bajo su autoridad, guarda o vigilancia, para que repudie al otro progenitor o para que cause perjuicio al mantenimiento de vínculos con este.

Cuando un régimen de visitas es obstruido o impedido aparecen dos protagonistas claros en la relación: El autor del daño y víctimas del daño, por un lado, el progenitor conviviente y por el otro lado el progenitor no conviviente y el menor, para quien el daño sufrido por la separación injustificada de alguno de sus padres, una enorme trascendencia en cuanto al menoscabo de su formación afectiva. Se entiende que allí se configura una situación de maltrato psicológico para el menor, quien termina desvinculándose total o parcialmente de uno de sus progenitores, con todo lo que ello implica. (Còrdova, 2003)

Los daños que se ocasionan por impedir el contacto entre progenitor y su hijo, pueden dividirse en tres aspectos: 1. Daños a los padres derivados de la omisión o abandono del estado para ser efectivo uno de los derechos básicos que impone la Convención sobre los Derechos del Niño (...) que es la prioridad de todo niño de vivir en su familia y por ende, la responsabilidad del Estado para que la familia pueda llevar adelante las funciones a su cargo que se sintetiza con el ya conocido interrogante “quién abandona a quién”, los padres a sus hijos o primero el Estado a los padres; 2. Daños a los padres (por lo general a uno de ellos), al verse impedidos o dificultados de mantener contacto con su hijo; y tercero: daños a los hijos por el deficiente o nulo cumplimiento de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental.



Todo ello nos indica que esta figura penal que analizamos puede tener impacto en Guatemala y se va abriendo paso desde la doctrina y con fundamentos sociológicos y jurídicos, sin embargo, su inclusión en los sistemas jurídicos no ha sido pacífica, a saber se realizan serios cuestionamientos que podemos resumir en las interrogantes siguientes:

¿Cuál es el bien jurídico tutelado?, ¿cuáles son los requisitos para su configuración?, ¿cuáles son los sujetos activos y los sujetos pasivos?, ¿puede confundirse o relacionarse este delito con el delito de privación ilegal de la libertad, o con el delito de sustracción de menores, o con el delito de desobediencia?, ¿qué sucede cuando es el propio menor quien se niega a mantener contacto con el padre no conviviente?, ¿podemos vincularlo con el SAP (Síndrome de Alienación Parental)?, ¿pueden suscitarse conflictos de competencia?

3.5 Elementos para la conformación de la estructura del tipo penal

Los elementos o entidades, como le llama Eugenio Cuello Calón: (Calón, 1956) “En la teoría del delito, permiten una descripción del problema complejo que se enfrenta, cuando se trata de estudiar al delito, visto, por tanto, no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes, susceptibles cada una de ser reformadas.”

Los inicios de la teoría del delito, los encontramos en la Edad Media, con la preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y su hecho, lo que era una lógica consecuencia del sentido expiatorio, que se le daba a la pena, por lo que (Ramírez, 2006) “la culpabilidad no solo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla” lo que permite una medida a su imposición.



Se iniciaba con todo aquello una nueva corriente de pensamiento, más analítico, que más tarde vendría a incorporar la antijuridicidad, como acompañante unida indisolublemente a la culpabilidad, dentro de la teoría del delito. Lo que va generando diferentes momentos dentro de la concepción del delito.

El tipo por otra parte, constituye un presupuesto necesario y en cierta forma especial, en cuanto a la política legislativa del crimen, que ha de considerarse de esta forma, para el establecimiento de normas tuitivas. Solo son hechos delictivos aquellos que aparecen descritos en un tipo legal. Tipo legal, es por tanto, aquella parte de una disposición legal que describe un determinado hecho. La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye este una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo legal. La antijuridicidad o antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

Tal como se señaló en la definición anterior para entender el delito, y que quedó apuntada, el delito debe definirse de forma tripartita, incluida en esta; la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Sin embargo, los elementos del delito son la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad. Nombrándose en algunos casos, a los mencionados como elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas antagónicas, como elementos negativos del mismo.

Tomaremos por base para el análisis del tipo penal que se desea incluir, la formulación realizada por Ley 24.270, toda vez que fue la República de Argentina el primer país que incorpora este tipo y que nos ofrece los parámetros de diseño legal más acabado, configúrase delito al padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.



ARTICULO 1º-Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

ARTICULO 2º-En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

ARTICULO 3º- El tribunal deberá:

1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.
2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.

ARTICULO 4º-Incorpórase como inciso 3º del artículo 72 del Código Penal el siguiente:

Inciso 3º-Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.



3.5.1 El bien jurídico tutelado

La doctrina jurídica ha caracterizado el objeto jurídico del delito de impedimento de contacto de menores con padres no convivientes de diversas maneras.

Suárez y Lazcano, considera que (Lazcano, 2008) el bien jurídico tutelado por la ley es el específico derecho-deber de los padres no convivientes de visitar a sus hijos menores de edad no emancipados, para tener una adecuada comunicación con estos y posibilitar la supervisión de la educación, que surge del ejercicio de la patria potestad compartida, (Lazcano, 2008) sin embargo, en ciertos casos puede resguardar también el derecho de visita del padre privado de la patria potestad sobre sus hijos o cuyo ejercicio se encuentra suspendido.

Por su parte, para Carraza Tagle la tutela se ofrece a la incolumidad de la función paterna o materna de los cónyuges no convivientes; más concretamente se protege el derecho de los padres no convivientes a la adecuada comunicación y la supervisión de sus hijos. (Tagle, 2014)

A su vez Laje Anaya sostiene que el autor de estos delitos lesiona a la familia, porque mediante ello resulta afectado el derecho, a la relación, al trato o a la comunicación personal que asiste a ciertos integrantes de ella. No se trata de un atentado contra la libertad, no obstante que por lesionar a la familia, se priva a los titulares del libre ejercicio del derecho a tener adecuado contacto y adecuada relación personal. La ofensa a la familia se manifiesta, explica Laje, no porque se prive del derecho de visita a quien tiene derecho a visitar, o a ser visitado lo que implicaría impedir u obstruir simplemente el hecho de que los familiares comprendidos pudieran verse mutuamente, o estar en presencia el uno como el otro.



