

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



**INCUMPLIMIENTO DE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL EN LOS CONVENIOS DE
RELACIONES FAMILIARES**

OTTONIEL GUEVARA CRUZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2011

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

**INCUMPLIMIENTO DE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL EN LOS CONVENIOS DE
RELACIONES FAMILIARES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OTTONIEL GUEVARA CRUZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Ronaldo Sandoval Amado
Secretario: Lic. Alvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rafael Morales Solares
Vocal: Lic. Jorge Estuardo Reyes del Cid
Secretario: Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo

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. Arsenio Locón Rivera
6ª. Avenida 0-60 zona 4 Torre Profesional II
Centro Comercial Zona 4
Abogado y Notario
Colegiado No. 3676



Guatemala, 19 de julio de 2,010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria

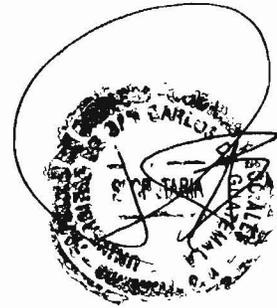


Respetable Licenciado Castillo:

En cumplimiento de la resolución emitida por esa Unidad, en la cual se me nombró como Asesor de la Tesis de **OTTONIEL GUEVARA CRUZ**, denominada: **“INCUMPLIMIENTO A LA RELACIÓN PATERNO FILIAR EN LOS CONVENIOS DE RELACIONES FAMILIARES”** manifiesto lo siguiente:

1. Que el presente trabajo de tesis tiene un gran contenido científico y técnico, el primero en mención porque se aplica la ciencia jurídica sobre la investigación realizada y el segundo, porque el autor para su desarrollo y el trabajo mismo llena los requisitos que se establecen para su elaboración.
2. Con respecto a la metodología, se aplican específicamente el método deductivo y el inductivo, que sirvieron para extraer los análisis de los hechos generales para llevar a conclusiones particulares y viceversa. La técnica de investigación utilizada es la documental, se aplicó mediante el estudio y análisis de la doctrina de diferentes juristas.

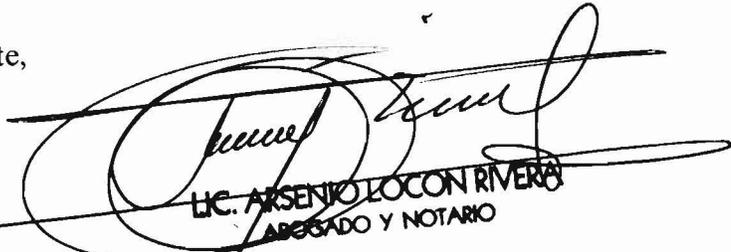
Lic. Arsenio Locón Rivera
6ª. Avenida 0-60 zona 4 Torre Profesional II
Centro Comercial Zona 4
Abogado y Notario
Colegiado No. 3676



3. Las conclusiones y recomendaciones, las encuentro muy acertadas y congruentes con la hipótesis planteada y con el desarrollo mismo de la investigación, pues el autor sustenta opiniones jurídicas valederas.
4. La bibliografía consultada es la adecuada para el tema desarrollado, con mi asesoría consultó autores nacionales como extranjeros y además usó la legislación guatemalteca.

En virtud de lo anteriormente expuesto, apruebo el trabajo asesorado y en consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, el mismo cumple con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y sociales y del Examen General Público.

Respetuosamente,


LIC. ARSENIO LOCON RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR
Colegiado 3676

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, veintisiete de julio de dos mil diez.

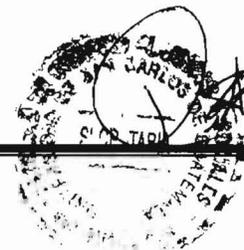
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A), HOMERO ADOLFO CERMEÑO MARROQUÍN para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: OTTONIEL GUEVARA CRUZ, Intitulado: "INCUMPLIMIENTO A LA RELACIÓN PATERNO FILIAL EN LOS CONVENIOS DE RELACIONES FAMILIARES."

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. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/ell.



Guatemala, 14 de Octubre del 2010.

Licenciado.

Marco Tulio Castillo Lutin.

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Respetable Licenciado Castillo:

Cumpliendo la disposición contenida en resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha veinte de julio del dos mil diez , procedí a realizar el análisis correspondiente como REVISOR del trabajo de tesis del bachiller OTTONIEL GUEVARA CRUZ , sobre el tema intitulado "INCUMPLIMIENTO DE LA RELACION PATERNO FILIAL EN LOS CONVENIOS DE RELACIONES FAMILIARES", para rendir el informe respectivo, de conformidad con lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo de la siguiente manera:

- a) Al establecer comunicación con el Bachiller Ottoniel Guevara Cruz, se procedió a revisar el trabajo realizado, el cual se encuentra congruente, logrando consenso con el ponente del tema, el cual tiene contenido científico, realizando un estudio técnico de las fases y aspectos relevantes en los aspectos generales de la relación paterno-filial, realizando una valoración del tema, por lo que no dudo que constituirá una excelente compensación para las instituciones del sector justicia.
- b) Dentro del informe final realizado por el estudiante, se efectuaron investigaciones bibliográficas, dentro de las cuales se utilizaron los métodos inductivo o directo y el deductivo o indirecto, que permitieron el estudio de hechos, datos, rasgos doctrinarios y de otros aspectos relevantes. Se agregó el análisis institucional del mismo para que de esta manera se pudieran proporcionar las conclusiones respectivas. Puedo agregar



que dentro del trabajo realizado se utilizó en forma adecuada la gramática lexicografía, utilizando un lenguaje técnico adecuado y que caracteriza a un profesional del derecho, incluyendo en el mismo las instituciones jurídicas y doctrinarias adecuadas que fueron planteadas en forma objetiva.

- c) La bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación se considera ser la más adecuada al tema, ya que se consultaron textos doctrinarios de autores nacionales y extranjeros, de la investigación realizada.
- d) Al momento de emitir conclusiones y recomendaciones acordes con el trabajo desarrollado, se ha logrado brindar un aporte para el ordenamiento jurídico de Guatemala; por la forma en que ha sido abordado su planteamiento y contenido que al respecto y con base en el nombramiento que me ha sido delegado.

DICTAMINO:

Por lo antes relacionado y para los efectos correspondientes, recomendé al estudiante las correcciones pertinentes en el trabajo realizado y en virtud que cumple con los requisitos técnico-legales que la legislación universitaria requiere, emito **OPINIÓN FAVORABLE**, para que se proceda con el trámite respectivo, según el Reglamento de Graduación.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

Lic. Homero Adolfo Cermeño Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO

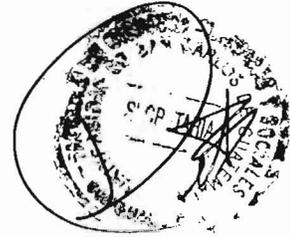
REVISOR
Colegiado 5,085

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.

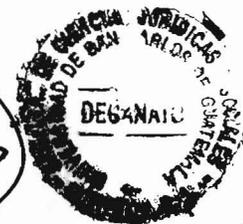


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticuatro de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante OTTONIEL GUEVARA CRUZ, Titulado INCUMPLIMIENTO DE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL EN LOS CONVENIOS DE RELACIONES FAMILIARES. 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

- PRINCIPALMENTE A:** Dios todo poderoso, Supremo Creador que me ha permitido grandes satisfacciones.
- A MIS PADRES:** Por haberme dado la vida.
- A MI ESPOSA E HIJOS:** Por su apoyo incondicional durante todo el tiempo
- A MIS HERMANOS:** Que me han acompañado siempre
- A MIS AMIGOS:** Especialmente a Lic. Edgar Armino Castillo Ayala, Javier Alexander Romero del Valle y Estuardo Castellanos.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia.....	01
1.1. Definición de familia.....	02
1.2. Marco jurídico.....	07
1.3. Contenido del derecho de familia.....	07
1.4. Características fundamentales del derecho de familia.....	08
1.5. Principios fundamentales del derecho de familia.....	09
1.6. Regulación legal acerca de la familia.....	15

CAPÍTULO II

2. La familia.....	27
2.1. Antecedentes de la familia.....	27
2.2. Concepto jurídico de familia.....	27
2.3. Definición de familia.....	31
2.4. Aspectos legales.....	32
2.5. Naturaleza jurídica.....	33

CAPÍTULO III

3. Antecedentes históricos de la relación paterno-filial.....	35
3.1. Conceptos básicos de la relación paterno-filial.....	38

CAPÍTULO IV

4. Incumplimiento de las relaciones paterno filiales en los convenios de relaciones familiares.....	49
4.1. Definición.....	49
4.2. Antecedentes históricos.....	51
4.3. Naturaleza jurídica.....	52

	Pág.
4.4. Características de la relación paterno-filial.....	57
4.5. Sujetos de la relación paterno-filial.....	59
4.6. Contenido y factores determinantes.....	61
4.7. Procedimiento para su establecimiento.....	67
4.8. Cumplimiento de la vista.....	73
4.9. Modificación y suspensión.....	79
4.10. Extinción de la relación de la vista.....	81
4.11. Mención del derecho de relación en sentencias de la Corte de Constitucionalidad Y Corte Suprema de Justicia.....	82
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

En las relaciones humanas y de afectividad entre los sujetos del derecho de relación, existe la posibilidad de que el padre o madre y el hijo menor de edad se encuentren separados por un conflicto familiar, el que proviene de un divorcio, de una separación o de una relación extramatrimonial.

Es importante destacar que el derecho de relación atiende a un problema social que afecta la base de la sociedad, como la ruptura de la familia, fundamentalmente para mantener y fortalecer la relación entre padre e hijos ya que éstos necesitan atención y seguridad de sus progenitores. Por tal motivo resulta necesario establecer un mecanismo apropiado para exigir el cumplimiento del derecho de visitar a los hijos y no rompa la armonía de la relación paterno filial.

En sentido general se busca un mecanismo adecuado para exigir el cumplimiento del derecho u obligación de visitar a los hijos contenidos en un convenio de bases de divorcio o separación y particularmente analizar algunos Artículos de la ley que deben formarse en cuanto al derecho de la relación paterno filial y los aspectos básicos para garantizar el cumplimiento.

La hipótesis planteada: “La causa del incumplimiento de la obligación derivada de los acuerdos de relación paterno filial se debe a que la madre se rehúsa a cumplir con la obligación estipulada en el convenio”, ya que en la mayoría de los casos cuando la patria potestad le es asignada a ella.

En la relación a la metodología se utilizó el método analítico, sintético, inductivo y deductivo descomponiendo la justificación en un porqué y para que de la investigación del tema y delimitando el problema concluyendo en cual es el centro de la investigación y hacia dónde va dirigida, determinando un eje central sobre el cual tratará la investigación.

La familia constituye el núcleo o base de la sociedad, de ahí su importancia y la protección por parte del estado de Guatemala a través de la Constitución Política de la República de Guatemala, los Convenios y Tratados internacionales y el orden jurídico ordinario. En cuanto la patria potestad, es una institución jurídica consistente en un conjunto de deberes en relación con la persona de los hijos y de obligaciones respecto a sus bienes. La misma es parte de la relación paterno filial, partiendo de la perspectiva de las dos partes: padres e hijos. En relación al incumplimiento de las relaciones paterno filiales en los convenios de relaciones familiares, se pretende establecer los aspectos más importantes del derecho de relación o de vista, para lo cual es necesario comprender su definición, antecedentes, naturaleza jurídica y característica de lo que permite determinar el marco en que se desarrolla por los sujetos involucrados en esta relación jurídica, con lo que se establecerá el contenido y factores que comprende la extensión de sus facultades y obligaciones.

CAPÍTULO I

1. El derecho de familia

El término familia, tal como lo afirma Vine, que dicha palabra se encuentra: “En los rollos del mar muerto y está presente en el hebreo de la mishnah y el hebreo moderno.”¹

El ser humano nunca ha vivido solo, posee el instinto gregario, es un ser social, necesita comunicarse y coexistir con los demás. Inicialmente como ser racional, por lo cual se unió a otros semejantes, formando un clan o una tribu, permaneciendo en esa organización colectiva por varios siglos, para defenderse de otras especies y satisfacer las necesidades que brinda la convivencia. El hombre realizaba tareas de casería y pesca y la mujer se dedicaba a los cultivos, labores del hogar y cuidados de la prole.

