

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



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE FAMILIA
PARA ENFRENTAR LAS CRISIS Y CONFLICTOS FAMILIARES
EN GUATEMALA**

OCTAVIO NOÉ HERNÁNDEZ ALVA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE FAMILIA PARA
ENFRENTAR LAS CRISIS Y CONFLICTOS FAMILIARES EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OCTAVIO NOÉ HERNÁNDEZ ALVA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2009

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Mario Monzón
Vocal: Lic. Carlos Godoy Florian
Secretario: Lic. Héctor Ovidio Pérez Caal

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Manfredo Maldonado
Vocal: Lic. Nardy Estrada Figueroa
Secretario: Lic. Marvin Estuardo Arístides

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



Lic. Edgar Armino Castillo Ayala
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 03 de junio de 2009

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado Castro Monroy:

Como Asesor de tesis del Bachiller: Octavio Noé Hernández Alva; en la elaboración del trabajo titulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE FAMILIA PARA ENFRENTAR LAS CRISIS Y CONFLICTOS FAMILIARES EN GUATEMALA”**, me complace manifestarle que:

I. El trabajo del Bachiller Hernández es un adecuado aporte técnico y científico, a partir de que aplica un amplio contenido jurídico y doctrinario en relación al derecho de familia, abarcando sus principales fundamentos y elementos que le dan un perfil jurídico propio, con el cual se plantean criterios lógicos para enfrentar la crisis y conflictos familiares que se dan en la sociedad guatemalteca.

II. Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis, fueron acordes para el desarrollo de cada uno de los capítulos, introducción, conclusiones y recomendaciones, para lo cual el sustentante utilizó, el método deductivo, para establecer los principios doctrinarios que fundamentaron el trabajo de análisis y síntesis necesario; el sintético, se empleó para determinar las causas y consecuencias que tienen las crisis y conflictos familiares y el inductivo para determinar los logros que han tenido los medios alternativos de resolución de conflictos en la sociedad guatemalteca. Durante el desarrollo de la investigación se utilizó la técnica de ficha bibliográfica, ya que mediante las mismas se recopiló la información sobre el derecho de familia y acerca de los elementos que informan a la teoría de resolución de conflictos.



Teléfono 22327936



Lic. Edgar Armino Castillo Ayala
ABOGADO Y NOTARIO

III. De acuerdo a lo expuesto en el cuerpo capitular, el trabajo evidencia una adecuada redacción, lo que permite entender los elementos que analiza el sustentante, los criterios técnico-jurídicos que le dan fundamento a cada argumento, así como el uso adecuado de las reglas gramaticales. En esta claridad de redacción, en el curso del texto incluso se encuentran las explicaciones pertinentes acerca de aquellos tecnicismos que en otras circunstancias llevarían al lector a perderse del significado del tema, lo cual en este caso no ocurre porque la línea explicativa se mantiene constante en el trabajo realizado.

IV. La contribución científica del trabajo es de importancia, pues el contenido es de interés para los guatemaltecos y guatemaltecas, ya que la tendencia moderna es a buscar mecanismos alternativos de resolución de conflictos y así evitar esas desavenencias que surgen dentro de la familia y que se profundizan al llevarlos a un órgano jurisdiccional las confrontaciones de la convivencia cotidiana por los altos índices de violencia intrafamiliar que existen en Guatemala; de igual manera, su exposición y explicación de cada una de los métodos alternativos a la vía judicial que lleva a cabo en el desarrollo del informe final, permite que cualquier estudiante que desee informarse sobre los mecanismos más adecuados para abordar un conflicto familiar, encuentre la respuesta idónea a su problemática; siendo el trabajo un aporte significativo y realizado con esmero por parte del Bachiller Hernández.

V. En torno a las conclusiones, el trabajo de tesis del Bachiller Hernández refleja un adecuado nivel de síntesis, puesto que estableció los elementos centrales que configuran los supuestos teóricos y la reflexión doctrinaria, para establecer y definir los principales hallazgos en torno a cada capítulo realizado, con lo cual logró explicitar los factores que condicionan a los conflictos familiares, pero también los mecanismos que aporta la teoría de resolución de conflictos y el derecho de familia para abordar dialogadamente los problemas generados alrededor de la convivencia hogareña. Con estas condicionantes desarrolla sus conclusiones, las cuales son pertinentes, adecuadas, orientadas debidamente hacia los órganos y dependencias involucradas en el abordaje de los conflictos familiares, así como con claridad para que la implementación de las mismas sean viables. Asimismo, evidencia un adecuado uso de la información bibliográfica, la cual resulta actualizada, tomando en cuenta los principales doctrinarios del derecho de familia y de la teoría de conflictos, con lo cual hizo acopio de adecuada información, con lo que logra sintetizar un estudio a partir de los elementos jurídicos predominantes en el medio académico actual.



Lic. Edgar Armino Castillo Ayala
ABOGADO Y NOTARIO



El trabajo de investigación es coherente ya que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía se relacionan con el contenido de la tesis.

De manera personal me encargué de guiar al bachiller Octavio Noé Hernández Alva bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica, aplicando para el efecto los métodos y técnicas apropiadas para la resolución de la problemática esbozada, con lo cual se comprueba la hipótesis expuesta en su plan de investigación.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Edgar Armino Castillo Ayala

Asesor de Tesis Edgar Armino Castillo Ayala
Col. 6220 Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cuatro de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante OCTAVIO NOÉ HERNÁNDEZ ALVA. Intitulado: "ANÁLISIS JURIDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE FAMILIA PARA ENFRENTAR LAS CRISIS Y CONFLICTOS FAMILIARES EN GUATEMALA".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala, 19 de junio de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Como Revisor de tesis del Bachiller: Octavio Noé Hernández Alva; en la elaboración del trabajo titulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE FAMILIA PARA ENFRENTAR LAS CRISIS Y CONFLICTOS FAMILIARES EN GUATEMALA”**, por lo cual le manifiesto que:

I. El contenido científico y técnico de la tesis lo refleja en el momento que hace uso de los fundamentos jurídicos y doctrinarios del derecho de familia, así como el manejo adecuado de la terminología jurídica que informa a esa rama del derecho, con lo cual logra relacionar la doctrina jurídica familiar y la teoría de resolución de conflictos para abordar el estudio de las crisis y conflictos familiares y su resolución legal.

II. La metodología y las técnicas utilizadas por el Bachiller Hernández, evidencian una claridad investigativa, lo cual le permitió emplear los métodos apropiados al tema, tales como el analítico con el cual determina las características y particularidades que adoptan los conflictos familiares doctrinaria y materialmente; de igual manera, con el método sintético relacionó los elementos del conflicto familiar con los mecanismos jurídicos y tutelares que brinda el derecho de familia para solucionar los problemas que las relaciones familiares generan; asimismo, con el deductivo, logró establecer los principios y fines que regulan la relación familiar y la resolución de conflictos, lo cual le permitió aplicarlos a la problemática familiar guatemalteca; Asimismo, en el trabajo de campo evidenció un adecuado uso de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que le permitieron obtener los libros más acertados para llevar a cabo su informe final.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

III. La redacción de la tesis evidencia un adecuado manejo de los tiempos verbales, de la ortografía, la gramática y la sintaxis, con lo cual el informe final evidencia una lógica explicativa adecuada. De igual manera, el trabajo de tesis manifiesta una adecuada utilización de los tecnicismos utilizados en el derecho de familia y en la teoría de resolución de conflictos, lo cual denota que el Bachiller Hernández ejerce un adecuado dominio de ambas propuestas doctrinarias, con lo cual ha construido un cuerpo capitular donde manifiesta ese manejo doctrinario, sin dejar de lado la asimilación por el lector del sentido de sus propuestas y aportes.

IV. La contribución científica de la tesis está dada a partir de explicar los elementos jurídicos particulares que aporta el derecho de familia, tales como los medios tutelares que le brinda la legislación familiar al juez de familia, la obligación de éste de convocar a una junta conciliatoria si se ha presentado la demanda de divorcio, así como el derecho que le asiste a los esposos para que en cualquier momento de ese proceso soliciten al juez conciliarse, dejando sin efecto el juicio; asimismo, se puede encontrar que analiza adecuadamente los fundamentos jurídicos que informan la tutelaridad familiar, la cual se cimenta en el principio superior de la niñez en la toma de decisiones por el operador de justicia y en la protección de la parte más débil en la relación familiar; mientras que con la teoría de resolución de conflictos, la cual el Bachiller Hernández incorpora como una novedad en el tema familiar, explicando las distintas formas que pueden utilizarse para que los miembros de la familia ante un problema dentro del seno del hogar, entablen diálogo entre ellos evitando que un pequeño problema afecte la relación paterno filial; de igual manera, explica la manera en que los jueces de familia deben utilizar formas alternas que beneficien a los hijos y a la pareja al abordar las crisis y conflictos familiares.

V. A partir de esa relación lógica entre manejo de la doctrina y la técnica jurídica con una redacción clara que desembocan en unas acertadas conclusiones que tienen relación directa con sus conclusiones y recomendaciones; de igual manera, la bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis.

Durante la revisión de la tesis, señalé al sustentante una serie de modificaciones, debido a que estime necesarias para comprender de una mejor forma el tema en investigación; encontrándose el Bachiller Octavio Noé Hernández Alva conforme.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

El Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala, oportunamente dictaminó favorablemente a la tesis en cuestión y asesoró con experiencia al bachiller Octavio Noé Hernández Alva, para efectuar la revisión de los planes de investigación, los cuales fueron cumplidos adecuadamente.

De manera personal me encargué de guiar a la estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científico, aplicando para el efecto los métodos y técnicas acordes para la resolución de la problemática relacionada, con lo cual se comprueba la hipótesis respectiva a la importancia de cómo enfrentar las crisis y conflictos familiares en Guatemala.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,


Lic. Otto René Arenas Hernández
Revisor de Tesis
Colegiado 3805


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Guatemala, veinticuatro de septiembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante, OCTAVIO NOÉ HERNÁNDEZ ALVA Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE FAMILIA PARA ENFRENTAR LAS CRISIS Y CONFLICTOS FAMILIARES EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh



DEDICATORIA

A DIOS:

Ser supremo que me dio la vida, por guiarme y llenarme de muchas bendiciones en especial al permitir culminar esta etapa tan importante de mi vida. A él sea la gloria

A MIS PADRES:

Gildardo Octavio Hernández, por motivarme siempre a lograr mis objetivos, como también por su apoyo incondicional en todo momento.

María Lidia Alva Tello, gracias por sus oraciones pues a través de ellas hoy veo culminada la carrera universitaria.

A:

Mi esposa e hija Laura Amelia Ruiz Díaz y Laura Gabriela Hernández Ruiz, por su apoyo, paciencia y comprensión, mi amor para ellas.

A MIS HERMANOS:

Infinitas gracias porque siempre me han apoyado cuando lo he necesitado.

A MIS AMIGOS:

Lester Gustavo, Erika, Damaris, Claudia, Verónica y a todos aquellos que de alguna u otra manera fueron partícipes para ver este sueño realidad.

A:

Universidad de San Carlos de Guatemala, mi segunda casa, mi alma Mater, siempre estarás en mi corazón.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho de familia.....	1
1.1. Concepto de derecho de familia.....	1
1.1. Concepto jurídico de la familia.....	2
1.3. Naturaleza jurídica.....	4
1.4. Adquisición del estado de familia.....	5
1.5. Clasificación de los actos jurídicos familiares.....	11
1.5.1. Título de estado.....	15
1.5.2. Título de estado y prueba del estado.....	16
1.6. Parentesco.....	20
1.6.1. Clasificación del parentesco.....	25
CAPÍTULO II	
2. La familia.....	27
2.1. Antecedentes de la familia.....	27
2.2. Naturaleza de la familia.....	34
2.3. Funciones de la familia.....	41
CAPÍTULO III	
3. Conflicto y resolución de conflictos.....	49
3.1. Conflicto.....	49
3.1.1. Tipos de conflicto.....	52
3.2. Resolución de conflictos.....	54
3.3. La teoría subyacente de la resolución de conflictos.....	62
3.4. La práctica de la resolución de conflictos.....	65
3.5. Institucionalización de resolución de conflictos.....	70

CAPÍTULO IV

Pág.

4.

El derecho de familia en la resolución de conflictos familiares en Guatemala.....	75
4.1. El origen del conflicto familiar.....	75
4.2. La Justicia Familiar y el respeto al sistema.....	79
4.3. La mediación familiar y las formas de trabajarla.....	80
4.4. El derecho de familia como medio para solucionar los conflictos Familiares.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se justifica a partir de que en Guatemala se hace mención de altos índices de violencia intrafamiliar, por lo que se consideró oportuno llevar a cabo un trabajo que permitiera determinar el papel del derecho de familia para solucionar conflictos familiares. A partir de ello, se definió como problema cuál es la importancia del derecho de familia para enfrentar la crisis y los conflictos familiares en Guatemala.

Ante esa problemática, se planteó la hipótesis de que el derecho de familia continúa siendo fundamental en la resolución de los conflictos, familiares especialmente los relacionados con sucesiones, bienes y derechos alimentarios. Asimismo se planteó como objetivos establecer los elementos que integran a esta rama del derecho, determinar las características de la familia moderna y analizar los conflictos que pueden surgir en las relaciones familiares.

Como supuestos de investigación se plantearon aspectos relacionados con que la familia tradicional es la más extendida en Guatemala; así como que la tendencia moderna es a buscar mecanismos alternativos de resolución de conflictos para evitar que las desavenencias personales dentro del seno familiar se profundicen al llevar a un órgano jurisdiccional las confrontaciones que genera la convivencia cotidiana en el hogar.

También, se partió de analizar la problemática familiar tomando como base los fundamentos jurídicos que plantean el derecho de familia, así como de la teoría de conflictos. Para lo cual se utilizaron los métodos que permitieran de manera deductiva establecer los principios doctrinarios que fundamentaron el trabajo de análisis y síntesis necesarios en la redacción de los cuatro capítulos de que consta el informe final; en el primero se abordan los elementos y características del derecho de familia, en donde se hace alusión a sus componentes doctrinarios que lo informan como una rama autónoma del derecho; el segundo se elaboró a partir de establecer el significado de la familia, sus antecedentes históricos, los distintos tipos de familias que existen, así como su situación actual; mientras que el tercero se redactó tomando en cuenta el significado del conflicto, sus características, los elementos que determinan la teoría del conflicto, así como a la resolución de los conflictos; por aparte el cuarto hace referencia al papel que asume el derecho de familia en la resolución de conflictos familiares en Guatemala. Para llevar a cabo el trabajo de campo se hizo uso de las técnicas de investigación bibliográfica y documental, con las cuales se obtuvieron libros y documentos relativos al derecho de familia y a la teoría de conflictos, así como a la resolución de conflictos.

Con el presente trabajo pretendo contribuir a que las controversias que surgan en las familias guatemaltecas se les encuentre una solución pacífica sin recurrir al organo jurisdiccional; y que usted amable lector encuentre una gama de conocimientos relacionados con los conflictos familiares en Guatemala como también el planteamiento de las soluciones al problema.

CAPÍTULO I

1. Derecho de familia

1.1. Concepto de derecho de familia

El derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares.

En Guatemala el derecho de familia está contenido básicamente en el Código Civil. porque el derecho de familia es parte del derecho civil, lo cual implica que no es posible considerar que pertenece al derecho público, ya que las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado, pues se trata de relaciones entre las personas derivadas de su vínculo conyugal o de su parentesco, no variando esta situación el hecho de que numerosas relaciones familiares están determinadas por normas de orden público.

“El orden público, en el derecho privado, tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas. Esto no significa que las relaciones jurídicas dejen de ser del derecho privado por el hecho de que estén, en numerosos casos, regidas por normas imperativas, es decir, de orden público.”¹

¹ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho civil mexicano**. Pág. 177.

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones así: 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, entre otros.

El hecho de que los intereses familiares que el derecho protege no sean intereses meramente individuales, y que por ello, el contenido de los deberes y derechos no sean disponibles mediante la autonomía privada, no obsta a advertir que el modo de obtener la satisfacción concreta del interés familiar suele descansar en el razonable acuerdo de los responsables de su cumplimiento; aún ante situaciones de conflicto, en el Código Civil encontramos reconocidos amplios ámbitos de autonomía para que los involucrados acuerden el más conveniente modo de resolver el conflicto por ejemplo: el divorcio por mutuo consentimiento, la admisión de acuerdos en cuanto a alimentos, guarda y custodia de los hijos, atribución de la vivienda y muchos más.

