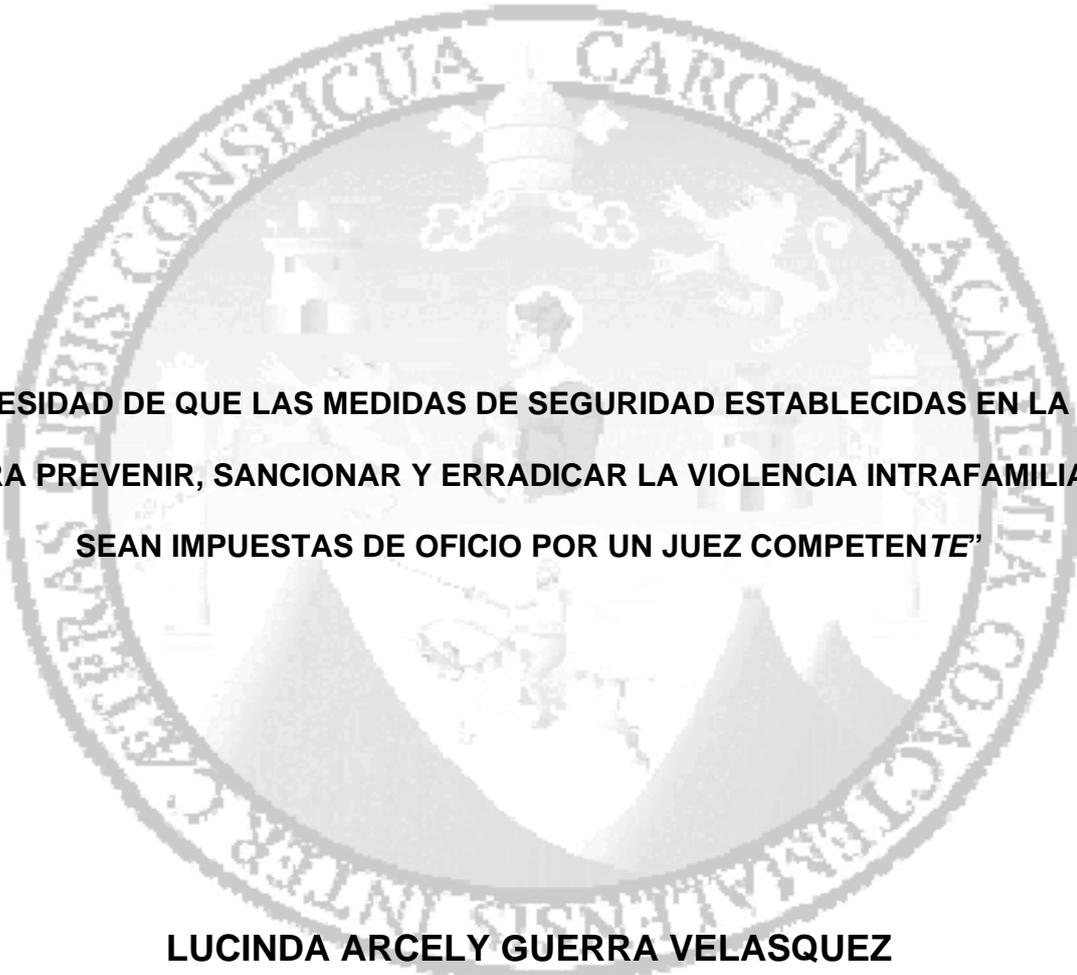


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a cross, surrounded by various symbols including a crown, a sun, and a crescent moon. The shield is set against a background of a building. The circular border contains the Latin motto "SIBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTIVATA INTER CETERAS DIBIS" at the top and "SIBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTIVATA INTER CETERAS DIBIS" at the bottom.

**“NECESIDAD DE QUE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ESTABLECIDAS EN LA LEY
PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR,
SEAN IMPUESTAS DE OFICIO POR UN JUEZ COMPETENTE”**

LUCINDA ARCELY GUERRA VELASQUEZ

GUATEMALA, AGOSTO 2006

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

**“NECESIDAD DE QUE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ESTABLECIDAS EN LA LEY
PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR,
SEAN IMPUESTAS DE OFICIO POR UN JUEZ COMPETENTE”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUCINDA ARCELY GUERRA VELASQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. José Francisco Peláez Cordón
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Gloria Pérez Puerto
Vocal: Lic. Silvia Marilú Solórzano
Secretario: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Luis Roberto Romero Rivera
Vocal: Lic. Elder Ulises Gómez
Secretario: Lic. David Sentés Luna

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para elaboración de tesis de la licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO

1. La familia.....	1
1.1 Definición.....	1
1.1.1 Los fines de la familia.....	5
1.2 La familia adoptiva.....	6
1.2.1 Fines de la familia adoptiva.....	7
1.2.2 En qué forma interviene el Estado en la constitución y organiza- ción de la familia adoptiva.....	8
1.3 La familia y el Estado.....	8
1.3.1 ¿Debe intervenir el estado en la organización de la familia?... 1.3.2 ¿Hasta que punto el Estado debe intervenir en la vida familiar?	9 11
1.4 La familia y el derecho.....	12
1.4.1 Definición de derecho de familia.....	12
1.4.1.1 Características de las normas jurídicas del derecho de familia.....	13
1.5 Derechos y deberes subjetivos de familia.....	14
1.5.1 Derechos subjetivos de familia.....	14
1.5.2 Deberes subjetivos de familia.....	15
1.5.3 Características de los deberes y derechos subjetivos de familia	15

1.6 El estado de familia.....	17
1.6.1 Características del estado de familia.....	17

CAPÍTULO II

2. Violencia doméstica	21
2.1 Definición.....	21
2.1.1 Diferentes formas de violencia doméstica.....	23
2.1.2 Violencia de género y doméstica.....	24
2.1.3 Análisis doctrinario.....	25
2.1.4 Síntomas para reconocerse víctima de violencia doméstica.....	27
2.1.5 Violencia doméstica y divorcio.....	27
2.2 Violencia intrafamiliar.....	28
2.2.1 Categorías de violencia intrafamiliar.....	29
2.2.2 Diferentes formas de la violencia intrafamiliar.....	34
2.2.3 Análisis doctrinario.....	35
2.2.4 La víctima.....	36
2.2.5 El agresor.....	39
2.2.6 Análisis jurídico de violencia intrafamiliar.....	41

CAPÍTULO III

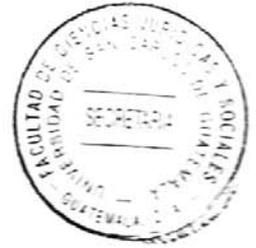
3. Las medidas de coerción.....	45
3.1 Definición.....	45

3.2 Síntesis histórica.....	46
3.3 Naturaleza de las medidas cautelares.....	48
3.4 Objeto de las medidas cautelares.....	49
3.5 Ámbito de las medidas cautelares.....	50
3.6 Características de las medidas de coerción.....	51
3.7 Principios constitucionales.....	57
3.7.1 Principio de excepcionalidad.....	58
3.7.2 Principio de proporcionalidad.....	59
3.8 Clasificación de las medidas de coerción.....	60
3.9 Las medidas previstas en la ley de violencia intrafamiliar.....	61

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de Reforma a la Ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96.....	65
4.1 Que es una ley.....	65
4.1.1 Jerarquía de las normas jurídicas.....	66
4.2 Proceso Legislativo.....	69
4.2.1 Iniciativa de ley.....	70
4.2.2 Presentación.....	71
4.2.3 Admisión.....	72
4.2.4 Discusión.....	72
4.2.5 Aprobación.....	72
4.2.6 Sanción.....	73

4.2.7 Promulgación.....	73
4.2.8 Publicación.....	74
4.2.9 Vigencia.....	74
4.3 Propuesta de reforma a la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia intrafamiliar.....	74
4.3.1 Formas de derogación de la ley.....	75
4.3.2 Propuesta de redacción del decreto.....	77
4.3.2.1 Parte considerativa.....	77
4.3.2.1 Parte dispositiva.....	79
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFIA.....	85



INTRODUCCIÓN

El veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis, se sancionó el decreto número 97-96 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contiene la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.

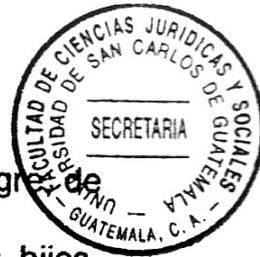
En la actualidad se ha incrementado la violencia intrafamiliar, siendo perjudicados los hijos menores y las mujeres, en su mayoría y en muchos casos han fallecido menores o cónyuges, ya que no se ha prestado el auxilio necesario cuando se han denunciado casos de violencia intrafamiliar, en otras ocasiones la violencia se ha denunciado con suficiente anticipación, y el único trámite que se da a la misma es citar a la persona, pero al saberlo el cónyuge causante amenaza a la mujer o la golpea para que abandone el trámite, y por lo tanto la misma ya que no se presenta a continuar las diligencias, en virtud de la amenazas sufridas.

El hecho por el cual el sujeto activo no comparece a las citaciones que se le hacen raíz de denuncia por violencia intrafamiliar, es porque el Decreto número 97-96 del Congreso de la República (Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar), no establece la aplicación de oficio de las medidas de coerción por lo tanto casi siempre resultan inefectivas en virtud que al agresor de la tiempo de tomar la precaución del caso.



El punto principal de la investigación es establecer que en el Decreto Número 96 del Congreso de la República, no tiene mayor incidencia para erradicar la violencia intrafamiliar, ya que no impone de oficio las medidas cautelares necesarias al sujeto activo, y la medidas cautelares y coercitivas que impone puede ser tildadas de inconstituciones, en virtud que tanto la ley civil como la ley penal establecen los requisitos para autorizar dichas medidas (embargo, allanamiento y pensión alimenticia) por lo anterior se ha delimitado el tema a ¿Por qué es ineficaz la Ley para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar?, con el objeto de establecer la hipótesis de que “La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, es ineficaz porque no impone sanciones ni medidas de coerción de oficio al sujeto activo”.

Para poder verificar la hipótesis mencionada se tomaron en cuenta los siguientes objetivos: Establecer la necesidad de reformar la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar en el sentido de regular sanciones que prevengan la comisión de dichos actos, comprobar la hipótesis, establecer mediante análisis la trascendencia de que exista una persecución penal por parte del Ministerio Público, al sujeto activo de violencia intrafamiliar, demostrar la necesidad de proteger al grupo familiar de la violencia doméstica, demostrar los daños graves que sufre la persona contra la cual se comete violencia en la familia, establecer cuales serían los beneficios para las personas miembros de una familia de crear medidas de seguridad para que se encuentren protegidos en contra de la violencia intrafamiliar y se basa en los supuestos de que la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar protege a las personas miembros de una familia en contra de los actos de violencia cometidos en



la misma, la familia es el conjunto de personas que provienen de una misma sangre, de un mismo linaje, de una misma casa, especialmente el padre, la madre y los hijos, quienes son las personas que protege la La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, la violencia doméstica es el abuso por parte de alguien que proporciona cuidados, padre, esposo o pareja sexual de una persona, siempre que formen parte de una familia, las medidas de seguridad tienen como objeto prevenir que una persona que se considera peligrosa cometa actos delictivos, en este caso en contra de la familia, el Ministerio Público tiene a su cargo la persecución penal de oficio en los delitos de acción pública, esto facilitaría a que los sujetos activos de violencia intrafamiliar, fueran juzgados y sancionados de conformidad con la ley.

El presente trabajo ha sido realizado utilizando distintos métodos de investigación tales como el analítico, jurídico, inductivo, deductivo etcétera, usando técnicas documentales y bibliográficas, se encuentra conformado por cuatro capítulos, el primero tratará de todo lo correspondiente a la familia y sus miembros, el segundo a la violencia doméstica y violencia intrafamiliar, el tercero tratará de establecer las diferentes medidas de coerción establecidas en la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y el cuarto capítulo será la propuesta de una reforma a la ley en mención.

CAPÍTULO I

1. La familia.

1.1 Definición.

La familia, de una manera global, puede definirse como un grupo social primario unido por vínculos de parentesco, estos pueden ser: consanguíneos, de filiación (biológica o adoptiva) o de matrimonio, incluyendo las alianzas y relaciones de hecho cuando son estables. Se es parte de una familia en la medida en que se es padre o madre, esposa o esposo, hijo o hija, abuela o abuelo, tía o tío, pareja, conviviente, etc.

La familia es la agrupación más elemental y a la vez la más sólida de toda sociedad, desde que el hombre aparece en la historia y deja rastros de su existencia, aquélla existe.

"La familia es una institución natural ya que deriva de la propia naturaleza humana y, por tanto, ha estado presente desde el momento en que el hombre existe"¹.

Ahora, encontramos que el concepto de familia ha ido sufriendo ajustes a través del tiempo, dependiendo de las diferentes circunstancias históricas, y aún hoy en día, varía. Sin embargo, se podría decir que actualmente existen básicamente dos concepciones de familia, una amplia y otra restringida.

¹ Abogados asociados, <<Apuntes de derecho civil>>(enero 2006) [http:// www.todoelderecho.com.](http://www.todoelderecho.com.), 07 de febrero de 2006.