No existía relación de pareja, prevalecía la promiscuidad. Posteriormente fueron formando pareja de un hombre y una mujer, en la misma tribu o de diferente; hasta llegar a integrar la familia monogámica. Su finalidad de vivir juntos, procrear y auxiliarse en las actividades de la vida, fueron motivo y consecuencia de la organización social.

La familia constituye el núcleo o base de la sociedad, de allí su importancia y la protección por parte del Estado de Guatemala a través de sus normas constitucionales y del ordenamiento jurídico ordinario y los convenios y tratados internacionales.

¹ Vine, W.E. **Diccionario expositivo**. Pág. 149

1.1. Definición de familia

Antiguamente, se conceptuaba a la familia, como el conjunto de personas que convivían en un hogar; es decir, en una misma vivienda, habitada por padres, hijos, abuelos, tíos, primos, sobrinos, incluyendo hasta a los sirvientes, refiriéndose a lo que se conoce como familia en sentido extenso. Actualmente al definirla, se hace referencia en sentido estricto, conformada por padres e hijos, cuando estos contraen matrimonio, forman una nueva familia.

Otra definición de familia, se refiere a un vínculo jurídico, basado en el parentesco, puesto que son los vínculos de sangre los determinantes y en el parentesco por adopción, el adoptado adquiere la situación jurídica de hijo, con todos los derechos y obligaciones; al respecto, Federico Puig Peña define a la familia como: “Institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes, para que presidida por los lazos de autoridad sublimada por el amor y el respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”²

La familia constituye la base sobre la que se organiza la sociedad y el derecho civil es el que básicamente regula el derecho de familia. Es criterio de algunos juristas o tratadistas que la relación familiar no debiera corresponder exclusivamente a la esfera del derecho, pero entrañando una relación jurídica de esposo a esposa, de padres a hijos y de parientes en general, ligados en razón de grado, esas coyunturas para que

² Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo II .Pág. 979

sean respetadas por los demás, se hace indispensable que sean sancionadas y controladas por un órgano regulador que es el derecho. El derecho civil regula principalmente a la familia, asigna derechos y obligaciones.

Sobre el tema otros tratadistas aportan su definición, se cita a los siguientes: Sánchez Román, citado por el doctor Guillermo Cabanellas en el diccionario de derecho usual manifiesta que: “la familia es la institución ética, natural, fundada en relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hayan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia, institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida de la especie humana.”³

Diego Espín Cánovas, indica en su obra derecho civil español, concibe a “la familia como el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre si por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco o de afinidad, constitutivo de un todo unitario”.⁴

El jurista Manuel F. Chávez Asencio, en su obra La familia en el derecho de familia y relaciones jurídicas familiares, expresa: “Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”⁵

³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 344

⁴ Espin Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 145.

⁵ Chávez Asencio, Manuel. **La familia en el derecho de familia y relaciones jurídicas familiares**. Pág. 139

Asimismo “el derecho de familia es la parte del derecho que tiene por objeto la relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paterno-filiales, tanto en su aspecto personal como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados. Constituye el eje central la familia, el matrimonio y la filiación.”⁶

Es la rama del derecho civil, cuya normativa jurídica regula las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la familia entre sí y en relación a los terceros. El derecho de familia comprende todo lo relativo a derechos y obligaciones en las relaciones familiares: alimentos, matrimonio, régimen económico matrimonial, filiación, relaciones paternas filiales, e instituciones tutelares. Al respecto escribe

Manuel Ossorio, en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales: indica que el “derecho de familia. Parte o rama del derecho civil relativa los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad.”⁷

El derecho de familia, considerado como un “conjunto de normas que determinan y rigen los efectos jurídicos de las relaciones familiares y cuya naturaleza jurídica ha provocado una serie de controversias al otorgarle unos, de autonomía frente al derecho privado, otros parangonándola por aproximación al derecho público, y así Pissanelli, citado por Cassio y Romero estima que, aunque perteneciendo el derecho de familia al derecho privado, goza de mas proximidad con el derecho público y Crome a que alude

⁶ Cabanellas, Guillermo. **Ob.Cit.** Pág. 245

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 245

Cassio y Romero en la obra mencionada, le da al derecho de familia otra orientación, considerándola como un todo orgánico que concibe al individuo en forma muy semejante a como aparece en el Estado en general Nipperdey citado en la referida obra diferenciando “el derecho de familia del derecho privado, lo estima como un cuerpo extraño en la codificación del derecho privado.”⁸

Existen otras orientaciones que examinan el derecho de familia, considerándolo como de estructura social y por ende lo sitúan en el derecho social propiamente dicho, para los sostenedores de esta tesis, entre otros Gierke, la familia pertenece a la regulación del derecho de los grupos sociales, como derecho intermedio entre el que disciplina al individuo y al Estado.

Existe otro enfoque doctrinario y teórico proporcionado por juristas y doctos en la materia, entre ellos Cicu, sostienen la teoría de la diferenciación del derecho de familia, respecto del derecho público y del derecho privado a juicio de Cicu antes de penetrar en el fondo de la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de familia, es preciso realizar una previa labor de reajustar los conceptos sobre los que se opera al tratar de diferenciar al derecho público y el derecho privado. Pasa revista a las diversas posiciones doctrinales que, en torno a la distinción de referencia, se han sostenido por los autores y, fijando la atención en dos elementos capitales individuo y Estado, llega a la conclusión de que el primero considerado en el seno del segundo, solo puede ocupar una posición, la de dependencia.

⁸ Cassio y Romero. **Diccionario de derecho privado**. Pág. 434.

Es considerable que para comprender la definición del derecho de familia, debe dividirse en derecho objetivo y derecho subjetivo.

- Derecho de familia objetivo, es el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. y
- Derecho de familia subjetivo, a las facultades que tienen los miembros de la familia para hacer efectivas las normas jurídicas respectivas conforme a sus intereses.

Desde el punto de vista objetivo se ha dividido el derecho de familia en derecho de familia puro o personal y derecho de familia patrimonial o sea en relación a los bienes familiares. El primero regula los vínculos personales de la organización familiar; y el segundo regula los vínculos patrimoniales, derivados de la relación familiar.

Para que exista este conjunto de normas reguladoras de los conflictos que pudiera surgir de las relaciones familiares, es necesaria la intervención del Estado a través del derecho, la creación de la ley y de las instituciones que se encarguen de aplicarla. Y en relación al origen del derecho de familia, opino que es la rama del derecho civil que regula los derechos y obligaciones que nacen de una relación familiar; sin embargo, en la actualidad, conforme la doctrina moderna o reciente, se sugiere que el derecho de familia, sea una rama independiente.

La legislación guatemalteca, ubica al derecho de familia dentro del derecho civil y por ende del derecho privado. Desde el punto de vista del derecho objetivo, el legislador ubica el tema en el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y otras leyes del ordenamiento jurídico.

1.2. Marco jurídico

Acertadamente, el jurista Landelino Moreno, expresa que “Sobre la base de la familia se encuentra fundado el edificio social de los pueblos.”⁹

La familia, en el campo del derecho, es una institución regulada por normas jurídicas que establecen derechos, obligaciones, supuestos, condiciones, aseveraciones imperativas que deben emplearse para la solución de un conflicto originado dentro de los integrantes de la misma, ligadas por razón de parentesco, por consanguinidad y afinidad, dentro de los grados que indica la ley.

Estas circunstancias, para el derecho guatemalteco, va más allá de estos límites ya que por ejemplo la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, establece que los conflictos generados y relacionados con la violencia intrafamiliar, se le aplica al conviviente o la conviviente, ex conviviente, hijastros, madrastras, padrastros, cuñados, suegros, entre otros.

1.3. Contenido del derecho de familia

El derecho de familia, por la característica especial de su contenido, regula relaciones en base a las siguientes instituciones familiares: El matrimonio, institución creadora de la relación familiar conyugal determinando el estado de cónyuges y lo que se deriva de esta institución social.

⁹ Moreno, Landelino. **Filosofía del derecho**. Pág. 238

La filiación legítima crea la relación paterno filial y por ende el estado de hijo legítimo, sin embargo, existen conceptualizaciones referidas a los demás hijos, entre ellos los adoptivos. El adoptado adquiere la situación jurídica de hijo, con los derechos y obligaciones.

Las relaciones familiares que se acontecen con el vínculo jurídico nacido por parentesco de afinidad. Las relaciones cuasi familiares, denominadas así por la doctrina, en cuanto a la tutela.

La unión de hecho, institución moderna cuyos efectos son similares a los del matrimonio.

Aspectos que se generan del matrimonio o de la unión de hecho relativos al divorcio y separación.

Guarda y custodia de los hijos, así también, la tutela, la adopción, el patrimonio familiar, entre otros.

1.4. Características fundamentales del derecho de familia

Dentro de las características fundamentales del derecho de familia se encuentran las siguientes: El matrimonio es una institución jurídica de carácter eminentemente social, es la célula, primogénita de la familia. La unión matrimonial como institución, hace

posible el surgimiento de derechos y obligaciones que generalmente son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Regula aspectos económicos, principalmente de tipo material para la alimentación, educación, vestuario de los hijos, salud, vivienda y otros.

Tiene naturaleza especial, es decir, que para su conocimiento se requiere de cierta especialización de los jueces, por ejemplo, el hecho de que sean casados de preferencia, y de una edad determinada, tomando en consideración las relaciones y conflictos de carácter complejo que surgen entre los integrantes de un mismo grupo familiar.

Se reconoce constitucionalmente el derecho y protección a la familia, y las instituciones jurídicas que nacen de ella. Se encuentra contenido por una serie de instituciones, como el matrimonio, el divorcio, la unión de hecho, los alimentos, la violencia intrafamiliar entre otros.

1.5. Principios fundamentales del derecho de familia

Son orientaciones necesarias, imprescindibles para comprender que se entiende en la norma.

a) De oficiosidad o imperativo: Este principio determina que las actuaciones judiciales son impulsadas en su mayor parte por el juez, quien debe actuar de oficio al vencerse el plazo o el término de las diligencias que corresponden a determinado proceso. En el

derecho de familia, se encuentran los procesos de conocimiento, el juicio oral. En el caso de los primeros, opera este principio de manera parcial. Las partes son las que impulsan el proceso, las que toman la iniciativa; es decir, las que hacen posible operativizar la administración de justicia. Son las partes que proporcionan las pruebas en base a los hechos y determinan también los límites de la contienda. Entre algunas normas procesales que contienen este principio se encuentran:

- El juez debe dictar su fallo congruente con la demanda y no podrá resolver de oficio sobre excepciones que solo pueden ser propuestas por las partes, de conformidad con lo que establece el Artículo 26 del Código Procesal Civil y Mercantil. b) La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte, conforme lo establece el Artículo 113 del Código Procesal Civil y Mercantil. c) El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que las partes tienen la obligación de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Ahora bien, en los procesos de familia de carácter oral, cambian las circunstancias, porque es impulsado de oficio y aunque las partes son las que deben presentar sus respectivos medios de prueba, también existe la facultad del juez, en un auto para mejor fallar, incorporar alguna diligencia o prueba que sea necesaria para fallar de conformidad con la ley.

b) De concentración: Se concreta este principio en indicar que el proceso debe ser limitativo, es decir, que debe desarrollarse en el menor número de audiencias o etapas procesales, por ello, se dice que consiste en la reunión de la actividad procesal con el objeto de que se concentre por razones de economía procesal y de celeridad el proceso mismo.

c) De celeridad: Este principio se refiere a la rapidez, a la prontitud, y ello, pretende que el proceso no sólo sea rápido sino que conjuntamente concentrado, por eso tiene íntima relación con el principio anteriormente citado. Un ejemplo de este principio, lo establece el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece los plazos para dictar las resoluciones por parte del juez, las cuales tienen un carácter perentorio. El Artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial indica: “Plazo para resolver. Las providencias o decretos deben dictarse a más tardar al día siguiente de que se reciban las solicitudes; los autos dentro de tres días; las sentencias dentro de los quince días después de la vista, y esta se verificará dentro de los quince días después de que se termine la tramitación del asunto, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes, en cuyo caso se estará a lo dicho en esas leyes. La infracción a este artículo se castigara con una multa de veinticinco a cien quetzales, que se impondrá al juez o a cada uno de los miembros de un tribunal colegiado, salvo que la demora haya sido por causa justificada a juicio del tribunal superior. Esta causa se hará constar en autos, para el efecto de su calificación”.

d) De inmediación: Este principio proviene de la inmediatez, de la proximidad que debe tener el juez respecto al proceso y a las partes, en relación a todas las fases procesales, especialmente las audiencias, la valoración de la prueba recibida en las mismas, etc.