1.1. Concepto jurídico de la familia

Desde una perspectiva jurídica, la familia en sentido amplio. Está formada por todos los individuos unidos por vínculo jurídico familiares que hayan dado origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.

Es necesario aludir a los vínculos que derivan del matrimonio y no de la mera unión intersexual, además en la filiación que han comprendido la biológica y la adoptiva, pero a

su vez, en el ámbito jurídico también se puede reducir el concepto de familia a los padres y sus hijos menores; es esta familia nuclear el objeto de muchas normas tutelares específicas por ejemplo normas sobre alimentos.

“También existen las denominadas familias ensambladas o reconstituidas, que reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales. Gráficamente se ha sintetizado el fenómeno del siguiente modo: los niños pasan a tener nuevos hermanos, nuevos compañeros de juego; se agregan tíos, abuelos provenientes de otras familias; padrastros y madrastras cumple funciones que en algunos niveles que se superponen con los padres biológicos. Todo ello genera tensiones y crisis, porque cada miembro de esta nueva familia ingresa con una historia que proviene de su situación familiar previa.”²

Si bien en el derecho positivo guatemalteco no se legisla sobre la familia ensamblada, hay normas que la presuponen; por ejemplo, entre un cónyuge y los hijos del otro (hijastros) existe parentesco por afinidad en primer grado, que genera deber alimentario recíproco, siendo dichos alimentos a cargo de la sociedad conyugal.

El derecho de familia tiene características que les son propias, tales como numerosas normas de orden público que no están sujetas a modificación de los particulares; a su vez, es el Estado el que interviene en actos de emplazamiento en el estado de familia. como por ejemplo mediante el registro civil en la celebración del matrimonio.

1.3. Naturaleza jurídica

² Flandrin, Jean L. **Orígenes de la familia moderna**. Pág. 24.

El derecho de familia se caracteriza por el hecho de que los derechos están vinculados con obligaciones, y hay muchísimas normas de orden público que restringen la autonomía de la voluntad.

Hay una discusión importante en doctrina sobre si el derecho de familia es parte del derecho público o parte del derecho privado. Las diferencias son:

- Derecho público: se caracteriza por normas imperativas, siendo sus ramas el derecho penal, administrativo, internacional, laboral, tributario, entre otras.
- Derecho privado: las ramas que lo componen son el derecho civil y el derecho mercantil. Que se caracterizan por la autonomía de la voluntad, lo que significa que las partes reglamentan sus derechos y obligaciones; es decir, se ponen de acuerdo sobre la forma en que se van a regir, la misma pueden hacerla ellos siempre y cuando no haya alguna norma de orden público que se los prohíba.

Según el maestro Flandrin: “Entonces, lo que prima en el derecho privado es la autonomía de la voluntad y un estado de libertad y de igualdad entre las partes, mientras que en el derecho público lo que prima es una cierta subordinación a un poder soberano.”³

³ **Ibid.** Pág. 25.

El problema que se plantea es; habiendo tantas normas de orden público dentro del derecho de familia, si este derecho es parte del derecho público o si es parte del derecho privado. La cuestión tiene que ver con lo de subordinación, también con las normas de orden público, y con lo de conductas y funciones que se cumplen dentro de la familia apuntadas a la supervivencia social.

Según Borda, “El Derecho de Familia es parte del Derecho Privado, dice que no hay nada más privado que la familia. Belluscio y Zannoni opinan lo mismo. Los tres sostienen que aún cuando haya normas de orden público, nadie puede decir que no sea Derecho Privado porque dentro del Código Civil hay normas de orden público, por ejemplo: el *numerus clausus* de los derechos reales, las nulidades, etc. Hay normas de orden público dentro del Código Civil y nadie dice que el Código Civil sea parte del Derecho Público.”⁴

1.4. Adquisición del estado de familia

El estado de familia es la posición que una persona ocupa dentro de una familia determinada. el mismo; En el derecho guatemalteco, ni se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, por el no uso de los derechos o porque se usen o ejerzan.

El hecho de que a una persona la traten como hijo no hará que adquiera el estado de familia de hijo. El hecho de que dos personas se traten como un matrimonio tampoco va

⁴ **Ibid.** Pág. 25.

a hacer que adquieren el estado de casados ni los derechos ni obligaciones que esto implica; es decir que si una persona está casada y su cónyuge se muere, lo hereda. En cambio el conviviente mientras no se declare legalmente su estado, no tiene ningún derecho de casado porque no adquirió el estado de casado o de hecho.

Para Flandrin: “El estado de familia se adquiere o se pierde sólo por hechos, actos o sentencias. Es decir, uno puede emplazarse en el estado de familia o desplazarse del estado, conforme la ley, por hechos, actos o sentencias y no por inactividad.”⁵

En el derecho guatemalteco el estado de familia sólo puede adquirirse o modificarse por hechos, actos o sentencias que el legislador diga que son presupuestos para ello.

El estado de familia es permanente pero puede mutarse, modificarse por las disposiciones de la ley como por ejemplo:

- La muerte desplaza a una persona del estado de casado y lo emplaza en el estado de viuda
- El nacimiento emplaza en el estado de hijo, en el estado de madre y, en algunos casos en el estado de padre; sin embargo. El nacimiento de una persona no emplaza de por sí en el estado de padre, ya que hay algunas otras cuestiones: si el hombre está casado con la mujer, los hijos que ella tiene se supone que son del marido, y si

⁵ **Ibid.** Pág. 27.

vive de hecho con ella los hijos que ella tiene son del conviviente al tiempo de la concepción y no del conviviente al tiempo del nacimiento.

Otros actos que emplacen o desplacen el estado de familia son los siguientes:

- El matrimonio desplaza del estado de soltero al de casado.
- El reconocimiento voluntario de un hijo es un acto y emplaza en el estado de hijo.

Y las sentencias que emplazan o desplazan el estado de familia:

- La sentencia de divorcio desplaza del estado de casado al de divorciado.
- La adopción plena o simple emplaza en el estado de hijo, crea ese estado.

La sentencia de filiación emplaza en el estado de hijo pero no crea dicho estado, sino que sólo lo reconoce.

“La posesión de estado de familia (esto es: actuar como si uno tuviera un estado de familia determinado, sin tenerlo en realidad, por ejemplo, actuar como hijo de alguien sin serlo) es una prueba que en el estado de familia hace presumir la existencia de vínculo biológico. Si se prueba en juicio y no se tiene otra prueba, el juez puede llegar a fallar, como en cualquier juicio, con relación a las presunciones graves, precisas y concordantes que son parte procesal de un juicio.”⁶

⁶ González, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil**. Pág. 124.

Si bien se va a estudiar otras características del estado de familia; se debe tener siempre presente que una persona tiene un estado de familia, siempre el mismo. No puede tener uno distinto con unas personas y otro estado con otras, sino que uno tiene siempre frente a todos el mismo estado de familia; esta situación se vincula con el litisconsorcio pasivo necesario en un procedimiento por ejemplo: si se tiene que impugnar un reconocimiento de hijo porque no coincide ese acto con el reconocimiento biológico, se va a demandar al reconociente como supuesto padre de ese hijo, pero también se tiene que demandar al hijo porque el hijo está involucrado en esta situación y el reconociente no puede dejar de ser padre de ese hijo sin que ese hijo deje de ser hijo de ese padre.

El estado de familia es oponible frente a todos (erga omnes), en consecuencia. La persona puede oponer su estado de familia a terceros para ejercer los derechos y obligaciones de tal estado por ejemplo: si alguien retiene al hijo menor de edad de una persona, basta plantear que es él el padre (o la madre) para que lo restituyan.

A su vez. Si el hijo menor de edad de esa persona daña a un tercero, el tercero puede demandarla para que ella se haga responsable de los daños que se le ocasionaron; es decir; el tercero opone en contra de la persona su estado de familia para que ésta se haga responsable, en virtud de la patria potestad, de los daños causados por su hijo.

Para ejercer los derechos que derivan del estado de familia frente a terceros o para que los terceros se opongan a las obligaciones derivadas del estado de familia, la persona tiene que probar dicho estado de familia; es decir: cuál es el elemento por el cual

exhibido frente a terceros, esa persona puede ejercer los derechos o hacer cumplir obligaciones en contrario.

El estado de familia se prueba con lo que se denomina en la doctrina título de estado formal. Que es el instrumento o el conjunto de instrumentos por los cuales la persona acredita su estado de familia por ejemplo: si una persona dice que es viuda y que quiere pedir una pensión, deberá probarlo con el instrumento o el conjunto de instrumentos que acrediten su estado de familia como partida de matrimonio y partida de defunción de su cónyuge.

Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas (la de los contrayentes en el matrimonio, la del progenitor que reconoció un hijo, la de los adoptantes, etc.) se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familia.

Que éstas, en su contenido escapen a la regulación de los interesados, no obsta a que la fuente de la relación obedece a un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato crear, modificar, conservar o extinguir derechos familiares.

En la doctrina ha predominado este criterio, que permite aludir al acto jurídico familiar como especie dentro del género acto jurídico; de este modo. Dicho acto es aplicable como fuente de relaciones de derecho de familia, aunque el contenido de esas relaciones esté predeterminado por el Código Civil. Así, por ejemplo: al establecerse que

la maternidad se determina por el parto de la mujer, debidamente acreditado, sin que sea menester el reconocimiento del hijo.

Respecto al tema de la prueba del estado de familia existen tres posiciones distintas.

Para Borda, “la única manera de probar el estado de familia es con las partidas del Registro Civil porque hay una norma que establece que todos los actos y hechos que crean, modifican o extinguen el derecho de familia tienen que ser inscritos en el Registro Civil. Entonces, para Borda, el único título de estado formal o el único instrumento para acreditar el estado de familia es la partida del Registro Civil, es decir, el certificado de las copias que expide el Registro Civil.”⁷

Para Belluscio: “Son títulos de estado formal los instrumentos privados debidamente reconocidos o instrumentos públicos (entre ellos, por supuesto, se encuentran las partidas del Registro Civil).”⁸

Los elementos del instrumento privado son: fecha y firma, pudiendo ser instrumentos privados: el certificado de nacimiento firmado por el obstetra, debidamente reconocido por el director del hospital acredita los estados de madre o de hijo, según la posición que se adopte; el reconocimiento de un hijo puede ser un instrumento privado si está reconocida la firma o con firma certificada.

⁷ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Pág. 142.

⁸ **Ibid.** Pág. 143

Zannoni adopta una posición intermedia y considera que: “son títulos de estado formal las partidas del Registro Civil y, además, en todos los casos donde sólo puede crearse el estado de familia por sentencia (cuando sólo interviene la actividad jurisdiccional), la sentencia también acredita el estado de familia, siendo éstas de divorcio y de adopción, por lo que sólo serían títulos las partidas del Registro Civil, salvo que se dicte una sentencia que cree el estado de familia; es decir, que el estado de familia no pueda ser creado o determinado si no es por la actividad jurisdiccional, que no pueda crearse por ninguna otra manera más que por una sentencia.”⁹

Una cosa es que la sentencia cree el estado de familia y otra cosa es que pueda probarse el estado de familia con la sentencia o que tenga que inscribirla en el Registro Civil.

1.5. Clasificación de los actos jurídicos familiares

Los actos jurídicos familiares sean clasificados en actos emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia; así: 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. Esta distinción está estrechamente vinculada a la distinción entre acciones de

⁹ **Ibid.** Pág. 144

estado de emplazamiento y desplazamiento, pues si existen innumerables supuestos en que la constitución o la extinción de relaciones familiares se obtienen mediante acciones judiciales, no bastando la sola voluntad de los interesados.

También pueden distinguirse los actos jurídicos familiares en unilaterales o bilaterales; unilateral, es el reconocimiento del hijo pues se perfecciona por el solo reconocimiento del padre; en cambio es bilateral en el matrimonio, porque requiere el consentimiento de ambos contrayentes.

La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuyó un status. a todo individuo le corresponde también un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, aún por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso de 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 la persona existencia visible, que resulta entonces inescindible de la persona misma, y por tanto inalienable e irrenunciable. Siendo inescindible de la personalidad, por ser un atributo de ella, el estado de familia reúne los siguientes caracteres:

a) Universalidad

El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares, lo cual significa que no se limita a las relaciones determinadas por la filiación, sino que comprende las relaciones determinadas por el matrimonio, por la adopción y las que establece el parentesco.

b) Unidad

El estado de familia de una persona comprende la totalidad de los vínculos jurídicos que le ligan con otras, sin diferenciar en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.

c) Indivisibilidad

La persona ostenta el mismo estado de familia erga omnes; es decir, frente todos. Y no un estado por ejemplo de soltero frente a unos y de casado frente a otros.

d) Oponibilidad

El estado de familia puede ser opuesto erga omnes, y permite la actuación en sede judicial para hacerlo valer, así como para ejercer los derechos que de él derivan ante quien pretendiera desconocerlos.

e) Estabilidad o permanencia

Esto quiere decir que el estado de familia se mantiene inalterable hasta que sucede un hecho o una situación jurídica que lo modifica; por lo cual el estado de casado puede transformarse en estado de divorciado, el estado de hijo puede ser si prospera la acción de impugnación de la paternidad, entre otros.

f) Inalienabilidad

El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio; porque el mismo no puede ser modificado, ni alterado, ni cedido por su titular, ni ser transmitido por voluntad de éste a terceros.

g) Imprescriptibilidad.

El estado de familia no es prescriptible, de manera que el curso del tiempo no altera el estado de familia y tampoco el derecho a obtener el emplazamiento.

El estado de familia es inherente a la persona; de manera que no puede ser escindido de ella, no puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular, no puede ser transmitido mortis causa, y 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 la revocación de la renuncia a la herencia.

1.5.1. Título de estado

Se alude al título de estado como instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de una persona; en este caso se utiliza el término título de estado en un sentido formal para identificar como título que el documento que hacen oponible erga omnes en la familia y desde luego lo prueban, por lo que el estado resulta de los instrumentos inscritos en el registro del estado civil y capacidad de las personas, en el cual se registra en los nacimientos, matrimonial y defunciones.

Pero también puede aludirse al título de estado en sentido material o sustancial; aunque en ese caso el término título se utiliza para hacer referencia a la causa (causa o título) de un determinado emplazamiento, por ello es que la filiación reconoce como título los presupuestos biológicos que permiten atribuirle en relación al padre y a la madre.

Si no media un reconocimiento voluntario del hijo, éste podrá accionar para obtener el emplazamiento probando el presupuesto biológico; en donde este hijo aún no reconocido, pero que afirma judicialmente serlo de determinada persona, hace valer la causa o título de un emplazamiento.

1.5.2. Título de estado y prueba del estado

“El estado de familia se prueba con el título formalmente hábil. Por ejemplo, el estado de hijo se prueba y se opone erga omnes mediante la partida de nacimiento, los testimonios o certificados expedidos por el registro civil. Si lo que pretende probarse es el estado de hijo matrimonial se requerirá además, la partida, testimonio o certificado del matrimonio de los padres. Existiendo título de estado formalmente idóneo, y éste hace oponible el estado de familia y lo prueba. Pero, puede probarse el emplazamiento por otros medios cuando no es posible obtener el título. Así por ejemplo, si resulta imposible obtener el testimonio o certificado de nacimiento, el hijo podría mediante pruebas suplir la carencia del título y acreditar que es el hijo de quienes él afirma son sus padres.”¹⁰

Cuando el emplazamiento en el estado de familia se obtiene mediante una acción judicial, la sentencia judicial que declara la filiación que no fue reconocida constituye también el título de estado en sentido formal. La inscripción de dicha sentencia en el registro civil atañe a la publicidad del título.

“Si es una posesión de estado, el emplazamiento en el estado de familia requiere del título de estado en sentido formal, puesto que sólo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al estado. Pero bien puede suceder que una persona ejerza, en los hechos, tales derechos y deberes sin

¹⁰ Bonnecase, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 82.

título. Tal el caso de alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres. Del mismo modo, un hombre y una mujer que dicen ser marido y mujer, se comportan públicamente como tales y viven juntos, pero no han contraído matrimonio. En estos casos se dice que hay posesión de estado, aún cuando no existe un estado de familia. Tal posesión de estado tiene importancia jurídica, porque permiten la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, reconocen por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado.”¹¹

En otros casos la posesión de estado constituye un hecho que la ley toma en cuenta para atribuir determinadas consecuencias jurídicas, siendo un caso el concubinato de la madre con el presunto padre, durante la época de la concepción hace presumir su paternidad salvo prueba en contrario.