La familia no se ofende por un impedimento de ese carácter sino porque sin una adecuada comunicación no se puede poner en ejercicio la obligación y el derecho que tiene el padre no conviviente con sus hijos, para su protección y formación integral, mientras estos sean niños y adolescentes, porque en la hipótesis de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad matrimonial, el padre que no tuviera la tenencia y por ello no conviviere con el hijo, conserva el derecho de supervisar al educación que este recibe del otro cónyuge del cual se encuentra separado, divorciado, o porque su matrimonio fue disuelto por alguna causal. (Anaya, 1997)

En opinión de Creus y Buompare (Buompadre, 2013) estos tipos penales protegen el mismo bien jurídico que las figuras de sustracción, no presentación, inducción a la fuga y ocultación de menores, que surgen de las relaciones de familia que ciertos sujetos originariamente o por delegación tienen sobre el menor.

También Reinaldi considera que (Anaya, 1997) amparado en este delito de impedimento de contacto, es el mismo interés que resguardan los atentados contra la tenencia antes mencionados por Creus. Asegurando que el bien jurídico tutelado, más que la libertad del menor, es el derecho de su familia, porque se lesiona a la patria potestad.

Según Bignone y Castro (Castro, 2011) el bien jurídico protegido es la relación paterno filial entre un hijo y su progenitor no conviviente, obstaculizando dicha relación, o a su impedimento ilegítimo, lo que es más grave que el menor si es discapacitado.

Carafa y García Fajes sostienen que (Fages, 2004) el bien jurídico protegido en estos casos es aquel que protege el vínculo psicológico parental en la relación hijo menor-padre no conviviente.



Para Manonellas se trata de (Manonellas, 2006) la preservación de la relación del padre con su hijo, con el que no convive, es decir, mantener la relación vital del menor que se encuentra conviviendo con uno de sus progenitores o un tercero, con aquel padre que no se encuentra en la convivencia cotidiana con él.

Para Gabriel E. Tapid, ya no se debería hablar de (Tavip, 2007) régimen de visitas sino de comunicación, entre el progenitor no conviviente y el hijo, ya que normalmente los encuentros no se cumplen en el domicilio del menor, sino que el progenitor, que tiene establecido tal régimen, es quien lo retira del lugar donde vive para trasladarlo a otro.

Después de este recorrido por el pensamiento de varios autores sostenemos que el bien jurídico protegido en sentido general, es el derecho de tener adecuada comunicación y supervisar la educación del menor, correspondiente al padre que por separación de hecho, separación personal, divorcio vincular, nulidad de matrimonio o cualquier otra causa no ejerce legalmente la tenencia del niño y va más allá de un simple régimen de visitas o de comunicación, va encaminado a un derecho humano del menor, que es buen desarrollo físico y psicológico del menor consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Guatemala.

Se puede concluir que nos encontramos ante un tipo penal compuesto, en el que por una parte se vulnera el derecho humano del niño o adolescente de tener una adecuada comunicación con ambos progenitores y por otro lado también se le afecta al padre o madre a quien de forma arbitraria se le impide u obstruye tener una adecuada relación con sus hijos. Por tanto, existe afectación tanto para el niño o adolescente, como para el padre o madre a quien se le impida esa sana relación paterno-filial, provocando en ambos una afectación de índole emocional y psicológica, que puede ser de carácter permanente.



3.5.2 Elementos de conducta típica

La conducta típica consiste en impedir u obstruir el contacto de menores con sus padres no convivientes o sea, en imposibilitar o estorbar dicho contacto. Las nociones de impedir u obstruir designan comportamientos que pueden efectuarse por medio de una acción (por ejemplo el padre o madre conviviente que ejerce legítimamente la tenencia del menor, lo cambia del domicilio donde viven ambos, el día y la hora convenidos con el no conviviente, a los efectos de que no pueda retirarlo para pasar algún tiempo con él), como una omisión como, por ejemplo, (Tagle, 2014), el padre o madre conviviente que ejerce legítimamente la tenencia del NNYA, que se aparta del expreso régimen de visitas establecido por el juez y no lleva al niño al domicilio del conviviente, y el tercero que, teniendo noticias sobre el paradero del menor -y que actúa sin convivencia con quien ejerce la tenencia del niño se niega a dar esa información al padre o la madre no conviviente que solicitan tales datos.”

El tipo penal de impedimento de contacto, está dirigido a proteger:

- Todos los actos que conlleven la separación o alejamiento del niño y adolescente con alguno de sus progenitores.
- Todo comentario o connotación que influencien o conlleven el debilitamiento de la relación paterno-filial (lavado de cerebro).
- El cambio de domicilio o centro estudiantil, con el único fin de que el menor no logre relacionarse libremente con alguno de sus progenitores.
- La salida del país del niño y adolescente para evitar que alguno de sus progenitores se relacione con su hijo.
- Todo acto que conlleve que alguno de los progenitores se comunique personal o telefónicamente, de forma escrita o vía internet con su hijo.



3.5.3 Tipo penal mixto alternativo

Surge la interrogante, si el delito de impedimento de contacto es un tipo penal de acción o de omisión. Al realizar un análisis de este tipo penal, se puede establecer que es un tipo penal mixto, pues puede ser de acción y de omisión, según sea el caso, ya que por un lado se prohíbe una conducta considerada nociva o se le ordena actuar de una forma determinada considerada beneficiosa y se le castiga por no hacerlo.

Al respecto el tratadista Gustavo Alberto Arocena, establece (Arocena, 2010) “Como puede observarse, la disposición legal describe dos comportamientos diferentes, pero como disyuntivos, y resulta indiferente que se realice una u otra acción, o todas ellas, por no entender que no se añade mayor desvalor al injusto. Como consecuencia podemos afirmar que nos encontramos ante un tipo penal mixto alternativo.”