Este principio se fundamenta en lo que establece el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil que indica: “...El juez presidirá todas las diligencias de prueba: Se encuentra regulado en el Arto. 68 de la Ley del Organismo Judicial, indica: Los jueces

recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba; indica además la obligación que tienen los jueces de leer y estudiar las actuaciones por sí mismos y son responsables de los daños que causen por omisión, ignorancia o negligencia.

e) De preclusión: Una vez pasada por una etapa procesal ya no puede regresarse a la misma, esa etapa queda precluida, concluida, y no puede retrocederse. El Artículo 108 del Código Procesal Civil y Mercantil indica que existe imposibilidad de admitir, con posterioridad, documentos que no se acompañen con la demanda, salvo impedimento justificativo.

e) De eventualidad: El licenciado Mario Aguirre Godoy, citando al tratadista Hugo Alsina indica: “Este principio consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa, como medida de previsión ad eventum para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimado, también tiene por objeto favorecer la celeridad en los trámites, impidiendo regresiones en el proceso y evitando la multiplicidad de juicios”.¹⁰

f) De adquisición procesal: La prueba aportada al proceso, es para el mismo, y no para la parte que la proporcionó; porque puede ser propuesta y diligenciada por una parte, ser el fundamento para resolver el proceso y no precisamente favoreciendo a la parte que la propuso. El Art. 177 del Código Procesal Civil y Mercantil, al respecto indica: “Los documentos que se adjunten a los escritos o aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba, podrán presentarse en su original, en copia fotográfica, fotostática o

¹⁰ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Pág. 203

fotocopia o mediante cualquier otro procedimiento similar. Los documentos expedidos por notario podrán presentarse en copia simple legalizada, a menos que la ley exija expresamente testimonio. Las copias fotográficas y similares que reproduzcan el documento y testimonio. Las copias fotográficas y similares que reproduzcan el documento y sean claramente legibles, se tendrán por fidedignas salvo prueba en contrario. Si el juez o el adversario lo solicitaren, deberá ser exhibido el documento original. El documento que una parte presente como prueba, siempre probara en su contra”.

g) De igualdad: Este principio se relaciona con los principios de contradicción, debido proceso y legítima defensa, que las partes procesales deben intervenir en la práctica de cualquier diligencia dentro del proceso en igualdad de condiciones, para que posteriormente pueda determinarse a quien le asiste el derecho.

En el derecho de familia, le corresponde al juez, intervenir en protección de la parte más débil de las relaciones familiares, sin embargo, debe respetarse que ambas partes tanto la más débil como la otra parte, tienen los mismos derechos de acudir y de pedir al juez lo que corresponda según sus pretensiones.

h) De economía procesal: Se refiere fundamentalmente a que en virtud de la celeridad, rapidez y concentración, debe existir economía procesal, no sólo para las partes, sino también para el proceso mismo y la actividad jurisdiccional.

i) De publicidad: Este principio se refiere al carácter público de las actuaciones judiciales. El Artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial establece: “Publicidad. Los actos y diligencias de los tribunales son públicos, salvo los casos en que por mandato legal, por razones de moral, o de seguridad pública, deben mantenerse en forma reservada. La calificación será hecha por el juez en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En todo caso los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos de que se trate y hacer las observaciones y protestas que procedan y en general enterarse de su contenido”.

j) De probidad: Actitud del juez y de las partes, en cuanto a su conducta y deben observar las calidades que cada una de estas personas tienen frente al proceso, respecto a rectitud, honradez, honorabilidad en su accionar y el respeto que debe existir recíproco.

k) De escritura: Prevalece principalmente en el proceso civil y de familia, porque todas las actuaciones son rogadas y actuadas de oficio, pero con preeminencia de la forma escrita, al contrario de como sucede con el juicio oral, que la escritura es parcial, y debe imperar la oralidad. Y tomando en consideración que en el proceso de familia, una parte de éstos, se rigen por normas formales del derecho civil, como los procesos de conocimiento, en el caso de los ordinarios, sino también otro tipo de juicios, como el de los alimentos, que rige por el juicio oral y difiere la forma de resolver y de solicitar.

1.6. Regulación legal acerca de la familia

La legislación guatemalteca ha tutelado a la familia constitucionalmente, puede comprobarse en las cuatro Constituciones Políticas de la República de Guatemala, promulgadas en el siglo XX, siendo ellas la de 1945, 1956, 1965 y la vigente a partir del catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, que en derechos sociales, instituye la protección a la familia: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”

La referida sección constitucional, instituye sobre la unión de hecho, matrimonio, igualdad de los hijos, protección a menores maternidad, adopción, obligación de proporcionar alimentos y acciones contra causas de desintegración familiar.

La legislación guatemalteca, ubica al derecho de familia dentro del derecho civil y por ende del derecho privado. Desde el punto de vista del derecho objetivo, el legislador sitúa el tema en el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil y otras leyes del ordenamiento jurídico.

A. La Constitución Política de la República de Guatemala: Es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, la familia tiene importancia como centro o núcleo de la sociedad política y jurídicamente organizada. La familia juega

un papel muy importante, no sólo en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

El Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Protección a la persona. El Estado de Guatemala, se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

Esta norma es el punto de partida para establecer que el hecho de proteger a la persona y a la familia, es un deber del Estado, y que encierra, como queda establecido no sólo a la persona sino a la familia guatemalteca, siendo un principio que debe desembocar en una serie de normas de carácter ordinario que den cumplimiento a este precepto, de carácter dogmático.

La Constitución Política de la República, contiene una serie de normas supremas que desglosan en cuerpos legales normas de carácter ordinario, sin embargo, también deja plasmada la preeminencia del Derecho internacional fundamentalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Carta Magna reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social “reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, el Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.”

Dentro de los derechos humanos que incluye los derechos individuales establecidos en la Constitución que tienen relación con el derecho de familia y el derecho de los niños, se encuentran: Derecho a la vida: Según el Artículo 3 que establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

- Derecho de petición: Artículo 28 “Los habitantes de la República de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que esta obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”.

La madre o el padre de familia, tienen el derecho de pedir al titular del órgano jurisdiccional le sea adjudicada la guarda y custodia de su hija, hijo; dicha autoridad está obligada a tramitar y resolver conforme a derecho.

- Libertad de religión: Artículo 36, establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición. Permite a los padres de familia, la libertad de enseñar, aconsejar o educar a sus hijos en una religión, sin más límite que el orden público y el respeto debido a los fieles de otros credos. La práctica religiosa favorece que el niño, niña adquiera valores que conllevan a la convivencia pacífica en la sociedad.

- Derechos inherentes a la persona humana. Regula que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella,

son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.

El Artículo 46 la preeminencia del derecho internacional fundamentalmente del derecho Internacional de los derechos humanos; los tratados y convenciones que suscribe y ratifica Guatemala tiene primacía sobre el derecho interno. Éste es el fundamento jurídico que permitió a Guatemala, suscribir la Convención Sobre los Derechos del Niño, la que pasó a formar parte del derecho objetivo interno.

a. Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia, el artículo 47 indica: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”

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

c. Derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental en el desarrollo de la familia.

B. Declaración universal de derechos humanos: Protege a la persona otorgándole a ella y a la familia, el derecho a un mejor nivel de vida que le asegure, la salud, el bienestar y las condiciones esenciales para la existencia.

Si bien esa referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, sí pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social.

C. Legislación sustantiva: El Código Civil, Decreto Ley 106, emitido por el coronel Enrique Peralta Azurdia, en esa época Jefe de Gobierno, vigente a partir del primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro; incluye las principales normas del derecho de familia.

El proyecto del código en referencia fue elaborado por el licenciado Federico Ojeda Salazar, distinguido ex docente de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

El Código Civil, contiene en el libro primero, lo relacionado a la familia; inicia en el Título I, con las personas, en el Título II se encuentra lo relativo a la familia y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se dan en los siguientes asuntos: El matrimonio, la separación, el divorcio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, la patria potestad, alimentos entre parientes, la tutela, el patrimonio familiar y el registro civil. El patrimonio familiar, no obstante ser un derecho real, se agregó a la parte que se relaciona con la familia porque está instituido en beneficio de ella.

- Matrimonio, etimológicamente significa carga, gravamen o cuidado de la madre, viene de la palabra matriz y minium, carga o cuidado de la madre más que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio”.¹¹

Regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos, del Artículo 78 al 172 del Código Civil.

- Separación conyugal: Esta situación se presenta cuando los casados por abandono del hogar de una de las partes, mutuo consentimiento o resolución judicial, rompen la convivencia matrimonial, esta institución modifica el matrimonio pero no lo disuelve.
- Divorcio: Es la disolución del vínculo matrimonial, por sentencia de juez competente.
- Unión de hecho: Se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por más de tres años y que tienen los mismos efectos jurídicos sociales que el matrimonio, cuando procede declarar, el cese de la misma, entre otros. Se regula de los Artículos 178 al 189 del Código Civil.

¹¹ Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 213

- Parentesco: Se entiende como el vínculo que liga a una persona con otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco (consanguíneo) por alianza (afinidad) o voluntad (adopción). Se regula en el Artículo 190 a 198 del Código Civil.

- Paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial: Se encuentra regulado del Artículo 199 al 227 del Código Civil.

- Adopción: Tal como lo indica el Artículo 228 del Código Civil, la adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona”. Se encuentra establecido en el Código Civil del Artículo 228 al 251.

- Patria potestad: Se entiende como el conjunto de facultades y derechos de quienes la ejercen con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes de los menores hijos, se regula en los Artículos 252 al 277 del Código Civil.

- Los alimentos: Tal como lo establece el Artículo 278 La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad. Se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.

- Tutela: Es una institución que forma parte del derecho de familia creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad y de las

personas incapacitadas para gobernarse por si mismos, se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.

- Patrimonio familiar: Como lo establece el Artículo 352 del Código Civil es la institución jurídico social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia. Se regula del Artículo 352 al 368 del Código Civil.

Se introdujeron preceptos dentro de la paternidad, filiación y patria potestad, en beneficio de los miembros de la familia.

Las normas que regulan las relaciones de familia en el Código Civil, descansan en los principios siguientes: a) igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges; b) defensa y protección a la madre casada o soltera; c) protección del niño procreado dentro o fuera del matrimonio; d) fortalecimiento de la vida matrimonial; f) patrimonio inembargable para su protección (aunque perdió la garantía que se refiere a que cada cónyuge puede disponer de los bienes que estén a su nombre).

D. Legislación procesal: El Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, emitido por el coronel Enrique Peralta Azurdía, vigente a partir del primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, derogando el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil.

El proyecto del Código vigente, fue elaborado por los juristas doctor Mario Aguirre Godoy, licenciado José Morales Dardón y Carlos Enrique Peralta Méndez, por encargo de quien fungía como Presidente Constitucional de la República, general e ingeniero Miguel Idígoras Fuentes: El Código en mención fue decretado, estando en el poder, como Jefe de Estado, de gobierno de facto, el coronel Enrique Peralta Azurdia, quien reconoció la necesidad de emitir un nuevo Código Procesal Civil, aprovechando el proyecto que en esa época existía

El Código Procesal Civil y Mercantil vigente contempla entre sus procedimientos, algunos que son especialmente para asuntos relacionados con el derecho de familia, hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el código civil y en relación al ramo del derecho de familia conoce de:

Juicio ordinario: entre ellos puedo mencionar:

- a) El juicio oral para los casos que señala la Ley de tribunales de familia y el mismo Código asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía alimentos, patria potestad.
- b) El Juicio Ordinario para los asuntos relacionados con la familia, que no tienen señalada tramitación especial e impliquen contención; ejemplo el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio;
- c) La Jurisdicción Voluntaria para los casos especificados en el mismo código en los que no hay contención Separación y Divorcio por mutuo acuerdo- y
- d) Los procedimientos especiales especificados en general dentro del código y de aplicación supletoria según lo dispone la Ley de tribunales de familia.