De acuerdo a Bonnecase: “Antiguamente, la posesión de estado requería la presencia de tres elementos: nombre, trato, y fama; que el sujeto, el presunto hijo, fuese conocido con el nombre del presunto padre, que además fuera tratado como hijo por éste, y que fuese tenido por hijo, en virtud de ese trato, por los miembros de la comunidad. El concepto se reduce a el TRATO que se dispensa como si la persona estuviera emplazada en el estado de familia respectivo; tal el supuesto del hombre que trata al niño como un padre trata a su hijo.”¹²

¹¹ **Ibid.** Pág. 84.

¹² **Ibid.** Pág. 85.

La posesión de estado crea entonces, un estado aparente de familia así: el estado filial que podrá convertirse en el estado de familia de hijo a través del emplazamiento si media reconocimiento o sentencia que declara la paternidad, en donde también hay un estado matrimonial aparente en caso de unión de hecho no declarada, ya que los convivientes conviven de un modo similar a los esposos.

Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde, tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado; así. El hijo no reconocido sostiene en juicio que existe el vínculo biológico con el propósito de que mediante la sentencia se lo emplace en ese estado, siendo éste el caso de la acción estado constitutivo del estado de familia.

El actor puede también pretender la modificación de su estado de familia; el casado, que a través de la demanda de separación personal, pretende modificar ese emplazamiento. La acción, también puede estar destinada a extinguir el emplazamiento en un estado de familia, que puede ser por medio de una acción de impugnación de la filiación.

Las acciones de ejercicio de estado tienden a hacer valer los derechos y a obtener el cumplimiento de los deberes que derivan del estado de familia y que pesan sobre otros sujetos; emplazado en el estado de hijo, éste ejercita la acción de alimentos en virtud del derecho que deriva de ese título.

La necesaria intervención de los jueces para la realización de actos vinculados al patrimonio de los menores, o el desemplazamiento del estado de casado y el emplazamiento en el de divorciado que requieren el pronunciamiento de una sentencia judicial en juicios referidos a cuestiones de familia, siendo las particularidades de esta rama del derecho las que determinan la necesidad de establecer tribunales de familia.

La característica que debe ofrecer un tribunal de familia es la inmediatez, es decir: el conocimiento directo por parte del juez de los sujetos enfrentados, y no el conocimiento indirecto que significa un mero procedimiento escrito desarrollado ante juzgados de competencia múltiple; debiendo estos tribunales contar con equipos estables de auxiliares, tales como psicólogos o terapeutas familiares y asistentes sociales.

En Guatemala la competencia en materia de cuestiones de familia está deferida a un juzgado especializado de instancia única en el cual se sustancia el proceso y las cuestiones incidentales, los cuales emiten sentencias constitutivas o declarativas.

Son sentencias constitutivas aquellas cuyo ejercicio es el presupuesto para la constitución, modificación o extinción de un estado de familia determinado; en donde la sentencia de divorcio o la de adopción son constitutivas del estado de divorcio o adoptado, respectivamente. En cambio, son acciones declarativas aquellas en la que se declara la existencia o inexistencia de los presupuestos que son el fundamento del vínculo jurídico familiar.

“Las sentencias típicamente constitutivas crean o modifican el estado de familia para el futuro, sin efecto retroactivo; en cambio, las declarativas, señalan la existencia o inexistencia de los presupuestos esenciales del estado de familia de qué se trata, y en consecuencia retrotraen sus efectos al momento en que, según la ley, se juzgan existentes o inexistentes dichos presupuestos; por ejemplo, triunfante en la impugnación de la paternidad, el hijo deja de ser tal ante el derecho no sólo para el futuro, sino desde el momento de la concepción. ”¹³

Es razonable distinguir entre el efecto de la cosa juzgada y la oponibilidad erga omnes del título de estado; pues el tema de la relatividad de la cosa juzgada, significa que quienes están legitimados para promover el juicio podrán hacerlo aunque antes se haya dictado sentencia en juicio promovido por otro legitimado; pero independientemente de ello, el título de estado que la sentencia constituye o modifica es oponible erga omnes o sea que se mantiene indivisible ese estado de familia que se constituye o modifica por la sentencia, sin perjuicio de que, en el futuro, pudiera ser alterado por otra sentencia.

1.6. Parentesco

El parentesco es una cadena de filiaciones, es una cadena con eslabones, de vínculos jurídicos y efectos jurídicos, tales como: la imposibilidad de celebrar matrimonio entre determinados parientes, de ser testigos en determinados casos civiles o penales, de ser escribano con relación a las escrituras de algún pariente, y muchos más.

¹³ Bonnacase, Julián. **Elementos de derecho civil**. Pág. 234.

“También hay cuestiones genéticas que hacen a la prohibición: uno puede tener genes recesivos o dominantes, donde el gen recesivo es aquél que está en la cadena de ADN heredado (genotipo) pero que no se manifiesta externamente (fenotipo); entonces dos hermanos pueden tener genes recesivos, pero al combinarse esos genes pueden convertirse en dominantes. Puede ocurrir que se trate de genes recesivos de enfermedades que no se manifiestan y, al combinar la cadena genética, los hijos de esa prole tengan esas enfermedades.”¹⁴

Entonces, el parentesco es un vínculo jurídico y produce efectos jurídicos; por ejemplo: permite demandar por alimentos, o en el caso de las sucesiones permite la posibilidad de heredar, de transmitir el patrimonio del muerto al vivo.

El parentesco es un vínculo jurídico que une a una persona con las personas de las cuales desciende y con las personas que descienden de ella y con las que, como ella, todas en igualdad, tienen ascendientes en común.

Los parientes colaterales son aquellos que tienen algún ascendiente en común con la misma persona.

Al computar el parentesco, es decir, la designación con que se conoce a cada pariente por la manera de llegar a él; se trata de decir la manera de computar a un pariente sin decir el caso o el asiento que está ocupando.

¹⁴ Baqueiro Rojas, Edgardo y Buenrostro Báez, Rosalía. **Derecho de familia y sucesiones**. Pág. 56.

El parentesco se clasifica o se computa según sea:

- a) Consanguíneo: filiaciones derivadas de lo biológico
- b) Afín: parientes consanguíneos del cónyuge
- c) Adoptivo: derivado de una filiación adoptiva.

Por lo tanto al parentesco se clasifica en consanguíneo o parentesco por consanguinidad, parentesco afín o parentesco por afinidad, y en parentesco adoptivo o parentesco por adopción.

“Si yo digo que me voy a referir al parentesco por consanguinidad, se entiende que me voy a referir a vínculos de filiación derivados de lo biológico; si digo que es un parentesco adoptivo, se entiende que hay un vínculo derivado de una sentencia de adopción, y si digo parentesco por afinidad, se sabe que me refiero a una persona que tiene parentesco con los parientes consanguíneos de su cónyuge, lo que solemos denominar familia política.”¹⁵

El parentesco se computa por líneas y por grados:

- a) LINEAS: sucesión de filiaciones, y puede ser línea recta (ascendente o descendente) o colateral.

¹⁵ González. **Ob. Cit.** Pág. 135.

Las líneas rectas son aquellas que unen a una persona con aquellos de quienes ascienden o con aquellos que descienden de ella, siendo ascendentes cuando se busca a los ancestros y descendentes cuando se busca a la descendencia.

Si se indica que se trata de un parentesco por consanguinidad en la línea recta descendente, se tendrá que buscar entre hijo, nieto y así llegar hasta el cuarto grado.

Las líneas colaterales unen a aquellos que tienen ascendientes en común; significando que si se trata de parentesco por consanguinidad en la línea colateral, se van a encontrar a hermanos, primos, tíos, sobrinos, tío-abuelo, etc.

Cuando la línea es colateral, hay algún ascendiente en común y se tiene que “doblar” es decir; se tendrá que ir hasta el ascendiente en común y luego “doblar” para encontrarlo, precisamente porque no se está hablando de línea recta.

Entonces, como las líneas colaterales se unen personas que tienen ascendientes en común, los ascendientes se denominan troncos porque es precisamente desde donde salen las líneas colaterales.

La primera línea colateral une a aquellos que tienen en común al primer ascendiente: hermano o medio hermano, o sea que cuando se está diciendo parentesco por consanguinidad en la primera línea colateral, se está avisando que ese pariente tiene en

común al primer ascendiente (padre o madre); entonces, están agrupados ahí todos aquellos que tienen el mismo ascendiente que es el primero de la cadena de filiaciones.

Cuando se habla de la segunda línea colateral, se está diciendo camine hasta el segundo ascendiente y doble, pero si se habla de la tercera línea colateral, se hace referencia a algún pariente colateral que tiene en común al bisabuelo.

Entonces, cuando se habla de parentesco por consanguinidad, el interlocutor sabe que se está hablando de filiaciones biológicas; si se dice línea recta busca ascendientes o descendientes; si se dice línea recta ascendente va a buscar al padre, al abuelo al bisabuelo, etc.; si se dice primera línea colateral, buscará al hermano, al sobrino, sobrino-nieto, etc.; si se dice tercera línea colateral se estará haciendo referencia al tío abuelo, pues es el único colateral que tiene en común como ascendiente al bisabuelo, siendo tan colaterales como el hermano, sólo que producirán efectos jurídicos distintos.

b) Grados: el grado es la filiación; es decir: se indica cuántas filiaciones hay hasta llegar a un pariente determinado, en donde familia jurídica llega hasta donde llegan los efectos jurídicos del parentesco y los efectos jurídicos se extinguen en el cuarto grado. Hasta el cuarto grado por lo menos, llega la herencia.

1.6.1. Clasificación del parentesco

1. Parentesco por consanguinidad o consanguíneo: es el que vincula a aquellos que tienen vínculos biológicos.
2. Parentesco por afinidad o afín: se trata de los parientes consanguíneos del cónyuge. Entonces.
3. Parentesco por adopción o adoptivo: Es el parentesco que surge de la adopción y tiene los mismos efectos legales de un parentesco consanguíneo, pero únicamente entre adoptante y adoptado puesto que con los hijos biológicos del adoptante no tendrá ninguna relación parental puesto que el adoptado mantendrá toda su familia biológica, y sólo rige el vínculo con el/los adoptante/s.

Es de hacer constar que el derecho de familia incluye varias instituciones del derecho civil además de las descritas en este capítulo, tales como la ausencia, el matrimonio, la unión de hecho, el divorcio, los alimentos y otras; sin embargo, para fines de la presente tesis esos temas resultan secundarios por lo que no se abordarán.

CAPÍTULO II

2. La familia

2.1. Antecedentes de la familia

Como lo menciona Salvador Minuchin: “La familia es un grupo social natural que determina las respuestas de sus miembros a través de estímulos desde el interior y desde el exterior. Su organización y estructura tamizan y califican la experiencia de sus miembros”¹⁶.

Sin embargo, en un primer estadio; el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu, lo cual determinaba forzosamente que desde el nacimiento del niño se supieran quién era su madre pero no quién era su padre; lo que permite afirmar que en su origen, la familia tuvo carácter matriarcal.

Posteriormente; las guerras y la carencia de mujeres entre otras causas, llevó a los varones a buscar relaciones sexuales con mujeres de otras tribus, antes que con las de ellos; Por lo cual se podía decir que hay allí una primera manifestación de la idea de incesto y el valor negativo que éste tiene frente a la conciencia de los hombres.

¹⁶ Minuchin, Salvador. **Terapia estructural de la familia**. Pág. 19.

“El hombre, luego avanza hacia la formación del grupo familiares asentados en relaciones individualizadas, con carácter de exclusividad. Esto permite suponer que tras aquella primera etapa sobreviniese, en la evolución familiar, lo que se ha dado en llamar la familia sindiásmica, basada en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero sin reciprocidad, es decir, con la libertad de relaciones del hombre con diversas mujeres.”¹⁷

Para las primeras clases de unión; el parentesco se establecía por lugar de nacimiento y grados de consanguinidad o por vínculo que formaba un individuo con otra persona del sexo opuesto, en donde, una vez establecida la unidad familiar, todos y cada uno de los miembros estaban sujetos al cumplimiento de las normas que obedecían. Principalmente al mantenimiento de las costumbres y de las labores que debían ejercerse alrededor de su economía que era la explotación del suelo.

Los cambios culturales que ha tenido Guatemala desde la colonia a la actualidad, no sólo reflejan la transformación de los sistemas de valores, de las costumbres, las tradiciones y las creencias, sino también de las condiciones para constituirse como familia; en donde a lo largo de la historia: tanto la religión como las actividades económicas y el contexto social-político han influido en el hogar primero del hombre.

La mujer indígena se obtenía a través de varios sistemas matrimoniales: por captura, cuando la mujer como botín de guerra, entraba al hogar en calidad de esposa o

¹⁷ Engels, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y el estado**. Pág. 12.

concubina, igualmente se le consideraba esclava o sierva; político, cuando su captura daba al jefe tribal la posibilidad de imponerle tributación en especies o respaldo bélico.

La paz era sellada cuando el victorioso aceptaba las parientas que el jefe de la tribu vencida enviaba como símbolo de amistad por servicios, en el momento en que se realizaba paga o indemnización a la parentela de la mujer o por pérdida de ésta; asimismo, operaban los sistemas matrimoniales por trueque: preferencial (como forma de mantener el poder dentro de un círculo de parientes), y de infantes, cuando los padres de una pareja celebraban desde su nacimiento el convenio del enlace matrimonial, realizable una vez tuvieran la edad señalada por la cultura.

“El sistema matrimonial más generalizado entre los grupos indígenas latinoamericanos fue la compra de la mujer. Ella tenía un alto valor en la cultura, pues, además de cumplir tareas de producción, representaba la posibilidad de hallar esposa para los varones. Su precio, cotizabile en objetos de alta apreciación como las mantas, las joyas y el oro en polvo, se entendía como el resarcimiento que obtendría la familia de la mujer por el bien perdido.”¹⁸

Culturalmente, la venta y compra de la mujer representaba un orgullo tanto para la familia que la ofrecía como para el que la obtenía, a pesar de lo cual la compra no significaba la exoneración de la mujer con las obligaciones familiares; ella debía acudir

¹⁸ Gutiérrez de Pineda, Alejandro. **Latinoamérica y su historia**. Pág. 42.

siempre al llamado de un enfermo, abandonando temporalmente sus deberes matrimoniales.

“Así, durante la Colonia, los indígenas consideraban que el suelo llevaba implícito el concepto de consaguinidad. Para un indio, las esposas no sólo eran las suyas sino todas aquellas que pudieran serlo dentro de su clase matrimonial, al igual que las mujeres llamaban marido no sólo a su esposo sino también a los demás que pudieran serlo. Por su parte, los hijos no hacían referencia única a los descendientes en primer grado, sino a todos aquellos que desde la inmediata generación hacia abajo pudieran ocupar este estatus.”¹⁹

Los diversos tipos de contrato nupcial tenían un tiempo indefinido de duración. Implicando que por compra; el hombre podía echar a su pareja en cualquier momento o la mujer devolver lo que había recibido y deshacer el casamiento, pero para la mujer acusada de infidelidad era casi imposible reanudar su vida con otra persona, siendo diferente en otras tribus, donde le significaba la muerte o el retorno a su grupo familiar de origen. Aunque la separación en estos casos tenía un valor negativo en ambos, la poliginia era una permanente en el hombre por el prestigio que le daba.

Para los indígenas que establecieron unión bajo los lineamientos católicos, impuestos por la Corona Española. La religión era rectora, el matrimonio era indisoluble, sacramental y patriarcal, y la sexualidad sólo era permitida para fines reproductivos,

¹⁹ Máckinson, Gladys J. **La familia patrigeneracional**. Pág. 43.

por lo que la pareja que no estaba unida por Dios era considerada en estado de pecado y precursora de males, siendo el sacerdote el consejero porque él conocía el mundo íntimo de los egos familiares, sus conflictos y sentimientos; dictaba el juicio y el dictamen, buscaba la solución de problemas y trabajaba por la reconciliación en los hogares.

Sin embargo, según datos recabados por las investigaciones realizadas , “los mismos peninsulares, en el proceso de adaptación al nuevo territorio, establecieron relaciones sexuales con negras e indígenas y practicaron el concubinato, confrontando así la moral sexual dominante y rompiendo con el modelo católico”²⁰, hecho que contribuyó al mestizaje y a la conformación de diversos tipos de alianza y prácticas distintas a las predeterminadas por la institución española, tales como el amancebamiento y la prostitución.