3.5.4 El elemento subjetivo. Tipo de dolo

Ante este tipo penal, se puede establecer que existe dolo directo, puesto que el sujeto activo conoce que está impidiendo u obstruyendo el contacto y comunicación del menor con el padre no conviviente y su voluntad es ejecutar tal cometido.

(Puig, 2003) Ello excluye también la posible presencia de la circunstancia eximente por causa de inculpabilidad como el error. El error de tipo o el error de prohibición son circunstancias relacionadas con la culpabilidad del sujeto, que requiere del conocimiento del tipo de injusto y su prohibición legal, aquí imposible, alegar desconocer los elementos del tipo penal por la manera en la que este se redacta caracterizado por los verbos impedir y obstruir.



3.5.5 El sujeto activo y la participación delictiva

Se trata de un delito de sujeto especial (hablar de los delitos de sujeto especial) cuando se trata del padre o de sujeto común cuando es un tercero, ambos tienen que tener la característica de estar asumiendo la guarda y cuidado del NNYA.

3.5.6 El resultado

El delito en sus distintas modalidades permite la presencia de un resultado de daño y también de peligro concreto en aquellas figuras que representan una amenaza inminente al bien jurídico y en otra un resultado material cuando existe un daño real, pero resulta necesario enfatizar en que existe una predisposición doctrinal a la aceptación de la conformación de tipos penales de peligro concreto, por la propia naturaleza de los bienes objeto de protección y la materialización de la conducta.

3.5.7 El *itercriminis*

Ante delitos consumados, no caben formas intentadas, es una figura que entra en la categoría de (Roxin, 1976) "tipos de emprendimiento" que significan para Roxin que mientras la consumación y la tentativa son tratadas en múltiples aspectos de modo diferente por los legisladores, en el caso de los delitos de emprendimiento se trata de tipos que equiparan tentativa y consumación.

Su importancia práctica estriba en que en ellos desaparece la atenuación para la tentativa y no rige la disposición sobre el efecto eximente del desistimiento voluntario en su lugar, algunas regulaciones específicas admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el "arrepentimiento activo".



La cuestión de hasta qué punto y en qué tipos pueden trasladarse por lo demás las reglas de la tentativa a los delitos de emprendimiento, es muy polémica. Los tipos por emprendimiento pueden ser propios o impropios.

Para la consumación no hace falta que se alcance el fin de la acción, es decir, que la consumación formal puede tener lugar también cuando materialmente aún existe tentativa.

Mir Puig, (Puig, 2003) refiriéndose a esta cuestión teórica comenta que aun cuando se equipare en esta clase de delitos la tentativa a la consumación, conduciendo por ello a renunciar a la atenuación o reducción del marco penal, no se modifica el concepto de tentativa, porque siempre resultará impune la tentativa de delitos de emprendimiento.

En efecto, si la regulación de la tentativa se pudiera referir a sí misma, en todas las tentativas no solo sería punible la tentativa de realización directa del tipo, sino también la tentativa de la tentativa, y a su vez, la tentativa de esta hasta llegar al último acto preparatorio, lo que no respetaría la taxatividad de los tipos y por ende el principio de legalidad, postura que compartimos. (Puig, 2003)

3.5.8 Agravantes

Deberán tomarse como circunstancias agravantes las siguientes:

- Que el niño o adolescente esté sufriendo algún daño físico.
- Que el niño o adolescente fuere sacado del territorio nacional para impedir el contacto.
- Que el niño o el adolescente fuere cambiado de domicilio injustificadamente.
- Que la víctima tenga menos de catorce años de edad o sufra de algún tipo de discapacidad.



3.5.9 Problemas concursales

La pluralidad de bienes jurídicos afectados y la fragmentación de las normas que acogen parcialmente segmentos de la conducta desvalorada, abre múltiples posibilidades concursales, tanto en las distintas variantes de concurso de delito como del concurso aparente de leyes, por lo que es importante dar una mirada en este sentido.

3.5.10 La confluencia de figuras penales

El principio de legalidad en el derecho penal funciona como una norma de clausura, si una conducta no encuadra en un tipo penal específico no configura delito ya que la analogía no se puede utilizar en materia penal para llenar lagunas normativas.

El **delito de privación ilegítima de la libertad** se configura cuando se impide, restringe o condiciona la facultad de movimiento de una persona, dentro del radio de acción deseado y de acuerdo a la decisión y voluntad del autor. En el supuesto delictivo que estamos analizando no podríamos castigar al padre no conviviente que retiene a sus hijos con él, ya que su intención no sería privarlos de la libertad de movimiento, sino ejercer en forma activa y efectiva la guarda sobre los mismos. Igual criterio se ha de sostener para decir que tampoco podría encuadrarse en la figura que castiga la sustracción o retención de una persona con la intención de obligar a hacer, no hacer o tolerar algo a otra. Este delito es por ello una privación ilegítima de la libertad calificada por el fin del autor. Distinto sería si el padre no conviviente le pide un rescate al progenitor que tenía a los menores conviviendo consigo y exige dinero para reintegrarlos.



3.5.11 Pena a imponer

Este tipo penal debe tener penas accesorias como lo son terapias psicológicas y pena de prisión no mayor de cinco años edad, a efecto de salvaguardar precisamente el bien jurídico que es la familia.



CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

A efecto de tener una base científica y establecer la realidad que vive Guatemala, en cuanto a la frecuencia de alienación parental y específicamente sobre el impedimento de contacto, que algunos padres ejercen sobre sus hijos menores, se realizó dentro del presente trabajo de investigación una encuesta dirigida a los magistrados, jueces, abogados del Sector Justicia dedicados a temas de índole familiar, protección de niñez y adolescencia y mujeres. Posteriormente, a la elaboración de la encuesta se contactó a la muestra a encuestar, solicitándoles respondieran la encuesta la que luego se tabuló para proceder a la interpretación de resultados. La encuesta utilizada se encuentra adjunta al apartado denominado anexo.