En el derecho de familia se aplican supletoriamente los procedimientos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, porque la Ley de Tribunales de Familia regula y en consonancia con el Artículo 20 de esta ley que preceptúa: “Son aplicables supletoriamente a la organización, funcionamiento y procedimiento de los tribunales de familia, en cuanto no contraríen lo dispuesto en esta ley.”

Juicio ejecutivo en la vía de apremio: En el derecho de familia, se puede citar lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por incumplimiento de la parte demandada.

E. Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206: La base jurídica de la familia es el matrimonio y la complejidad que ello representa dentro de la sociedad, hace posible que la legislación tenga un carácter privativo, para ello, a quienes corresponde conocer de los asuntos familiares, es a los jueces especiales en jurisdicción privativa de asuntos de familia y se rige, por la Ley de Tribunales de Familia, surgen ambos por la importancia que cobró el Primer Congreso Jurídico guatemalteco celebrado para analizar la problemática que existía al no encontrarse separada la competencia de los jueces para conocer asuntos de familia; ya que se conocían juntamente con los asuntos civiles.

- Procesos que se tramitan en los tribunales de familia: Juicio ordinario, juicio oral, ejecutivo, ejecutivo en la vía de apremio, ejecutivo común, providencias cautelares, diligencias voluntarias, asuntos de violencia intrafamiliar, entre otros.

- Conocimiento de la jurisdicción de los tribunales de familia: Los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionada con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad de matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar. Además de los que se ampliaron con la circular de la Corte Suprema de Justicia No. 42 / AH que se encuentra también incluida dentro de la ley referida, se agregan los siguientes:

- Modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio o autorización judicial para contraer matrimonio; insubsistencia del matrimonio; controversias relativas al régimen económico del matrimonio; diligencias de asistencia judicial gratuita para litigar en asuntos de familia; recepción de pruebas anticipadas, tendientes a preparar un juicio de índole familiar; declaratoria de jactancia cuando tenga relación con un asunto de familia; ejecuciones en vía de apremio o en juicio ejecutivo, según el título, cuando sean de un asunto familiar; voluntarios de asuntos que tengan relación con la familia; disposiciones relativas a la administración de bienes de menores; medidas de garantía en asuntos de familia; tercerías cuando sea interpuestas en un caso de familia; consignaciones de pensiones alimenticias.

Es la ley específica que regula todo lo relativo al derecho de familia y como se ha indicado con anterioridad, surge con el propósito de tratar de manera especial y privativa las controversias que se suscitan derivadas de las relaciones familiares. Tal como lo indica el Artículo tres de la ley, se encuentran constituidos los tribunales de familia, de la siguiente forma: Los Juzgados de Familia que conocen de los asuntos de

primera instancia; y por las Salas de Apelaciones de familia que conocen en segunda instancia de las resoluciones de los juzgados de familia.

Como un tercer órgano jurisdiccional, que conoce de asuntos de familia, lo representan los juzgados de paz, en los municipios donde no haya tribunal de familia ni juez de primera instancia de lo civil, los jueces de paz conocerán en primera instancia de los asuntos de familia de menor o ínfima cuantía, salvo que los interesados acudan directamente a aquéllos. De lo anterior, se resume indicando que los jueces de paz, únicamente se encuentran facultados para conocer de los juicios de alimentos y ejecuciones en materia de alimentos, pues en cuanto a esto último, se constituye la posibilidad de atender asuntos de mayor o menor o ínfima cuantía.

CAPÍTULO II

2. La familia

2.1. Antecedentes de la familia

Baqueiro (2002). Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre y dieron origen a diversos tipos de familia que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

Así la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se la ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, es el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en la de la familia que hace.

2.2. Concepto jurídico de familia

Según el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

Jurídicamente el concepto de familia tiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen parte de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidas por la ley hasta determinado grado o distancia. De manera que en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos solo se extienden hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro derecho civil vigente.

Por lo tanto, y aunque se basa en los conceptos biológico y sociológico, en nuestro derecho el concepto jurídico de familia sólo lo considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado.

El Código Civil, no define ni precisa el concepto de familia. Sólo señala líneas y lados del parentesco y regula las relaciones entre los cónyuges y parientes. Artículo 194. Línea. La serie de generaciones o grados procedentes de un ascendiente común forma línea).

a) Teorías sobre el origen y desarrollo de la familia: Entre las teorías formuladas al respecto, pueden mencionarse.

a. Teoría de la promiscuidad: Señala como principio de la organización familiar la promiscuidad sexual que consiste en la convivencia heterogénea entre personas de sexos diferentes.

b. Teoría de matrimonio en grupo: Es una forma de promiscuidad en la cual los miembros del grupo se consideraban hermanos entre sí y por eso no podían casarse con las mujeres del propio clan. Un determinado número de hombres se casaban con un determinado número de mujeres de otro grupo.

c. Teoría de la poliandria: Esta se refiere a la unión simultánea de una mujer con varios hombres y al régimen familiar resultante de estas pluralidades.

d. Teoría de la poligamia: Esta se refiere a la unión sexual simultáneamente de un hombre con varias mujeres y al régimen familiar resultante de esta pluralidad.

e. Teoría de la Monogamia: Esta se refiere al régimen familiar que resulta de la unión de un hombre y una mujer en el que está vedado al hombre la pluralidad de esposas, y a la mujer la pluralidad de esposos.

Se da que por supuesto paralelamente al desarrollo de estas formas familiares se produjo una evolución de las pautas de descendencia y de control familiar; los hijos eran al principio propiedad común del grupo promiscuo, luego aparecieron las instituciones matriarcales y, a su vez, éstas se transformaron más tarde, en familia patriarcal.

El orden de estas teorías, aunque parece lógico, ha sido abandonado por los científicos sociales después de haberse observado las formas familiares de los actuales grupos primitivos y a los primates en general quienes no desarrollan esa forma descrita.

Por todo lo que se sabe de la organización de las sociedades humanas que viven todavía en los niveles inferiores del desarrollo económico y teológico, lo más prudente es suponer que los primeros representantes de nuestra especie tenían relaciones sexuales bastante permanentes; además es muy probable que la mayoría de estas relaciones eran monógamas; posiblemente exista un cierto elemento de casualidad en las relaciones sexuales, el número de esposas no estaba seguramente regulado de manera formal; probablemente ninguna mujer en edad de procrear permanecía sin relaciones sexuales durante mucho tiempo; si había más mujeres que hombres en un grupo, los mejores cazadores absorbían el excedente de sus grupos familiares; si ocurría lo contrario, cosa poco común, de un exceso de hombres, los sobrantes se ligaban a un grupo familiar distinto, donde podían compartir los favores de las mujeres siempre que mostraran gratitud y sumisión de verdaderos maridos.

Es conveniente hacer notar que los primeros grupos familiares no ligaban las relaciones sexuales con el embarazo y la procreación, sino que la relación sexual era puramente instintiva.

Esta simple organización familiar pudo servir como punto de partida para el desarrollo de todas las formas familiares posteriores, pero no parece probable que el orden de aparición de estas formas fuese regular. Dicho de otra manera, no ha habido un solo

tipo de evolución de la familia, sino una serie de evoluciones locales que han seguido caminos diferentes.

Desde luego para este estudio, lo que nos interesa es la familia tal y como se concibe en la actualidad, desde dos puntos de vista:

- a) La familia compuesta por parientes consanguíneos y afines -en diferentes grados— como pueden ser padres, hijos, hermanos, abuelos, cuñados, suegros etc, y,
- b) El núcleo familiar propiamente dicho: cónyuges e hijos, es decir, la familia, un deseo de compañía congenial.

Lo que se afirma con toda seguridad, es que no existe ninguna sociedad sin familia, pues ésta es la base de aquella.

2.3. Definición de familia

El tratadista Federico Puig Peña, define la familia como “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio enlaza en una unidad total, a los cónyuges o sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”¹²

De conformidad con la exposición doctrinaria relacionada anteriormente, y de acuerdo con lo que se infiere de las normas contenidas en nuestro Código Civil vigente, se

¹² Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 764

puede concluir con que la familia es una institución social básica que comprende a un grupo de personas que están ligadas entre sí por lazos de consanguinidad o afinidad.

2.4. Aspectos legales

Fundamentalmente la institución familiar que protege la ley es la conyugal, compuesta por padres e hijos, siendo un hecho que los mayormente protegidos son los hijos y la madre; pero por tal circunstancia, no deja de dar protección, aunque en un segundo plano, a hermanos ascendientes y al cónyuge varón.

El Código Civil actual, Decreto Ley No. 106, regula en el Título II. Artículos del 47 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala todo lo relacionado con la familia. El Código Civil en el artículo 190 establece que “la ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, y, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes pero no forman grado”.

El artículo 191 del mismo cuerpo legal que reza “Parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor”.

El artículo 192 de dicha ley, prescribe que “Parentesco de afinidad es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos”.

Estas normas reconocen no sólo a la familia por consanguinidad sino también a la familia por afinidad; como ejemplo del enlace de estos preceptos se cita el artículo 283 del mismo cuerpo legal que se refiere a las personas obligadas a prestar alimentos, estableciendo que: “ Están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes descendientes y hermanos.

Cuando el padre, por sus circunstancias personales y pecuniarias, no estuviere en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos, y la madre tampoco pudiese hacerlo, tal obligación corresponde a los abuelos paternos de los alimentistas por todo el tiempo que dure la imposibilidad del padre de éstos”.

2.5. Naturaleza jurídica

Se ha considerado a la familia como una parte, quizás la más importante del Derecho Civil, o sea como parte del derecho privado, como el núcleo de una sociedad alrededor de la cual giran una serie de derechos y obligaciones.

Algunos tratadistas la consideran como una persona jurídica, moral o colectiva, otros afirman que es un organismo jurídico, y los últimos que es una institución.

a) Familia como persona jurídica: En el siglo pasado se sostuvo en Italia esta idea “que la familia era una persona jurídica” pero el desarrollo de tal idea se debe a la explicación hecha en Francia por Salvatier quien sostiene que “La familia es una persona moral “.

El profesor Italiano Antonio Cicu sostiene que la familia se presenta como un agregado de formación natural y necesario, que en este carácter se coloca junto al Estado pero posterior y superior a él. Si se reconoce que la familia es una persona jurídica, por lo tanto es un organismo jurídico, ya que se estaría dando la circunstancia que entre los miembros de una familia no habrían derechos individuales sino una institución de interdependencia de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por los miembros a quienes la ley se las confiere.

La doctrina ve en la familia una institución. Los sostenedores de esta teoría desarrollada perfectamente para explicar la naturaleza jurídica de la familia aclara que la misma es una institución en sentido sociológico más que en sentido jurídico.

En consecuencia, las normas relativas a la familia deben mantenerse en el campo del derecho privado, ya que aún cuando el Estado tiene injerencia directa sobre ella, esto no significa que sus normas sean de la esfera del derecho público.

CAPÍTULO III

3. Antecedentes históricos de la relación paterno-filial

Históricamente, al hablar de 'Patria Potestad', se comprendía todo lo relativo a las relaciones paterno-filiales. Así que seguir el proceso de desarrollo que ha tenido esta institución permite una visión completa de la misma y entender el sentido que ocupa dentro de las relaciones parentales.

Manuel Chávez Asencio indica que las sociedades primitivas determinaban el parentesco teniendo a la madre como centro de la familia (filiación uterina). Las antiguas culturas: egipcia, griega y germana se regían por este sistema, en el que la madre tenía la autoridad sobre los hijos, aunque raramente la ejercitaba. La antropología moderna ha determinado que subsisten tribus que siguen este sistema. ¹³

Por su parte, en el Derecho Hebreo, contenido en el Deuteronomio y el Talmud, se da el cambio de las facultades sobre los hijos hacia el padre. En la Grecia Clásica y Roma, el poder del padre fue absoluto, inclusive se puede calificar de despótico. Los poderes del padre eran de tipo jurídico-religioso. Se puede afirmar que el proceso de formación de Roma va unido al progreso de las 'familias- Estado', que son las que fundaron la República.