En palabras de Rojina Villegas "En el Derecho moderno la familia está integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos. (Excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo), pero aún dentro de los mismos, existe una limitación. En un sentido amplio, la familia comprende en general a todos los descendientes de un antepasado común, para abarcar a los parientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando. La familia en sentido estricto, comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entretanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia."²

Según Rojina Villegas: "En el parentesco por adopción, como el adoptado adquiere la situación jurídica de un hijo, con todos los derechos y obligaciones de tal, queda incorporado a la familia del adoptante."³

En opinión de Trabucchi, la familia, en un concepto vasto comprende: "todos aquéllos que están ligados por vínculo de parentesco, matrimonio y también los hijos naturales, acogidos y adoptivos." Y en una concepción más estricta "sólo se incluye a aquéllos que están ligados por una relación de parentesco, viven en una habitación común."⁴.

Para Galindo Garfias, "La familia moderna está formada por los progenitores y su prole, el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan con ellos. Fuera de este

² Villegas, Rojina, **La familia**, Pág. 95

³ **Ibid.** Pág. 116

⁴ Trabucchi, Alfredo, **Derecho civil**, Pág. 228

grupo ya no subsiste, por lo menos con el mismo rigor, el antiguo lazo de familia extensa."⁵

Al hablar de familia se alude a diferentes grupos de personas, que en un sentido más estricto abarca a quienes están unidos en matrimonio y los hijos que se hallan bajo su patria potestad, o (a lo más), aún emancipados, no abandonaron el hogar paterno. Pero los hijos crecen y se rompe la unidad de dicho hogar y aquéllos casándose, crean nuevas familias. Mas aunque así se formen otras integradas por los nuevos matrimonios y sus hijos, también cada padre además de formar familia con el otro - sigue perteneciendo a aquélla de que procede y los hijos- además de que a la formada por ellos y sus padres, pertenecen a la de cada uno de estos dos, pues son tan nietos de unos abuelos como de otros. Lo que prueba que por familia se entiende no sólo al grupo matrimonio más hijos bajo potestad sino también al grupo de personas ligadas por vínculo de parentesco legítimo de sangre (padres, hijos, tíos, abuelos, etc.). Por otro lado, la familia de cada uno de los esposos pasa a ser familia política del otro y en tal sentido, éste entra a formar parte de ella.

Por lo anteriormente expuesto, podría decirse que en un sentido amplio, la familia abarca a todas aquellas personas entre las que existe parentesco, vivan o no bajo el mismo techo.

Y en sentido estricto se entiende por familia a la agrupación de un padre, una madre y los hijos. Aunque algunos autores opinan que los hijos sólo se consideran parte de la familia cuando están bajo la patria potestad o cuando viven bajo el mismo techo que

⁵ Galindo, Garfias, **Introducción al derecho civil**, Pág. 109

sus padres. También es válido considerar que padres e hijos siempre serán parte de una misma familia.

En el derecho guatemalteco, la familia es reconocida en sentido estricto y en sentido amplio; ya que el Código Civil marca derechos y deberes correlativos a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

Podemos distinguir tipos de familias: conyugal (esposo y esposa), nuclear (esposos e hijos), monoparental (un sólo progenitor con uno o varios hijos), extendida (padres, hijos, abuelos y tíos) y ensamblada (esposos, hijos comunes e hijos de anteriores uniones de uno o ambos esposos).

La familia en la sociedad debe cumplir importantes funciones, que tienen relación directa con la preservación de la vida humana, su desarrollo y bienestar, estas son:

- a) Función biológica: se satisface el apetito sexual del hombre y la mujer, además de la reproducción humana.
- b) Función educativa: tempranamente se socializa a los niños en cuanto a hábitos, sentimientos, valores, conductas, etc.
- c) Función económica: se satisfacen las necesidades básicas, como el alimento, techo, salud, ropa.
- d) Función solidaria: se desarrollan afectos que permiten valorar el socorro mutuo y la ayuda al prójimo.
- e) Función protectora: se da seguridad y cuidados a los niños, los inválidos, los ancianos y en general a los miembros dependientes.

De acuerdo a estas funciones, la unión familiar debe asegurar a sus integrantes, estabilidad emocional, social y económica, además de prodigar amor, cariño y protección. Es allí donde se transmite la cultura a las nuevas generaciones, se prepara a los hijos(as) para la vida adulta, colaborando con su integración en la sociedad y se aprende tempranamente a dialogar, escuchar, conocer y desarrollar los derechos y deberes como persona humana.

1.1.1 Los fines de la familia.

Dentro de los primeros fines de la familia encontramos la procreación y la educación de la prole, así aun en los grupos domésticos más primitivos, la familia cumple funciones de sustento y educación de los menores.

Ahora, vemos que la función de la familia no se agota con la procreación y supervivencia de la especie; sino que atiende a todas aquellas necesidades de orden material, espiritual y social que el hombre tiene. Es finalidad de la familia proveer a todos y cada uno de sus miembros de los bienes materiales, espirituales y sociales necesarios para el desarrollo integral de la persona.

Es dentro de la familia donde el hombre adquiere los hábitos y las virtudes que le acompañarán toda su vida y que le permitirán lograr o no sus fines.

La familia encuentra en la acción procreadora y educadora su primera e insustituible forma de expresión; mas esto no quiere decir que sea su única tarea, también tiene una función social importante.

La familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de servicio a la vida. En efecto, de la familia nacen los ciudadanos, y éstos encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales, que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma.

Así la familia en virtud de su naturaleza y vocación, lejos de encerrarse en sí misma, se abre a las demás familias y a la sociedad, asumiendo su función social.

La función social de las familias está llamada a manifestarse también en forma de intervención política, es decir, las familias deben ser las primeras en procurar que las leyes y las instituciones del Estado, no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y los deberes de la familia. En este sentido las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumirse la responsabilidad de transformar la sociedad; de otro modo las familias serán las primeras víctimas de aquellos males que se han limitado a observar con indiferencia.

1.2 La familia adoptiva.

A un lado de la familia consanguínea encontramos, presente en la sociedad, en un número mucho menor, a la familia adoptiva que será aquella integrada por padres e hijos entre los cuales no existe una relación de consanguinidad, formando una plena y duradera comunidad de vida. Esta familia no queda constituida a partir del hecho biológico de la generación; sino que nace a partir de un acto de voluntad.

La familia adoptiva, también puede entenderse en un sentido estricto, es decir, padres e hijos adoptivos únicamente, y en un sentido amplio, comprendiendo a los padres e hijos adoptivos, a los demás parientes de los padres adoptivos y a los descendientes del hijo adoptivo.

Sin embargo, en el Derecho guatemalteco, la familia adoptiva sólo es reconocida en un sentido estricto; ya que se limita al parentesco civil a los adoptantes y al adoptado únicamente.

1.2.1 Fines de la familia adoptiva.

La familia adoptiva, al igual que la familia consanguínea, es educadora y formadora, y también está llamada a cumplir una función social.

Es transmisora no de la vida propiamente, pero sí de valores morales y cívicos, de virtudes, de tradiciones, etc., en ella también se prepara a sus miembros para que puedan cumplir su destino personal y social, ya temporal, ya trascendente.

A excepción de la transmisión de la vida, la familia adoptiva, cumple con todas las funciones de la familia consanguínea y una más, ya que, aun sin proponérselo, es protectora y formadora de menores, que por infinidad de circunstancias carecen de un hogar y que de no ser integrados a su familia, el Estado tendría que hacerse cargo de su educación y manutención.

Quisiera establecer, muy claramente, que esta última función que se comenta, no es de ninguna manera, ni siquiera en forma remota, la finalidad de la familia adoptiva; sin embargo, indirectamente se logra. Su utilidad social es indiscutible.

Cumple una misión imponderable de protección a la infancia desvalida, que principalmente se beneficia con su institución, favorecida por el hecho de existir numerosos hogares sin descendencia propia.

1.2.2 En qué forma interviene el estado en la constitución y organización de la familia adoptiva

Por lo que se refiere a la formación de la familia adoptiva, el Estado interviene de una manera directa. Primero, porque, en ciertos casos, es precisamente el Estado, el encargado de custodiar y velar por los intereses de los menores que se encuentran en una situación jurídica tal, que son susceptibles de integrar una familia a través de la adopción.

En segundo lugar, el Estado, a través del Poder Judicial, interviene directamente en la constitución de la familia adoptiva; ya que la adopción se lleva a cabo mediante un proceso de jurisdicción voluntaria ante un juez de familia.

Finalmente, el Estado, a través del derecho de familia, organiza a la familia adoptiva.

1.3 La familia y el estado

1.3.1 ¿Debe intervenir el estado en la organización de la familia?

Es preciso determinar si el estado debe tener injerencia en la organización de la familia y de ser así, hasta qué punto debe intervenir.

En principio, vemos que el Estado no ha creado a la familia, ya que ésta es una institución de origen natural; como tampoco la familia ha dado origen al Estado. Esto debe entenderse en el orden conceptual, ya que históricamente se ve con frecuencia que la familia ha sido el antecedente inmediato de la autoridad política de la ciudad y ésta es el antecedente del estado moderno.

Estado y familia son instituciones que tienen funciones y finalidades diferentes y ambas se necesitan para lograr una ordenada convivencia humana.

Ahora, se entiende, que el Estado si debe intervenir en la organización de la familia por varias razones: En primer término porque dada la gran importancia de la familia, es necesario que la misma sea protegida por el Estado, así, el propio deber del Estado de custodiarla, le da ciertos derechos sobre la misma, que tienen por objeto que ésta cumpla mejor sus finalidades.

Así mismo, porque la estabilidad política depende en gran medida de la estabilidad familiar: si la familia desapareciera o estuviera organizada de manera deficiente o incompleta por el derecho, la estabilidad del Estado peligraría. El Estado

debe tutelar un conjunto de intereses de orden público que se dan en las instituciones familiares.

Es por ello que el Estado, a través de determinados órganos, debe intervenir en la celebración de algunos actos jurídicos del derecho familiar, para darles autenticidad; así debe intervenir en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, etc.

Así también, el Estado tiene la obligación de proteger los intereses de los menores e incapacitados: por lo que debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del juez.

Por lo anterior, el derecho moderno no puede permanecer ajeno a la familia. En opinión de Pacheco, "la familia tiene prioridad sobre el Estado:"⁶...pues los valores que persigue son superiores a los que persigue el Estado; mientras éste busca el bien común material, en sus aspectos sociales y políticos, la familia pretende la felicidad íntegra de sus miembros, desde los niveles más profundos de la intimidad personal hasta la preparación de todos ellos para la vida política y social. No hay que olvidar la superioridad ontológica del individuo sobre la comunidad. El individuo tiene fines trascendentes que por su misma naturaleza son superiores a cualquier fin que se proponga la sociedad.

Familia y Estado, ambos, son importantes y se necesitan. Al Estado le interesa el bienestar y la estabilidad de la familia, con lo cual, se fortalece a sí mismo. No es exagerado decir que cada país es el reflejo de lo que sus hogares son, de lo que sus

⁶ Pacheco Luis, **Derecho civil I**, Pág. 58

familias significan. Y, por otra parte, la familia además de necesitar la protección del Estado, se beneficia enormemente cuando el mismo cumple con su finalidad de preservar y promover el bien común (conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual).

1.3.2 ¿Hasta que punto el Estado debe intervenir en la vida familiar?

Es necesario que existan principios que trasciendan la voluntad y el interés particular de los miembros que integran la familia, pero de ningún modo es propio del Estado vigilar de manera directa la vida y moral de los integrantes de la familia, no debe inmiscuirse en la intimidad familiar, sino crear un ambiente social favorable a ésta.

Sobre el particular, Trabucchi nos señala una premisa del derecho italiano: "en ciertos aspectos de la vida familiar la intervención de la autoridad puede ser ineficaz y a veces hasta peligrosa y nefasta. Estos casos se darán en materias reservadas celosamente a los sentimientos y libertad de sus miembros, en cuya órbita una intervención de la autoridad podría desnaturalizar los términos de una relación que surge en virtud de la moral y la espontaneidad."⁷

Así, podríamos decir que no sólo es conveniente, sino también necesaria la regulación que el Estado hace en la organización familiar, mas esta intervención debe ser restringida a ciertos ámbitos, respetando así la esfera reservada a la libertad y a la autodeterminación de los miembros que componen la familia.

⁷ Trabucchi Alfredo, **Derecho civil**, Pág. 248

Sobre el particular, su Santidad Juan Pablo II, nos dice lo siguiente: "Ciertamente la familia y la sociedad tienen una función complementaria en la defensa y la promoción del bien de todos los hombres y de cada hombre. Pero la sociedad, y más específicamente el Estado, deben reconocer que la familia es una sociedad que goza de un derecho propio y primordial" y por tanto, en sus relaciones con la familia, están gravemente obligados a tenerse el principio de subsidiariedad."⁸

1.4 La familia y el derecho.

La parte del derecho que se encarga de la organización de la familia es el derecho de familia, que forma parte del derecho civil; perteneciendo al campo del derecho privado.

Una parte de la doctrina se cuestiona si es válido agrupar al derecho civil patrimonial y al derecho de familia bajo la misma denominación de Derecho Civil. En opinión de Rojina Villegas no lo es, sino que sólo por razones históricas se continúa con esa clasificación, que carece de fundamento científico ya que las características del derecho de familia, lo diferencian, del derecho patrimonial, del derecho mercantil, del derecho laboral, etc.