“En este complejo, la mujer cumple el papel decisivo de ser la madre de los hijos; la ilegitimidad afecta a todo el núcleo familiar; la soltería en ambos sexos es rechazada por provocar la duda de lo varonil en el hombre y de la beatitud en la mujer; el sexo tiene fin procreador; y el matrimonio es visto como un paso obligado para el alcance de la riqueza y del éxito.”²¹

²⁰ Henao, Hernán y Jiménez, Blanca Inés. **La diversidad familiar en américa latina: una realidad de ayer y de hoy**. Pág. 9.

²¹ **Ibid.** pág. 12.

Esta caracterización familiar explicada por medio de complejos culturales y a través de la historia del país, refleja aspectos que se conservan en distintas familias en la contemporaneidad; bien desde el desempeño de los familiares o desde el surgimiento o establecimiento —religioso, legal o libre—de la unión, a lo cual se le suma el aporte que realizan las características propias de cada región cultural y que, en menor o mayor medida, son elementos determinantes en el hecho de definir o hacer familia, estableciendo las actividades económicas, el desarrollo histórico, social y político, las creencias religiosas y el estatus formas disímiles de hacer alianzas parentales.

Las formas históricas de la familia sólo pueden entenderse como una construcción de la cultura: “Es decir, la familia como institución social y como entorno de constitución de la subjetividad de hombres y mujeres es un espacio de significados, de sentidos, que como producto del lenguaje escriben e inscriben la historia social e individual de quienes la constituyen en tanto seres hablantes.”²²

Así; la familia evoluciona hacia su organización actual fundada en la relación monogámica: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas y ello deriva la prole que completará en núcleo familia.

La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad, lo cual facilitó el ejercicio del poder paterno y debilitó el antiguo sistema matriarcal de la familia que llevó a crear en torno a ella los elementos que aparecen de modo permanente a través de la historia;

²² López, Yolanda. **La familia, una construcción simbólica: de la naturaleza a la cultura.** Pág. 33.

tales como la libertad amplia de relaciones sexuales entre los esposos y el deber de cada uno de ellos de abstenerse de mantenerlas con otro, lo cual ha concluido con el correr del tiempo, a imponer penas para el caso de violación de ese deber, tal como sucedía en el Código Penal con la sanción que se imponía al adulterio.

Problemas tan complejos como el hambre, la pobreza, las enfermedades, el desempleo, la exclusión social, las confrontaciones bélicas, las violaciones de los derechos humanos y la violencia confrontan la estructura familiar pasando una alta cuota a sus miembros, sometidos a su propia reorganización a medida que aumenta el ritmo de las transformaciones a las que se ven sometidos.

En efecto, se manifiesta por ejemplo, en la reducción en apenas algunos decenios; de la familia ampliada o extensa a la familia biológica o nuclear, a uniones familiares sin matrimonio, a familias del padre o madre casados en segundas nupcias o divorciado, a familias sin hijos o a núcleos familiares monoparentales.

Sin embargo; se debe reseñar que la familia actual oscila ahora entre una unidad de producción y una unidad de consumo, resaltando también el reconocimiento de los derechos de la mujer, que ha permitido un cambio en los roles desempeñados tradicionalmente por el hombre y la mujer con la incorporación de ésta al mundo del trabajo, ante lo cual es necesario incluir en estas consideraciones, los descensos en el índice de natalidad, el comienzo temprano de la escolaridad, que marca un quiebre

importante en la función educadora de la familia y la presión que ejercen los medios masivos de comunicación en un mundo globalizado.

2.2. Naturaleza de la familia

Desde el punto de vista sociológico, la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad, siendo la función del derecho garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familia, imponiendo sus miembros (cónyuges, hijos, parientes), deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas.

La familia es una institución dinámica, mutable, sensible a las transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales. Indagar por ella supone comprender un conjunto de variables internas y externas que, de alguna manera, explican los diversos intercambios de los miembros que la componen y su relación con las demás instituciones sociales.

“De acuerdo con Jorge Parra Benítez: según reza la sentencia latina *Ubi societas, ibi jus* —donde hay sociedad debe haber derecho—, toda conformación social debe estar regida por unas normas que busquen la convivencia pacífica y la mejor forma de resolución de conflictos, en las cuales los intereses de unos y otros no resulten

problemáticos. Las desavenencias familiares, anteriormente de carácter privado y con un juez divino o delegado por Dios en la Iglesia, han pasado a discutirse en el escenario de lo público, en donde el Estado representa la sociedad civil y, por tanto, la familia.”²³

“La primera consagración de la familia en una Constitución tuvo lugar en Costa Rica en el siglo XIX. En Colombia, la Constitución de 1886, aunque determinaba, por ejemplo, en los artículos 23 y 50 que nadie podía ser molestado en su persona o familia y establecía lo relativo al estado civil de las personas y el patrimonio de familia, era considerada como incompleta en normas expresas en el sector del derecho familiar.”²⁴

A diferencia de la concepción religiosa que ve la familia como una creación en la que Dios deja su huella y de carácter indisoluble, la jurídica ha establecido que unidad familiar no implica indisolubilidad matrimonial; demás, factores como la agresión, la violencia intrafamiliar, la infidelidad y otras circunstancias son razones justificables en el momento de buscar un divorcio.

Sin embargo, resta mucho por hacer. Los cambios sociales derivados de los avances tecnológicos y la apertura a nuevas formas de hacer familia, además de los continuos escenarios de conflicto y problemática social, ponen en alerta la correspondencia que tendrá la legislatura y las adaptaciones de las que será capaz, en camino de responder a una sociedad cambiante y siempre en transformación; en la que la familia, como una

²³ Parra Benítez, Jorge. **El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia**. Pág. 33.

²⁴ **Ibid.** pág. 34.

de sus instituciones, es la más vulnerable a las modificaciones externas y la que está más sometida a diversas dinámicas que la transforman constantemente.

Recogiendo el concepto anterior; es necesario señalar que el siglo XX significó para el mundo, un escenario de cambios y afirmaciones culturales, en el que sucesos como la aparición de nuevos medios de comunicación, el establecimiento de formas más eficaces de control natal y las guerras mundiales se convirtieron en hitos de la transformación de las sociedades.

La familia no ha sido ajena a estos cambios culturales, pues desde ella misma se evidencia un remezón en su estructura tradicional, así como se presentan y se establecen nuevas tipologías familiares, cambios en las relaciones existentes entre sus miembros y en las funciones que la sociedad y la misma naturaleza le han encomendado; es decir: la dinámica familiar se ha adaptado a nuevos tiempos, en los que conviven aspectos modernos y tradicionales de sus estructuras, funciones y roles.

Que los esposos de hoy no vean a los hijos como una consecuencia natural del matrimonio o que, actualmente, la mujer sea proveedora en su hogar igual que el hombre; son cambios que tienen antecedentes específicos en las familias de acuerdo con el lugar geográfico, las tradiciones ancestrales, la apropiación de la tecnología, las necesidades demográficas y la producción económica, entre muchas otras razones. Que

factores como la calidad de vida de la población marginada, el desempleo, la violencia y el desplazamiento, el deterioro en los ingresos familiares y los costos de la vivienda y de los servicios, llevan a las familias a buscar nuevas formas de supervivencia, reagrupándose, compartiendo espacios entre parientes, e incluso con personas sin nexos de parentesco. Estos factores entran en juego en un contexto donde la cultura, las costumbres, las creencias y otro tipo de variables inciden en el comportamiento de las personas y la estructura de las familias.”²⁵

Según las investigaciones sobre “las unidades domésticas (u hogares) son grupos residenciales conformados por un conjunto de personas —ligadas o no por lazos de parentesco— que comparten la vivienda, un presupuesto común y una serie de servicios y actividades imprescindibles para la reproducción cotidiana de sus miembros, en tanto que las familias se constituyen sólo a partir de relaciones de parentesco, sancionadas o no legalmente.”²⁶

A partir de estas definiciones se pueden observar y reunir las características que determinan las tipologías familiares, que básicamente se dividen en cuatro: nuclear, extensa, monoparental y poligenética.

En la familia nuclear conviven el padre, la madre y los hijos; en la familia extensa comparten el hogar el padre y/o la madre y los hijos, más los abuelos u otros parientes;

²⁵ Gergen, Kenneth J. **La familia saturada**. Pág. 21.

²⁶ Ariza, Marina y de Olivera, Orlandina. **Acercas de las familias y los hogares: estructura y dinámica**. Pág. 20.

en la monoparental existen los hijos y el padre o la madre; y la poligenética está conformada por el padre y sus hijos, la madre y sus hijos, y los hijos de ambos.

La familia nuclear sigue siendo vista como la forma ejemplar y perfecta, mientras que las demás estructuras son consideradas como enfermedades de la misma sociedad, es decir: son formas anormales de la familia, en las que uno o algunos de sus miembros sobran o han sido mutilados.

La familia normal es aquella compuesta por un matrimonio heterosexual legal y permanente, sexualmente exclusivo, con hijos, en donde el hombre adulto (esposo y padre) juega el papel de proveedor económico y principal, y constituye la autoridad fundamental.

“Sin embargo, la familia ideal de papá, mamá e hijos ha sufrido transformaciones y se ha convertido en las otras formas no nucleares porque las circunstancias de la sociedad actual así lo exigen. Entonces, la denominación de patología tendría que aplicarse a las causas que originaron que las familias se organizaran de modos distintos a los concebidos tradicionalmente y se adaptaran a los modelos económicos, religiosos, políticos y culturales de un momento dado de la historia.”²⁷

²⁷ Andolfi, N. C.; Nenghi, P.; Nicolo, A.M.; Corigliano. **Detrás de la Máscara Familiar**. Pág. 34.

En esas transformaciones de la familia juega un papel protagónico los ciclos económicos; siendo Guatemala un ejemplo de ello, donde en una fase de auge es más elevada la proporción de familias nucleares y más baja la de las extensas, mientras que en la fase recesiva, las formas nucleares reducen su participación, mientras las extensas la amplían.

En ese sentido, la familia extensa surge como respuesta a las condiciones de pobreza y a la necesidad de ofrecer protección ya sea a adultos mayores o a niños parientes del núcleo.

El dinero obtenido por el hombre es insuficiente y recurre a la mujer para que sea ella también una fuerza laboral, y es así como ambos buscan a sus hermanos o a sus padres para que ayuden en la crianza de los hijos, o bien para que compartan los gastos de la vivienda y no recaiga sobre la familia nuclear todo el peso económico del hogar.

“La disolución del matrimonio, la viudez, el embarazo no deseado sin pareja estable, entre otras razones, han devenido en que muchas familias tengan un sólo jefe, ya sea el padre o la madre. En el madresolterismo, los hijos llevan el apellido de la madre porque el reconocimiento por parte del hombre no se acostumbra”²⁸.

²⁸ Gutiérrez de Pineda, Virginia. **Familia y cultura**. Pág. 454.

En las áreas urbanas, esta tipología familiar se da también por decisión de la mujer, que no considera necesario el acompañamiento de un varón en la vida marital y en la crianza, pues ella misma puede lograr el sostenimiento económico aunque para el cuidado de sus hijos deba recurrir a la estructura de la familia extensa, o bien se convierta en parte de ella, existiendo también los padres solteros aunque en proporciones muy inferiores al madresolterismo, pues, tradicionalmente, los hijos menores de edad permanecen con la mujer.

“Otra adaptación de la familia a los tiempos modernos ha sido el recomenzar la vida hogareña después de una ruptura conyugal. En las familias nucleares poligenéticas, los adultos vienen de una unión rota y los hijo/as son producto de diferentes uniones. Esta forma familiar se parece a la nuclear en que existen dos generaciones, unos padres y unos hijos, pero se diferencia de ella en que los adultos tienen hijos de uniones anteriores que terminan incorporados a la vida familiar del nuevo núcleo, sin que esto signifique que la familia nuclear poligenética no posea una dinámica y un funcionamiento propios.”²⁹

Todas estas tipologías, con sus variaciones, son organizaciones que cumplen con funciones familiares, que también han sido modificadas de acuerdo a las necesidades sociales y naturales de sus miembros en los contextos en que se desenvuelven, por lo que no puede desestimarse o sobrevalorarse una u otra forma familiar.

²⁹ Jiménez, Blanca Inés. **Los tuyos, los míos y los nuestros. Paternidad y maternidad en familias nucleares poligenéticas.** Pág. 29.

2.3. Funciones de la familia

Las funciones de la familia son aquellas que realizan todos sus miembros como parte de un todo y no como una tarea individual, resumiéndose las mismas en dos grandes grupos: reproductiva-socializadora (biosocial, cultural y afectiva, y educativa) y productiva (económica).

La primera tiene que ver con las relaciones sexuales y afectivas; así como con la crianza y el cuidado de los hijos, que incluye la transmisión de valores y costumbres; y la segunda, abarca la formación de los hijos para el mundo profesional o productivo y las actividades como productor-receptor de bienes de consumo.

“Estas funciones, tal y como están descritas, son desempeñadas por la familia premoderna, mientras que la familia de hoy, de comienzos del siglo XXI y en transición hacia lo moderno, cumple con ellas en cierta medida o delega una parte a las instituciones de la sociedad, sin que para ello sea camisa de fuerza el que esté organizada como nuclear o no. Es decir, los cambios funcionales en la familia se deben más a los nuevos roles de los individuos que la conforman que a las distintas tipologías familiares.”³⁰

Desde mediados del siglo XX, cuando la mujer comienza a trabajar en las fábricas e ingresa masivamente al mercado laboral; las funciones de la reproducción y la crianza de

³⁰ López, Luz María y López, Clara Jenny. **Familias en América: subsistiendo entre premodernismo y modernismo**. Pág. 95.

los hijos, así como el rol de la mujer en la familia, empiezan a verse de otra manera; para ello, las escuelas de largas jornadas se convierten en algo más que el lugar del aprendizaje académico: para los niños, en espacio de apropiación de la cultura y sus tradiciones; y para los adolescentes, de exploración de la sexualidad y de conocimiento del mundo adulto, siendo así como esta función de crianza se comparte con una institución social y deja de ser terreno exclusivo de padres y madres.

“El ingreso de la mujer al mundo laboral es un antecedente para que se diera una reducción de la familia, pues si antes se concebía que los hijos eran una bendición y cosa natural del matrimonio, ahora representan una carga para educar y para mantener. Así, los hijos comienzan a ser desde los años sesenta, una decisión de la pareja o de la mujer, pues es ella quien toma el control de su sexualidad y rompe con las tradicionales familias que alcanzan a tener hasta quince hijos, cuestionando así la función reproductiva de la pareja.”³¹

En cuanto a lo afectivo, uno de los cambios fundamentales tiene que ver con que el hombre empieza a asumir que ya no es el único proveedor de la familia y que le corresponde hacer algo más que aportar dinero; siendo entonces cuando el esposo se convierte en padre y en modelo de crianza para sus hijos, donde él ya no es el único que ostenta la autoridad y por ello debe ganarse el respeto y el cariño de sus hijos, fundamentales en la función socializadora de la familia.

³¹ **Ibid.** Pág. 41.

Estos cambios en el grupo de funciones reproductivas-socializadoras influyen directamente en transformaciones de las funciones productivas-económicas, en donde la reducción de los hogares y el competitivo mundo laboral han desembocado en que los hijos permanezcan más años en el seno familiar, educándose y preparándose para ser también proveedores.

“Es así como la prolongación del proceso de formación escolar ha extendido la etapa de la adolescencia, retardando en los sectores medios urbanos el momento de escisión del núcleo familiar, de modo que los ciclos económicos de las personas sean también más largos, aunque se demoren unos años de más para empezar.”³²

En lo anterior se observa que las funciones de la familia están estrechamente relacionadas con los roles que cada miembro asume dentro de ella, por lo cual si las primeras se modifican, los segundos también tienen que hacerlo, teniendo las mujeres y los hombres de hoy nuevas e intercambiadas tareas como padres y madres o como hijos, de acuerdo también a la tipología familiar en la que estén inmersos.

Hoy, en el país, esta situación está cambiando; pues el padre y la madre se encuentran en la transición hacia nuevos roles y hacia nuevas formas y tareas de la familia a partir de que las nuevas demandas exigen que los padres no deben desempeñar con los hijos una función instrumental que se limite a proveer, definir normas, dar órdenes o castigar, por el contrario, deben establecer con ellos relaciones afectivas en cuyo

³² Ariza, Marina y de Olivera, Orlandina. **Ob. Cit.** Pág. 24.

contexto se ejerza una autoridad democrática que tenga como base el diálogo y la concertación.

“En el caso de las mujeres, se promueve redimensionar la maternidad para que no constituya su único y principal medio de realización personal, y se busca que afirmen su autonomía e independencia afectiva y económica, para que puedan conquistar el manejo de una autoridad con sentido democrático”³³.