¹³ Chávez Asencio, Manuel. **La familia en el derecho**. Pág. 276.

En lo económico, el pater familias era dueño de todo bien e ingreso de sus hijos, de su trabajo e inclusive de sus personas; por lo que estaba facultado para vender a sus vástagos. No existía patria potestad sobre los hijos concebidos fuera del matrimonio, sino hasta que eran legitimados (reconocidos). En el derecho germánico, el padre tenía el derecho y deber de proteger a los hijos y la administración y disfrute de sus bienes. A diferencia de Roma, la patria potestad no es vitalicia y terminaba cuando el hijo alcanzaba la independencia económica.

El mismo autor, señala que en la Edad Media, en Alemania se mantiene la tradición jurídica germánica, en tanto que se establece que el padre ejercitaba una 'tutela paterna' por la cual su actuación sobre los bienes del hijo era la de un administrador únicamente, al modo de un tutor, aunque a diferencia de éste no necesitaba de autorización para enajenar los bienes.

Asimismo, se reconoce la emancipación de la hija cuando se casa. La influencia alemana se deja sentir en el contenido de las Siete Partidas de Castilla, cuyo sentido general denotaba los valores de la piedad paterna y el buen trato a los hijos. El Código Civil de los Franceses, Código Napoleónico, sistematizó de nuevo el derecho de familia, siendo el primero en el que en determinados casos (muerte, incapacidad o ausencia del padre) la madre ejercitaba ciertas atribuciones; pero, el predominio del padre era constante hasta la mayoría de edad.

Asimismo, se consideraba que la patria potestad era un conjunto de derechos de los padres para 'facilitar el cumplimiento de sus deberes'; por lo que en teoría, era una

institución tutelar del menor porque se dirigía a que el padre cumpliera sus deberes. Sin embargo, no había límites sobre los medios que el padre podría utilizar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.”¹⁴

Un giro de gran interés se da en el siglo XX con el derecho soviético, cuyo Código de la familia (1918) suprimió el término ‘patria potestad’ y hablaba de un conjunto de ‘derechos y deberes respectivos de los padres’; por lo que se establece el aspecto del deber paterno no sólo de derechos y por su parte, aquéllos correspondían al padre y a la madre.

Manuel Chávez Asencio dice que para comprender la situación actual de la relación paterno-filial, se debe entender la correlación entre patria potestad y Derechos Humanos. La patria potestad es una institución jurídica consistente en un conjunto de deberes en relación con la persona de los hijos y de obligaciones respecto a sus bienes.

La misma es parte de la relación paterno-filial, partiendo de la perspectiva de los padres. Estos deberes se ejercen por los padres en el interés superior de su hijo y les corresponden a ellos por Derecho Natural, por ser parte de la institución social de la familia; por lo que la patria potestad es inalienable, personalísima y es un patrimonio humano. Por ello, es que los derechos parentales son oponibles erga omnes en las relaciones sociales, respecto a la educación y crianza de los hijos, sin perjuicio de las normas de orden público sobre los límites de las facultades paternas, las obligaciones

¹⁴ **Ibíd.** Pág.275.

que tienen los progenitores y, sobretodo, los derechos que los hijos menores tienen derechos del niño, que son superiores a la patria potestad.”¹⁵

Como comentario, se puede establecer de lo expresado anteriormente, que con el desarrollo del siglo pasado, las leyes de los distintos Estados fueron modificadas para permitir a la madre el ejercicio conjunto de la patria potestad con su cónyuge o conviviente o por separado en el caso de filiación extramatrimonial. Ello se debe principalmente al proceso histórico de los Derechos Humanos, los cuales fueron reconocidos universalmente a partir de mediados de siglo, lo que trajo consigo el desarrollo de la igualdad entre el padre y la madre. Asimismo, el desarrollo de los Derechos del Niño, ha permitido establecer límites a las facultades paternas y establecer de mejor forma sus obligaciones.

3.1. Conceptos básicos de la relación paterno-filial

Para poder comprender el significado y alcance de la relación paterno-filial, es preciso establecer las definiciones de los conceptos que se interrelacionan con el mismo; puesto que son instituciones dentro de las cuales se desarrolla o afectan su desenvolvimiento.

a) Familia: Planiol, en sentido estricto, dice de la familia es: “Un conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, parentesco o la adopción.” Por su parte, Salvat

¹⁵ **Ibíd.** Pág.281.

define la familia como: “El conjunto de descendientes, ascendientes y afines de un linaje”.¹⁶

Se observa que la primera definición se enfoca en la fuente del parentesco, mientras que la segunda se centra en las personas que la integran. Asimismo, se puede observar que, dentro de la familia, se reconocen tres clases de relaciones o vínculos jurídico-familiares:

- Relación conyugal (entre cónyuges o esposos);
- Relación paterno-filial (entre padre e hijos);
- Relaciones parentales (entre parientes).

De acuerdo con los Artículos 1 y 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, promoviendo principalmente su organización sobre la base legal del matrimonio.

El Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) indica que los hombres y las mujeres tienen derecho a fundar una familia, la cual se concibe como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¹⁶ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 70.

El Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1979), la que ratifica a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y el deber de su protección por parte de la misma sociedad y el Estado.

Recapitulando lo expuesto, se puede decir que a partir de la visión iushumanista del derecho, la cual se da a nivel mundial tras la segunda guerra mundial, la familia, se concibe como un derecho humano de carácter Social, al que tiene acceso toda persona, sin ninguna clase de discriminación, tanto en su pertenencia como a su facultad de constituirlo. La Carta Magna guatemalteca, sigue la perspectiva jurídica de los instrumentos internacionales citados y de la tradición constitucional nacional.

b) Matrimonio: El Artículo 78 del Código Civil señala que: “Es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

El Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

El Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al ‘Principio de No Discriminación’. El matrimonio no puede celebrarse sin el

libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

La Corte de Constitucionalidad,⁵ en sentencia de fecha 24 de junio de 1993 dentro del expediente N° 84-92, ha considerado que: "...el matrimonio es considerado en la legislación guatemalteca como una institución social, protegido especialmente porque a partir de él se establece la familia, y de ésta el Estado. Cuando la persona se integra a la institución del matrimonio, la autonomía de la voluntad opera como elemento esencial en su máxima expresión de libertad y, siendo el legislador quien crea las normas, lo hace en protección de valores superiores en favor de la familia, los menores, la paternidad y la maternidad responsable... El Estado ha regulado la institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges."

Considerando lo expuesto, queda patente el carácter institucional y esencial del matrimonio para la sociedad. Como medio de formalización, se realiza a través de un negocio jurídico, donde queda de manifiesto la libre voluntad de los contrayentes. Entre los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges para con sus hijos los más importantes son alimentar y educar a sus hijos; ya que un fin primordial del matrimonio es que el padre y la madre vivan junto a sus hijos para darles amor, ayudarlos y apoyarlos en todo y que les den una buena educación, entre otros.

c) Unión de hecho: El Artículo 48 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica que el Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma.

En tal virtud, sin que exista una definición legal, de acuerdo con el Artículo 173 del Código Civil, la unión de hecho es la forma por la cual un hombre y una mujer, con capacidad para contraer matrimonio, se unen cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco, la que puede ser declarada por ellos mismos ante el Alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales.

En conclusión, la unión de hecho es un régimen legal subsidiario del matrimonio, por el cual se legitima la convivencia entre hombre y mujer, siempre que se cumplan los fines del matrimonio y los demás requisitos legales. Esta institución brinda protección a la familia que existe de hecho y no se considera un simple concubinato, sin protección legal, porque se le equipara al matrimonio, por razones de equidad y estabilidad social; asimismo, protege a los hijos porque se les da reconocimiento.

d) Divorcio: La figura del divorcio, Manuel Ossorio la define como: “La acción y efecto de divorciar o divorciarse, de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo, o

bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho común.”¹⁷

Para Julien Bonnecasse el divorcio es: “La ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial.”¹⁸

No existe definición legal de divorcio, aunque hay que considerar lo regulado en el Artículo 153 del Código Civil, que indica que el matrimonio se disuelve por el divorcio.

En todo caso, el divorcio supone el fin del vínculo matrimonial; aunque, por éste no se extinguen los derechos y deberes que tienen los padres para con sus hijos menores de edad o incapacitados.

e) Separación: Para Ossorio,⁸ la separación se puede definir como: “La situación en la que se encuentran los casados cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla. Esta separación puede ser simplemente de hecho, producida por el mutuo acuerdo entre los cónyuges o por el abandono que uno de ellos hace del hogar conyugal. Pero a esa causa se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una causa de divorcio.”¹⁹

¹⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 356.

¹⁸ Bonnecasse, Julien. **Elementos de derecho civil**. Pág. 552.

¹⁹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.**, Págs. 915 y 916.

Guillermo Cabanellas brinda esta definición de separación: “Interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo por acto unilateral de uno de los cónyuges, por conformidad de los cónyuges o por fallo judicial.”²⁰

Aunque no exista definición legal sobre la separación, hay que considerar lo regulado en el Artículo 153 del Código Civil, que expresa que el matrimonio se modifica por la separación.

Esto quiere decir que durante la separación, el matrimonio no cumple plenamente todos los fines, dado que no se convive ni se presta auxilio mutuo entre consortes; pero, sí se mantienen las funciones de criar, dar manutención y educar a los hijos; porque la relación paterno-filial no se debe ver afectada por la modificación de la relación conyugal.

f) Paternidad: Este concepto debe entenderse ampliamente, tanto como paternidad y maternidad; y se refiere a uno de los polos de la relación paterno-filial. La palabra ‘paternidad’ significa gramaticalmente calidad de padre, como ‘maternidad’ es la calidad de madre.”²¹

En palabras de Ossorio, la paternidad “es la relación parental que une al padre con el hijo...”²²

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 386.

²¹ Chávez Asencio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 2.

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

Este concepto de fácil comprensión, como es sabido, tiene distintas consideraciones en razón de su origen; dado que la paternidad puede ser matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. En todo caso, para el padre o la madre, independientemente del origen de su situación jurídica, de su calidad de progenitor se derivan derechos y obligaciones, que son idénticos sin perjuicio de clase de paternidad, pues no se puede discriminar a los hijos, bajo ningún aspecto.

g) Filiación: Para Ossorio, la filiación: “es el vínculo existente entre padres e hijos.”²³

Por su parte, para Guillermo Cabanellas es la: “Procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. Calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores.”²⁴

La filiación tiene su origen en el matrimonio, la unión de hecho o puede surgir de una relación extramatrimonial entre un hombre y una mujer, en la cual procrean hijos, quienes, a pesar de no existir un vínculo matrimonial, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos del matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge, de acuerdo al Artículo 209 del Código Civil. Asimismo, se establece parentesco y filiación entre el hijo adoptivo y su adoptante.

²³ **Ibíd.** Pág. 435.

²⁴ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 146.

h) Patria potestad: Federico Puig Peña indica que la patria potestad es la: “Institución jurídica por medio de la cual los padres asumen la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida que reclamen las necesidades de éstos.”²⁵

Para Galindo Garfias, citado por Chávez Asencio, indica que: “la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere.”²⁶

De acuerdo a los artículos 252, 254 y 255 del Código Civil, la patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición, el que se ejerce conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

Es importante tener en cuenta la evolución de la figura de la patria potestad, que se ha transformado de un poder total del padre en un conjunto de deberes del mismo hacia el hijo menor, en orden al interés superior del niño, que el Estado define en la ley para el desarrollo de su persona y la protección de la institución social de la familia.

²⁵ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 545.

²⁶ Chávez Asencio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 276.

i) Relación Paterno-filial: La relación paterno-filial “es la relación de la paternidad y de la filiación, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin un padre. Son dos términos jurídicos de una misma relación. Por un lado están los padres y por ello se llama paternidad, y por el otro están los hijos y por eso se llama filiación.” ²⁷

La relación jurídica, que entraña un conjunto de derechos y obligaciones, entre las situaciones jurídicas de la paternidad y la filiación es la ‘relación paterno-filial’.