1.4.1 Definición de derecho de familia.

La definición que Julien Bonecase nos da de derecho de familia es la siguiente: "Por Derecho de Familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden

⁸ Juan Pablo II, **Cartas de Juan Pablo II**, Pág. 8

personal y patrimonial, cuyo objetivo exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.⁹

En palabras de Galindo Garfias. "El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes”¹⁰.

“El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Estas relaciones integran el derecho civil”¹¹.

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones (las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. El interés familiar limita las facultades individuales.

1.4.1.1 Características de las normas jurídicas del derecho de familia.

Las normas jurídicas del derecho de familia, tienen unas características muy particulares: son de orden público, y por tanto, imperativas e irrenunciables.

Son de orden público porque protegen directamente el interés de la sociedad, persiguen fines supra-individuales.

⁹ Bonecasen Julián, **Derecho de familia**, Pág. 88

¹⁰ Galindo, Garfias, **Derecho civil I**, Pág. 75

¹¹ Monografías, <<**Derecho de familia**>> (enero 2006) <http://www.monografías.com>, 10 de marzo de 2006

Las leyes de orden público, tienen una fuerza imperativa absoluta (Jus cogens), son irrenunciables por voluntad de los particulares y los sujetos destinatarios de una norma contenida en la ley, no gozan de la libertad que les permita, en la celebración de un acto jurídico, prescindir de la aplicación de un cierto precepto legal cuando éste es de orden público. Los preceptos de orden público se imponen inexorablemente a los destinatarios de la norma por encima de la voluntad de éstos, bien prohibiendo o bien ordenando, sin posibilidad de eludir esa orden, la celebración de un acto o la forma en que éste ha de ser realizado y ejecutado.

Por tanto, las normas jurídicas que organizan a la familia adoptiva, en su constitución, vida y disolución, son de orden público, imperativas, irrenunciables, fuera del campo de la autonomía de la voluntad.

1.5 Derechos y deberes subjetivos de familia.

Quisiera señalar, de una forma muy breve, el concepto y las características de los derechos y deberes subjetivos de familia, con el fin de tenerlas presentes en los siguientes capítulos, al tratar, concretamente, aquéllos que se originan en virtud de la adopción.

1.5.1 Derechos subjetivos de familia.

Los derechos subjetivos familiares constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir

lícitamente en la persona, en la conducta en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

1.5.2 Deberes subjetivos de familia.

Los deberes subjetivos de familia se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentren colocados respectivamente un cónyuge frente a otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

1.5.3 Características de los deberes y derechos subjetivos de familia.

Los derechos que surgen de las relaciones familiares son potestades que se ejercitan en interés y en beneficio del sometido, más que en el del titular de la misma. Son funciones para el cuidado y atención de la familia; en alguna forma son cargos de interés público que interesan al Estado.

Por otra parte, es muy frecuente encontrar que los derechos y deberes familiares son recíprocos, y los derechos muchas veces son, al mismo tiempo, obligaciones.

En los procesos que recaen sobre derechos y deberes familiares, la confesión, como prueba, carece de validez.

Los derechos y deberes de familia pueden ser de dos clases: patrimoniales y no patrimoniales. Los patrimoniales son aquéllos susceptibles de valorarse en dinero, ya sea de manera directa o indirecta, y los no patrimoniales son aquéllos no susceptibles de dicha valoración.

A continuación, se señalan las características de los derechos y deberes subjetivos familiares de índole no patrimonial y del derecho de alimentos, que aun siendo patrimonial, participa de ellas:

- a) Relativos. Son relativos, ya que únicamente son oponibles a determinados sujetos pasivos, como vendrían a ser los cónyuges, uno de otro respectivamente, los parientes, los hijos respecto de los padres en la patria potestad, etc. no son "erga omnes".
- b) De interés público. Son de interés público, en virtud de que se ejercitan en interés de la familia, no en interés particular.
- c) Intransmisibles. Son intransmisibles, ya que se le conceden al titular, en virtud de la relación familiar específica que tiene.
- d) Imprescriptibles. Son imprescriptibles, ya que no se adquieren o pierden por el mero transcurso del tiempo. Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela, son temporales; porque las mismas se extinguen con la mayoría de edad, más no prescriben. En el matrimonio y el parentesco los derechos son de carácter vitalicio.
- e) Irrenunciable. En general, puede decirse que son irrenunciables, excepto en el caso de que la renuncia implique ventajas para el bien superior de la familia. En los casos de la patria potestad y la tutela, cabe la excusa para desempeñar el cargo, pero cuando éste se detenta, no es posible renunciar a los derechos inherentes al mismo. En el matrimonio no cabe la renuncia a las facultades que el mismo origina, y cualquier estipulación en contrario, carece de efecto jurídico.

El derecho de alimentos es irrenunciable como tal, pero si se admite, renuncia respecto de las pensiones causadas.

- f) Intransigibles. No pueden constituir objeto de transacción entre las partes. Por lo que se refiere al derecho de alimentos, las pensiones causadas sí pueden ser objeto de transacción.
- g) Permanentes. Son permanentes, en tanto que las obligaciones inherentes a ellos se renuevan continuamente, a diferencia de otros deberes jurídicos personales, que son temporales, ya que se extinguen una vez cumplidos, a excepción, claro, de los de tracto sucesivo.

1.6 El estado de familia

La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un status. A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, o aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso del soltero. El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia. “El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible”.¹²

1.6.1 Características del estado de familia

- a) Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.

¹² Ob.Cit. Pág. 13

b) Unidad: Los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.

c) Indivisibilidad: La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos (por ejemplo, si es soltero, es soltero ante todos).

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

e) Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Ej. el estado de casado puede transformarse en estado de divorciado.

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

g) Imprescriptibilidad: El transcurso del tiempo no altera el estado de familia ni tampoco el derecho a obtener el emplazamiento (sin perjuicio de la caducidad de las acciones de estado, como por ejemplo la del Artículo 258 del Código Civil, referido a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, destinada a consolidar el estado de familia).

El estado de familia es inherente a la persona. No puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular. No puede ser transmitido mortis causa. No pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía

subrogatoria por los acreedores (por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos).

Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familiares. El acto jurídico familiar es una especie dentro del género acto jurídico. La teoría general del acto jurídico (sus presupuestos y condiciones de validez, vicios, etc.) es aplicable al acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones esté predeterminado por la ley.

Clasificación de los actos jurídicos familiares. El acto jurídico familiar puede tener por fin inmediato la creación, modificación, conservación e incluso la extinción de relaciones familiares. Se clasifican en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia. El matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, emplazan en el estado de cónyuges, de padre o madre e hijo, y de adoptante y adoptado respectivamente. La revocación de la adopción simple desplaza del estado de familia creado por la adopción. Hay actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales. Unilateral es el reconocimiento del hijo. Bilateral es el matrimonio.

CAPÍTULO II

2. Violencia doméstica

2.1 Definición

“La violencia lleva consigo a las personas tanto a los agresores como a las víctimas a la degradación, provocando dolor, culpa, miedo, aislamiento, incapacidad para establecer relaciones armoniosas con otras personas, con el entorno que los rodea y una actividad negativa ante la vida. Es una práctica orientada, aprendida y legitimada contra los derechos de otros y que llevan como fin intimidar y controlar”¹³.

“Violencia es acción y efecto de violentar, de aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia. La violencia puede ser ejercida por una persona sobre otras de modo material o moral; en el primer caso, la expresión equivale a fuerza; y el segundo a intimidación”.¹⁴

El estudio demográfico de derechos humanos, editado por la Universidad de San Carlos de Guatemala, manifiesta: “El Decreto 97-96 del Congreso de la República, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, define la violencia intrafamiliar como cualquier acción y omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o

¹³ Comisión de la mujer, el menor y la familia. **Guía de capacitación sobre la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar**. Pág. 7

¹⁴ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 786.

convivientes o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas”.¹⁵

Agrega la guía de capacitación sobre la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar que: “de acuerdo a las denuncias recibidas por la Procuraduría de los Derechos Humanos, los hogares precarios, con falta de educación, ingresos, etc., son los más proclives a la violencia intrafamiliar. Las agresiones entre parejas convivientes y especialmente contra la mujer y la niñez, por parte de los hombres, constituyen un hecho cotidiano. El maltrato intrafamiliar en realidad es una práctica delictuosa de reciente notoriedad. La información disponible es reciente y no hay evidencia de la tendencia, pero constituye base para afirmar que el derecho a la integridad personal de los miembros del hogar se encuentra amenazada”¹⁶.

La violencia doméstica “es un patrón de conducta constante de empleo de fuerza física o violencia psicológica, intimidación o persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, una persona con quien cohabita o haya cohabitado, con quien sostiene o haya sostenido una relación consensual o una persona con quien se haya procreado una/s hija/so un hijo/s, para causarle un grave daño emocional”.¹⁷

¹⁵ Universidad de San Carlos de Guatemala. **Estudio demográfico**. Derechos humanos. Pág. 93

¹⁶ Comisión de la mujer, el menor y la familia. **Ob.Cit** ; Pág. 18.

¹⁷ Asociación de mujeres, <<**Violencia intrafamiliar**>> (enero 2006), [http:// www.ugt.es](http://www.ugt.es). 08 de febrero de 2006

La violencia doméstica no siempre resulta fácil de definir o reconocer. En términos generales podríamos designarla como “el uso deliberado de la fuerza para controlar o manipular a la pareja o a la prole”.¹⁸

2.1.1 Diferentes formas de violencia doméstica

- a) Abuso verbal: Rebajar, insultar, ridiculizar, humillar, utilizar juegos mentales e ironías para confundir, etc.
- b) Intimidación: Asustar con miradas, gestos o gritos. Arrojar objetos o destrozar la propiedad.
- c) Amenazas: De herir, matar, suicidarse, llevarse a los niños.
- d) Abuso económico: Control abusivo de finanzas, recompensas o castigos monetarios, impedirle trabajar aunque sea necesario para el sostén de la familia, etc.
- e) Abuso sexual: Imposición del uso de anticonceptivos, presiones para abortar, menosprecio sexual, imposición de relaciones sexuales contra la propia voluntad o contrarias a la naturaleza.
- f) Aislamiento: Control abusivo de la vida del otro, mediante vigilancia de sus actos y movimientos, escucha de sus conversaciones, impedimento de cultivar amistades, etc.

¹⁸ Conceptos básicos, <<Violencia doméstica>> (febrero 2006) [http:// www.vidahumana.org.](http://www.vidahumana.org.), 08 de febrero de 2006

2.1.2 Violencia de género y doméstica

La violencia de género no se limita al ámbito familiar, es una violencia estructural, basada en un sistema de creencias sexista (superioridad de un sexo sobre otro), que se dirige hacia las mujeres con el objeto de mantener o incrementar su subordinación al género masculino hegemónico. Adopta variadas formas, como cualquier tipo de discriminación hacia la mujer en los niveles político, institucional o laboral, el acoso sexual, la violación, el tráfico de mujeres para la prostitución, la utilización del cuerpo femenino como objeto de consumo, la segregación basada en ideas religiosas y todas las formas de maltrato físico y/o psicológico que puedan sufrir en cualquier contexto, privado o público.

Estas conductas y actitudes, a través de las cuales se expresa la violencia de género, intentan perpetuar el sistema de jerarquías impuesto por la cultura patriarcal y acentuar las diferencias apoyadas en los estereotipos de género, conservando las estructuras de dominio que se derivan de ellos.

A la violencia hacia la mujer (violencia de género) ejercida en el espacio doméstico se le denomina violencia doméstica o violencia conyugal debido a que ocurre al interior de la pareja (cónyuges al haber matrimonio) donde la mujer integra la población de mayor riesgo.

De esta forma, la violencia doméstica o conyugal persigue los mismo objetivos que la violencia de género, aludiendo a todas las formas de abuso, por acción u omisión, que ocasionan daño físico y/o psicológico y que tienen lugar en las relaciones

entre quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo relativamente estable, incluyendo relaciones de noviazgo, pareja (con o sin convivencia) o los vínculos con ex parejas, ya que el espacio doméstico no se circunscribe a la casa u hogar sino que esta delimitado por las interacciones en contextos privados

2.1.3 Análisis doctrinario

Actualmente, el problema de la violencia doméstica contra la mujer es tan serio que es comparable con el problema del SIDA. De 2 a 4 millones de mujeres anualmente son agredidas por su compañero, esposo, novio, o amante. Entre el 15 y el 25 % de esas mujeres están embarazadas; lo cual hace más grave aún el problema.

Las estadísticas nacionales muestran que la esposa golpeada resulta con más daños y necesita más ayuda y tratamiento médico que las afectadas por violación, accidentes de autos y asaltos, en conjunto. Las mujeres maltratadas constituyen el 20 % de las mujeres que acuden a los servicios de emergencia con heridas.

Se trata del abuso psicológico, sexual o físico habitual. Sucede entre personas relacionadas afectivamente, como son marido y mujer o adultos contra los menores que viven en un mismo hogar.