Los modelos de padre y madre parecen diseñados para la familia nuclear, aunque en realidad en otras tipologías haya otros miembros que cumplan con esas funciones o que extralimiten sus tareas para no abandonar las funciones familiares de reproducción y producción.

En la familia extensa por ejemplo, los abuelos cumplen con cuidar a sus nietos como hijos propios y transmitirles la carga cultural de su sociedad; en tanto que en el madresolterismo, la mujer es ejemplo, proveedora, educadora, autoridad y en resumen, madre y padre.

Todas estas transformaciones, que en pro de la adaptación vive la familia, responden a las tendencias de individualización y autonomía personal de sus miembros, así como a procesos económicos, políticos y culturales que vive y ha vivido la sociedad.

³³ Jiménez. **Ob. Cit.** Pág. 121.

Para Jiménez “la urbanización consigue que la mujer se visibilice socialmente, lo que no lograba desde el campo. Todo eso ocurre porque dentro del ámbito de la economía urbana se hace activa, lo que para el hombre se convierte en un problema, pues sus costumbres son más convencionales, mientras que para la mujer es la oportunidad de producir para sostener a su familia. La ampliación del mercado se da en un nivel lineal porque durante la introducción de la mujer al mundo laboral no ocurre la salida del hombre de ese mismo mundo.”³⁴

Pero si bien el ingreso de la mujer al mercado laboral es significativo, esa inserción se ve afectada por el desempleo; un fenómeno que ataca sin piedad y de manera diferente en épocas de recesión económica a los distintos tipos de familia, que buscan adaptarse a las fluctuaciones del ciclo económico, siendo los efectos menores en los hogares unipersonales y nucleares completos que son los que están mejor preparados para hacer frente a circunstancias desfavorables, de manera que, en la medida en que conserven su trabajo, logran mantener su configuración familiar.

Con las transformaciones dadas a lo largo del siglo XX, surge en el núcleo familiar, una nueva juventud que; capitalizado por las nuevas ideologías y las nuevas maneras de consumo, rompe el orden tradicional de la familia. El padre ya no transmite sus conocimientos al hijo para que éste trabaje en lo mismo, quedando esa práctica solo en una opción que el hijo puede tomar o desechar según sus propios intereses.

³⁴ **Ibid.** Pág. 123.

“El paso de una dependencia familiar en la que se encuentra el niño, a una condición de sujeto adulto independiente por el que atraviesa el adolescente en su proceso de maduración, lo lleva a interrogarse sobre quién es, qué pueda hacer y cuál es su lugar en el mundo. En no pocas ocasiones llega a generar en estos actitudes de oposición, resistencia y retraimiento frente a quienes han venido representando para ellos la autoridad al intentar construir la propia, así como conductas de agresividad, deseo de exploración de nuevas sensaciones y en esencia, lucha por redefinir su esquema corporal, su mundo interno y otras formas de relación social.”³⁵

Pero no hay estructuras rígidas, inmutables, y la familia se escapa a esa rigidez, pues si bien, antes se consideraba que el equilibrio era la característica fundamental de la familia, en el presente; en un mundo que experimenta cambios de manera vertiginosa, es difícil continuar sosteniendo esa teoría.

Aún se conserva la función socializante de la familia, aunque los valores, normas y modelos de comportamiento que se transmiten a través de ella se hayan transformado. Encontrándose en la actualidad que se han modificado la composición, el ciclo de vida, el rol de los padres y las circunstancias de las familias tanto dentro de las sociedades como entre ellas mismas.

Es un hecho que en esas mutaciones, los procesos familiares se enfrentan de manera distinta a la forma en que se confrontaban en el siglo XIX y en el siglo XX; mientras que

³⁵ **Ibid.** Pág. 125.

en las sociedades rurales todavía predomina el tratamiento de los problemas entre la familia de manera autoritaria, en los hogares urbanos de familias modernas, los conflictos familiares se abordan de manera democrática

CAPÍTULO III

3. Conflicto y resolución de conflictos

3.1. Conflicto

Se debe clarificar primero la naturaleza del conflicto, porque la manera que un conflicto se maneja está determinada por lo que se cree que es su naturaleza, esto es, por la teoría que se utilice sobre el conflicto.

Si se piensa que el conflicto está causado, por ejemplo, por la codicia o por la agresividad personal, puede ser apropiado y eficaz emplear técnicas represivas contra la parte o las partes; si el conflicto está causado por algún tipo de frustración o un impulso humano irreprimible, la conducta apropiada de respuesta sería analizar la naturaleza del problema y ajustar en consecuencia el medio institucional y normativo.

“Conflicto describe una relación en la que cada parte percibe las metas, valores, intereses y comportamiento del otro como antítesis de los suyos. Conflicto abarca, en primer lugar, las relaciones entre las partes en disputa, sus percepciones y falsas percepciones, los valores compartidos y los que no lo son, y sus metas y motivaciones; en segundo lugar, el medio político, social, económico, e institucional en el que la disputa tiene lugar.”³⁶

³⁶ Cosser, Lewis. **Teoría Social del conflicto**. Pág. 5.

Esto implica que el análisis del conflicto requiere del estudio de las relaciones humanas en su totalidad, tanto si son conflictivas o no, porque son motivaciones y valores humanos los que están involucrados, condicionados por el medio en su totalidad (económico, político, social y ecológico) en el cual se desarrolla esta relación.

Aparentemente parecería que en la historia de la humanidad, al hombre siempre le ha preocupado el tema del conflicto; sobre todo aquellos que han puesto en peligro la vida de las comunidades y naciones de diferentes lugares del planeta.

La teoría del conflicto ha desarrollado conocimientos y técnicas que permiten un mejor y más eficiente manejo de aquellos problemas, de los que se ocupa el abogado.

“La Teoría del Conflicto se ocupa del análisis del conflicto, destacando que éste se desarrolla siempre dentro de las relaciones sociales. Las relaciones interpersonales son generadoras de conflictos entre los seres humanos, pero si impera la cooperación en la relación social es más que probable que se puedan prevenir. De ello se deduce que la Polemología o Conflictología debe entrar en la formación y el estudio responsable de quienes deciden dedicarse a la Mediación, en cualquiera de sus diversas aplicaciones o a la tarea de ser un Peacemaker efectivo.”³⁷

Básicamente puede afirmarse que el conflicto tiene tres niveles sobre los que es necesario actuar: 1) un nivel intelectual en el que se manifiesta el acuerdo o desacuerdo

³⁷ **Ibid.** Pág. 6.

sobre diferentes temas: 2) Un sector de voluntad de la conciencia donde están los actos positivos o negativos que es preciso evaluar; y 3) Un área de la conciencia emocional o afectiva que generalmente se traduce en actitudes de hostilidad o amistad.

“Por otra parte en la mayoría de los casos, y más particularmente en los conflictos familiares se debe recurrir al fraccionamiento del conflicto para poder ayudar a encontrar soluciones a los problemas. Esto implica dividirlo en partes más pequeñas a los fines de empezar a solucionar los aspectos más simples e ir hacia los más complejos.”³⁸

El conflicto se da en las relaciones interpersonales que presuponen una interacción entre todos los miembros del sistema, entendiéndose por interacción a: la serie de mensajes intercambiados entre personas; en este sentido el tema de conflicto se va entrelazando con la comunicación, los diferentes lenguajes y comportamientos que generan las interacciones.

“El conflicto tiene una historia, como la tiene el sistema en el cual se gestó, y que sigue evolucionando paralelamente con él. Ambas crecen y se desarrollan en un mismo tiempo y espacio. Pero como observadores de estos fenómenos sabemos que muchas veces el conflicto se gestó al principio de la historia, y sus actores lo ignoran, o por lo menos lo tienen inconsciente. Esta historia debe ser estudiada por el operador que intervenga en

³⁸ de Bono, Edgard. **Conflictos: una mejor manera de resolverlos**. Pág. 43.

ese sistema, sea éste Abogado, Negociador o Mediador, todo ello para una mejor comprensión y abordaje del caso.”³⁹

El Conflicto se desarrolla en un escenario que puede denominarse contexto, en el cual las partes son los actores, en donde los conflictos se dan en las relaciones sociales, en las relaciones humanas, donde prima la interacción social.

3.1.1. Tipos de conflictos

La teoría de la resolución de conflicto como analítica y solución de problema se deriva de una concepción del conflicto como un fenómeno humano normal y universal, lo cual determina que aquellos que tienen interés en el reciente desarrollo de la resolución alternativa de disputas y en procesos colaborativos; han tendido a concentrarse en determinados tipos de disputas (organizacional, industrial, comunitaria y medioambiental) que normalmente no se ven afectadas por niveles de violencia generalizada, enfrentamientos con las autoridades o desafío a las normas legales.

Estas últimas disputas se tratan todavía como parte del marco tradicional y directamente coercitivo de los sistemas judiciales y de negociación de poder o de relaciones autoritarias; en otras palabras, ni los procesos tradicionales ni las más recientes innovaciones han producido un impacto en esos tipos de conflicto, que se han convertido en la mayor preocupación en la mayoría de las naciones y de la sociedad mundial.

³⁹ **Ibid.** Pág. 45.

Sin embargo, la resolución de conflicto implica la capacidad para tratar con todas las formas de conflicto a todos los niveles sociales, ya sea desde el interpersonal hasta el internacional, extendiéndose esta capacidad a conflictos complejos, intensos y violentos en donde la resolución del conflicto demuestra su utilidad única.

Debido a lo anterior, resulta útil en esta conexión distinguir dos características de los conflictos: su grado de severidad y su nivel de arraigo.

Por severidad se refiere al impacto del conflicto en el individuo o la sociedad. Un conflicto que no tiene un grado elevado de seriedad se puede manejar a través de medios no sofisticados sin esperar graves consecuencias, incluso si no se tiene éxito; sin embargo, un conflicto que es severo en sus consecuencias (por ejemplo, uno que puede derivar en violencia generalizada, o quizá destrucción en masa), nunca debe manejarse a través de procesos pragmáticos y no ensayados.

Lo arraigado se refiere tanto a las causas como a la naturaleza del conflicto el cual, sobre algunos intereses negociables, se puede manejar sin riesgo de severas consecuencias a través de un proceso de negociación que puede dejar a ambas partes decepcionadas; sin embargo, un conflicto arraigado, en el cual hay asuntos en juego que no son negociables, requiere el uso de medios de resolución más sofisticados.

“Los conflictos severos y arraigados, como opuestos a los conflictos superficiales, exigen una llamada de atención a la cautela. Hasta que no se realiza un análisis, no hay manera

de saber si un conflicto, aparentemente superficial, puede resultar ser otro más complejo, que lleve a severas consecuencias y/o tenga causas arraigadas. Por esta razón, profesionales en resolución de conflictos a todos los niveles precisan de un riguroso entrenamiento teórico. Los procesos y habilidades de resolución de conflicto deberían permitir que incluso aquellas disputas que parezcan relativamente superficiales se encaren con plena conciencia de la naturaleza humana del conflicto.”⁴⁰

3.2. Resolución de conflictos

Los conflictos son inherentes a la persona humana. Tanto generacionales como entre pares son necesarios para la organización de la identidad de los individuos; por la confrontación es que se aprenden las semejanzas y diferencias, pudiendo desarrollarse así la tolerancia, la alteridad y la reciprocidad, valores que deben ser ejercidos durante toda la vida de las personas.

Cambiar la percepción que se tiene del conflicto como algo negativo para pasar a pensar que puede ser un elemento positivo para el cambio, requiere de una profunda reflexión que puede operarse dentro del proceso de mediación.

La resolución de conflictos en su expresión más amplia, es un proceso de cambio en los sistemas político, social y económico; lo cual se debe a que es éste un proceso que tiene

⁴⁰ Entelman, Remo F. **Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma.** Pág. 35.

en cuenta por un lado, las necesidades individuales y de grupo, como son la necesidad de identidad y reconocimiento y por el otro, los cambios institucionales necesarios para satisfacer dichas necesidades.

La institucionalización de la resolución de conflicto como norma tendería a acercar a las diferentes sociedades hacia un sistema común, basado en la necesidad individual y reduciría por tanto, las tensiones entre los diferentes sistemas.

Resolver un conflicto; puede incluir para un abogado, una resolución judicial basada en normas y argumentos legales; incluso la pena de muerte puede considerarse como resolución en determinadas circunstancias. En el caso del negociador en empresas, resolución implica convenios fijados a través de pactos, incluso si ello supone la pérdida de puestos de trabajo.

Lo anterior implica para un mediador tradicional que puede significar forzar algún compromiso razonable, aunque ello sea a costa de un posible sentimiento de injusticia hacia la parte más débil.

Para propósito de esta tesis resolución de conflicto significa la terminación del conflicto a través de métodos analíticos y que se dirigen a la raíz del problema. Resolución de conflicto como opuesto a una mera gestión o ajuste; se orienta a un resultado que, de acuerdo con las partes implicadas, es una solución permanente del problema.

Puesto que busca acceder a las fuentes de los problemas, la resolución de conflictos pretende no meramente resolver el conflicto social inmediato, la disputa inmediata ya sea familiar o étnica, sino, a la vez, arrojar luz sobre la naturaleza genérica del problema y, de este modo; contribuir a la eliminación de sus fuentes y a la prevención de otros procesos; es, en resumen: una solución analítica del problema.

Recientemente se ha desarrollado como alternativa a los procesos judiciales tradicionales y de arbitraje, los denominados procesos de resolución alternativa de disputas o conflictos. Así como otros medios de interacción en los que se ayuda a las partes en la disputa a comunicarse, y a que todos los interesados escojan y logren algún tipo de resultado.

“Aunque hay diferentes estilos, el papel de interventor o tercera parte se dirige en estos casos a lograr principalmente el ajuste de los intereses en conflicto tal como los definen las partes afectadas. Se asume que las partes por sí solas tienen suficiente conocimiento sobre la naturaleza de su conflicto y sobre la mayoría de las posibles opciones para lograr un resultado duradero. Lo que se precisa, y por tanto lo que se aporta, es un proceso que les ayude a comunicarse y que les sugiera opciones que pudieran no haberse considerado hasta entonces.”⁴¹

Ya sean tradicionales o innovadores; estos diferentes procesos escasamente aportan o reflejan una comprensión amplia del conflicto, en donde el derecho por ejemplo, la

⁴¹ Entelman, Remo F. **Los terceros en el conflicto**. Pág. 32.

llamada resolución alternativa de conflictos ha surgido como respuesta a la sobrecarga del sistema judicial, y no como una innovación en la teoría del conflicto.

De la misma manera, generalmente no ha sido una gran preocupación en otras áreas la naturaleza y orígenes del conflicto o del tipo particular de disputa en que se está inmerso.

El proceso de solución se deriva de un análisis de la naturaleza del conflicto, siendo el principal componente de la resolución de conflicto (significativo, pero al fin y al cabo secundario) consiste en la comprensión previa de la naturaleza del conflicto y de sus fuentes, ya sea institucional, humana, cultural o de otro tipo, por parte de los mediadores y de aquéllos que tratan con dicho conflicto.

“Los procesos de gestión de conflicto, que se clasifican dentro de la categoría tradicional o en la resolución de disputa alternativa, se tratan en la actualidad como fenómenos distintos y separados. La atención se centra en el pragmatismo con que cada tipo de disputa (ya sea interpersonal, empresarial, comunitaria, internacional o de otro tipo) puede abordarse. Este particularismo refleja la idea de que los conflictos humanos y el modo de gestionarlos difieren de forma fundamental según las condiciones ambientales de las relaciones humanas implicadas.”⁴²

En la práctica, una condición de arbitrariedad también prevalece en cualquier planteamiento pragmático. Mientras una tercera parte podría ayudar a resolver una

⁴² **Ibid.** Pág. 33.

disputa empresarial, negociando independientemente con cada una de las partes, otro podría considerar que esta estrategia es un modo de reducir las oportunidades para que las partes comprendan con precisión la posición de la otra parte.

Conflicto y resolución de conflicto son fenómenos universales, existiendo para ello explicaciones genéricas sobre el comportamiento humano que se plantean medios de resolver problemas, que tienen una aplicación en todos los niveles sociales y en todas las sociedades, lo cual determina que desarrollar tales explicaciones es la clave para eliminar la arbitrariedad pragmática y para generar estándares aceptados para la práctica profesional.

Que los profesionales centrados en el proceso de solución de conflictos logren satisfacer a sus clientes; se debe a que sus prácticas pueden ser adecuadas para muchas de las disputas relativamente superficiales, tales como problemas de gestión en las organizaciones o algunas disputas mediambientales; sin embargo, sus fracasos no se suelen registrar.