Dicha relación durante la minoría de edad del hijo tiene especial relevancia; porque durante la misma los padres ejercen la patria potestad, la cual tiene principal interés público, para que se ejercite en defensa del ‘Interés superior del Niño’. Sin embargo, la condición de padre o de hijo subsiste a lo largo de la vida y conlleva obligaciones recíprocas.

En tal sentido, lo preceptúan los artículos 263 y 283 del Código Civil, que indican que están obligados recíprocamente a darse alimentos los ascendientes y descendientes, sin limitar la edad para el efecto. Los hijos, aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.

²⁷ **Ibíd.** Pág. 11.

CAPÍTULO IV

4. Incumplimiento de las relaciones paterno filiales en los convenios de relaciones familiares

Los aspectos más importantes del derecho de relación o de visita, para lo cual es necesario comprender su definición, antecedentes, naturaleza jurídica y características.

Esto permite determinar el marco en que se desarrolla para los sujetos involucrados en esta relación jurídica, con lo que se establecerá el contenido y factores que comprende la extensión de sus facultades y obligaciones, según las distintas formas de establecer este derecho. Asimismo, se estudiarán las consecuencias jurídicas del incumplimiento de este régimen y las causas que conllevan su modificación, suspensión o extinción.

4.1. Definición

De forma descriptiva, José Ramón San Román en su trabajo 'Criterios judiciales sobre la titularidad del Derecho de Visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar', indica que se conoce con la denominación de 'Derecho de Visita' y, con más propiedad, 'Derecho de Comunicación o de Relación' a: "...aquel derecho que corresponde al padre o madre para comunicarse y relacionarse con aquellos de sus hijos no emancipados o incapacitados que, por resolución judicial o por la situación matrimonial de hecho, han sido confiados a la custodia, cuidados y potestad del otro cónyuge; y por extensión, a otros parientes en determinadas circunstancias... al igual

que los restantes derechos personales familiares, tienen tanto de derecho como de deber, siendo interdependientes, recíprocos y, en cierta manera, correlativos, en igual medida, corresponde a los hijos menores no emancipados o incapacitados para comunicarse con aquél de sus progenitores con el que no convive por motivos de crisis matrimonial, ya sea de hecho, ya se halle planteada judicialmente.”²⁸

En el estudio, en torno al derecho de visita, Gabriel García Cantero, indica que es “el derecho de los padres a tener en su compañía a los hijos y a visitarlos, siendo una facultad de origen natural, por los vínculos de sangre, y puramente afectivo que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin.”²⁹

Rafael Ruiz de la Cuesta, en su trabajo ‘Praxis judicial sobre los sujetos y el contenido de la facultad y régimen de visitas’, indica que el derecho de visita es la facultad o el poder de comunicarse, ver a los hijos y estar con ellos, según la determinación judicial, para el padre apartado de aquéllos.³⁰

En conclusión, se puede afirmar que el Derecho de Relación es el derecho del padre y del niño que están separados a mantener relaciones personales y contacto directo entre ellos, según un régimen que haya determinado el juez competente.

²⁸ Viladrich, Pedro-Juan. **El derecho de visita de los menores en la crisis matrimoniales: teoría y praxis.** Pág. 282.

²⁹ **Ibíd.** Págs. 247 y 248.

³⁰ **Ibíd.** Págs. 263.

4.2. Antecedentes históricos

Los antecedentes de la relación paternofamiliar, enfocados en el derecho de visita, tiene sus primeras apariciones en la época de la codificación francesa, en la que el poder paterno se concibe como un derecho eminente de su titular, limitado en casos excepcionales, delictivos y de autoridad exclusiva. El derecho de tener la guarda del hijo creaba uno de los atributos esenciales de la patria potestad y el medio de hacerla valer. En el Derecho Francés, el progenitor que no tenía la guarda de su hijo, tenía los mismos derechos que el que lo tenía bajo su cuidado. “Aquí nacen las relaciones respecto de los abuelos, ya que los tribunales franceses se negaban a que los abuelos visitaran a sus nietos, porque esto conllevaba un peligro contra los derechos de la patria potestad.”³¹

También se reconoce al cónyuge que no tiene la guarda de los hijos un derecho de visita fijado por el juez o por convenio entre las partes el cual no puede ser negado.

En el derecho español, el derecho de visita tiene una aparición tardía y con muy poca jurisprudencia. En los años treinta, se establecía que el cónyuge que no tenía en su poder a sus hijos tenía el derecho de comunicación y de educación que fuese necesaria para sus hijos. Los tribunales también concedían el derecho de visita y de comunicación a aquellos padres que no tenían la guarda de sus hijos. El juez era el encargado de

³¹ Rivero Hernández, Francisco. **El derecho de visita**. Págs. 23 y 24.

determinar el tiempo, modo y lugar en que el padre que no tenía en poder a sus hijos podía visitarlos y comunicarse con ellos.³²

Por su parte, se puede indicar que en Guatemala la aparición del derecho de relación se da en el año 1963, con la entrada en vigor del Código Civil (Decreto- Ley 106), el cual lo reconoce en el Artículo 167, el cual indica que: “Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación.”

La institución del Derecho de Relación se introduce como un derecho para el padre que no convive con su prole; pero, también, le supone el deber de supervisar la educación del menor, como una forma de supervisión directa de la guarda y custodia que tiene el otro progenitor.

4.3. Naturaleza jurídica

De acuerdo con los artículos 1, 47 y 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, garantizando su protección social, económica y jurídica, promoviendo la igualdad de los derechos de los cónyuges y la paternidad responsable. El Estado también protege la salud física, mental y moral de los menores de edad.

³² **Ibíd.** Pág. 25.

Cabe recordar que el Artículo 17, en sus párrafos 1 y 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la misma sociedad y el Estado, el que debe tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En este supuesto, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos

El Artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño, indica que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas (administrativas, judiciales y legislativas) o privadas de bienestar social, se debe considerar primordialmente a que se atenderá el 'interés superior del niño'. El Estado se compromete a asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Asimismo, los artículos 9, párrafo 3, y 10, párrafo 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño preceptúan que el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos, con ambos padres. El Estado respetará el derecho del niño y de sus

padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas, en consonancia con los demás derechos del niño.

En el caso de padres e hijos que viven en distintos países, se aplica un procedimiento especial que está regulado a nivel universal, por medio del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 1980) y, a nivel americano, por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 1989).

El Estado de Guatemala es parte sólo del primero de estos tratados. En cuanto al derecho de visita, el texto de ambos es igual y disponen que la solicitud que tenga por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares, se podrá dirigir a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte. El procedimiento judicial respectivo será el previsto para la restitución del menor, el cual se realiza directamente en el Estado donde se encuentra el menor o ante los tribunales del domicilio del padre visitador y en este caso por medio de suplicatorio, que se tramita por la vía diplomática, se requiere el auxilio de la Autoridad Central del Estado donde reside el niño. Se corre audiencia al progenitor que tiene la guarda y custodia por 8 días. Con su contestación o sin ella, la autoridad competente debe resolver en un plazo de 60 días.

Así que en virtud de lo anterior, se puede indicar que el Derecho de Relación o de Visita está considerado como un Derecho Humano del Niño, reconocido como tal universalmente, en orden al Principio de Interés Superior del Niño; por lo que se instituye como parte de los elementos que permite el desarrollo social y emocional del menor, pues la relación paterno-filial es necesaria y su rompimiento conlleva problemas en la personalidad y desarrollo del niño o adolescente.

En cuanto al padre separado, se puede entender que el derecho de relación o de visita es una expresión de su Derecho Humano de Igualdad para convivir con su prole, en la misma forma que el progenitor que tiene la guarda y custodia, pues también tiene derecho a convivir con su prole, no sólo como un derecho legal, sino como una necesidad psico-afectiva de todo ser humano.

Para Rafael Ruiz de la Cuesta, el derecho de visita que tiene el padre alejado es, por un lado, una facultad de la patria potestad, en la cual no ha sido suspendido o separado, en el sentido que esta facultad depende siempre de la existencia de una relación paterno-filial y aquélla puede ser ejercitada cuando se le conceda judicialmente a alguno de los padres, en la cual se determinará también su contenido. Por otro lado, el derecho de relación o de visita “es un régimen, en cuanto a que su contenido tiene carácter normativo para una situación concreta en el que se va a establecer el modo, forma, lugar y tiempo en que la visita se va a realizar, los cuales debe determinar el juez competente.”³³

³³ Viladrich, Pedro-Juan. **Ob. Cit.** Pág. 264.

Así que es de considerar que el padre que no convive con su hijo tiene derecho a relacionarse con éste, pues el hecho de no tener su guarda y custodia, no lo suspende ni le ha hecho perder la patria potestad, únicamente es que su ejercicio se le confía al otro progenitor.

Por ello, es que se concibe que para el padre el Derecho de Relación o de Visita es un deber-facultad porque si bien el progenitor que no convive con el menor tiene derecho a relacionarse, primordialmente tiene el deber, cuestión que es exigible en orden a que es un derecho del menor, siendo parte de sus obligaciones legales, que determina la 'paternidad responsable' que indica la Constitución Política de la República, dado que el hecho de la separación o el divorcio, no exime al padre de sus deberes de relacionarse con sus hijos y velar porque el niño sea educado y criado adecuadamente por el otro progenitor, pues lo contrario es un abandono moral.

Es importante destacar que el derecho de relación o de visita combate un problema social que afecta la base de la sociedad como lo es la desintegración familiar, fundamentalmente porque los menores necesitan atención y seguridad de sus progenitores; puesto que el desapego y la desatención son las causas que generan la falta de amor y respeto por los padres que no conviven con ellos, lo cual da lugar a la ruptura de los lazos emocionales y morales entre padres e hijos.

4.4. Características de la relación paterno-filial

Es muy importante hacer mención de cuáles son las características que tiene este derecho, las cuales, a criterio Francisco Rivero Hernández³⁴, son:

- Subjetivo: Todo padre es parte en una relación paterno-filial, por lo que tiene derecho a poder visitar a su hijo, salvo ciertas limitaciones que impone el interés del menor, que el juez debe declarar para que no pueda tener contacto con los hijos;
- Relativo: Este derecho no es absoluto, pues el progenitor que no goza de la guarda y custodia tendrá la facultad de visita en la forma, tiempo y lugar que él disponga, sino será fijado por el juez o convenido de mutuo acuerdo con el otro progenitor.
- Subordinado al interés del menor: El niño, niña o adolescente es el sujeto al cual se le debe dar mayor protección e importancia, independientemente de la voluntad de sus progenitores. Es un derecho que se le otorga al visitador, pero no sólo por él ni para él, sino que para que tenga mayor relación con el menor, por ser el más afectado con la ruptura de la familia, con el fin de no coartar su desarrollo psicoafectivo.
- Independiente de su origen causal: Este derecho se concede con independencia de la situación de hecho (divorcio, separación o filiación extramatrimonial) que causó el fin de la convivencia común entre el padre y el hijo.
- Personalísimo: Sólo existe entre el beneficiario y el menor, pues es indelegable y se extingue con la muerte de uno de estos.
- Inalienable: Es un derecho intransferible por cualquier título.

³⁴ Rivero Hernández, Francisco. **Ob. Cit.** Págs. 372, 373, 387

- Irrenunciable: El beneficiario no puede renunciar a este derecho que se le otorga para poder visitar a su hijo; porque al mismo tiempo es un deber hacerlo por el bien del hijo y para no incurrir en abandono moral.
- Imprescriptible: El hecho de no ejercitar esta facultad o no reclamarla no extingue su derecho, en tanto se mantenga la separación entre un padre y su hijo menor de edad.
- Propio: En el sentido de que el derecho del beneficiario (visitador) es algo que el progenitor titular de la guarda y custodia no puede negarlo por su simple arbitrio, pues sería un abuso de derecho en el ejercicio de la patria potestad.

Luego de examinar los caracteres que perfilan el Derecho de Relación, se puede concluir que es una facultad y un derecho; porque es tanto derecho del hijo de ser visitado, como del padre poder relacionarse con aquél. Es una relación inherente durante la minoría de edad, pues se ve que es personal, indelegable e innegable por el otro progenitor. Esto no supone que sea una potestad del padre visitador; ya que es un derecho en función del interés superior del niño; asimismo, se encuentra bajo un régimen establecido judicialmente, siendo siempre preferible que los padres armónicamente traten de diseñarlo, según sus necesidades, a que el juez deba hacerlo porque no hubo conciliación al respecto.