La violencia doméstica no es solamente el abuso físico, los golpes, o las heridas. Son aún más terribles la violencia psicológica y la sexual por el trauma que causan, que la violencia física, que todo el mundo puede ver. Hay violencia cuando se ataca la integridad emocional o espiritual de una persona. Pero siempre la violencia física, la más evidente, es precedida por un patrón de abuso psicológico, que es usado

sistemáticamente para degradar a la víctima, para erosionar y aplastar la auto-estima de la mujer.

La violencia psicológica se detecta con mayor dificultad. Quien ha sufrido violencia física tiene huellas visibles y puede lograr ayuda más fácilmente. Sin embargo, a la víctima que lleva cicatrices en la psiquis o alma le resulta más difícil obtener compasión y ayuda. También lo dificulta, por ejemplo, la habilidad manipuladora de su esposo que presenta a su esposa como exagerada en sus quejas.

A la violencia física precede, a veces, años de violencia psicológica. La violencia psicológica es, despreciar a la mujer, insultarla de tal manera, que llega un momento en que esa mujer maltratada psicológicamente, ya cree que esos golpes se los merece. Y qué difícil es convencer a una mujer de que vaya a pedir auxilio cuando cree que no lo necesita.

Hay mujeres que se avergüenzan por lo que les sucede y que hasta se creen merecedoras de los abusos. Por eso prefieren mantenerlos en secreto y así esa situación puede prolongarse durante años. Los que maltratan a sus víctimas lo hacen de acuerdo a un patrón de abuso psicológico. Igual que en el caso del alcohólico, el que golpea a una mujer o la maltrata psicológica o sexualmente, lo primero que hará es negarlo. Negación es decir: "No, es que yo le pego con razón". No hay ninguna razón para golpear a una mujer, ni a nadie. Pero lo niegan. Dicen: "Yo no la he golpeado, yo no le hecho nada, sólo tocarla".¹⁹

¹⁹ Ob.Cit.; Pág. 19

Otra forma de abuso psicológico es el aislamiento. He conocido casos en que le hacen el vacío a la mujer, ni le hablan, ni la miran y entonces ella se va creyendo que se merece ese trato.

La intimidación es también un abuso. Muchas mujeres no se atreven a hablar, por las amenazas que sus maridos o sus compañeros lanzan contra ellas.

Otra forma dentro de ese patrón de abuso psicológico es echarle la culpa a la víctima, la mujer. Desde que se inventaron las excusas y eso viene desde Adán y Eva, uno le echa la culpa al otro.

Tanto el adicto a cualquier droga como el abusador, siempre tienen excusas y le echan la culpa a alguien.

2.1.4 Síntomas para reconocerse víctima de violencia doméstica

- a) Haber llorado hasta dormirse por haber sido golpeada o insultada por el esposo.
- b) Haber ocultado heridas o hematomas quedándose en casa, o poniéndose lentes oscuros.
- c) Haberse dicho a sí misma: Esta situación va a mejorar, debo tener paciencia.

2.1.5 Violencia doméstica y divorcio

Existe una violencia frecuente en las familias de divorciados: Utilizar a los hijos como campo de batalla para dirimir sus odios, resentimientos o incapacidad de dialogar como adultos. Se abusa de los hijos cuando uno de los padres les habla mal del otro o

cuando les obligan a llevar mensajes de frustración y culpabilidad entre sus padres. Con eso todos se hacen daño, pero el más afectado suele ser el mensajero.

2.2 Violencia intrafamiliar

“Es cualquier acción u omisión que ocasione daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial a un miembro de la familia, por parte de parientes o conviviente o exconviviente; cónyuge o exconyuge, o con quien se haya procreado hijos o hijas. Las mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos y personas, con alguna limitación física, que en su mayoría, son las víctimas”.²⁰

Por violencia intrafamiliar nos referimos a todas las situaciones o formas de abuso de poder o maltrato (físico o psicológico) de un miembro de la familia sobre otro o que se desarrollan en el contexto de las relaciones familiares y que ocasionan diversos niveles de daño a las víctimas de esos abusos.

Puede manifestarse a través de golpes, insultos, manejo económico, amenazas, chantajes, control, abuso sexual, aislamiento de familiares y amistades, prohibiciones, abandono afectivo, humillaciones o al no respetar las opiniones, son estas las formas en que se expresa la violencia intrafamiliar, comúnmente en las relaciones de abuso suelen encontrarse combinadas, generándose daño como consecuencia de una o varios tipos de maltrato.

²⁰ Ministerio Público República de Guatemala, <<No mas violencia contra las mujeres>> (febrero 2006) <http://www.mp.lex.gob.gt>, 18 de febrero 2006

Quienes la sufren se encuentran principalmente en los grupos definidos culturalmente como los sectores con menor poder dentro de la estructura jerárquica de la familia, donde las variables de género y generación (edad) han sido decisivas para establecer la distribución del poder en el contexto de la cultura patriarcal. De esta manera las mujeres, los menores de edad (niños y niñas) y a los ancianos se identifican como los miembros de estos grupos en riesgo o víctimas más frecuentes, a quienes se agregan los discapacitados (físicos y mentales) por su particular condición de vulnerabilidad. Los actos de violencia dirigidos hacia cada uno de ellos constituyen las diferentes categorías de la violencia intrafamiliar.

Si bien muchas acciones de violencia intrafamiliar son evidentes, otras pueden pasar desapercibidas, lo fundamental para identificarla es determinar si la pareja o familia usa la violencia como mecanismo para enfrentar y resolver las diferencias de opinión. Un ejemplo frecuente es una familia donde cada vez que dos de sus integrantes tienen diferencias de opinión, uno le grita o golpea al otro para lograr que le haga caso (sea niño, adulto o anciano el que resulte agredido).

2.2.1 Categorías de violencia intrafamiliar

Las categorías de la violencia intrafamiliar se definen según el contexto en que ocurren los actos y fundamentalmente de acuerdo a la identidad de la víctima, la que generalmente se encuentra dentro de los grupos definidos culturalmente como los de menor poder en la estructura jerárquica de la familia.

Dado que en el marco de una cultura patriarcal las variables decisivas para establecer la distribución del poder son género y edad, los miembros de la familia en mayor riesgo y quienes son las víctimas más frecuentes determinan las distintas categorías de la violencia intrafamiliar, estas son: La violencia hacia la mujer (y en la pareja), el maltrato infantil, el maltrato al adulto mayor y la violencia hacia los discapacitados (físicos y mentales), estos últimos se consideran como una categoría individual dada su particular condición de vulnerabilidad. Dentro de estas categorías se encuentran:

a) Violencia hacia la mujer y en la pareja. La violencia en la pareja constituye una de las modalidades más frecuentes y relevantes entre las categorías de la violencia intrafamiliar. Es una forma de relación de abuso entre quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo relativamente estable, incluyendo relaciones de matrimonio, noviazgo, pareja (con o sin convivencia) o los vínculos con ex parejas o ex cónyuges. Se enmarca en un contexto de desequilibrio de poder e implica un conjunto de acciones, conductas y actitudes que se mantienen como estilo relacional y de interacción imperante en la pareja donde una de las partes, por acción u omisión, ocasiona daño físico y/o psicológico a la otra.

La violencia en la pareja es ejercida mayoritariamente hacia la mujer, realidad que es constatable y cruda, a nivel de estudios e investigaciones en casi la totalidad de los países que registran algún dato al respecto, se señala que en al menos el 75% de los casos esta se presenta como una acción unidireccional del hombre hacia la mujer y salvo un 2% (razón por la cual no es considerado un problema social) representativo de

los casos en que son los varones los agredidos física y en su mayoría psicológicamente, el porcentaje restante hace referencia a la violencia bidireccional (también denominada recíproca o cruzada) que es aquella donde ambos miembros de la pareja se agreden mutuamente. Se debe resaltar que para utilizar esta última clasificación, es necesario que exista simetría en los ataques y paridad de fuerzas físicas y psicológicas entre los involucrados.

Las cifras explican y justifican los esfuerzos e iniciativas que apuntan a la mujer como víctima principal y dado que el espacio de mayor riesgo de una mujer para sufrir violencia es su propio hogar, contrario al de los hombres para quienes el espacio de mayor riesgo es la calle, en la variada literatura existente al referirse a la violencia hacia la mujer en el contexto doméstico o al interior de la pareja se suelen utilizar los conceptos de violencia doméstica, violencia conyugal e incluso violencia intrafamiliar.

La violencia sobre la mujer puede tomar muchas formas, desde las más sutiles y difíciles de diferenciar hasta las más brutales. Puede ocurrir en cualquier etapa de su vida, incluyendo el embarazo y afectar tanto su nivel físico como mental.

La violencia hacia el varón al interior de la pareja, dada la excepcionalidad de los casos, no se consideran un problema social y menos una categoría específica de la violencia intrafamiliar. Todo lo anterior a los ojos de un hombre que sufre maltratos puede resultar irrelevante, además se debe considerar que gran parte de los resultados expuestos se basan en la cantidad y tipo de denuncias recibidas y es un hecho establecido que el hombre agredido en general no denuncia las situaciones de maltrato.

En que no se produzcan estas denuncias influyen la ignorancia de la ley, la escasez de instituciones relacionadas dirigidas a los varones, su prejuicio hacia la imparcialidad de los, y principalmente, las profesionales (asistentes sociales, psicólogas, etc.), pero son determinantes los aspectos socioculturales como el machismo y la vergüenza, consecuencia de una ideología patriarcal de estereotipos rígidos con respecto a lo que se espera del varón dentro de la relación de pareja. Otras razones, y que también limitan a la mujer, son el amor a la pareja, a los hijos o el temor a las consecuencias económicas y judiciales que puede implicar una separación.

b) Maltrato infantil. El maltrato infantil, de manera general, puede definirse como todo acto no accidental, único o repetido, que por acción u omisión (falta de la respuesta o acción apropiada) provoca daño físico o psicológico a una persona menor de edad, ya sea por parte de sus padres, otros miembros de la familia o cuidadores que, aunque externos a la familia, deben ser supervisados por esta.

El maltrato infantil incluye el abandono completo o parcial y todo comportamiento o discurso adulto que infrinja o interfiera con los Derechos del Niño (Declaración Universal de la ONU, 1959). La violencia, ya sea física, sexual o emocional es una de las más graves infracciones a estos derechos, por las consecuencias inmediatas, a mediano y largo plazo que generan en el desarrollo del menor.

Dentro de esta categoría podemos clasificar también el abuso fetal que ocurre cuando la futura madre ingiere, deliberadamente, alcohol o drogas, estando el feto en su vientre. Producto de lo cual el niño(a) puede nacer con adicciones, malformaciones o retraso severo, entre otros problemas.

c) Violencia hacia el adulto mayor. La violencia o el maltrato al adulto mayor, de manera general, puede definirse como todo acto no accidental, único o repetido, que por acción u omisión (falta de la respuesta o acción apropiada) provoca daño físico o psicológico a una persona anciana, ya sea por parte de sus hijos, otros miembros de la familia o de cuidadores que, aunque externos a la familia, deben ser supervisados por esta. Estas situaciones de maltrato son una causa importante de lesiones, enfermedades, pérdida de productividad, aislamiento y desesperación.

El maltrato hacia los ancianos es producto de una deformación en nuestra cultura, que siente que lo viejo es inservible e inútil. Los ancianos son sentidos como estorbos o como una carga que se debe llevar a costas además de la familia a sostener, por eso no es de extrañar que el tipo más frecuente de maltrato sea el abandono y la falta de cuidados.

Por otra parte la ausencia de registros o estimaciones reales de la dimensión de este problema, así como la escasez de denuncias, debido al miedo, la depresión, la incapacidad de moverse por si mismos y la poca credibilidad, ha permitido que este fenómeno sea casi invisible.

d) Violencia hacia los discapacitados. La violencia o el maltrato a los discapacitados, de manera general, puede definirse como todo acto que por acción u omisión provoca daño físico o psicológico a personas que padecen temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, mentales o sensoriales, ya sea por parte de miembros de la familia o de cuidadores que, aunque externos a la familia, deben ser supervisados por esta. Este tipo de violencia afecta a personas que por su condición de

mayor vulnerabilidad se encuentran en una posición de dependencia que los ubica en una situación de mayor riesgo en relación al maltrato.

2.2.2 Diferentes formas de la violencia intrafamiliar

- a. Abuso físico: Se ejerce mediante la fuerza física en forma de golpes, empujones, patadas y lesiones provocadas con diversos objetos o armas. Puede ser cotidiana o cíclica, en la que se combinan momentos de violencia física con periodos de tranquilidad. En ocasiones suele terminar en suicidio u homicidio. El maltrato físico se detecta por la presencia de magulladuras, heridas, quemaduras, moretones, fracturas, dislocaciones, cortes, pinchazos, lesiones internas, asfixia o ahogamientos.
- b. Abuso sexual: Este tipo de abuso es difícil de demostrar a menos que vaya acompañado por lesiones físicas. Se produce cuando la pareja fuerza a la mujer a mantener relaciones sexuales o le obliga a realizar conductas sexuales en contra de su voluntad. Los principales malos tratos sexuales son las violaciones vaginales, las violaciones anales y las violaciones bucales. También son frecuentes los tocamientos y las vejaciones, pudiendo llegar hasta la penetración anal y vaginal con la mano, puño u objetos como botellas o palos.
- c. Abuso psicológico: Los factores que influyen en el abuso psicológico son muy variados: emocionales, económicos, sociales, etc. La mujer se ve dominada por el varón, quien la humilla en la intimidad y públicamente, limita su libertad de movimiento y la disposición de los bienes comunes. Resulta complicado detectar este tipo de abuso, aunque se evidencia a largo plazo en las secuelas psicológicas.