4.1 Ficha Técnica

Objetivo de la encuesta	Contar con una base científica para establecer la necesidad de crear el tipo penal de Impedimento de contacto en Guatemala.
Ámbito y universo	La encuesta fue dirigida a magistrados, jueces, abogados del Sector Justicia dedicados a temas de índole familiar, protección de niños y adolescentes y protección de mujeres.
Ámbito de estudio	Departamento de Guatemala.
Tamaño de la muestra	El total de encuestados fue de 50 personas.
Método de muestreo	Aleatorio simple.
Fecha de realización	Enero 2016

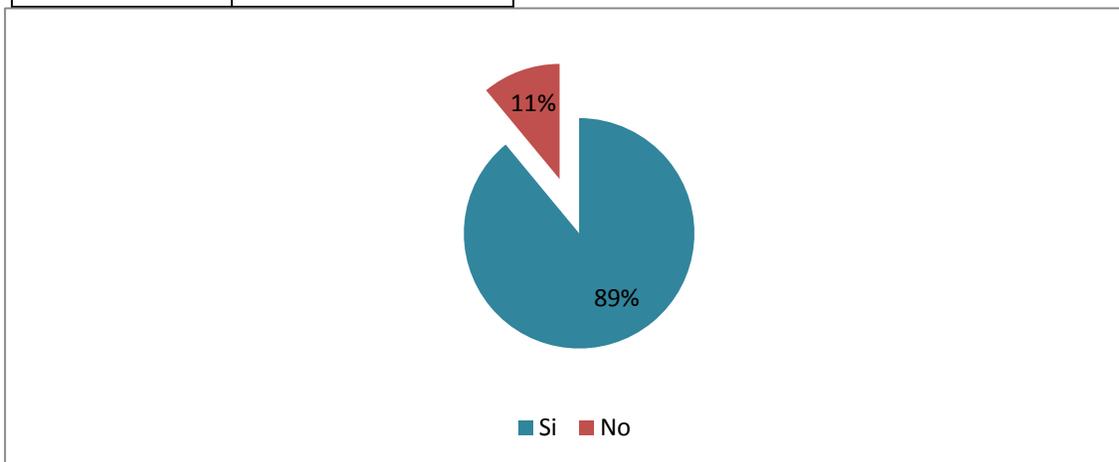
4.2 Presentación de los resultados.

Se presentan a continuación de forma gráfica los resultados obtenidos.

PREGUNTA UNO:

Considera usted que en Guatemala, en algunos casos, se violenta a los niños, niñas o adolescentes poniéndolos en confrontación con algunos de sus progenitores para evitar el contacto entre ellos.

Sí	No
89%	11%

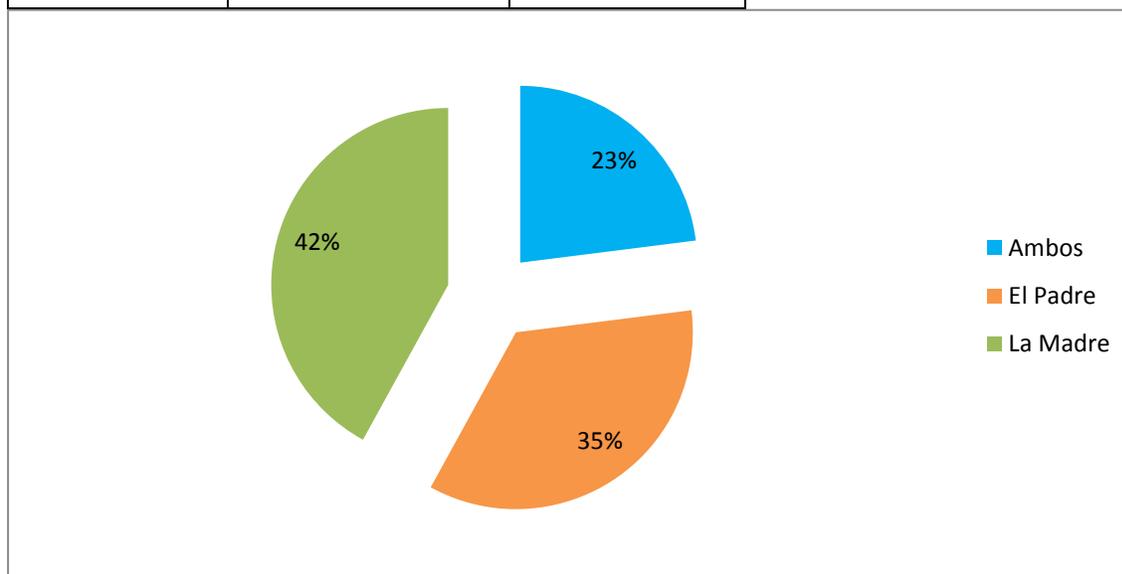


(Brolo Salazar, 2016)

Con base en los resultados obtenidos, se violenta en un 89 % de casos, a niños, niñas y adolescentes, poniéndolos en confrontación con algunos de sus progenitores, para evitar el contacto entre ellos. Este es un resultado alarmante, puesto que con estas acciones se perjudica psicológicamente a los niños y adolescentes.