4.5. Sujetos de la relación paterno-filial

En la relación paterno-filial, se debe determinar quiénes son los interesados o los sujetos que participan en la misma. Para Francisco Rivero Hernández,³⁵ son tres las partes involucradas:

- El niño o adolescente: Es el sujeto más importante, ya que sin él no se podrían dar las visitas. Es el titular del derecho de visita, en orden a su Derecho Humano a relacionarse con el padre que no convive con el mismo.
- El beneficiario o visitador: Es el progenitor interesado, ya que es el progenitor que no tiene al cuidado a su hijo y que tiene establecido los días para poder visitarlo.
- El titular del derecho de guarda del menor: Es el progenitor que tiene a su cuidado al menor y el que comparte con él cada día porque tiene la guarda y custodia del menor.

Estos sujetos son indispensables en la relación, ya que sin ellos no existiría la relación paterno-filial o derecho de visita, estableciéndose que los sujetos titulares de este derecho son tanto los padres como los hijos.

³⁵ **Ibíd.**, Pág. 155.

Rafael Ruiz de la Cuesta indica que la moderna legislación española extiende el derecho de visita a otros sujetos, sean parientes o allegados del menor. Todo ello estriba en los vínculos afectivos que el menor haya generado con otras personas relacionadas con el padre que no convive con él, a quienes indirectamente se les interrumpiría su relación con el niño por el hecho de la separación o el divorcio.

En tal sentido, los abuelos, tíos y primos pueden relacionarse con el menor, cuando se realice la visita del padre beneficiario o sin la presencia de éste en casos especiales como la ausencia, muerte, incapacidad, enfermedad grave o prisión del padre visitador. Otro caso de mucha relevancia es la relación a que tiene derecho el menor con sus hermanos, sean los mayores de edad o los menores que viven con el padre que no tiene su guarda y custodia.

En el caso del hermano mayor de edad no debe impedírsele la relación familiar, pues no fue parte del conflicto de divorcio o separación. Sobre hermanos menores de edad en manos de los dos progenitores, se da el caso de un doble derecho de visita, para que los padres puedan relacionarse con los hijos que no conviven con ellos; pero, debe darse una oportunidad para que los hermanos puedan relacionarse. En cuanto otras personas con relación con el menor (Vg.: padrinos, amigos, etcétera) cuya relación directa se da a través del padre visitador, la oportunidad para relacionarse se da durante la visita, siempre y cuando no haya restricciones en ese sentido.”³⁶

³⁶ Viladrich, Pedro-Juan. **Ob. Cit.** Pág. 267.

4.6. Contenido y factores determinantes

Francisco Rivero Hernández dice que el Derecho de Relación o de Visita se basa en un conjunto de relaciones personales y humanas entre el padre visitador y el menor, para que sigan teniendo una relación armónica, compartiendo cada momento de sus vidas y para que el niño no sienta falta de cariño por parte del padre que no tiene la guarda de él. Ello requiere el ejercicio de los medios que puedan proporcionar una adecuada relación. La relación entre el padre y el hijo comenzó como un derecho que tenía el cónyuge titular de ir a visitar a su hijo a su domicilio; luego se fue extendiendo este derecho de manera que se podían reunir algunas horas fuera de la residencia del menor o en su propia residencia; posteriormente se podían reunir durante varios días fuera del domicilio de este o también en su propio domicilio. Con el desarrollo que surgió, el derecho de visita se puede analizar desde tres puntos de vista:

- La visita: Es un derecho que tiene todo padre con su hijo de poder verse y compartir fuera del hogar del menor.
- La comunicación: Es el derecho que tiene el padre con el menor para que en esa visita puedan platicar y comunicarse todo lo que ellos deseen, ya que están en toda la libertad de hacerlo. Asimismo, incluye la comunicación postal, telefónica y por otros medios.

- La convivencia: Es “el derecho de poder convivir con su hijo el día que tenga establecido para visitarlo; es decir el poder desarrollar juntos actividades sociales, culturales, religiosas o deportivas.”³⁷

En Chile, la Ley 19,585 eliminó el concepto de “visitas”, porque se prestó para limitar en algunos casos la comunicación, tanto en cuanto a su sustancia como a la forma en que puede ejercerse. Los tribunales, al establecer la frecuencia y libertad con que ha de mantenerse esta “relación”, deben garantizar que siempre sea “directa” con el hijo y efectuada con periodicidad regular. La comunicación entre el padre o la madre y el hijo sólo se suspende mediante declaración que el tribunal debe hacer en resolución fundada, cuando las visitas afecten manifiestamente el bienestar del niño.

Rivero argumenta que lo correcto sería un sistema de comunicación y contacto abierto, dado que los diferentes perfiles del contacto padre e hijo, tienen un amplio margen de actuación. La comunicación no se limita al mero retiro y reintegro del hijo a su guardador legal, sino que, en sentido extenso puede traducirse en la posibilidad de mantener contacto telefónico, por carta, por Internet, remisión y recepción de videos, aspectos que exceden el estrecho margen delimitado por el término de visitas. Como ejemplo de lo anterior, un caso sin precedente se concretó en Trenton, Nueva Jersey, en el 2001, cuando un juez de este condado determinó que una mujer divorciada podía mudarse a California con su hija y depender de Internet para que la niña mantuviera

³⁷ Rivero Hernández, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 167.

contacto con su padre porque es un instrumento que proporciona un modo creativo e innovador para relacionarse y mantener el contacto.”³⁸

De nuevo Rivero afirma que “los procesos de derecho de visitas son complicados especialmente cuando se generan tantas controversias entre las dos partes. Lo importante del Derecho de Relación o de Visita, es que sea amplio y flexible, para que el padre tenga la opción, por ejemplo de llevar el niño al colegio o irlo a buscar; pero, ocurre que en la mayor parte de los casos es que hay que regularlo por no entendimiento de los padres.”³⁹

Los anteriores aspectos son muy importantes, pues la comunicación, la visita y la relación son facultades ‘residuales’ de la patria potestad (no perdida ni suspendida) que el padre visitador debe gozar. Hay que tomar en cuenta que el padre visitador nunca tendrá ninguna atribución de las que le correspondan al cónyuge que tiene la guarda del menor; es decir, no da directamente al menor la educación o la crianza.

A. Lugar: El lugar en que se va a realizar la visita no es tan importante, ya que ésta se puede hacer en donde desee el padre visitador, inclusive en casa de terceros. Por lo general, la visita no se realiza en la casa del menor para evitar cualquier problema entre los padres. No obstante, se establece en el convenio el lugar donde regularmente se hará; pero lo que sí se debe indicar es que el visitador tiene todo el derecho de prohibir la presencia de terceras personas o hasta la del otro cónyuge el día que tiene

³⁸ **Ibíd.** Pág. 168.

³⁹ **Ibíd.**

establecido para visitar a su hijo; a menos que el juez indique que tiene que haber alguna persona independiente de la relación ese día, puede ser porque el padre tenga alguna incapacidad o enfermedad, que no pueda cuidar bien a su hijo o porque la presencia de otras personas pueden ser peligrosas para el menor.⁴⁰

En su artículo 'El Régimen de Visitas: Criterios para su determinación, Fernando Martínez de Sapiña indica que "el ambiente donde vive el padre debe estudiarse para restringir la visita a lugares peligrosos o de baja moralidad, debiéndose desarrollar las visitas fuera de la residencia paterna. Ello puede ocurrir también en el caso que el padre conviva con su nueva pareja, pues puede afectar al menor que su padre ya tenga otra relación afectiva o si vive con terceros que tengan caracteres que no favorecen al menor."⁴¹

Este autor indica que en caso que la distancia entre residencias sea un punto problemático, se puede dar lugar a escoger lugares intermedios.

Lo lamentable, en materia de visitas, es que no se establecen las prohibiciones de cambio de residencia y en este sentido, si la madre por razones de trabajo se cambia de provincia, el padre queda fuera de posibilidades inmediatas de ejercitar su derecho. En este caso, la madre incumple el derecho de visita y es posible que rápidamente vaya a pedir una modificación de ese derecho y el padre se queda en la

⁴⁰ **Ibíd.** Pág. 407.

⁴¹ Viladrich, Pedro-Juan. **Ob. Cit.** Pág. 355.

situación de ver al niño una vez al mes, por una decisión que no ha tomado, dadas las circunstancias de hecho.

B. Tiempo: En cuanto al tiempo para el disfrute del Derecho de Relación, Rafael Ruiz de la Cuesta opina que se debe considerar la edad del menor, lo que incide en sus ocupaciones escolares; por lo que atendiendo lo anterior, se debe programar el día y tiempo de las visitas durante el ciclo lectivo, las que regularmente se establecen el fin de semana y a veces se hace de forma alterna, considerando el factor que si la madre trabaja, no puede relacionarse plenamente con sus hijos durante los días hábiles.⁴²

Estas apreciaciones son aplicables para los días de asueto y feriado, salvo fechas especiales, como Semana Santa, Navidad y Año Nuevo, que son generalmente rotativas. Durante las vacaciones del menor, pueden autorizarse mayor número de visitas o de mayor duración, inclusive estancias cortas con el padre visitador. Las convivencias por períodos cortos deben establecerse claramente en el convenio de separación o divorcio y los viajes al extranjero con el padre visitador deben autorizarse judicialmente.

Un aspecto positivo e interesante se da en Chile, donde la Ley N° 16,618 permite que el padre o madre que no tiene el cuidado personal recupere el tiempo no utilizado, mediante resolución judicial, y da reglas sobre el incumplimiento en que se incurra.

⁴² **Ibíd.** Págs. 265 y 266.

C. Condiciones personales del hijo: Martínez de Sapiña hace las siguientes consideraciones sobre esto indicando que la edad limita el lugar y el tiempo de la visita porque un niño de corta edad debe estar mucho tiempo con la madre; por lo que el padre sólo tiene derecho a pocas horas, en orden a las necesidades alimenticias y otras atenciones que requiere el menor. En tanto que, a medida de que crece, la dependencia del menor respecto a su madre decrece.⁴³

Si el menor sufre enfermedades físicas o psíquicas tiene dificultad o imposibilidad de trasladarse la visita debería hacerse en su residencia, aunque ello puede ser conflictivo con el progenitor que tiene la guarda y custodia. En caso de enfermedades contagiosas, se debe restringir en cuanto a personas visitantes. En caso que la enfermedad sea del padre visitador, si es física y no contagiosa, la visita se hace en su residencia, debiendo trasladarse el menor a dicho lugar. Si hay un desorden psíquico del padre, es necesario escuchar a un experto para determinar si el padre es perjudicial para el menor y de serlo, no debe haber contacto; en caso contrario, la relación con el menor es de mucha ayuda para su padre.

Todas estas consideraciones son tenidas en cuenta por el juez, quien deben fijarlas en la sentencia de mérito, las que deben ser respetadas por ambos padres. En su caso, si dichas condiciones no se respetan o varían sustancialmente, cualquiera de ellos, con base en el Artículo 168 del Código Civil, puede solicitar al juez las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.

⁴³ **Ibíd.** Pág. 268.

4.7. Procedimiento para su establecimiento

De acuerdo con el Artículo 162 del Código Civil, de forma provisional, desde el momento en que sea presentada la solicitud de separación o de divorcio, la mujer y los hijos quedan bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, se establece la pensión alimenticia provisional y se dictan las medidas urgentes necesarias. Los hijos quedan provisionalmente en poder del cónyuge que determine el juez, hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional.

El Artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, en su parte conducente indica: “Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre; y los hijos varones, mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los jueces determinarán, igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder.”

En este caso, los hijos se van a quedar con el cónyuge que la autoridad determine, ya que la integridad de la familia es un Derecho Humano Social, en armonía con la Constitución Política de la República y la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, debiendo prevalecer el interés superior del niño, por lo que se debe

velar por lo más apropiado para que pueda vivir bien, ya que va a necesitar mucho amor y comprensión después de la separación de sus padres.