En este caso la violencia se ejerce mediante insultos, vejaciones, crueldad mental, gritos, desprecio, intolerancia, humillación en público, castigos o amenazas de abandono. Conduce sistemáticamente a la depresión y, en ocasiones, al suicidio.

La gravedad de estos abusos varía en virtud del grado de violencia ejercida sobre la mujer y normalmente se combinan varios tipos de abuso, ya que dentro del maltrato físico siempre hay un maltrato psicológico. Según indica la psicóloga Alejandra Favieres, del Servicio de Atención a la Mujer en Crisis, de los Servicios Sociales de la Mancomunidad de los Pinares, en Madrid, el maltrato psicológico es mucho peor que el maltrato físico. "Evidentemente, el maltrato físico severo puede dejar secuelas muy graves, como rotura de bazo o pérdida de audición, pero las secuelas psicológicas son las que más perduran. Es difícil que la mujer identifique el maltrato psicológico cuando éste es muy sutil", explica Favieres

d) Patrimoniales: Destrucción de los muebles, ropas, etc. ²¹

2.2.3 Análisis doctrinario

La violencia intrafamiliar es un tema que en los últimos años ha crecido notablemente debido a la falta de conciencia que tienen los ciudadanos. Comprenderlo e identificarlo puede ser a simple vista, pero hasta con una simple palabra se puede causar un daño irreparable. Disminuir la incidencia y prevalencia de la violencia intrafamiliar es posible por medio de planes, programas y actividades en conjunto con la Secretaria de Estado y la sociedad civil. Es un problema social de grandes

²¹ Monografías,<<Formas de violencia intrafamiliar>> (febrero 2006) <http://www.monografias.com>, 18 de febrero, de 2006

dimensiones que afecta sistemáticamente a importantes sectores de la población especialmente a mujeres, niñas, niños, ancianos y ancianas. Una forma endémica de la violencia intrafamiliar es el abuso a las mujeres por parte de su pareja.

Las manifestaciones de la violencia íntima también denominadas violencia intrafamiliar o violencia doméstica, incluyen la violencia física, psicológica y sexual. Según estudios realizados en América Latina, entre un cuarto y la mitad de las mujeres informan haber sido abusadas por sus parejas.

La prevalencia significativa de la incidencia intrafamiliar, constituye un serio problema de salud, un obstáculo oculto para el desarrollo socioeconómico y una violencia flagrante a los seres humanos. La violencia intrafamiliar hacia la mujer tiene un alto costo económico y social para el estado y la sociedad y puede transformarse en una barrera para el desarrollo económico. Violencia intrafamiliar, toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra.

2.2.4 La víctima

De acuerdo al concepto de violencia intrafamiliar, quienes la sufren se encuentran principalmente en los grupos definidos culturalmente como los sectores con menor poder dentro de la estructura jerárquica de la familia como las mujeres, los menores de edad (niños y niñas), los ancianos y los discapacitados.

Un factor común en quienes han sufrido situaciones de violencia en la infancia, sean hombres o mujeres es la baja autoestima. Esta, por efecto de la socialización de

género se manifiesta de manera distinta según el sexo: en las mujeres incrementa los sentimientos de indefensión, originados tras los intentos fallidos de salida de la situación de maltrato, y la culpabilidad; en los hombres, activa mecanismos de sobrecompensación que lo llevan a estructurar una imagen externa dura.

En un nivel emocional la víctima posee sentimientos de desesperanza, se percibe a sí misma sin posibilidades de salir de la situación en la que se encuentra. Tiene una idea hipertrofiada acerca del poder del agresor, el mundo se le presenta como hostil y cree que nunca podrá valerse por sí misma.

En general la víctima suele sentir vergüenza por los actos de violencia de su pareja, actitud denominada delegaciones emocionales y definida como aquella circunstancia en las que un miembro de la familia siente el malestar que debiera sentir otro. De igual forma suelen sentirse culpables del fracaso de su relación, atribuyéndose muchas veces la responsabilidad de ser maltratadas mediante las mismas justificaciones que utiliza el agresor, reforzando así sus conductas.

Cuando el maltrato es muy grave y prolongado la víctima puede tener ideas de suicidio o de homicidio, se refuerzan los sentimientos de desvalorización y comienza a verse a sí misma como inútil, tonta o loca, tal como se le repite constantemente. Muchas veces puede llegar a dudar de sus propias ideas o percepciones, esta pérdida de confianza le dificulta excesivamente tomar decisiones aún aquellas del ámbito más cotidiano y doméstico.

El miedo es una emoción frecuente en las personas que viven violencia, se relaciona con la vivencia de los episodios violentos y generalmente actúa inmovilizando, en muchos casos le impedirá a la víctima salir de la situación de abuso, pedir ayuda y buscar soluciones.

En la dimensión conductual, la víctima tiende al aislamiento y a ocultar al entorno, lo que vive en su relación de pareja y/o familiar. Suele tener conductas temerosas y expresar dependencia y sumisión, experimenta un verdadero conflicto entre su necesidad de expresar sus sentimientos y el temor que le provoca la posible reacción de su agresor. Al mismo tiempo, mantiene diversas conductas de apoyo, cuidado y protección hacia su agresor. Su comportamiento puede aparecer contradictorio y expresa ambivalencias (por ejemplo, denunciar el maltrato y luego retirar la denuncia).

La víctima tiende a ubicarse en un lugar secundario o postergado en sus relaciones, en este sentido se orienta a los otros, percibiéndose poco central o protagónica en los sistemas en que vive, por el contrario, atribuye a su agresor un gran poder, lo asume como dueño de la verdad, le atribuye autoridad y frecuentemente justifica los abusos, ya sea por sentirse responsable de ellos o porque asume que al haber sido su agresor víctima de otros abusos, queda liberado de su responsabilidad.

Otras características, al no ser generales, son identificadas como factores de riesgo, entre ellas el bajo nivel cultural y educacional, nivel socioeconómico de pobreza, de gran relevancia en cuanto a medios y posibilidades para poder escapar o no de una

situación de violencia y un aislamiento social que le impide acceder a fuentes de apoyo externas ya sean familiares o comunitarias.

La represión de las necesidades emocionales lleva a menudo a canalizar la expresión de lo reprimido a través de síntomas psicósomáticos. A nivel sintomático lo más frecuente es encontrar depresión (abierta o larvada), las personas que viven violencia se sienten prisioneras entre la agresión y la impotencia. Por otra parte es frecuente el aumento del consumo de alcohol y drogas como parte de las conductas autodestructivas o de las anestesiantes.

También se encuentra presente la sintomatología de stress post-traumático, cuyos componentes principales son la tendencia a volver a experimentar el trauma, expresado en pensamientos recurrentes, sueños e imágenes y sentimientos que aparecen en forma súbita, pérdida de interés por el mundo externo, por las actividades, sentir a las personas como extraños, inexpresividad afectiva, estado de hipervigilancia, trastornos del sueño, dificultad de concentración y memoria, entre otros. Otros signos serán visibles a través de los indicadores de maltrato o de las consecuencias y efectos de la violencia intrafamiliar.

2.2.5 El agresor

Los agresores presentan ciertas características que contribuyen a describir cómo se va organizando su comportamiento y los mecanismos que le permiten mantener su posición. Frecuentemente quienes están involucrados en relaciones violentas muestran un alto porcentaje de contextos violentos en sus familias de origen. Los agresores

suelen haber sido maltratados o abandonados en su infancia o, al menos, testigos de actos de violencia intrafamiliar. La violencia en la familia de origen ha servido de modelo de resolución de conflictos interpersonales y ha ejercido el efecto de normalización de la violencia. La recurrencia de tales conductas, percibidas a lo largo de la vida, las ha convertido en algo corriente, a tal punto que muchos agresores no comprenden cuando se les señala que sus conductas ocasionan daño.

El agresor, tanto el que maltrata a su pareja como a sus hijos u otros familiares, suele ser una persona de baja autoestima, pobre control de impulsos y sin trastornos psiquiátricos evidentes (aunque suele tener una fuerte tendencia a confundir sus suposiciones imaginarias, como los celos, con la realidad), por tanto su objetivo no es satisfacer algún tipo de necesidad sádica o psicopática que proporcione placer a través del sometimiento del otro, sino emplear un recurso definitivo que le permita instaurar o mantener el poder y control en la relación de pareja o familiar.

El agresor tiende a eludir su responsabilidad a través de medios como la externalización, mediante la cual justifica su actuar con extensas listas de razones o culpando a fuerzas externas; y la negación, que le permite identificar a otros como los causantes del problema y desligarse de las acciones necesarias para superar sus dificultades. En el caso del abuso sexual el agresor tiene plena conciencia de su actuar por lo que niega o encubre su conducta para poder mantenerla. Todo lo anterior como una manera de proyección de la responsabilidad y la culpa.

El aislamiento social tiende a ser una imposición a sí mismo pues percibe el entorno más próximo como una amenaza a su necesidad de ejercer control, a pesar de

esto suele proyectar una imagen de excelente cónyuge, pareja, padre o hijo, al adoptar modalidades conductuales disociadas: en el ámbito público se muestra como una persona equilibrada, en la mayoría de los casos no trasunta en su conducta nada que haga pensar en actitudes violentas, haciendo menos creíble una eventual denuncia. En el ámbito privado, en cambio, se comporta de modo amenazante, utiliza agresiones verbales y físicas, como si se tratase de otra persona. Su conducta es posesiva y se caracteriza por estar siempre a la defensiva.

Existen otras características que aunque principalmente se orientan a las víctimas, algunas son asociadas al agresor, sin embargo al no ser generales, son identificadas como factores de riesgo.

2.2.6 Análisis jurídico de violencia intrafamiliar

La ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar Decreto 97-96. en el Artículo uno establece que la violencia intrafamiliar debe entenderse como: “cualquier acción y omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o convivientes o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas.” Según la doctrina la violencia doméstica y la violencia intrafamiliar son distintas instituciones que protegen a diferentes personas, sin embargo la ley guatemalteca no hace ninguna diferencia entre ambas, es decir que la violencia intrafamiliar y la violencia doméstica, es lo mismo.

El veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis, se sancionó el Decreto número 97-96 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contiene la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.

En la actualidad se ha incrementado la violencia intrafamiliar, siendo perjudicados los hijos menores y las mujeres, en su mayoría y en muchos casos han fallecido menores o cónyuges, ya que no se ha prestado el auxilio necesario cuando se han denunciado casos de violencia intrafamiliar, en otras ocasiones la violencia se ha denunciado con suficiente anticipación, y el único trámite que se da a la misma es citar a la persona, pero al saberlo el cónyuge causante amenaza a la mujer o la golpea para que abandone el trámite, y por lo tanto la misma ya que no se presenta a continuar las diligencias, en virtud de la amenazas sufridas.

El hecho por el cual el sujeto activo no comparece a las citaciones que se le hacen raíz de denuncia por violencia intrafamiliar, es porque el Decreto número 97-96 del Congreso de la República (Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar), no contiene medidas de coerción efectivas, no existe persecución penal en referencia no teniendo medidas coercitivas de peso, no tiene el valor necesario que pueda prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar.

El Decreto 97-96 del Congreso de la República, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, define la violencia intrafamiliar como cualquier acción y omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual,

psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o convivientes o exconviviente, cónyuge o excónyuge.

Estas conductas y actitudes, a través de las cuales se expresa la violencia de género, intentan perpetuar el sistema de jerarquías impuesto por la cultura patriarcal y acentuar las diferencias apoyadas en los estereotipos de género, conservando las estructuras de dominio que se derivan de ellos.

En el caso del abuso sexual el agresor tiene plena conciencia de su actuar por lo que niega o encubre su conducta para poder mantenerla. Todo lo anterior como una manera de proyección de la responsabilidad y la culpa. La recurrencia de tales conductas, percibidas a lo largo de la vida, las ha convertido en algo corriente, a tal punto que muchos agresores no comprenden cuando se les señala que sus conductas ocasionan daño.

Todo lo anterior a los ojos de un hombre que sufre maltratos puede resultar irrelevante, además se debe considerar que gran parte de los resultados expuestos se basan en la cantidad y tipo de denuncias recibidas y es un hecho establecido que el hombre agredido en general no denuncia las situaciones de maltrato.

El punto principal de esta investigación es establecer que en el Decreto Número 97-96 del Congreso de la República, no tiene mayor incidencia para erradicar la

violencia intrafamiliar, en virtud que no impone medidas coercitivas de oficio al sujeto activo de violencia intrafamiliar.

CAPÍTULO III

3. Las medidas de coerción

3.1 Definición

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

También llamadas por la doctrina medidas cautelares, las cuales se definen como “todas aquellas injerencias legítimas de la autoridad en los derechos fundamentales y son instauradas como medios para lograr los fines del proceso”²².