Cuando problemas aparentemente claros dejan ver fuentes del conflicto con raíces profundas, cuando estas fuentes emergen (por ejemplo: cuando no se soluciona una huelga, o un conflicto comunal o internacional se intensifica y se vuelve violento y persiste) el fracaso se suele atribuir no al uso inadecuado de una teoría o práctica, sino a la complejidad inherente de la situación, o a una alegada preferencia irracional de las partes hacia el uso de la violencia. Igual que la diplomacia; la resolución de conflicto se

ha tratado como el arte de lo posible, con fracasos atribuidos a situaciones imposibles en vez de al empleo de procesos inadecuados.

“En nuestra opinión, la resolución de conflicto tiene una dimensión ética. La intervención en las relaciones humanas a cualquier nivel lleva emparejada una responsabilidad hacia las consecuencias. Los fallos son una evidencia de lo inadecuado de la teoría y del proceso; la referencia a la complejidad del problema o asumir la idea del conflicto como una opción buscada por las partes involucradas, no debería utilizarse como excusa.”⁴³

La gran mayoría de los esfuerzos en resolución de disputa alternativa y mediación se relacionan con personas directamente implicadas en la disputa, como es el caso de matrimonios, organizaciones, disputas sobre el medio ambiente o en la comunidad, en tales disputas, donde se da una interacción personal directa, hay una tentación en la tercera parte por intentar reducir las tensiones a través de encontrar puntos de acuerdo entre las partes, utilizando un lenguaje que suavice las diferencias, e intentando alterar las percepciones y las relaciones con el fin de promover la armonía y lograr un espíritu de acuerdo.

Esta práctica crea el peligro de que las fuentes de la tensión y la disputa queden a un lado mientras las partes permanecen juntas para surgir luego en una etapa posterior; cuando esto ocurre; el resultado difiere poco del de una situación de negociación basada

⁴³ **Ibid.** Pág. 34.

en el poder, en la que una parte acepta un resultado por necesidad, al que luego se opondrá cuando una oportunidad se lo permita.

Para Entelman “resolver conflictos arraigados requiere frecuentemente una forma de facilitación que provoque un diálogo más intenso entre las partes. Esta intensificación del conflicto verbal está pensada con el fin de hacer llegar a la superficie los temas que preocupan sobremanera, en vez de intentar reducir la tensión por medio de una moderación del lenguaje y la promoción de relaciones más suaves. En la práctica, es frecuente que sólo en el momento en que parece llegarse a un callejón sin salida, el análisis revela aquellos asuntos subyacentes que han generado el conflicto. Por consiguiente, centrarse en las áreas de acuerdo y suavizar las diferencias puede convertirse en un serio obstáculo para lograr un acuerdo duradero.”⁴⁴

No puede haber solución a un conflicto a menos que se tome en consideración como realidades políticas las percepciones y valores de aquellos que están representados en las discusiones facilitadas, en donde cada representante debe acceder a evidencias de falsas percepciones y asumir la necesidad de alterar las actitudes, que pueden comunicar de forma convincente a sus representados; o bien, la opción que se les ofrece debe satisfacer las demandas originales presentadas por aquellos a quienes representan.

⁴⁴ **Ibid.** Pág. 35.

Estas dos situaciones, la interpersonal y la interrepresentativa son bastante análogas, siendo el peligro obvio, inherente en los cambios de actitud cuando los representantes de las partes afrontan el asunto del retorno del problema, se asemeja a realidades menos obvias en la situación interpersonal.

Los participantes en una relación interpersonal afrontan un parecido problema de retorno: una vez que han abandonado el medio donde se ha llevado a cabo la facilitación, tienen que encarar la realidad de los asuntos que no se han tratado. Así sucede que, como personas sujetas a presión social, tienden a actuar con unas reglas en un medio y con otras en otro medio distinto, siendo la tarea de un facilitador asegurar que esta disonancia no debilite un acuerdo duradero.

“En relaciones sociales normales, donde buscamos compromisos y el mejoramiento de las relaciones personales, tendemos a utilizar un lenguaje adaptativo y educado. Sin embargo, las relaciones sociales normales, a pesar de las dificultades y malentendidos, no incorpora los grados de hostilidad y conflicto percibidos que requiere la intervención de una tercera parte. Cuando surge un problema en la relación, la técnica de comportamiento social de intentar paliarlo (a través del compromiso, el ajuste del lenguaje y la apelación a las normas sociales) puede ser disfuncional. Evitar el conflicto no es lo que nosotros entendemos por resolución de conflicto.”⁴⁵

⁴⁵ de Bono. **Ob. Cit.** Pág. 47.

3.3. La teoría subyacente de la resolución de conflicto

“Una etiología del conflicto que se ha considerado universalmente aplicable es la noción de que el conflicto se origina en la 'agresividad natural' de los humanos. Esta 'agresividad natural', sin embargo, es poco más que una etiqueta. Es menos una teoría que una actitud, que atribuye conflicto al instinto, inmoralidad o comportamiento antisocial para justificar por tanto su represión. La etiqueta no puede explicar históricamente cómo las personas se convierten en antisociales. No puede, en consecuencia, sugerir remedios distintos que la coacción. Otra perspectiva, no menos simplista, mantiene que el conflicto es inevitable no por las flaquezas humanas, sino por la necesidad de competir por los recursos inevitablemente escasos. Esta noción malthusiana presupone la existencia de una persona incurablemente codiciosa que se diferencia en poco del individuo con 'naturaleza agresiva' descrito por los que apoyan la teoría del instinto. Ello subestima excesivamente la capacidad productiva de la sociedad y la habilidad de compartir de los individuos. Ello también impide la reparación.”⁴⁶

La resolución de conflicto como solución de problema está basada en una teoría analítico-explicativa que sugiere muy diferentes explicaciones del comportamiento y por lo tanto medios muy diferentes de tratar el conflicto.

Cuando los representantes de las partes en conflictos arraigados se reúnen en un marco interactivo y analítico, un cambio cualitativo tiene lugar en el modo en que

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 48.

comprenden la naturaleza del conflicto; aunque el conflicto particular se ha definido en un principio ordinariamente como conflicto basado en intereses (por ejemplo, relativo a salarios, territorios, roles, u otra clase de temas negociables), pronto se ve con claridad que el conflicto particular está basado en valores y necesidades (por ejemplo, relativo a la defensa de la cultura, de identidad, o la reclamación de un trato igualitario).

Las disputas basadas en interés no son negociables, porque no son arraigadas, ya que nadie está dispuesto a morir por motivos salariales, lo cual determina que la mayoría de las técnicas de arbitraje legales, y de resolución alternativa de disputas; pueden afrontar disputas basadas en intereses si, de hecho, tienen una naturaleza relativamente superficial.

Las disputas basadas en necesidades, reflejan también, unas demandas que no son negociables, tales como valores y necesidades humanas de carácter primordial, los cuales no se pueden canjear, en donde la coacción suficiente en uno de los lados y la incapacidad de poder de negociación en el otro, puede llevar a la supresión, al menos temporalmente, de tales demandas y producir lo que se conoce como conciliación de la disputa, pero no su resolución.

“La relación entre necesidades básicas insatisfechas y conflicto humano es un descubrimiento reciente llevado a cabo principalmente por sociólogos que han estudiado el comportamiento desviado, pero también por abogados, consejeros y otros profesionales preocupados por las relaciones entre los individuos y la sociedad. Éste es

un descubrimiento importante: socava la presunción básica en la filosofía occidental que sostiene que el individuo, aunque agresivo o acosado por la escasez, puede ser forzado a aceptar un comportamiento que le impone la élite a través de sus normas, y que la entidad social es la única entidad importante. Este enfoque debilita, en consecuencia, la noción de ley y orden tal y como ha sido concebida tradicionalmente. Sugiere que los conflictos arraigados no se pueden tratar con mediación convencional, arbitraje y coacción implícita y otros procesos no analíticos.”⁴⁷

Si las fuentes de conflictos arraigados no son los intereses, entonces la escasez no es una de sus condiciones básicas, siendo el resultado de un conflicto no tiene que tener una naturaleza de ganadores y perdedores, ya que no escasean los medios de satisfacer valores y necesidades.

En efecto, cuanta más seguridad, identidad y desarrollo experimenta una parte en el conflicto, mayores (y no menores) son las oportunidades para que otros satisfagan estas mismas necesidades; para lo cual la resolución de conflictos descubre los fallos de tales medios para lograr sus verdaderos fines al ofrecer medios alternativos para alcanzarlos, demostrando que el problema no es la escasez de identidad, reconocimiento, y otra necesidad de desarrollo, sino la selección de los medios empleados en su persecución, debido a que los asuntos cuantitativos siguen siendo relevantes, pero sólo en el contexto de la satisfacción de las necesidades básicas cualitativas.

⁴⁷ **Ibid.** Pág. 48.

“Esta perspectiva en la resolución de conflictos no es 'utópica'. Un ejemplo actual de activismo utópico es la campaña a favor de los 'derechos humanos' como un medio de compensar algunas de las consecuencias de la injusticia social. Ello refleja el idealismo consciente de las personas que aceptan la denominada política de realismo de poder y sus consecuentes desigualdades. Es un intento de atemperar la política de poder. La realidad política, sin embargo, es que el soborno de los derechos humanos es un intento ineficaz y paternalista de compensar la denegación del reconocimiento y de otros valores y necesidades humanas. La realidad política supone que, a menos que estas necesidades se cumplan, ningún sistema puede ser estable, aunque se utilice cualquier método de coacción. El poder político no define la realidad política, sino el deseo de los individuos y de los grupos de identidad de alcanzar un desarrollo independiente.”⁴⁸

3.4. La práctica de la resolución de conflicto

La práctica de la resolución de conflicto como respuesta al problema, se deduce en la teoría del conflicto como una respuesta universal a necesidades frustradas implicando la salida negociada la mejor opción porque permite aportar oportunidades para las partes; primero: analizar las relaciones para generar una definición exacta de los problemas en términos de motivaciones y necesidades humanas; segundo: valorar los costos de políticas y metas una vez que se cuenta con información completa de todos los aspectos de la disputa, incluidas las motivaciones y valores de los lados opuestos; y

⁴⁸ Entelman, Remo F. **Teoría de conflictos. Ob. Cit.** Pág. 39.

tercero: descubrir las posibles opciones disponibles una vez que se ha analizado el conflicto y todos sus elementos.

Esta concepción de resolución de conflicto es útil para hacer una distinción entre resolución y compromiso, en donde lo primero denota un resultado que se autoafirma y es estable porque soluciona el problema de la satisfacción de todas las partes a largo plazo y lo último describe un resultado que no cubre necesariamente las necesidades en juego, pero el resultado se acepta provisionalmente gracias a la jurisdicción de los tribunales, gracias al poder de negociación de la parte opuesta, o por algún tipo de fuerza ejercida por los oponentes o bien por una tercera parte.

“Esta concepción es análoga a la distinción entre ‘problema’ y ‘rompecabezas’. Un problema se puede resolver, si acaso, sólo a través de considerar todas las variables sea cual sea su grado de complejidad, pero es posible transformar un problema en un rompecabezas (o una situación donde se conocen las respuestas) tan sólo ignorando variables significativas. Esta clase de transformación se da cuando la policía actúa para reprimir disturbios: se puede ignorar temporalmente la fuente del disturbio a través de la represión.”⁴⁹

Las prácticas y procesos de la resolución de conflicto analítico y como solución de problema como sucede con la teoría de la resolución de conflicto, tienen un carácter universal, permitiéndoles ser relevantes a todos los niveles de la sociedad, y, por tanto,

⁴⁹ de Bono. **Ob. Cit.** Pág. 50.

tienen potencialmente la capacidad de ordenar un poco lo que en el presente es un campo confuso con diferentes planteamientos, la mayor parte de ellos inadecuados.

Además; esta abierta concepción de conflicto y de resolución de conflicto como solución de problema implica que son potencialmente resolvibles un amplio espectro de problemas, comportamientos desviados de todo tipo, adicciones a drogas y problemas asociados a ello, violencia callejera, control de armamento, y planes de reconstrucción para lograr el control de armamento, son problemas que entran en el campo de la resolución de conflicto.

Los procesos de resolución de conflicto hacen posible reemplazar a los tribunales y a la negociación basada en el ejercicio del poder, considerando concebible que se puedan tratar asimismo muchos problemas relativos a la distribución de roles y recursos.

La resolución de conflictos es un sistema de decisión en cuanto a que como solución de problema, provoca cambios en instituciones y normas, además de ser una influencia importante en el cambio y de ajuste para las condiciones de dicho cambio.

Cuando la resolución de conflicto se sustituye por decisión autoritaria, se convierte efectivamente en la base de un sistema político en el que los procesos analíticos de solución del problema son sustituidos por las reglas de la élite, las normas legales, y los poderes políticos, lo cual determina que resolución de conflicto debe tratarse conceptualmente como un sistema político.

“La institucionalización de la resolución de conflicto eliminaría los controles autoritarios pero al mismo tiempo empujaría a las sociedades hacia unos medios de control social no autoritario. Cuando nos referimos a un proceso de control social que no es autoritario, no nos circunscribimos al campo de formas de mediación, conciliación y arbitraje, pragmáticas, improvisadas, de primeros auxilios o culturalmente específicas. Dado el deterioro universal de los procesos autoritarios, incapaces de satisfacer las necesidades básicas humanas, los procesos de resolución de conflicto pueden institucionalizarse universalmente. En efecto, éstos pueden controlar y condicionar todos los comportamientos sociales como lo intentan hoy en día los procesos legales. Pero la ley es un método de control designado para suprimir las necesidades básicas individuales con el interés de preservar el poder de la élite. La resolución de conflicto es un método de control, determinado a satisfacer estas necesidades y con el interés de ajustar todas las formas de gobierno a la realidad del poder individual. Mientras que los procesos legales son coactivos y basados en la prohibición, los procesos de resolución de conflicto son medios positivos de control social que buscan establecer relaciones no conflictivas.”⁵⁰

Para una comprensión real de la resolución de conflicto como solución de problemas, es necesario adoptar una perspectiva que permita percibir el conflicto humano en su completo medio institucional.

⁵⁰ **Ibid.** Pág. 52.

La resolución de conflictos localiza la fuente del conflicto arraigado (tanto en la sociedad como el ámbito internacional) en las irreprimibles necesidades de los individuos y en los intentos de las élites por reprimirlas.

Cuando los procesos de resolución de conflictos se dirigen a los costos que supone ignorar la naturaleza de las relaciones humanas, se dirigen también a los cambios institucionales que se requieren para asegurar que las instituciones sean sirvientes de los ciudadanos, y no sus amos. Por ejemplo, los procesos de resolución de conflicto que revelan valores y necesidades humanas así como voluntad de intereses, con el paso del tiempo alteran las relaciones institucionales en la industria.

Mientras los procesos legales tienden intensamente a conservar normas existentes e instituciones, los procesos de resolución de conflicto como resolución de problema son innovadores en su naturaleza: promueven constantemente el cambio en una dirección que satisfaga los valores y necesidades de todos los miembros de la sociedad.

“Un sistema de resolución de conflictos como solución de problema es, por tanto, un sistema de adaptación constante a las cambiantes condiciones del medio. Es conservador en el sentido de que preserva aquellos aspectos de las sociedades que promueve las necesidades humanas y la estabilidad social, y es radical en el sentido de que altera aquello que frustra las necesidades humanas y promueve inestabilidad. Ninguna dicotomía de derecha-izquierda o de partido político es relevante para describirla. La resolución de conflicto como solución del problema es un sistema

funcional que permite a los miembros de una sociedad interactuar en armonía, tratando constante y continuamente todas las relaciones que se dan en el medio en su totalidad, y adaptándose de la manera que sea apropiada.”⁵¹

Es en este sentido que la resolución de conflictos que logra tocar el fondo de las motivaciones y valores de los que forman parte de la disputa, es una filosofía política; porque puede ser un componente de cualquier sistema, y al mismo tiempo un medio de cambio, así como tener la capacidad de lograr que sistemas enfrentados se conviertan en armónicos, pues tiene la capacidad de unir, crear puentes entre personas, entre grupos y entre sistemas.

3.5. Institucionalización de resolución de conflictos

El fracaso de los medios tradicionales de control social, los costos de los fracasos especialmente en el nivel internacional, el mayor discernimiento sobre la naturaleza del comportamiento humano, y la difusión del conocimiento a través de las modernas tecnologías, están aumentando exponencialmente.