Se solicitó que en caso fuere afirmativa la respuesta, indica cuál de los progenitores, respondiendo los encuestados:

Ambos	El padre	La madre
23%	35%	42%



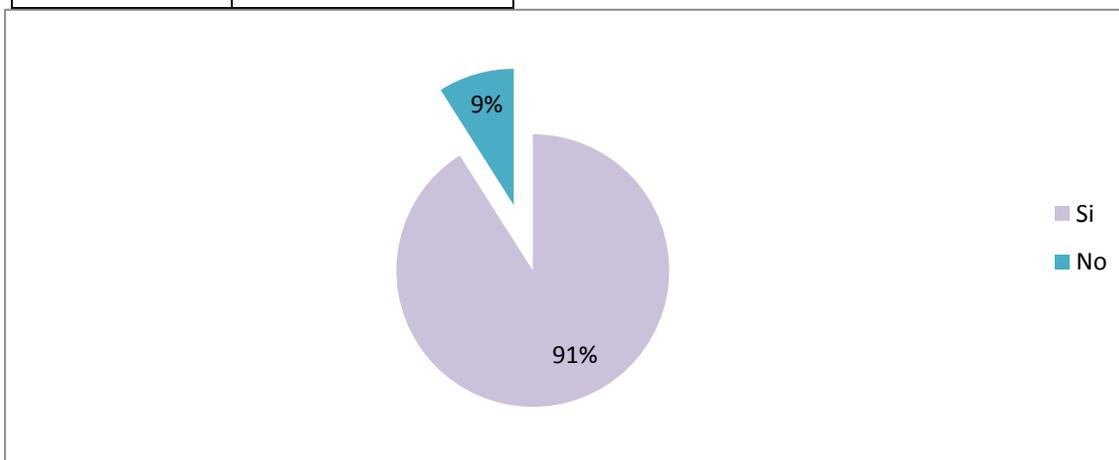
(Brolo Salazar, 2016)

Con base en las respuestas obtenidas, se logra establecer que ambos padres ejercen tal influencia o confrontación. Por lo cual, se establece que de tipificarse el tipo penal de “impedimento de contacto”, al ser tipificado, deben tenerse como sujetos activos del delito al padre o a la madre, que ejerza esa influencia sobre su hijo, puesto que en un momento dado, ambos pueden ejercer esa influencia negativa, causándole fuerte agravio.

PREGUNTA DOS:

Considera usted que en algunas oportunidades se utilizan las medidas de seguridad como herramienta para impedir el contacto de los niños, niñas o adolescentes, con algunos de sus progenitores:

Sí	No
91%	9%



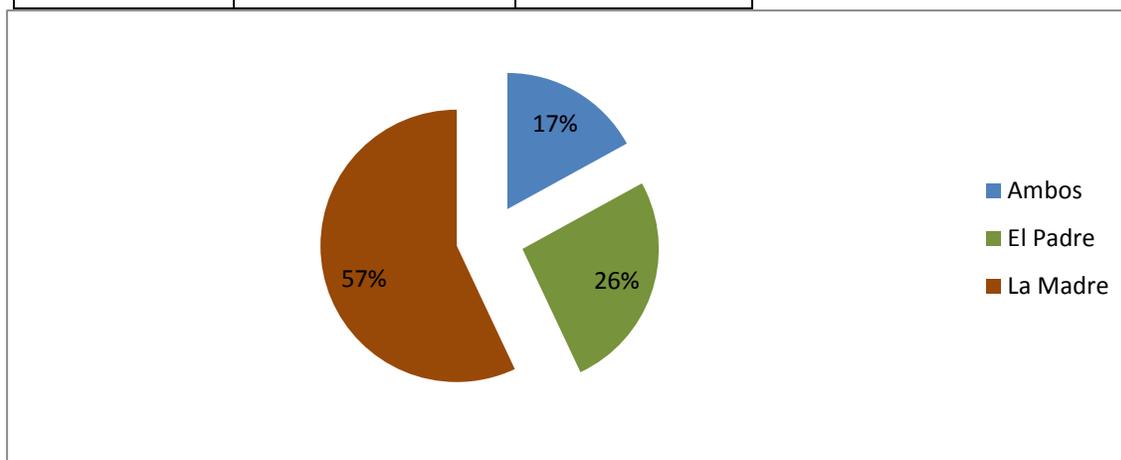
(Brolo Salazar, 2016)

El 91% por ciento de los encuestados considera que en algunas oportunidades existe abuso de las medidas de seguridad, ya que se utilizan como herramienta para impedir el contacto de sus hijos con algunos de sus progenitores.

Con los resultados obtenidos, se logra establecer, el claro abuso que existe en la utilización de las medidas de seguridad, puesto que en muchos casos son utilizados por los progenitores, tanto el padre como la madre, para impedir el contacto de los niños y adolescentes con el otro progenitor, dañando de esa forma la relación paterno filial pero sobre todo causándole una violación a los derechos humanos del niño y adolescente de relacionarse libremente con ambos progenitores y causándole un daño psicológico muchas veces irreversible.

A las personas que respondieron de forma afirmativa, a esta pregunta, se les solicitó que indique cuál de los progenitores era el que utilizaba con abuso las medidas de seguridad, respondiendo:

Ambos	El padre	La madre
17%	26%	57%



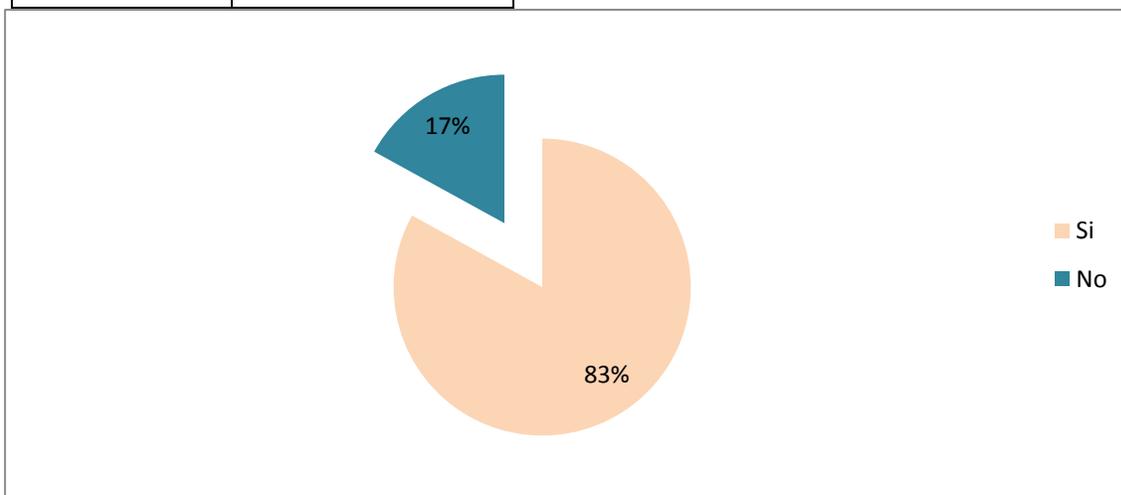
(Brolo Salazar, 2016)

Nuevamente los resultados obtenidos denotan que existe abuso de ambos padres en el uso de las medidas de seguridad, tendientes a evitar que sus hijos niños o adolescentes se relacionen libremente con sus padres. Aunque en esta respuesta vemos una mayor tendencia de abuso por parte de las madres.