Según Ossorio, las medidas de coerción o medidas cautelares son: “cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que su resolución pueda ser más eficaz”²³.

Las medidas de coerción en el proceso penal son actos que limitan la libertad de una persona con el objeto de resguardar la aplicación de la ley penal. El código procesal penal señala como únicos fines de las medidas coercitivas asegurar la

²² Cafferatas Nores, **Medidas de coerción en el proceso penal**, Pág. 153

²³ Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Pág. 613

presencia del imputado en el proceso e impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Otros le llaman medidas de coerción, dando énfasis en la posibilidad de utilizar la fuerza para llevarlas a cabo aun en contra de la voluntad del sometido a ellas. Las mismas no persiguen un fin en si mismas, sino son un medio para lograr otros fines, los del proceso. Una característica fundamental de las medidas coercitivas es su carácter cautelar, de modo que solo pueden mantenerse mientras persistan las condiciones que les dieron origen, de tal forma que estas figuras del derecho procesal no pueden extenderse mucho en el tiempo para evitar que tengan el carácter de una pena anticipada.

3.2 Síntesis histórica.

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

La Pignoris Capio, “era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su

caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio”²⁴.

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legis acciones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

²⁴ Del Valle, Alexander, **Historia del derecho civil**, Pág. 83

3.3 Naturaleza de las medidas cautelares.

“Las providencias cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto judicial posterior, al servicio del cual se dicta”²⁵.

En el aspecto subjetivo, no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia. Podría creerse también que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea, a sus efectos jurídicos", pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras providencias de cognición o de ejecución: efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas. El criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos dichos no nace la providencia cautelar "declarativo-ejecutiva" como providencia única de las cautelares, ni mucho menos una

²⁵ Calamandrei, Piero, **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**, Pág. 109

síntesis que pueda catalogarse como tertium genus frente a los otros tipos de tutela jurídica.

El criterio diferenciador de las medidas cautelares, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por eso que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativas cautelares o ejecutivas cautelares. En este sentido podemos hablar de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia, según antes expusimos del proceso de cognición ni del de ejecución.

3.4 Objeto de las medidas cautelares.

Para la doctrina, el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva.

Piero Calamandrei sostiene que “es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación”²⁶.

Para Eduardo Couture, la finalidad de las medidas cautelares “es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia”²⁷.

²⁶ Ob.Cit. Pág. 54

²⁷ Couture, Eduardo, **Medidas de coerción**, Pág. 115

Jaime Guasp afirma que su finalidad es “que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial”²⁸.

Ramiro Podetti indica que "las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces"²⁹.

3.5 Ámbito de las medidas cautelares.

Aun cuando es prácticamente imposible delimitar en este estudio las fronteras del ámbito de las providencias cautelares, porque ello supone solucionar casuísticamente cada uno de los tipos legales en su carácter cautelar, creemos que es conveniente abordar este tema aunque sea muy parcialmente para conseguir, como principal propósito, mayor claridad del concepto y vislumbrar su justa dimensión dentro del ordenamiento jurídico procesal. Vamos a plantearnos una serie de figuras *legales* que en principio parecen tener relación directa con el concepto de medida cautelar, estableciendo, del análisis de las mismas, si efectivamente están comprendidas dentro de su naturaleza jurídica, o por el contrario, pertenecen a una función jurisdiccional distinta.

²⁸ Guasp, Jaime, **Medidas cautelares**, Pág. 83

²⁹ Podetti, Ramiro, **Introducción a las medidas de seguridad**, Pág. 250

Creo que este tema adquiere singular importancia en nuestro país, desde que no existiendo todavía un estudio amplio y sistemático sobre la materia, hay aún la idea de tomar como únicas medidas cautelares las que presentan sólo un efecto ejecutivo, es decir, las que aseguran la ejecución forzosa; negándole su función indubitadamente cautelar a otras medidas con efectos declarativos o de nudo conocimiento. Este criterio restringido crea una servidumbre de la función cautelar a la función ejecutiva, remozando la doctrina alemana ya superada que, a la par que creaba esa dependencia, hacía esfuerzos por establecer las numerosas excepciones en que las medidas cautelares no tienen efecto ejecutivo sino declarativo.

3.6 Características de las medidas de coerción

3.7

Además de la característica esencial de las medidas cautelares (la instrumentalidad) que constituye su naturaleza jurídica, existen otros rasgos característicos que contribuyen aún más a su definición y a obtener un concepto nítido y concreto de ellas. La instrumentalidad, de la que arriba hemos hablado, se convierte en el verdadero quid lógico de las medidas cautelares; no obstante, la provisoriedad, judicialidad y variabilidad, que enseguida veremos, son propiedades de la medida cautelar que devienen directamente de su relación con la providencia definitiva, consecuencias y manifestaciones lógicas de la instrumentalidad.

La doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son y cuáles las denominaciones de las características propias a las medidas cautelares. Hemos concatenado su enumeración en la doctrina estudiada, para encontrar el vocabulario uniforme y correcto, siendo éstas:

- a) Provisoriedad: cuando decíamos que las providencias cautelares están a la espera de que otra providencia ulterior precava un peligro estábamos abordando el aspecto de su provisoriedad. El aguardar la realización de un acto procesal posterior (entendiendo que el término aguardar comprende una espera no permanente) se significa con esta voz. La provisoriedad de las providencias cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), da inicio de los cuales señalaría la cesación de la primera es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la providencia cautelar supe un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.
- b) Judicialidad: judicialidad en el sentido de que, estando al servicio de una providencia principal, necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia. Los términos jurisdiccionalidad y juridicidad que respectivamente utilizan Brice y González González, para designar esta característica, nos parecen incorrectos: el primero porque siendo muy equívoco denota más fuertemente la facultad de decir el derecho, y el otro porque se refiere a un concepto más amplio, el concepto de derecho. Igualmente tienen carácter judicial, procesal o adjetivo, porque no pueden aspirar a convertirse en providencias materiales, es decir, no satisfacen

el derecho material o sustancial de manera irrevocable. Por regla general aparecen insitas en un juicio, siendo el requisito de pendiente lite, osea una manifestación del carácter de Judicialidad. Esta característica permite también distinguir las medidas cautelares de los derechos cautelares.

- c) Variabilidad: las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula rebus sic stantibus, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. Un ejemplo típico de sentencia con dicha cláusula es la definitiva del procedimiento de medidas preventivas típicas: se reducirá o aumentará el monto de lo embargado, se sustituirán los bienes afectos, se suspenderá sobre los inembargables, hasta mantener adecuado su efecto asegurativo a las exigencias de la providencia definitiva; entretanto, los efectos inciertos de ésta se supondrán iguales a la pretensión del actor, en base a la presunción de procedibilidad del derecho que se reclama. Si cambian las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia. De esto se sigue que produzca una cosa juzgada meramente formal; es decir, aquella que, conservando los caracteres de inimpugnabilidad y coercibilidad eventual, es, sin embargo modificable, peligro de pérdida o desvalorización o si los gastos de depósito no guardan relación con su valor. La variación más radical es la revocación, que puede suceder en tres

casos: a) la revocabilidad automática a que están sujetas al actualizarse la providencia principal que obvia los motivos por los que se le dio origen, sea porque interviene definitivamente lo mediado provisoriamente por ella; o bien, porque al desestimar la pretensión del actor declara la innecesidad de asegurar un derecho inexistente; b) cuando permitiendo la ley dirimir previamente las causas, existencia y efectos de la providencia en sede cautelar, independientemente de la justicia intrínseca del derecho reclamado en lo principal, resulta adecuado revocarla; esto sucede en el procedimiento de medidas preventivas típicas, donde el legislador ha establecido una fase plenaria posterior a la ejecución que culmina con la confirmación o información del derecho primitivo que la acordó, independientemente de lo que decida en lo futuro la sentencia definitiva del juicio principal y c) al ser revocada por el juez que admite la medida de contracautela.

- d) Urgencia: viene a ser la garantía de eficacia de las providencias cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, es pródicamente suplida por las medidas cautelares. Ellas representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. La causa impulsiva

de las medidas cautelares viene a ser el peligro en el retardo de la administración de justicia, originado (ese retardo) en la inobjetable ecuanimidad que deben cumplir los trámites procesales hasta la satisfacción de la pretensión de la parte. El daño que se persigue evitar en la cautela preventiva definitiva, por ejemplo, puede adoptar diferentes formas y halla su origen en la misma parte demandada, en tanto que el daño en las providencias cautelares (provisionales), se concreta siempre en el retardo de la satisfacción definitiva del derecho sustancial. No obstante, el peligro existente para la parte solicitante de la medida, puede tener origen en ella misma o en el sujeto pasivo. Este carácter de urgencia presenta dos manifestaciones distintas. Una es la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución. Basta que haya indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante, para que el Juez actúe recurrentemente, a la manera de un centinela que, cuando observa un movimiento sospechoso en la maleza y no es respondido su "santo V seña", dispara primero y averigua después. Otra manifestación es, en cambio, la precaución que se toma para evitar obstáculos que retarden la ejecución; el concepto precaución aquí debe ser entendido como el modo de prudencia, cuidado, reserva o sigilo con los que se van cumpliendo los trámites.

- e) Bilateralidad de la audiencia: creemos que no es necesario consagrar en las medidas preventivas ambos factores de celeridad y reserva, porque uno de

ambos es suficiente para lograr la precaución deseada, y así lo tiene establecido el legislador al consagrar la celeridad en las formas de la tramitación para obtener el decreto y ejecutar la providencia. No debe entenderse que la característica de urgencia de las providencias cautelares debe erigirse en requisito de procedibilidad de las mismas. Aun cuando la ley exige de un modo directo o indirecto, la prueba del peligro de insolvencia en el caso de las medidas preventivas, en modo alguno se puede inferir que sea la intención de la ley exigir la prueba de la celeridad por parte del solicitante. Esto se debe a que la urgencia constituye, la causa motiva, un elemento constante, en el concepto de medida cautelar.

- f) De derecho estricto: las normas cautelares son, por regla general, de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, las garantías personales (individuales, sociales, económicas y políticas que prevé la Constitución Nacional, teniendo sólo como fundamento un juicio conjetural basado en presunciones de hombre. Si bien el principio *in dubio pro reo* y de plenitud de la prueba para la estimación de la demanda es justificado en el juicio definitivo de cosa juzgada, no ocurre así en el que tiene carácter provisional revocable. Pero, precisamente, la insuficiencia de la prueba y la falta del contradictorio en el conocimiento sumario inicial de la jurisdicción preventiva, deben atemperar la actuación judicial sin desmedrar la eficacia de la administración de justicia. Es así como la Corte Suprema de

Justicia ha establecido que las medidas preventivas constituyen una limitación del derecho de propiedad.

Todo lo que tienda a eliminar o suprimir esta limitación es de interpretación amplia, así como de interpretación estricta lo que tienda a acentuar la restricción y menoscabar la garantía de la propiedad. Las medidas preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida y su aplicación no puede alcanzar por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona.

3.7 Principios constitucionales

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece los principios que ley procesal y la práctica diaria han de respetar.

El Artículo 26 señala que “toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional...”, con lo que queda consagrado el derecho de libre locomoción. En el Artículo 12 se consagra el derecho a un juicio previo, por el cual nadie puede ser condenado sin antes haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y el imputado debe ser tratado como tal hasta que una sentencia firme declare lo contrario. El Artículo seis, por otra parte, permite detener a una persona sólo por la imputación de un delito o falta cuando sea encontrado in fraganti o cuando medie orden judicial en ese sentido. Finalmente, no podrá detenerse a un persona por la comisión de una falta, salvo que no pueda ser identificado fehacientemente.

Conforme lo expuesto, los principios que rigen la aplicación de las medidas de coerción o medidas cautelares son:

3.7.1 Principio de excepcionalidad:

La ley fundamental considera, como lo hemos visto, que el estado natural de la persona es la libertad de locomoción, por lo que la privación de ese derecho es la excepción y nunca la regla. Cualquier restricción a la libertad de movimiento por la autoridad estatal no puede ordenarse sino bajo condiciones estrictas. Las medidas de coerción tienen carácter excepcional y solo pueden ser impuestas mediante resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el proceso.

La constitución permite dos tipos de privación de la libertad o excepciones al derecho de libre circulación: la primera, la posibilidad de ser condenado a pena privativa de la libertad, luego de un debido proceso; la segunda, la posibilidad de ser privado de la libertad durante el proceso, ya sea al comienzo de este o durante éste, antes de que sea dictada una sentencia. La primera de estas posibilidades tiene un régimen propio y ajeno a los objetivos de este trabajo, en cambio, es la segunda posibilidad la que debe ser analizada.

La aprehensión y la prisión preventiva son formas de privación de la libertad antes de una sentencia de condena y por tanto, excepcionales. Tienden a resguardar, tal como se expresó, la aplicación de la ley penal y la persona debe ser tratada como inocente durante su reclusión.

No obstante, la reforma al Artículo 264 del Código Procesal Penal realizada en el Decreto 32-96 ha limitado la vigencia de este principio, por cuanto crea una presunción de iure et de iure de fuga en toda una serie de delitos.