Quizá como una reacción al fracaso, quizá como un resultado del mayor conocimiento y comprensión de los comportamientos humanos y de las relaciones sociales, la resolución de conflictos analítica y como solución de problema se está institucionalizando como parte de procesos sociales día a día en sistema sociales.

⁵¹ **Ibid.** Pág. 52.

Los procesos de resolución de disputa alternativa se han modificado para tener en cuenta las realidades de las dimensiones humanas; los problemas comunitarios se están tratando con procedimientos locales informales; las administraciones se encaminan hacia procedimientos de resolución de disputas; y hay nuevas iniciativas en la búsqueda de soluciones negociadas a nivel global.

El conocimiento de resolución de conflictos se promoverá más según se desarrolle como una disciplina unidisciplinaria; siendo una disciplina unidisciplinaria porque, a diferencia de economía, derecho, sociología u otras disciplinas del comportamiento, cada una de las cuales es abstracta y se configuran como un modelo parcial del individuo, la resolución de conflictos considera el ser humano en su totalidad, abarcando personalidad y diferencias culturales, y tratando con la persona en la sociedad total, abarcando diferencias del sistema.

Para tratar con conflictos arraigados, hay una necesidad de procesos más sofisticados que los ofrecidos por tribunales o tribunales alternativos, pues estos procesos se pueden aprender en poco tiempo, pero lo que no se puede aprender sin un estudio extenso son los múltiples aspectos del comportamiento humano, de los cuales la tercera parte en el conflicto debe ser consciente si se pretende una resolución del conflicto, y no un acuerdo o compromiso.

“Estos aspectos del comportamiento humano incluyen, además de las teorías de las necesidades humanas y valores, las zonas principales de la teoría de la ciencia social,

como son las teorías sobre la toma de decisión, el comportamiento de rol, las instituciones, funcionalismo, cambio y otras muchas que son parte central de varias disciplinas. Debe recordarse, sin embargo, que todas ellas han evolucionado dentro del marco de la filosofía tradicional. Todo debe reconsiderarse a la luz de un mayor conocimiento del comportamiento humano y reinterpretarse de acuerdo con una filosofía que no trata la persona compleja como un modelo simplificado con el propósito de construir teorías dentro de una disciplina particular.”⁵²

El papel positivo de la resolución de conflictos como solución de problema, y la predicción optimista del futuro, está totalmente en consonancia con las tendencias a largo plazo de evolución hacia unas relaciones menos coactivas entre instituciones e individuos; sin embargo, la tendencia no evolucionaria es una línea resbaladiza, porque los avances en el conocimiento son seguidos con frecuencia por reacciones de aquellos que consideran que ello pudiera perjudicarlos.

Los procesos de resolución de conflictos son eficaces no sólo porque incluyen la valoración de los costos de las opciones como un elemento primordial, lo cual no ha sido objeto de análisis exhaustivo de sus situaciones que le permita a las partes predecir con exactitud las consecuencias de sus comportamientos y el de las instituciones que intentan preservar o cambiar, las cuales se encuentran bien fundadas pueden conducir a valoraciones realistas de los actos de las partes y de sus consecuencias.

⁵² **Ibid.** Pág. 53.

“Hay dos influencias que conducen a desviaciones de una transición relajada hacia sistemas de mayor armonía en cuanto a las relaciones. Primero, aunque los procesos de solución de problemas analíticos permiten una valoración exacta de las consecuencias de las políticas, hay intereses a corto plazo, especialmente intereses de rol, que con frecuencia conducen a comportamientos que van a largo plazo en contra de la racionalidad. Contamos con muchos ejemplos de decisiones políticas que se han tomado para lograr ventajas a corto plazo, incluso a grandes costos de vidas y de estabilidad social y económica. Estas decisiones no fueron tomadas subordinadas a ningún proceso de solución de problema, pero sugieren la magnitud del problema. Hasta que los procesos políticos no se desvíen de intereses defensivos a corto plazo y se reconduzcan a intereses sociales a largo plazo, el conflicto es inevitable. La pregunta permanece abierta sobre si procesos de resolución de conflicto pueden aceptarse dentro de sistemas políticos dominados por partido o interés. Segundo, siempre existe el peligro que las élites que controlan los procesos de toma de decisión se aprovechen para lograr ventajas de este proceso. Ya hay evidencia de que esto está sucediendo.”⁵³

Por ello es necesario un entrenamiento adecuado de los facilitadores en resolución de conflictos; no tan sólo en el proceso, sino en una disciplina de estudio del conflicto y la resolución de conflicto, probablemente la formación más exigente y desafiante de todas.

Esta formación debe inculcar un conocimiento serio de las obligaciones éticas impuestas al facilitador de resolución de conflicto, siendo que el propósito de facilitación

⁵³ Cosser. **Ob. Cit.** Pág. 23.

consiste no sólo en evitar la coacción patente sino evitar la coacción latente del compromiso, de los pactos de poder y de la negociación.

En efecto, el enfoque analítico busca hacer irrelevante el poder en todas sus formas, sustituyéndolo por la evaluación de las consecuencias del uso del poder en situaciones en que valores y necesidades, que no pueden ser ni comprometidas ni canjeadas, están en juego.

CAPÍTULO IV

4. El derecho de familia en la resolución de conflictos familiares en Guatemala

4.1. El origen del conflicto familiar

Como todos los sistemas, la familia también presenta una cierta organización y mantiene cierta clase de balance o equilibrio, eso puede lograrlo merced al intercambio que realiza entre sus integrantes y con el medio social.

La complejidad que presenta la familia pasa por diferentes niveles, los lazos de parentesco, las relaciones jurídicas, los afectos, los sentimientos, los valores, los principios, las reglas propias, todo lo cual va conformando una compleja trama por la cual circulan los más variados mensajes de un miembro a los demás miembros del sistema.

El conflicto familiar presenta una diversidad de aristas que es necesario tener en cuenta antes de proponerse trabajar con él, pues los actores del conflicto familiar pertenecen a un sistema que a su vez puede subdividirse en subsistemas, el conyugal, el parental, el filial y el parento-filial, dando como resultado una amplia gama de conflictos que pueden presentarse en los distintos niveles o subsistemas, pero que afectan a todos los miembros.

“Cuando nos referimos a los actores del conflicto familiar, hablamos de la familia de origen y de la familia extensa. También podríamos incluir en esta categoría a todos aquellos que se involucran con la familia en un problema, así como los que coadyuvan a que el conflicto se perpetúe. Hay ciertos elementos que favorecen la aparición de conflictos dentro de la familia, los generadores de stress, son factores que favorecen la aparición de conflictos, estos pueden ser verticales u horizontales, según provengan del interior de la familia o del exterior, es decir del contexto donde ésta se encuentra. Los generadores de stress verticales pueden estar vinculados a los valores, mitos, estereotipos, secretos, rituales y reglas propias de ese sistema familiar. Los generadores de stress horizontales son factores que generalmente provienen del exterior: la sociedad, el contexto, el trabajo, los amigos, la familia extensa.”⁵⁴

La primera pauta que se observa en la familia en conflicto es la tensión, que resulta del producto de las presiones a las que se alude anteriormente, pero cuando la familia consulta por un conflicto al abogado, al psicólogo u otro profesional, la tensión es aún mayor ya que se está ante la tensión situacional producida por la misma crisis.

La segunda pauta está constituida por la polarización y la escalada.

“Ambos conceptos han sido trabajados por la Teoría del Conflicto para señalar la posición de las personas frente al conflicto y la intensidad que surge de ese posicionamiento. También la Teoría de Sistemas trabaja estos temas pero los designa

⁵⁴ HAYNES, John M. **Fundamentos de la mediación familiar**. Pág. 17.

con otras palabras. Para la teoría sistémica la llamada espiral de realimentación positiva o negativa, aclarando que las palabras positivo o negativo no tienen el significado habitual sino que indican la dirección del cambio, implica los movimientos que el sistema hace hacia el cambio, o hacia la pauta habitual, es decir el no cambio.”⁵⁵

La tercera pauta es la triangulación, la cual se manifiesta cuando se analizan todas las posibles combinaciones de las tríadas dentro del sistema familiar y se le asigna un valor especial al número tres.

Para Haynes “en este punto el triángulo se refiere al problema básico del trastorno emocional familiar. Como ejemplo se pone el caso, que habitualmente observamos en nuestra práctica cotidiana, donde aparecen dos progenitores distanciados emocionalmente uno del otro, involucrando excesivamente a los hijos en sus trastornos personales. La inevitable consecuencia de esto son los hijos que crecen perturbados y repiten más adelante la misma pauta interaccional en su propia familia.”⁵⁶

La cuarta pauta que se encuentra en la familia es tensión, es inculpación, en donde este proceso integra el combate familiar y forma parte de los precios que paga la familia por inculpar a alguien de lo que les está pasando. Este proceso en el que termina habiendo culpables e inocentes, puede bien estabilizarse en un miembro de la familia como rotar por otros con el transcurso del tiempo.

⁵⁵ **Ibid.** Pág. 19.

⁵⁶ **Ibid.** Pág. 21.

La quinta pauta producto del conflicto o tensión familiar es la disgregación de la identidad, siendo la misma lo suficientemente grave como para producir una simbiosis de toda la familia, al extremo de no permitir que cada uno pueda llevar una vida autónoma e independiente, en donde la familia como estructura es la que los gobierna a todos, en lugar de que ellos como miembros puedan controlar al sistema.

La sexta pauta es quizás el mayor temor de la familia, y que supera al temor de perderse uno al otro, es el temor a la inmovilidad y el temor a la muerte.

“La conciencia de la muerte subyace en todas nuestras vivencias y es un elemento decisivo en la dinámica familiar.”⁵⁷

Se considera que estas pautas se repiten en casi todos los conflictos familiares, con variantes de acuerdo a la tipología familiar, el ciclo vital y la comunicación que circule dentro del sistema, pero no siempre la crisis produce desequilibrio en el sistema familiar; a veces coincide con un momento de cambio y crecimiento en la estructura de la familia, conforme sus miembros van atravesando diferentes etapas del proceso de socialización o evolución personal.

Todo el panorama descrito respecto al conflicto familiar hace reflexionar sobre su complejidad y sobre las capacidades que el mediador familiar debe tener para percibir, comprender y trabajar en el proceso con idoneidad y eficiencia.

⁵⁷ **Ibid.** Pág. 22.

4.2. La justicia familiar y el respeto al sistema

Un aspecto a tener en cuenta cuando se trabaja con familias es el hecho de que tienen sus propias normas y reglas internas, en donde cada familia las tiene y son diferentes unas de otras, siendo cierto que dentro del sistema familiar circulan reglas explícitas e implícitas que solo la familia conoce, donde ese conjunto de normas es el producto de las historias personales de sus miembros, de los mitos, secretos, valores, creencias morales y religiosas, entre otros, teniendo como referencia la trama familiar sobre el poder; cada uno de sus miembros tiene una pequeña cuota, algunos más que otros.

“A los fines de la sistémica podemos afirmar que existe un libro mayor invisible en el que se lleva la cuenta de las obligaciones pasadas y presentes entre los miembros de la familia. En realidad este libro mayor familiar de justicia es un contexto relacional, quizás uno de los componentes más significativos para cada miembro de la familia. Puede considerarse a la justicia como una trama de fibras invisibles extendidas a lo largo y a lo ancho de toda la historia de relaciones de la familia, que mantienen el equilibrio social del sistema a través de fases de proximidad y separación físicas. Traemos el tema por que hemos observado y sirva como ejemplo que, como consecuencia del conflicto de divorcio, se cometen muchas injusticias dentro de la familia, no solo en las interacciones de los adultos sino respecto de los niños.”⁵⁸

⁵⁸ Bustelo Elicabe Urriol, Daniel. **La mediación familiar interdisciplinaria**. Pág. 15.

El mediador familiar no puede detenerse en todos estos aspectos durante el proceso, ello no implica que no le resulte positivo su conocimiento, pues la familia es gobernada por una poderosa política de coaliciones secretas a través de las generaciones, esta situación no les permite a muchas familias crecer, desarrollarse y evolucionar hacia una organización más apropiada al momento o etapa que está atravesando.

Cada sistema familiar, en consecuencia con esto, obtendrá diferentes respuestas a problemas semejantes.

4.3. La mediación familiar y las formas de trabajarla

La mediación familiar supone la presencia de una tercera parte neutral que guiará a las partes involucradas en un conflicto hacia su mejor resolución o disolución que se puede implementar: antes, conjuntamente o después del litigio judicial propiamente dicho; asimismo facilitará la comunicación entre los actores a fin de que mejoren los aspectos relacionales y puedan llegar a un acuerdo total o parcial respecto al conflicto que tienen.

“Podemos definir la Mediación Familiar como: El conjunto de estrategias llevadas a cabo por profesionales capacitados en la materia, llamados mediadores familiares, que pueden conducir a la pareja o a la familia, hacia una solución pacífica de los conflictos que la afectan, tomando como punto de partida la devolución de la autodeterminación a

las partes involucradas, a fin de que tomen sus propias decisiones respecto del conflicto que las trae a la consulta.”⁵⁹

Las características y propiedades surgen de la misma definición siendo necesario aclarar que la mediación familiar no solo es una metodología de trabajo aplicable al conflicto de divorcio sino que tiene múltiples aplicaciones a otros conflictos que suceden en el transcurso de la vida familiar o de la convivencia en pareja.

En este sentido constituye una ayuda para la definición de los roles sociales, en el reconocimiento y la revalorización de las partes envueltas en un conflicto judicial o extrajudicial y asimismo en relación a los profesionales del derecho evitando una inadecuada traducción del conflicto emocional al lenguaje jurídico.

“Es asimismo un método apropiado para transformar los conflictos, no limitándose a resolverlos, pues la mediación familiar ejerce una función curativa y profiláctica de los conflictos familiares, devolviendo la autonomía sobre la toma de decisiones a las partes. La Mediación amplía la visión del conflicto dándole otra lectura más positiva, tomándolo como parte de las relaciones humanas y como posible instrumento de cambio. Dejar restringido el campo de la mediación familiar al objetivo de llegar a un acuerdo sin percibir los cambios que puedan generarse dentro del proceso es limitar sus alcances y aplicaciones y confundir su lógica con la de la conciliación que es algo diferente.”⁶⁰

⁵⁹ **Ibid.** Pág. 20.

⁶⁰ **Ibid.** Pág. 21.

Trabajar la mediación adecuadamente permitirá a la familia el logro de una nueva identidad del sistema familiar así como de cada uno de sus miembros por separado, debido a que el objetivo de la mediación familiar está puesto básicamente en ahorrar tiempo, energía, proteger el interés familiar y por sobre todas las cosas proteger a los hijos.

Las cuestiones familiares son de extremada complejidad y es necesario desmitificar la figura de la mediación como panacea universal que hará desaparecer los conflictos de las relaciones humanas, constituyendo estas luces una utopía en la que se basan quienes no acuerdan con ella pudiendo producir un efecto inverso que se traduciría en evitar o evadir los conflictos en lugar de enfrentarlos y poder utilizarla como un instrumento para el cambio.

Hablar de formas de trabajo en mediación familiar es particularmente difícil para quien entiende que no hay formas o modelos de trabajo sino instrumentos para adecuar el proceso al sistema familiar.

La mediación es una importante herramienta práctica que permite al mediador convertirse en un profesional específico, que tendrá una función crucial desde el punto de vista social y cuya formación deberá nutrirse de diferentes disciplinas, no importando cual sea su profesión de base.

Con la convivencia y el conflicto entramado dentro de la familia es muy difícil que los actores o las partes involucradas puedan apelar a sus recursos para poder negociar con respeto, muchas veces los tienen pero no alcanzan a percibirlos.

Las emociones que hay de por medio les impiden comunicarse sin violencia, perdiendo de vista los valores esenciales, la colaboración, la cooperación, la tolerancia y la posibilidad de establecer procesos empáticos.

Para poder mediar en el campo familiar, es necesario como trabajo previo, un cambio, tanto en el discurso, en el lenguaje antagónico, como en la comunicación entre las partes, en donde el cambio debe comenzar por el operador en virtud de que es muy difícil producir un cambio en los demás encontrándose confrontados.

Asimismo, si se quiere reconstruir la capacidad de negociar con respeto lo que las partes han perdido por el conflicto que se ha generado entre ellas, debe crearse un ámbito apropiado para fomentar la cooperación, la solidaridad, así como también la confianza mutua y en el equipo mediador.