PREGUNTA TRES:

Considera usted, que algunas mujeres han utilizado la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, con el objeto de impedir la relación de su progenitor con sus hijos.

Sí	No
83%	17%

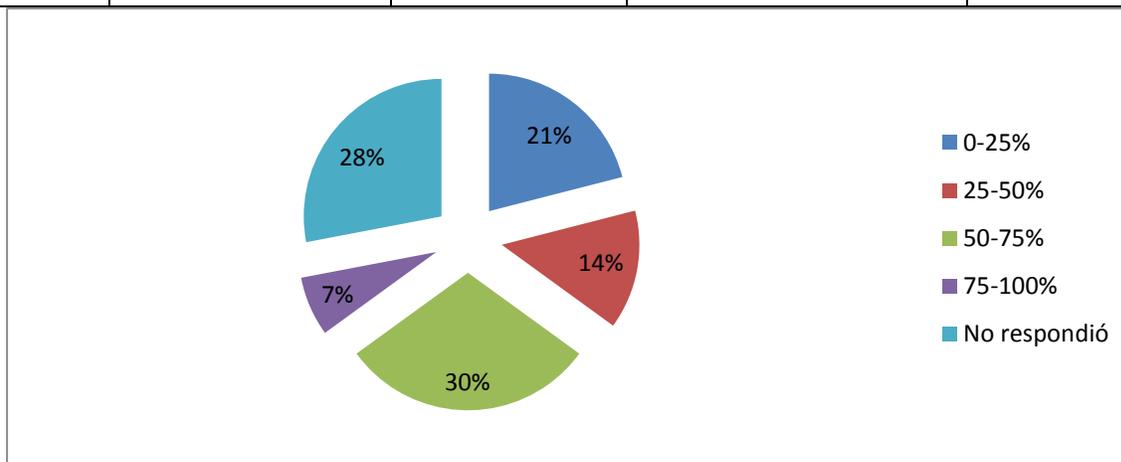


(Brolo Salazar, 2016)

De los resultados obtenidos, se establece claramente el abuso, que en algunas oportunidades existe, por parte de las mujeres de la utilización de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, tendiente a impedir la relación de los niños y adolescentes con sus padres. Lo alarmante es la frecuencia con la que consideran los encuestados que se da tal abuso. Por lo que deviene necesario contar con un ordenamiento jurídico eficaz para garantizarle a los niños y adolescentes, se puedan relacionar libremente con ambos progenitores, lo que les beneficiará en su pleno y sano desenvolvimiento.

Se preguntó en que en base a su experiencia indicaran con qué frecuencia se utiliza la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, para impedir la relación paterno-filial, obteniendo los siguientes resultados:

0-25%	25-50%	50-75%	75-100%	No respondió
21%	14%	30%	7%	28%



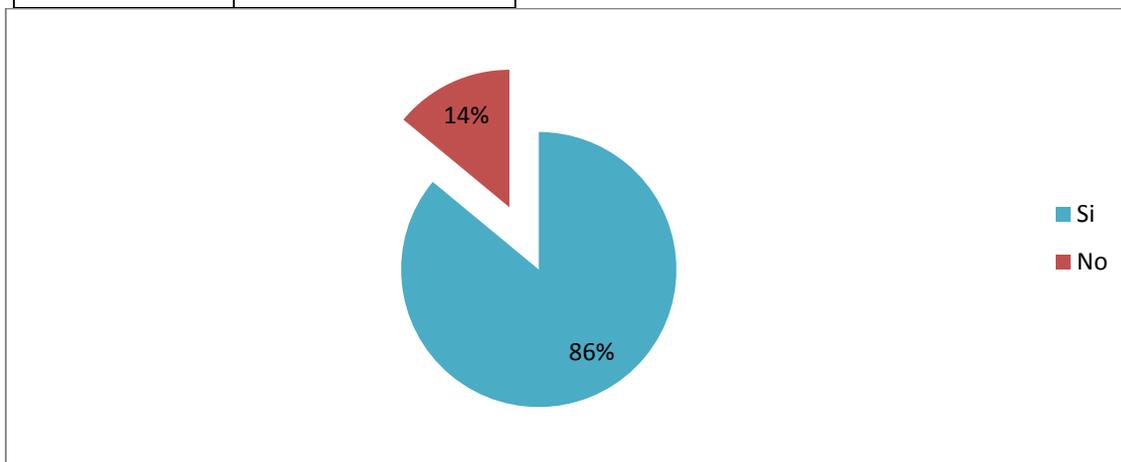
(Brolo Salazar, 2016)

Es lamentable que se algunos casos se utilice la Ley de Violencia contra la Mujer con fines diferentes para la cual fue creada. Por lo cual es necesario evitar que estos abusos a la Ley se den y sobre todo garantizar a los niños y adolescentes que se respeten sus Derechos Humanos, como de relacionarse libremente con ambos padres y evitar que estos sufran daños psicológicos irreversibles.

PREGUNTA CUATRO:

Considera que el Estado debe penalizar la conducta de la persona que impida el contacto de los niños, niñas o adolescentes con alguno de sus progenitores.