3.7.2 Principio de proporcionalidad:

El principio de proporcionalidad es otro límite a la aplicación de una medida de coerción personal. A través del mismo se busca evitar que la aplicación de la medida de coerción sea más gravosa que lo que pueda ser la aplicación de la pena misma. El Artículo 261 instauro este principio para la prisión preventiva, aunque es válido para el resto de las medidas.

Los Artículos 254 al 277 del Código Procesal Penal, regulan las distintas formas como el Estado puede limitar la libertad durante el proceso. Dentro de estas medidas, se diferencian aquellas de carácter provisionalísimo, muy limitadas en el tiempo y que tienen por objeto la presentación del imputado o de otra persona al proceso, de las medidas que sólo se pueden tomar tras la declaración del imputado, generalmente de mayor duración y que buscan asegurar la presencia del sindicado a todos los actos procesales. En el primer grupo están la citación, la retención y la aprehensión o detención. En el segundo grupo están la prisión preventiva y las medidas sustitutivas.

Según la doctrina, dentro de los principios que regulan su aplicación en la administración de justicia penal están el principio de proporcionalidad el cual exige que en todo caso debe dictarse la medida coercitiva menos gravosa de entre las que sean adecuadas razonablemente para evitar el riesgo de que se trata y como consecuencia

de este principio la medida no debe ser desproporcionada en relación con la gravedad del hecho ni con el peligro que se trata de prevenir, lo que busca este principio es establecer un equilibrio entre la medida que impone el estado y el bien jurídico que se trata de privar . Otro principio que regula su aplicación es el principio de inocencia, ligado a la prisión preventiva. El principio de inocencia conjuntamente con el derecho a la libertad exige que la prisión preventiva sea de carácter excepcional y que la libertad es la condición natural del ser humano, es la regla. Y por ultimo, está el principio de motivación con el cual obligan al tribunal que impone una coerción, motivar en hecho y derecho dichas medidas.

3.8 Clasificación de las medidas de coerción

Las medidas de coerción se clasifican en personales y reales; las primeras, sólo se justifican si sirven a los objetivos y fines del proceso penal. El proceso penal está al servicio del derecho penal. En base al principio constitucional de un juicio previo, a nadie se le puede aplicar la ley penal, sin antes haber sido sometido a proceso penal. Por ello, el decir que el único fundamento de la medida coercitiva está en el proceso penal, nos lleva a afirmar que dichas medidas no pueden tener los mismos fines que tiene la pena y las segundas; tienen como fundamento genérico el asegurar el principio de excepcionalidad y el de proporcionalidad.

El embargo y otras medidas contenidas en el código procesal civil y mercantil y en el código tributario: tienen como finalidad el aseguramiento de las responsabilidades civiles o de la multa, como son el embargo y demás medidas de coerción, el secuestro del código procesal penal: tiene como finalidad el asegurar las evidencias para luego

practicar sobre las mismas los diversos medios probatorios. Las medidas de coerción reales, como su nombre indica, recaen sobre bienes muebles o inmuebles.

3.9 Las medidas previstas en la ley de violencia intrafamiliar

La ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar Decreto 97-96, crea una serie de medidas, que denominan “medidas de seguridad”, destinadas a evitar los actos de violencia intrafamiliar. Aunque la ley no sea clara al respecto, estas medidas parecen tener una finalidad preventiva y se pueden aplicar a partir del momento en el que se interpone la denuncia. La particularidad de estas medidas es que pueden ser impuestas tanto por los jueces de orden penal, como por los jueces de familia.

Las medidas se podrán aplicar en los casos de violencia intrafamiliar que la ley define en el Artículo uno como “cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por tratarse de parientes o convivientes o excoviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas”.

La ley para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia intrafamiliar, tiene como objetivo brindar protección especial a mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos y ancianas y personas discapacitadas, tomando en consideración las situaciones específicas en cada caso, así lo establece el Artículo dos de la citada ley. Para el cumplimiento de su objetivo, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

intrafamiliar establece las medidas de coercitivas o de seguridad que deberán aplicarse, siendo éstas las siguientes:

- a) Ordenar al presunto agresor que salga inmediatamente de la residencia común. Si se resiste se utilizará la fuerza pública.
- b) Ordenar la asistencia obligatoria a instituciones con programas terapéutico-educativos, creados para ese fin.
- c) Ordenar el allanamiento de la morada cuando, por violencia intrafamiliar, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualquiera de sus habitantes.
- d) Prohibir que se introduzcan o se mantengan armas en la casa de habitación cuando se utilicen para intimidar, amenazar o causar daño a alguna de las personas integrantes del grupo.
- e) Decomisar las armas en posesión del presunto agresor, aún cuando tenga licencia de portación.
- f) Suspenderle provisionalmente al presunto agresor la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de edad.
- g) Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir en cualquier forma en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas.
- h) Suspenderle al presunto agresor el derecho de visitar a sus hijos e hijas, en caso de agresión sexual contra menores de edad.
- i) Prohibir, al presunto agresor que perturbe o intimide a cualquier integrante del grupo familiar.

- j) Prohibir, el acceso del presunto agresor al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de trabajo o estudio.
- k) Fijar una obligación alimentaria provisional, de conformidad con lo establecido en el código civil.
- l) Disponer el embargo preventivo de bienes, del presunto agresor. Para aplicar esta medida no será necesario ningún depósito de garantía. A juicio de la autoridad judicial competente, el embargo recaerá sobre la casa de habitación familiar y sobre los bienes necesarios para respaldar la obligación alimentaria a favor de la persona agredida y los dependientes que correspondan, conforme a la ley.
- m) Levantar un inventario de los bienes muebles existentes en el núcleo habitacional; en particular el menaje de casa y otros que le sirvan como medio de trabajo a la persona agredida.
- n) Otorgar el uso exclusivo, por un plazo determinado, del menaje de casa a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el menaje amparado al régimen de patrimonio familiar.
- o) Ordenar, al presunto agresor, que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida. Cuando esta tenga sesenta años o más o sea discapacitada, el presunto agresor no deberá interferir en el uso y disfrute de instrumentos indispensables para que la víctima pueda valerse por sí misma o integrarse a la sociedad.
- p) Ordenar al presunto agresor, la reparación en dinero efectivo de los daños ocasionados a la persona agredida, o a los bienes que le sean indispensables

para continuar su vida normal. Se incluyen gastos de traslado, reparaciones a la propiedad, alojamiento y gastos de traslado, reparaciones a la propiedad, alojamiento y gastos médicos. El monto se hará efectivo en la forma y procedimiento que la autoridad judicial este conveniente para garantizar que la misma sea cumplida.

Las medidas de protección no pueden durar menos de un mes ni más de seis, excepto la consignada en el inciso c). Sin embargo al vencer el plazo y a solicitud de parte, la autoridad competente podrá prorrogarlo.

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de reforma a la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar Decreto 97-96

4.1 Que es una Ley

Según Ossorio una ley es: “toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicable en determinados tiempo y lugar. Dentro de esa idea, sería ley, todo precepto dictado por autoridad competente, mandando o prohibiendo una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados”³⁰.

Una ley: “es una declaración de la voluntad soberana, dictada por el Congreso de la República, por medio de la cual se ordena, permite o prohíbe una cosa. Debe ser sancionada por el Presidente de la República”.³¹

Tal como lo indica Pereira Orozco una ley: “Es el producto del proceso legislativo, la cual puede ser general afecta a toda una sociedad, especial, cuando afecta a un determinado ámbito personal, material, espacial o temporal de validez. También la misma ley puede remitir a la costumbre para que resuelva determinada situación, en cuyo caso estamos ante la costumbre delegada, también remitirnos, para

³⁰ Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Pág. 250

³¹ Marbella, Carlos; <<Super Valores>>. 30 de octubre de 2001. superval@supervalores.gov.co. (21 de junio de 2005).

la resolución de casos, al denominado derecho común y a los principios general del derecho”³².

4.1.1 Jerarquía de las normas jurídicas

Así como lo establece Pereira Orozco, “La jerarquía de las normas jurídicas, es el grado de importancia que en relación de mayor a menor o de menor a mayor, les asigna el Estado para regular la vida societaria”³³.

El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:

a) Normas Constitucionales: Este tipo de normas son de aplicación general, creadas por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual es un órgano de tipo extraordinario y temporal. La Constitución Política de la República de Guatemala posee preeminencia y primacía sobre las leyes constitucionales, esto es, que el hecho de que tanto la Constitución como las leyes constitucionales sean creadas por una Asamblea Nacional Constituyente, no implica que se encuentren al mismo nivel, tal como lo establece el Artículo 175 de la Constitución Política de la República: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*.”

³² Pereira Orozco, Alberto, **Introducción al derecho I**, Pág. 100

³³ **Ibid**, Pág. 176

Las leyes calificadas como constitucionales requieren para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

“La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría.”³⁴

b) Normas ordinarias: Son normas de aplicación general, creadas, principalmente, por el Congreso de la República, órgano permanente y ordinario. “Las ordinarias son a las constitucionales lo que las reglamentarias a las ordinarias.”³⁵

c) Normas reglamentarias: Estas normas tienen por objeto fundamental establecer los mecanismos para la aplicación de las leyes ordinarias.

d) Normas individualizadas: Se objetivizan en una o más personas, pero claramente identificadas, sobre las cuales constituyen correlaciones de derechos y obligaciones. “Una característica común de las leyes constitucionales y ordinarias, es que son de aplicación general; por el contrario, las normas jurídicas individualizadas son de aplicación particular, es decir, se aplican a personas determinadas, que hablando en

³⁴ García Maynes, Eduardo, **Introducción al derecho**, Pág. 85

³⁵ Ibid, Pág. 86

términos procesales o contractuales, diríamos las partes. Entre esta clase de normas podemos citar: los contratos, los convenios de trabajo y las sentencias.”³⁶

“Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiéranse a situaciones jurídicas concretas. Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias y las individualizadas por normas de índole general. Algunas veces, sin embargo, una norma individualizada puede encontrarse condicionada por otra del mismo tipo, como ocurre, por ejemplo, cuando una sentencia se funda en un contrato.”³⁷

En todos los países democráticamente organizados, por lo general, las constituciones suelen o acostumbran a organizar íntegramente todo lo que es relativo al funcionamiento de los cuerpos que ejercen el poder legislativo, contrariamente a lo que sucede con el poder ejecutivo y el poder judicial, a los cuales respecto de cuyos funcionamientos dejan una gran parte a las legislaciones ordinarias.

El derecho de iniciativa es la prerrogativa que tienen algunos funcionarios y organismos de presentar a los parlamentos o los congresos, proyectos o proposiciones de ley, con el privilegio de que sean obligatoriamente tomados en cuenta y discutidos y votados formalmente, para su aprobación, modificación o rechazo.

³⁶ López Aguilar, Santiago, **Introducción al estudio del derecho**, Pág. 138

³⁷ García Maynes, **Ob. Cit.** Pág. 85

Este derecho de iniciativa se diferencia del derecho de petición ordinaria, que es aquel que tiene todo ciudadano, pero en este caso las peticiones no tienen que ser obligatoriamente sometidas a votación ni discutidas, con el único derecho que se le acuse recibo. Ejemplo de esto es que, si un ciudadano envía al Congreso un proyecto de ley, el único derecho que tiene es que se le reciba y se le firme un acuse de recibo, en cambio si un legislador presenta el mismo proyecto, este debe tomarse en cuenta y ser formalmente discutido.

4.2 Proceso legislativo

“El proceso legislativo es el conjunto de actos encaminados a la creación de la Ley”.³⁸

Por legislación entendemos “el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.”³⁹

La Constitución de la República en el Artículo 157 establece: “La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República.....” y el Artículo 171 literalmente indica: “Corresponde también al Congreso: a) Decretar, reformar y derogar leyes”.

³⁸ Pereznieto Castro, Leonel, **Introducción al estudio del derecho**, Pàg. 144

³⁹ García Maynes, **Ob. Cit.** Pàg. 52

El proceso legislativo comprende un conjunto de fases o etapas que deben ser agotadas para que una ley se tome como vigente, ellos son:

- a) Iniciativa
- b) Presentación
- c) Admisión
- d) Discusión
- e) Aprobación
- f) Sanción / veto
- g) Promulgación
- h) Publicación
- i) Vigencia.

4.2.1 Iniciativa de ley

“La iniciativa de ley es exclusiva facultad concedida a determinadas personas, organismos de Estado e instituciones para que puedan presentar al Congreso de la República, para su discusión y aprobación, proyectos de leyes de rango ordinarias”⁴⁰.

Conforme lo establece la Constitución Política de la República en el Artículo 174, tienen iniciativa de ley: “...los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral”.

⁴⁰ Pereira Orozco, **Ob. Cit.** Pág. 92

4.2.2 Presentación

Conforme al Artículo 176 de la Constitución Política de la República que nos remite a la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, en el Artículo 109 en su parte conducente establece: “Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifiquen la iniciativa. La presentación se hará por escrito... ante la Dirección Legislativa del Congreso de la República”.