“Partiendo de la base de que el objetivo de la mediación, como complemento a la acción que el derecho puede tener como herramienta de control social, es la preservación de las relaciones interpersonales, la reconstrucción de la comunicación respetuosa entre los actores es fundamental y la primera tarea para poder conseguir otros objetivos. Sabemos que para conseguirlos los mediadores cuentan con técnicas

para despojar el discurso agresivo y violento de las partes del contenido emocional, dejando el mensaje real que quieren transmitir.”⁶¹

Devolverle a los actores una imagen diferente a la que traen, donde puedan intercambiar ideas, hablar con confianza, emitir opiniones, definir sus necesidades y ponerse en el lugar del otro sin por ello sentir que pierden poder o resignan posiciones, es quizás la tarea más importante del proceso de mediación, sabiendo que esas consignas que el mediador pone como reglas de juego y que se ocupa de ir reconstruyendo con ellos será el modelo de comunicación que los lleve en el futuro a poder negociar por ellos mismos es la mejor ganancia del proceso que se pueden llevar.

La imparcialidad del mediador y su necesaria formación, además de la confidencialidad del proceso, conlleva muchas garantías para la correcta resolución de los conflictos familiares, en donde el mediador no es quien toma las decisiones sino que son los implicados en el conflicto familiar los que las toman y las asumen plenamente.

El mediador imparcial es el que lleva a que se preserve la igualdad de las partes sin asumir la posición de ninguna de ellas y con el máximo respeto de los intereses de las mismas, por esto que el mediador debe abstenerse de intervenir no sólo en los casos en que tengan conflictos de intereses con las partes, sino también en aquéllos en que exista o haya existido relación personal o profesional con alguno de los sujetos que asisten a la mediación, pudiendo ser recusado por estas mismas razones.

⁶¹ **Ibid.** Pág. 22.

Las partes deben sentir que el mediador entiende los aspectos críticos y la dinámica de las relaciones familiares y que les ofrece un camino para avanzar en la resolución de su conflicto, pero ha de tratarse de un camino compartido porque el mediador es alguien que camina junto a la familia durante el proceso, no es alguien que simplemente interviene desde fuera; su actitud debe ser sensible y respetuosa y, especialmente, debe facilitar una comunicación eficaz que permita un diálogo entre los familiares.

La confidencialidad en el proceso de mediación supone la obligación de mantener la reserva sobre el desarrollo y contenido del mismo, la calidad del proceso de mediación depende, y en mucho, de la cualificación y profesionalidad del mediador que la lleve a cabo.

Los medios alternativos de solución de conflictos como la mediación, la negociación, la conciliación y el arbitraje se hacen cada vez más habituales y necesarios y generan un cambio positivo en el pensamiento de los ciudadanos y de los operadores de la justicia, porque ayudan a crear una cultura en contra del litigio y a favor de la solución consensuada de los conflictos.

Asimismo, teniendo en cuenta que el conflicto aparece como la manifestación de un problema que necesita una solución conducente a buscar alternativas que resuelvan y atiendan las necesidades de todos los implicados, con el fin de adoptar un acuerdo satisfactorio, duradero y estable para todos, es que se plantean los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

De igual manera, se comprende que los conflictos familiares son contradicciones interpersonales que afectan a todos los individuos de la propia familia, ya que sus miembros tienen en común una historia compartida.

La mediación familiar es una muy deseable forma de resolución de conflictos y su implantación en Guatemala ha sido muy positiva y creciente en el ámbito de las relaciones familiares y de las crisis matrimoniales y de pareja.

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo y, en especial, garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.

En reiteradas ocasiones, se ve a las partes más preocupadas en negociar en términos de ganar o perder. Cuando las partes solicitan el servicio de mediación, se sorprenden de que el mediador les explique que se trata de buscar la solución que sea mejor para todos los implicados y que lo importante es que todos ganen. Resulta difícil pensar que no existe un ganador y un perdedor cuando se está ante un proceso de mediación familiar, que todos pueden escuchar y comprender lo que dice el otro y pasar de un esquema vencedor y vencido, fuerte y débil, ganador y perdedor, a un plano de igualdad de condiciones para hablar, para ser escuchado y para ser valorado.

Las partes constituyen el elemento subjetivo del proceso de mediación y pueden serlo los cónyuges, las parejas de hecho, los padres-hijos, los hermanos, los abuelos, etc. La mediación familiar se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes, la cual tiene aplicación dentro de la órbita familiar y actúa con ciertos límites que son la ley, la moral y el orden público.

Obviamente, al hablar de la autonomía de la voluntad de las partes, de su capacidad de buscar soluciones a un problema y de comprometerse a cumplirlas, es imprescindible que los implicados en la mediación reúnan ciertos requisitos personales referentes a su capacidad volitiva, intelectual, afectiva y psíquica.

Sin una capacidad plena es imposible o desaconsejable negociar, pactar o conciliar soluciones. Por ejemplo, sería imposible y desaconsejable en los casos de malos tratos o de violencia intrafamiliar.

Es por esto que la mediación no es la panacea, pues para que sea eficaz ha de desarrollarse en un marco de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad,confidencialidad, profesionalidad, buena fe, flexibilidad, confianza y respeto, buscando el bien del menor y de la familia.

La mediación familiar está demostrando en todo el mundo muchas ventajas como la descongestión de los tribunales y juzgados, la celeridad y economía de tiempo y de dinero, el incremento de la participación de los actores del conflicto y la capacidad que

tienen todos ellos de asumir su propia responsabilidad personal en la solución del problema.

A la mediación se suele acudir antes de iniciar el procedimiento judicial, aunque también puede tener lugar durante la tramitación del mismo, por derivación del juez o por petición de las partes.

“La mediación familiar es un proceso no jurisdiccional o extrajudicial de gestión y resolución pacífica de conflictos familiares. Los actos jurídicos realizados a lo largo del proceso de mediación tienen distinto alcance. Así, tras la sesión informativa, y si es la voluntad de las partes, tendrá lugar el contrato de mediación por el que los participantes y el mediador asumen sus condiciones, incluyendo la satisfacción de los honorarios del mediador. Las partes tienen la posibilidad de elegir al mediador.”⁶²

Para resolver un conflicto familiar se puede escoger entre la vía extrajudicial de la mediación familiar o la vía judicial, con la gran diferencia de que en la mediación son las partes las que voluntaria y pacíficamente resuelven, deciden y solucionan entre sí y por mutuo acuerdo su conflicto.

Mientras que en un proceso judicial el que decide es el juez por medio de una sentencia, puesto que lo que no han podido ni querido resolver las partes entre sí en un conflicto familiar, lo resolverá el juez mediante la sentencia impositiva, siendo lo cierto es que en

⁶² Arriaga Medina, Esteban. **Alternativas en la resolución de los conflictos familiares. mediación en el ámbito del derecho de familia.** Pág. 31.

estas cuestiones, los abogados que se dedican al derecho de familia hacen un gran papel en la medida en que se realice una tarea más conciliadora, negociadora y mediadora que contenciosa.

La mediación concluye con la firma del contrato por los miembros de la relación familiar en conflicto, el cual contiene los acuerdos a los que aquéllos hayan llegado respecto de la cuestión objeto de controversia y les obligará en lo que hayan suscrito, siempre que concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos. Una vez que las partes han llegado a concretar acuerdos, pondrán en disposición de la autoridad judicial los mismos para obtener su validación.

Esto no quiere decir que la mediación familiar sustituya a los tribunales de justicia, pero sí que puede descargarlos de algunos asuntos que pueden resolverse extrajudicialmente.

4.4. El derecho de familia como medio para solucionar los conflictos familiares

Aun con todos los avances de las formas extrajudiciales de resolución de conflictos, se debe tener en cuenta que cuando las partes no han llegado a un acuerdo, o bien el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación, es importante que se acuda al juez de familia, quien basándose en los principios tutelares del derecho de familia, debe dictar una resolución en la que se impongan las medidas que sean precisas.

De igual manera, temas como alimentos, herencias, emancipación, capitulaciones matrimoniales, algunos efectos personales del matrimonio como la elección del domicilio familiar, el convenio regulador en crisis matrimoniales o de pareja con hijos, el derecho de visitas con abuelos y otros parientes del hijo menor y ciertas cuestiones relativas a instituciones como la tutela y la adopción, además de lo relacionado con las herencias y sucesiones, la obligación de alimentos, la adopción, la guarda y custodia de los hijos, la pensión compensatoria, la separación de bienes o de cuerpos, etc., continúan siendo un área exclusiva de los tribunales de familia, puesto que en estos casos impera el orden público y el interés general y la paz social antes que la voluntad de las partes.

Para lograr que los tribunales de familia, fundamentados en el derecho de familia, cumplan con la función mediadora, conciliadora y reparadora que deben asumir, los profesionales del derecho, sea como litigantes o como jueces, son fundamentales para lograr que se promueva y logre la paz social, puesto que debidamente informados de la tutelaridad y especialidad de esta rama jurídica, deben promover los mecanismos jurídico-legales necesarios para hacer que prevalezca la justicia y el bien común, antes que un interés individual que perjudique la convivencia armoniosa.

Asimismo; a pesar de lo que se puede suponer en el sentido de que mediación y conciliación son contradictorios al derecho, al derecho de familia en este caso, es precisamente su aceptación por parte del ente jurisdiccional el que le otorga seguridad jurídica al acuerdo extrajudicial entre las partes, aun cuando las partes puedan llegar al

mejor acuerdo entre ellas, si lo acordado va en contra de la ley y los principios del derecho de familia, el mismo resulta improcedente por ilegal, situación que legitima a un tercero a actuar para enmendar el quebrantamiento de la ley, todo lo cual deviene en que el derecho de familia y los tribunales que lo implementan son fundamentales en la resolución de los conflictos familiares.

CONCLUSIONES

1. Ante los conflictos que se presentan en el seno familiar producto de los problemas y desavenencias entre los padres e hijos, el derecho de familia resulta fundamental para buscar soluciones negociadas y conciliaciones que convengan a todos, sin tener que recurrir a un órgano jurisdiccional, en donde en lugar de solucionar el problema hogareño, lo que hace es profundizar el problema.
2. En Latinoamérica, resulta una práctica común que en el seno del hogar los padres de familia utilicen formas violentas para transmitir los valores y principios, así como para corregir a los hijos, lo cual ha permitido que se reproduzca la cultura autoritaria durante generaciones, limitando el fortalecimiento de relaciones de igualdad en las familias.
3. Debido a que la familia de cualquier tipo sigue cumpliendo las funciones básicas de reproducción biosocial, formación cultural, fuente de atención afectiva, educativa y económica, los hijos reciben cotidianamente las prácticas y las formas de actuar de los padres, lo cual determina que los descendientes cuando son adultos reproduzcan las formas violentas de relación familiar.
4. Hasta el presente, debido a las prácticas culturales existentes en el país, los padres, los hijos y los hermanos que conviven dentro de un hogar determinado, han resuelto sus problemas a través de la violencia o del uso de los tribunales de

justicia, lo cual perjudica a las personas más débiles dentro de la familia, las cuales no pueden enfrentarse con sus agresores en igualdad de condiciones.

5. Hasta el presente, las prácticas autoritarias e impositivas de resolver los conflictos en el seno del hogar, se reproducen en las esferas judiciales, en donde los jueces no buscan avenir a las partes, tomando en cuenta los principios tutelares del derecho de familia, sino que resuelven aplicando las leyes sin tomar en cuenta los fundamentos del derecho de familia que es eminentemente tutelar.

RECOMENDACIONES

1. A partir de la importancia del derecho de familia resulta para solucionar problemas en el seno familiar, es importante que las universidades del país impartan más cursos sobre el derecho de familia, porque de esa manera, los estudiantes y profesionales pueden promover formas conciliatorias de solución de esos conflictos en el ejercicio de sus prácticas civiles y en su profesión.
2. Ante la práctica familiar de utilizar formas violentas para corregir a los hijos, el Ministerio de Educación debiera promover campañas de formación para padres de familia en las escuelas durante los fines de semana, para que estos aprendan las formas alternativas de solucionar los conflictos en el seno familiar y de esa manera generen nuevas formas de relación familiar.
3. A partir de que la familia continúa reproduciendo las prácticas de la cultura autoritaria, el Ministerio de Cultura y Deportes, tiene que generar dinámicas sociales en las comunidades, durante todo el año, para que la población implemente formas de pensar democráticas que permitan formar a los hijos en la cultura democrática, en la tolerancia, la igualdad y la paz.
4. Debido a que padres e hijos en el seno familiar han resuelto sus problemas a través de la violencia, es fundamental que las organizaciones de mujeres como Grupo de poyo Mutuo GAM, Madres Angustiadas, entre otras, promuevan cursos de formación hacia las mujeres para que estas sean agentes de cambio dentro de la familia a través de implementar prácticas conciliatorias en el hogar.

5. Como es una tendencia que los jueces de familia resuelvan los procesos ventilados en su jurisdicción a partir de la forma tradicional de impartir justicia, la Escuela de Estudios Judiciales, debe capacitarlos en los principios tutelares del derecho de familia, para que los problemas legales que decidan los resuelva a través de las formas alternativas de resolución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDOLFI, N. C.; NENGHI, P.; NICOLO, A.M.; CORIGLIANO. **Detrás de la máscara familiar**. Ed. Amorrortu Editorial, Buenos Aires, 1985.
- ARIZA, Marina y DE OLIVERA, Orlandina. **Acerca de las familias y los hogares: estructura y dinámica**. Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Argentina, 2002.
- ARRIAGA MEDINA, Esteban. **Alternativas en la resolución de los conflictos familiares. Mediación en el ámbito del derecho de familia**. Ed. Paidós. Buenos Aires, 1989.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgardo y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. **Derecho de familia y sucesiones**. Ed. Harla. México, 1996.
- BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Ed. Pedagógica Iberoamericana. México, 1997.
- BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1998.
- BUSTELO ELICABE URRIBOL, Daniel. **La mediación familiar interdisciplinaria**. Ed. AIEEF, Madrid, 1993.
- COSSER, Lewis. **Teoría social del conflicto**. Ed. Ariel. Madrid, 1972.
- DE BONO, Edgard. **Conflictos: Una mejor manera de resolverlos**. Ed. Ediciones Planeta. Madrid, 1990.
- DE PINA VARA, Rafael. **Elementos del derecho civil mexicano**. Volumen I. Ed. Porrúa, México, 1993.
- ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**. Ed. Claridad. Buenos Aires, 1971.
- ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma**. Ed. Gedisa. Barcelona, 2002.
- ENTELMAN, Remo F. **Los terceros en el conflicto**. Ed. Gedisa. Barcelona, 2000.
- FLANDRIN, Jean L. **Orígenes de la familia moderna**. Ed. Grijalbo. Barcelona, 1979.
- GERGEN, Kenneth J. **La familia saturada**. En: Revista Networker, New York. Sept. Oct., 1994.

GONZÁLEZ, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil**. Ed. Trillas, Sexta reimpression, México, 1999.

GUTIÉRREZ DE PINEDA, Alejandro. **Latinoamérica y su historia**. Ed. Ceijas. México, 1998.

GUTIÉRREZ DE PINEDA, Virginia. **Familia y cultura**. Ed. Océano. España, 1985.

HAYNES, John M. **Fundamentos de la mediación familiar**. Ed. GAIA. España, 1995.

HENAO, Hernán y JIMÉNEZ, Blanca Inés. **La diversidad familiar en América Latina: una realidad de ayer y de hoy**. Ed. Cuaderno Cultura y Sociedad. Medellín, 1998.

JIMÉNEZ, Blanca Inés. **Los tuyos, los míos y los nuestros. Paternidad y maternidad en familias nucleares poligenéticas**. Ed. Fundación para el Bienestar Humano. Medellín, 2001.

LÓPEZ, Yolanda. **La familia, una construcción simbólica: de la naturaleza a la cultura**. En: Revista Universidad de Caldas, Manizales, Colombia. Vol. 21, No. 2, mayo-agosto de 2001.

LÓPEZ, Luz María y LÓPEZ, Clara Jenny. **Familias en américa: subsistiendo entre premodernismo y modernismo**. Ed. Universidad de Antioquia. Medellín, 1996.

MACKINSON, Gladys J. **La familia patrigeneracional**. Ed. Ediciones Sociología del Derecho. Buenos Aires, 1987.

MINUCHIN, Salvador. **Terapia estructural de la familia**. Ed. Gárnica. Barcelona, 1974.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. **El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia**. Ed. Amorrortu Editorial, Buenos Aires, 1985.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Editorial Porrúa. México 1998.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno. De la República de Guatemala, Decreto Número 106,1964.

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno. De la República de Guatemala, Decreto Número 106,1964.