Sí	No
86%	14%

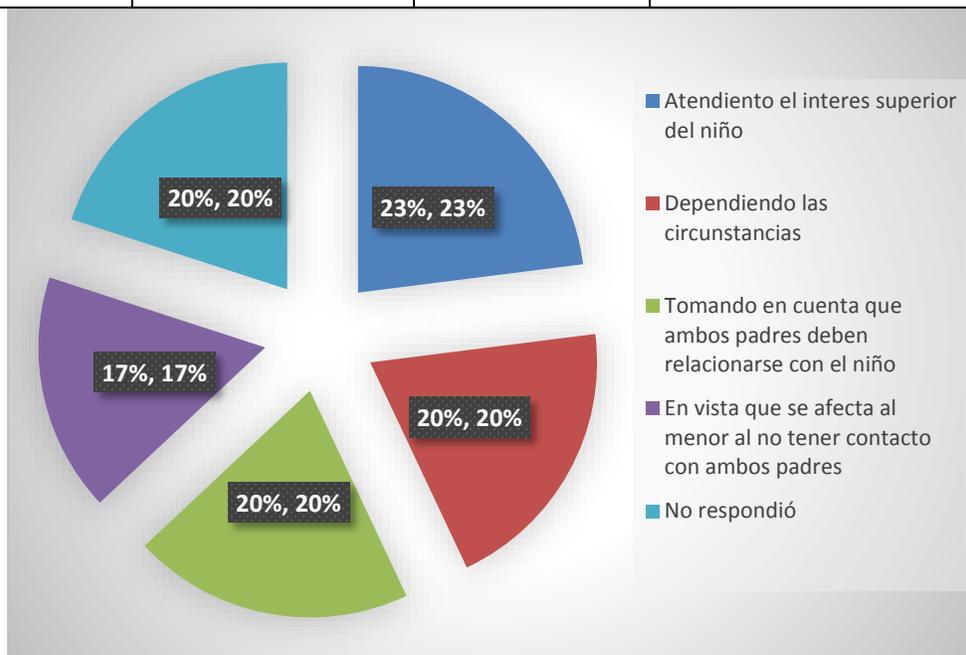


(Brolo Salazar, 2016)

De los resultados obtenidos, se denota claramente la necesidad de crear el tipo penal de impedimento de contacto, a efecto que sea penalizado la actitud típica, antijurídica y dolosa ejercida por cualquiera de los progenitores, madre, padre o tercer persona, que ejercite cualquier acción en contra de los niños y adolescentes, para impedir tenga contacto con alguno de sus progenitores.

Se preguntó además, cuál es el motivo por el cual considera que debe penalizarse esa conducta, respondiendo del modo siguiente:

Atendiendo el interés superior del niño	Dependiendo de las circunstancias	Tomando en cuenta que ambos padres deben relacionarse con el niño	En vista que se afecta al menor al no tener contacto con ambos padres	No respondió
23%	20%	20%	17%	20%



(Brolo Salazar, 2016)

Se establece de manera latente, la necesidad de crear el tipo penal de “Impedimento de contacto”, teniendo como sujeto pasivo del delito al niño y adolescente víctima, al que se le impide de alguna forma tener contacto y una relación libre con alguno de sus progenitores. Como lo indican los encuestados atiendo al interés superior del niño, tomando en cuenta que se le causa un fuerte agravio al menor al no relacionarse con ambos padres y otros motivos.



CONCLUSIONES

1.- A nivel internacional existe todo un desarrollo legislativo en aras de preservar los derechos humanos de los niños y niñas, refrendados por la Convención de los Derechos del Niño, entre los que se reconoce como derecho humano el derecho que tienen los niños y adolescentes de relacionarse y tener contacto armónicamente con ambos padres, y que todo conflicto en este sentido se debe decidir sobre la base del interés superior del niño.

2.- Se ha logrado establecer que en Guatemala existe abuso del uso de las medidas de seguridad y de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, con el objetivo principal de evitar el contacto entre el padre o madre no conviviente con su hijo niño o adolescente, causándole de esa forma un tipo de maltrato, que le causa daño emocional o psicológico, quedando comprobado a través del análisis jurídico realizado en casos generales y concretamente en el caso de la niña Jennifer Alejandra Vásquez y del niño Felipe Julián Murga Benavente, así como científicamente a través del método cuantitativo, cuyos resultados se presentan en el capítulo IV.

3.- Es necesario que se reforme el Código Penal guatemalteco, creando el tipo penal de impedimento de contacto, para salvaguardar el derecho humano de los niños, niñas y adolescentes de tener comunicación y contacto adecuado con ambos padres, que en muchas oportunidades arbitrariamente se les impide.



BIBLIOGRAFÍA:

TEXTOS

- Anaya, J. L. (1997). *Delitos contra la familia* . España: Advocatus.
- Arocena, G. A. (2010). *Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes*. Argentina: Astrea.
- Balcarce, G. A. (2001). *Teoría y práctica de la parte especial del Derecho penal*. México: Marcos Lerner.
- Buompadre, C. C. (2013). *Derecho penal. Parte especial*. Argentina: Depalma.
- Calón, E. C. (1956). *Derecho penal, parte general* . España: Bosch.
- Castro, S. G. (2011). *El delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, y la posible incidencia del S.A.P.*
Argentina: Ministerio Público de la Defensa.
- Conde, F. M. (1981). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objetivo protegido por la norma penal*. España: Bosch.
- Còrdova, M. M. (2003). *Derechos y obligaciones de los parientes*. Argentina: Hammurabi .
- Donal, M. (1988). *Sociología de la familia, en diccionario crítico de las ciencias sociales*. España: Antrophos.
- Durkehein, E. (1993). *Escritos selectos, Introducción y selección*. Buenos Aires: Nueva Visión .
- Engels, F. (1884). *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Londres: Proreso.
- Fages, I. C. (2004). *El delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes: una inadecuada respuesta a una problemática familiar*. Argentina: Ministerio úblico de la Defensa.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. Italia: Universidad de camerino.