Una vez leída la iniciativa, el Diputado ponente o el representante del organismo o institución que la presentó, tiene el derecho de exponer ante el pleno del Congreso, los motivos de la iniciativa, sin que ningún otro diputado pueda intervenir. Acto seguido, el pleno del Congreso tiene la facultad de enviarlo a la comisión que corresponda para que emita dictamen o bien obviar este requisito, tal como lo establece el Artículo 112 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo “Los integrantes de las comisiones, al momento de estudiar un proyecto de decreto, podrán proponer enmiendas a su contenido, parcial o totalmente, en cuyo caso tendrán que conceder audiencia al ponente de la iniciativa de ley o al diputado que represente a varios ponentes...El dictamen de la Comisión sólo podrá obviarse mediante el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso.”

4.2.3 Admisión

Vuelto al pleno del Congreso de la República el dictamen favorable y el proyecto de ley, se someterán ambos a su consideración.

Tanto en éste como en el caso de que se hubiese obviado el requisito del dictamen de la comisión, el sometimiento al pleno del proyecto de ley, implica su admisión.

4.2.4 Discusión

Admitido el proyecto de ley se pondrá a discusión del pleno del Congreso de la República en tres debates celebrados en distintos días. No podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en el tercer debate.

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

4.2.5 Aprobación

“Agotada la discusión se entrará a votar sobre la redacción final y en esta forma quedará aprobado el texto”, así lo establece el Artículo 125 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

Aprobado un proyecto de ley, la Junta Directiva del Congreso deberá enviarlo en un plazo no mayor de diez días al ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación, tal como lo establece el Artículo 177 de la Constitución Política de la República.

4.2.6 Sanción

“Se da este nombre a la aceptación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo. La sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las Cámaras”.⁴¹ Sin embargo, a adaptar esta definición a la legislación guatemalteca, quien debería aceptar la iniciativa, sería el Presidente de la República, posterior a la aprobación del proyecto por el Congreso de la República.

El Presidente de la República, puede negar su sanción a un proyecto ya admitido por el Congreso de la República, haciendo uso de su derecho de veto, mediante acuerdo gubernativo en Consejo de Ministros, según Artículo 178 del Congreso de la república.

4.2.7 Promulgación

Es el reconocimiento formal que hace el Ejecutivo de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y en consecuencia debe ser obedecida.

⁴¹ García Maynes; **Ob. Cit.** Pág. 55

4.2.8 Publicación

“Es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla”.⁴²

“Es el acto por el cual el ejecutivo ordena que el decreto ya sancionado sea dado a conocer por el Estado a toda la población a través del Diario Oficial”.⁴³

4.2.9 Vigencia

Conforme al Artículo 180 de la Constitución Política de la República “La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días (Vacatio Legis) después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación”.

4.3 Propuesta de reforma a la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.

En el transcurso del presenta trabajo, se ha expuesto la importancia de la aplicación de oficio de las medidas cautelares o de coerción, por parte de los jueces de paz o de familia, según sea el caso. Como antes fue expuesto las medidas de coerción son muy importantes para asegurar el proceso posterior a las misas, sin embargo no

⁴² **Ibid.**

⁴³ Pereira Orozco; **Ob. Cit.** Pág. 96

solo por eso su importancia, sino también porque protegen a la víctima de su agresor, evitando de esta manera que siga con los maltratos, golpes etc. La ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar en el Artículo dos establece: “De la aplicación de la presente ley. La presente ley regulará la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad, seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar. Asimismo tiene como objetivo brindar protección especial a mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos y ancianas y personas discapacitadas, tomando en consideración las situaciones específicas de cada caso. Las medidas de protección se aplicarán independientemente de las sanciones específicas establecidas por los Códigos Penal y Procesal Penal, en el caso de hechos constitutivos de delito o falta”. La norma relacionada, no establece que la aplicación o imposición de dichas medidas de coerción sean aplicadas de oficio por parte del juez y que por lo tanto la víctima debe solicitarla, cuestión que entorpece el proceso, en virtud de que la víctima en esos momentos se siente coaccionada y con miedo a lo que el agresor pueda hacerle. La propuesta concreta de es determinar la necesidad de que las medidas de coerción sean aplicadas de oficio por un juez competente.

4.3.1 Formas de derogación de la ley

Una ley puede dejarse sin efecto total o parcialmente, a lo primero doctrinariamente se le denomina abrogación y a lo segundo derogación, sin embargo en nuestra legislación se encuentra regulado únicamente con el término derogación ya sea parcial o total.

La Ley del Organismo Judicial regula en su Artículo ocho la forma de derogatoria de las leyes, el cual literalmente establece: “Las leyes se derogan por leyes posteriores:

- a) Por declaración expresa de las nuevas leyes;
- b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en la leyes nuevas con las precedentes;
- c) Totalmente, porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior.
- d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad.

Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado.

De la norma arriba transcrita se deducen dos aspectos muy importantes, el primero que la única forma de dejar sin efecto una ley es por medio de otra que sea posterior y que existen varias maneras para hacerlo, de las que se considera la adecuada para este caso concreto, por declaración expresa de una nueva ley. Esta forma de derogatoria consiste en emitir una ley de igual jerarquía normativa a la que se quiere derogar cuyo contenido dispositivo sea el dejar sin efecto la norma que se quiere expulsar del ordenamiento jurídico del país.

Sin embargo, lo que se pretende con esta investigación no es derogar una ley, sino reformarla, en este caso sería el Artículo dos de la Ley para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.

4.3.2 Propuesta de redacción del Decreto

Toda ley es dividida para su redacción en una parte considerativa y una dispositiva, en la primera se debe expresar los motivos que provocaron la creación de la nueva ley, y en la segunda la creación de la normas jurídicas que vendrán a regular la actividad externa de las personas dentro la sociedad para procurar su convivencia en paz.

4.3.2.1 Parte considerativa

En virtud de que con el presente trabajo se ha demostrado la necesidad de aplicar de oficio por parte de los jueces de familia las medidas de coerción establecidas en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia intrafamiliar y por no existir otro fundamento legal para imponerlas de oficio, propongo la siguiente reforma a la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia intrafamiliar:

ORGANISMO LEGISLATIVO

“DECRETO NÚMERO XX-XXX”

El Congreso de la República de Guatemala,

CONSIDERANDO

Que en el decreto 97-96 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar específicamente en el Artículo dos en donde se establece lo relativo a la aplicación de las medidas de coerción.

CONSIDERANDO

Que la aplicación de las medidas de coerción antes relacionada no permite que los jueces de paz o de familia, según sea el caso, apliquen de oficio las medidas de coerción o de seguridad establecidas en la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.

CONSIDERANDO

Que la no aplicación de oficio de las medidas de coerción por parte de los jueces de paz o de familia, según sea el caso ha impedido que las víctimas de violencia intrafamiliar denuncien hechos delictivos hacia su persona.

CONSIDERANDO

Que es deber del Estado garantizar la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos y que el hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades.

POR TANTO

En ejercicio de la potestad y la facultad que le confiere los artículos 157 y 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA

4.3.2.2 Parte dispositiva

Artículo 1. De la aplicación de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar. La presente ley regulará la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad, seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar.

Asimismo tiene como objetivo brindar protección especial a mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos y ancianas y personas discapacitadas, tomando en consideración las situaciones específicas de cada caso.

Las medidas de protección se aplicarán de oficio, independientemente de las sanciones específicas establecidas por los Códigos Penal y Procesal Penal, en el caso de hechos constitutivos de delito o falta.

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto empezará a regir al siguiente día del de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO, PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN Y VIGENCIA.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL DÍA XX DE XXXXX DE XXXXX.

CONCLUSIONES

1. La familia es el grupo social primario unido por vínculos de parentesco, los cuales pueden ser: consanguíneos, de filiación (biológica o adoptiva) o de matrimonio, incluyendo las alianzas y relaciones de hecho cuando son estables.
2. Se es parte de una familia en la medida en que se es padre o madre, esposa o esposo, hijo o hija, abuela o abuelo, tía o tío, pareja o conviviente.
3. En el derecho guatemalteco, la familia es conocida en sentido estricto y en sentido amplio; ya que el código civil marca derechos y deberes correlativos a los parientes.
4. La violencia intrafamiliar es cualquier daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial que se ocasiona a un miembro de la familia, por parte de parientes o conviviente o exconviviente; cónyuge o excónyuge, o con quien se haya procreado hijos o hijas.
5. Según la doctrina, violencia intrafamiliar y violencia doméstica son instituciones sociales diferentes, sin embargo la ley guatemalteca solamente establece la definición de violencia intrafamiliar, por lo que se concluye que para la legislación guatemalteca violencia intrafamiliar y violencia doméstica son lo mismo.

6. La violencia en la pareja es ejercida mayoritariamente hacia la mujer, realidad que es constatable a nivel de estudios e investigaciones a nivel mundial.

7. Las medidas de coerción, son actos que limitan los derechos de las personas con el fin de garantizar el cumplimiento de un proceso posterior.

8. Las medidas de seguridad pueden ser impuestas de oficio, previo a realizarse una reforma al Artículo dos de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.

RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República, presente la iniciativa de ley, a efecto de reformar el Artículo dos de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, para que las medidas de coerción contenidas en la misma sean aplicadas de oficio, para lo cual debe emitir el decreto correspondiente.
2. Que el Congreso de la República, con la modificación al Artículo dos de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, realice un análisis de las medidas cautelares establecidas en dicha ley y establezca si existe la necesidad de crear medidas más duras para que de esta manera pueda evitarse la violencia hacia la familia.
3. Que el Estado a través de la fiscalía de la mujer, cree proyectos de unión familiar, en los cuales puedan intervenir los miembros de la familia y de esta manera enseñar formas de comunicación entre la misma.
4. Se recomienda que con la reforma a la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, los jueces de familia impongan las medidas de seguridad contenidas en la misma, de oficio.

5. Que el Estado obligue a las empresas de la iniciativa privada a realizar talleres que motiven la unión familiar, con el objeto de involucrar a toda la población guatemalteca y evitar la violencia doméstica.

6. Que el Estado por medio de instituciones internacionales interesadas en proteger los derechos de la mujer, se creen foros sobre la violencia doméstica y sus consecuencias, y que las mismas instituciones, las expandan al interior de la república.

7. Se recomienda a la comisión de derechos humanos del Congreso de la República que nombre a un representante para que vele por la no violación de los derechos de las mujeres en los tribunales de justicia en los procesos de violencia intrafamiliar.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, MARIO. **Derecho procesal civil**. Guatemala. Ed. Universitaria, 1973.
- BONECASN TOJO, Julián. **Derecho de familia**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1975.
- CAFFERATAS, Nores, **Medidas de coerción en el proceso penal**. 3era. edición, España: Ed. Porrúa, 1998.
- CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicos Europa-América, 1972
- COUTURE, Eduardo, **Medidas de coerción**. Barcelona, España: Ed. Labor, S.A. 1959
- DEL VALLE, Alexander, **Historia del derecho civil**, Guatemala: Ed. Carabanchel. 2005
- GALINDO, Garfias. **Introducción al derecho civil**. Costa Rica: Ed. Nueva Era, 1999.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo, **Introducción al estudio del derecho**, 49 edición, Argentina, Ed. Porrúa. 1998.
- GUASP, Jaime, **Medidas cautelares**. España, Ed. Trotta. 1999
- JUAN PABLO II, **Cartas de Juan Pablo II**, Roma: Ed. Arquidiocesana, 1999
- LOPEZ AGUILAR, Santiago, **Introducción al estudio del derecho**, Guatemala. Ed. Universitaria.1998
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales**, 26 edición, Argentina: Ed. Heliasta. 1999
- PACHECO, Luis. **Derecho civil**. 2da. edición, Guatemala: Ed. Construye, 1985
- PEREIRA OROZCO, Alberto, **Introducción al derecho I**, 2da. edición, Guatemala, Ed. Universitaria, 2001
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, **Introducción al estudio del derecho**, Barcelona, España: Ed. Bosch, 1975.
- PODETTI, Ramiro, **Introducción a las medidas de seguridad**. Italia. Ed. Roma, 1996
- TRABUCCHI, Alfredo, **Derecho civil**, 5ta. edición, España, Ed. Versage, 1990

Universidad de San Carlos de Guatemala. **Estudio demográfico de derechos humanos**. Ed. Universitaria, 1997

VILLEGAS, Rojina, **La familia**, 16 edición, México. Ed. Porrúa, S.A. 1989.

Fuentes electrónicas:

Abogados asociados, <<**Apuntes de derecho civil**>> (enero 2006) <http://www.todoelderecho.com.>, 07 de febrero de 2006.

Asociación de mujeres, <<**Violencia intrafamiliar**>> (enero 2006), <http://www.ugt.es>. 08 de febrero de 2006

Conceptos básicos, <<**Violencia doméstica**>> (febrero 2006) <http://www.vidahumana.org.>, 08 de febrero de 2006

Marbella, Carlos; <<**Super Valores**>>. (Octubre 2001). <http://superval@supervalores.gov.co>. 21 de junio de 2005.

Ministerio Público República de Guatemala, <<**No mas violencia contra las mujeres**>> (febrero 2006) <http://www.mp.lex.gob.gt>, 18 de febrero 2006

Monografías, <<**Formas de violencia intrafamiliar**>> (febrero 2006) <http://www.monografias.com>, 18 de febrero, de 2006

Monografías, <<**Derecho de familia**>> (enero 2006) <http://www.monografias.com>, 10 de marzo de 2006

Legislación:

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

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

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

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.
Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República, Decreto número 97-96, 1996.