- Fossi, J. (2015). *El dolo eventual*. Venezuela: Livrosca.
- Francisco, M. C. (2015). *Derecho penal, parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galdòs, J. A. (2001). *La pena*. Grijley.
- González, J. M. (2015). *Constitución Política de la República de Guatemala. Comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos de apoyo, opiniones y sentencias de la Corte de Constitucionalidad*. Guatemala: Verlag nicht ermittelbar.
- Hassemer, W. (1989). *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Cuba: Unijuris.
- INE. (2011). *Trabajo infantil*. Guatemala: Instituto Nacional de Estadística.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. España: Marcial pons.
- Josue, F. (2015). *Ensayo sobre un modelo, límite de imputación subjetiva*. Venezuela : Editorial Livrosca .
- Lascano, M. S. (2008). *El impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes*. Argentina: Lerner.
- Manonellas, G. (2006). *La responsabilidad penal de los padres obstrutores de vínculos- Ley 24* . Argentina: La Ley.
- Millares, T. (1983). *El Estado y el individuo*. Colombia: Temis.
- Minuchin, S. (1999). *Familias y terapia familiar*. España: Geodisa.
- Morris, J. (1995). *Teoría social y control social*. Estados Unidos: American Journal of Sociology.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Introducción al Derecho penal, parte general* . Valencia : Tirant lo Blanch .
- ONU, N. U. (1959). *Declaratoria de los Derechos del Niño*. Suiza: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Ortúzar, I. B. (2014). *La jurisdicción penal ante incumplimientos familiares*. Cuba: Unijuris.
- Osorio, M. (2002). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina: Heliasta.



- Peña, F. P. (2006). *Manual de Derecho Civil*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Pérez, O. G. (2010). *Diferencia entre el delito de sustracción de menores y el delito de impedimento de contacto*. España: Universidad de Malaga.
- Pérez, R. Q. (2008). *Manual de Derecho Penal I*. Cuba: Fèlix.
- Puig, S. M. (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Argentina: Monte video Buenos Aires.
- Ramírez, J. B. (2006). *Lecciones de Derecho penal*. México: Trotta.
- Ripert Georges, P. M. (1998). *Derecho civil*. México: Harla.
- Roxin, C. (1976). "Sentido y límites de la pena estatal" en *Problemas básicos de Derecho penal*. España: Universidad de Munich.
- SERMAN. (1993). "La familia chilena en los noventa". *Documentos de trabajo, de planificación y estudios N° 27*". Chile: Reca Inés.
- Shunemann, B. (2012). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Argentina: B de F.
- Tagle, H. A. (2014). *Impedimento del contacto de menores con sus padres no convivientes*. Argentina: Lerner.
- Tavares, E. J. (2004). *Bien jurídico y función del Derecho penal*. Argentina: Hammurabi .
- Tavip, G. E. (2007). *El impedimento de contacto padres-hijos: Sin necesidad de buscar soluciones urgentes y realmente aplicables en Derecho de familia*. Argentina: Universidad Nacional de Rosario.
- UNICEF. (2003). *Ley de Proteccion Integral de la Niñez y la Adolescencia*. Guatemala: Constitución Política de la República de Guatemala.
- Yagüe, F. L. (1985). *Manual de Derecho de familia*. España: Bercal.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *Derecho penal, parte general* . Buenos Aires: Editorial Ediar .
- Zaffaroni, E. R. (2011). La cuestión criminal. *Ius et Praxis*, 25.



DICCIONARIOS

1. Diccionario de la Real Academia Española. Tercera edición. España. 1991.
2. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. 2001. 15° edición.
3. OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R. L, Buenos Aires. Argentina. 1994.

LEYES CITADAS

1. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
2. Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.
3. Código Civil. Decreto Ley 106, 1963.
4. Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, Decreto número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.
5. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
6. Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.
7. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.
8. Declaración de Ginebra de 1924.
9. Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya 1980, entró en vigor 1 de diciembre de 1983.
10. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, Uruguay, 1989.



11. Ley 24,270 de la República de Argentina, otorgada por la Cámara de Diputados de la Nación de Argentina reunidos en Congreso, sancionada el 3 de noviembre de 1993, promulgada el 25 de noviembre de 1993,

OTRAS FUENTES

1. Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ)
2. Ante proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre.



ANEXO



ENCUESTA:

Dirigida a magistrados, jueces, abogados del Sector Justicia dedicados a temas de índole familiar, protección de niñas, niños y adolescentes, y protección de mujeres.

Objeto: La presente encuesta se realizará como instrumento de investigación para la tesis de maestría en Derecho Penal de la Universidad de San Carlos de Guatemala, para determinar la incidencia de casos en los que existe Alienación Parental o impedimento de contacto entre niñas, niños y adolescentes y alguno de sus progenitores.

Instrucciones: Sírvase llenar las preguntas que se le dirigen a continuación según su criterio, marcando con una "X", la respuesta que según su experiencia es aplicable, pudiendo en caso lo considere oportuno realizar alguna observación. Y en casos específicos, brindar la información complementaria que se le solicita.

1. ¿Considera usted, que en Guatemala, en algunos casos, se violenta a los niños, niñas o adolescentes, poniéndolos en confrontación con alguno de sus progenitores, para evitar el contacto entre ellos?

Sí -----

No -----

En caso su respuesta sea afirmativa, ¿cuál de los progenitores? -----

2. ¿Considera usted que en algunas oportunidades se utilizan las medidas de seguridad como herramienta para impedir el contacto de los niños, niñas o adolescentes, con alguno de sus progenitores?

Sí -----

No -----



En caso su respuesta sea afirmativa, ¿cuál de los progenitores?-----

3. ¿Considera usted, que algunas mujeres han utilizado la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, con el objeto de impedir la relación de su progenitor con sus hijos?

Sí -----

No -----

Si su respuesta es afirmativa, en su experiencia, ¿en qué porcentaje ocurre?

4. ¿Considera que el Estado debe penalizar la conducta de la persona que impida el contacto de los niños, niñas o adolescentes con alguno de sus progenitores?

Sí -----

No -----

Observación:-----