Establece el Artículo 163 inciso 1º del Código Civil que si la separación o el divorcio se solicitan por mutuo acuerdo, los cónyuges deben presentar un proyecto de convenio que, entre otros aspectos, indique a quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio.

Iniciado el proceso de divorcio o separación es necesario el diligenciamiento de la prueba. José Luis Calvo Cabello,³⁹ en su artículo ‘Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas: Análisis de diversos casos prácticos’, indica que en esta fase procesal se pueden presentar dificultades para demostrar los puntos de hecho de cada parte. Frecuentemente, los padres litigantes arguyen hechos negativos de la contraparte; es decir, la no realización de determinada acción que aparece como exigible (hechos negativos), lo cual es difícil porque su prueba es indirecta; o sea, que si se prueba ciertos hechos positivos, que no debieron suceder, permite establecer que hubo una omisión. Así por ejemplo, la mal nutrición de un niño es un hecho positivo; pero, al mismo tiempo comprueba la falta de prestación de alimentos del padre obligado (hecho negativo). Otro aspecto a considerar es la imposibilidad de probar los sucesos de la intimidad familiar; puesto que para el juez será difícil tener certeza de las posiciones de las partes. Por ejemplo, es casi imposible comprobar lo que un padre le dijo al otro en una discusión, pues regularmente se tiende a agravar las expresiones para perjudicar a la otra parte; tampoco se puede afirmar que un hijo quiere más a un progenitor que al otro. Por último, es importante destacar que la

valoración de los testimonios brindados por familiares y amigos en estos casos se encuentran mediatizados por los sentimientos.”⁴⁴

Para Daniel Mata Vidal, en su trabajo ‘El interés de los menores y el de los progenitores en la determinación judicial del régimen de visitas’, indica que es necesario escuchar a los hijos, en los casos que su edad lo permita porque tienen interés en la resolución judicial que resulte. Los hijos conocen interioridades de la conflictividad de los padres, que atañe a su estado afectivo y no contar con su opinión sería paradójico, pues su perspectiva es útil para determinar la guarda y custodia y establecer el régimen de visitas. Su información es sumamente necesaria para establecer sus preferencias sobre el padre o la madre, el tipo de relaciones que ha sostenido con ello y la conducta de los progenitores. Por tal motivo, en España, se establece que se debe escuchar a los hijos mayores de 12 años, cuando tengan suficiente juicio.⁴⁵

El derecho del menor a ser escuchado ha sido reconocido en el artículo 12 la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño que indica: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea

⁴⁴ **Ibíd.** Págs. 342 y ss.

⁴⁵ **Ibíd.** Págs. 327 y 328.

directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Esta última disposición, por su rango, es superior al Artículo 143 del Código Procesal Civil y Mercantil que limita la edad de los testigos a toda persona que haya cumplido dieciséis años de edad. Por lo anterior, es deber del juez calificar el estado de madurez del niño para considerar sus opiniones.

Asimismo, indica Mata Vidal, que el juez debe llevar a cabo la diligencia respectiva; pero, debe impedir que el interrogatorio sea muy rígido y con términos incomprensibles para el menor. Otros factores a considerar, al valorar lo dicho por los hijos, son la convivencia que mantiene con cada parte y las preferencias del menor hacia un determinado progenitor, sea por motivos psico-afectivos, que no se pueden explicar fácilmente, o por la actitud de los padres durante el proceso que tratan de manipular a sus hijos con intimidación o regalos.”⁴⁶

En la fase final del proceso, si bien de acuerdo con los artículos 166 y 167 del Código Civil, los padres pueden convenir a quién de ellos se confían los hijos, sea porque así lo han planteado en su convenio de divorcio voluntario o porque han llegado a un avenimiento sobre el punto durante el trámite de divorcio por causal determinada, el juez puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos, por causas graves y motivadas, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. Cualesquiera que sean las

⁴⁶ **Ibíd.**, Págs. 329 y 330.

estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y de vigilar su educación; asimismo, conservan el derecho y obligación de relacionarse y comunicarse libremente con ellos. El juez debe cuidar de que los padres puedan ejercer este derecho.

Arellano comenta que en Chile, “cada vez que confíe la guarda y custodia de un menor a una determinada persona, el juez debe resolver de oficio la forma mediante la cual se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, aún si no se ha debatido esta materia.”⁴⁷

Todo lo expuesto, viene a confirmar que prevalece el interés superior del niño y que, no obstante los padres se divorcien o separen, siguen teniendo la misma responsabilidad con sus hijos de cuidarlos, alimentarlos y educarlos y de relacionarse con ellos de la misma manera que lo hacían cuando estaban unidos o casados.

Para que el derecho de visita a los hijos sea viable y exigible su cumplimiento, en las bases de divorcio o separación se especifican el derecho del padre o madre a la visita de los hijos, el período de visita, los días, el lugar. Ello no sólo contribuye al ejercicio de un derecho del padre o la madre, sino que también del menor, quien tiene el derecho a mantener una relación paterno-filial con el padre o la madre que no vive con él.

⁴⁷ Padres por la igualdad parental. Pág. 32.

En conclusión, la determinación de este derecho se puede dar de común acuerdo entre las partes o resolverse por medio de la vía judicial. Lo que más favorece a las partes es que lleguen a un acuerdo para establecer el régimen de visitas que va a utilizar el beneficiario para poder ver a su hijo, sin que surja ningún desacuerdo entre ellos. Esto les evitará llegar a la vía judicial contenciosa, donde el juez impone el régimen de visita, lo que supone un proceso más lento.

El régimen de visitas debe ser lo suficientemente amplio para que los hijos no pierdan de ninguna manera el contacto con el progenitor que no tiene su guarda y custodia, ya que esto es importante porque el menor necesita del cariño de ambos padres no solamente de uno. Debe existir mutuo cariño entre el padre con el hijo y entre el hijo con el padre, y no deben de permanecer apartados de sus padres. Este régimen debe establecerse con el fin de mantener la relación paterno-filial.

Por último, tal y como lo disponen los artículos 159 numeral 3º, 273 y 274 del Código Civil la decisión judicial puede determinar que no se otorgue el derecho de visita al padre que no tiene la guarda y custodia de la prole cuando la causal de separación o divorcio lleve consigo la suspensión o pérdida de la patria potestad y haya petición expresa de parte interesada.

En este caso, uno de los padres pierde o se le suspende la patria potestad del hijo y derivándose de esta figura el derecho de visita para el padre o la madre, al no poder ejercitarse la patria potestad, no procede la relación paterno-filial.

Ello es congruente con la Convención de Derechos del Niño porque para el ejercicio de todo derecho, primero se vela por el interés superior del niño, siendo el caso que de concurrir una causal de suspensión o pérdida de la patria potestad, existe una razón grave para no permitir la relación paterno-filial, con el fin de proteger al menor.

4.8. Cumplimiento de la vista

a) Voluntario: En cuanto al cumplimiento del derecho de visita de forma voluntaria, se verifica por el apego de los padres a lo establecido en la sentencia de divorcio o separación o el convenio de separación de los exconvivientes, en cuanto a todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo. Lo anterior representa la situación ideal.

Para Gabriel García Cantero, el principio de buena fe dirige el ejercicio del derecho de visita por lo que ambos padres debe colaborar para que se cumpla con su cometido. El progenitor que tiene la guarda y custodia debe comunicar cambios de domicilio, enfermedades o accidentes sobrevenidos al menor, horario escolar y otras actividades que pueden coincidir con las visitas. Tampoco debe impedir la comunicación telefónica o epistolar entre el menor y el padre beneficiario. Por su parte, éste no debe abusar del derecho de visita con el fin de llevarse al niño si éste se encuentra enfermo, con muchas tareas escolares u otra situación de consideración.⁴⁸

b) Por incumplimiento del progenitor que tiene la guarda y custodia: El rompimiento de la relación entre los cónyuges o pareja origina el problema objeto de esta investigación;

⁴⁸ Viladrich, Pedro-Juan. **Ob. Cit.** Pág. 251.

es decir, que el padre o madre que tiene la guarda y custodia del niño no deja que el otro se relacione con él, sin pensar en que se perjudica emocional y psicológicamente al menor.

Para Daniel Mata Vidal, la situación entre los padres es conflictiva y durante el proceso su relación se agrava y frecuentemente se presenta un deseo mutuo de pelea, inclusive salen a la luz cuestiones de la vida marital o familiar hasta entonces ocultas.⁴⁹

Todo ello deriva en que la práctica del derecho de visita sea tortuosa o imposible. Se puede dar el caso de que el progenitor que tiene la guarda y custodia, con tal de impedir la relación del otro con el niño, lo ausenta de su domicilio habitual en los días y horas que éste tiene establecido para ver a su hijo, o simplemente le habla mal de él para que el hijo se ponga en su contra. Estas actitudes traen consigo una respuesta negativa de parte del padre visitador, quien se muestra inflexible en exigir su derecho de visita o retrasa el reintegro de sus hijos a su residencia, a veces durante días.

Aunque la situación de impedimento para la práctica de la visita, como la hace notar José Luis Calvo, muchas veces está conexas con la falta de prestación de alimentos por parte del obligado (padre visitador); por lo que el progenitor a cargo de la guarda y custodia, como medida de hecho, impide la visita. Para este autor, la visita y los alimentos son dos derechos independientes; por lo que la falta de cumplimiento en el segundo no debe afectar el primero. Se debe considerar que el menor es el beneficiario de ambos derechos, quien ya sufre las penurias de que su padre no cumpla con prestar

⁴⁹ **Ibíd.** Pág. 263.

la pensión alimenticia; por lo que la restricción de la visita tomada unilateralmente por el progenitor con quien convive, sería un segundo derecho vedado en su perjuicio.

La reacción del padre, ante la actitud de la madre que le impide u obstruye la relación paterno-filial, es el impago de las pensiones alimenticias. Dicha acción, no sólo carece de proporcionalidad y racionalidad; ya que el único afectado es el hijo, quien sufre materialmente; asimismo, en tales circunstancias la relación con la madre se enerva aún más y justifica impedir las visitas del padre. Además, tal actividad es constitutiva del delito de Negación de Asistencia Económica (Artículo 242, Código Penal); por lo que el padre debe evitar tal acción, que no produce ningún resultado positivo.

Ninguna de estas situaciones es tolerable, ya que ambos padres tiene los mismos derechos de poder convivir con sus hijos. En esta situación, no debe olvidarse que, según lo dispuesto en el Artículo 166 del Código Civil, el juez debe cuidar de que los padres puedan comunicarse libremente con sus hijos.⁵⁰

Francisco Rivero Hernández señala que en la legislación española, se regula que si continúan los problemas entre los ex-cónyuges o ex-pareja, se puede retirarles la guarda y custodia del menor y éste pasará a poder de los abuelos, hermanos mayores o parientes, según lo decida el juez.⁵¹

En la legislación guatemalteca, no se indican expresamente los casos en que la guarda y custodia se puede perder. De hecho el artículo 168 del Código Civil es muy amplio,

⁵⁰ **Ibíd.** Pág. 263.

⁵¹ Rivero Hernández, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 132.

porque indica: “En cualquier tiempo el juez podrá dictar, a pedido de uno de los padres o de los parientes consanguíneos, o del Ministerio Público, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.”

Actualmente, si no se cumple el convenio paterno-filial, el progenitor visitador afectado lo puede ejecutar por medio de una ejecución especial de obligación de hacer, según el Artículo 337 del Código Procesal Civil y Mercantil, que es la vía procesal para el efecto; sin embargo, es un procedimiento tardado, para que se cumpla el convenio.

En la mayoría de los casos, no se opta por la vía ejecutiva y se trata de resolver el problema personal y directamente; o bien, se procede a entablar juicio oral de relaciones familiares ante el tribunal de familia competente, considerando que ésta es la jurisdicción privativa en todos los asuntos de familia y el procedimiento de cognición para conocerlo, de acuerdo con los artículos 1 y 8 de la Ley de Tribunales de Familia y el artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil. El fundamento de derecho de esta acción se basa específicamente en los artículos 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y 167 del Código Civil, antes comentados. Este juicio oral es idóneo cuando la sentencia de separación o divorcio no es suficientemente clara o amplia o se está incumpliendo por falta de medios de coerción; asimismo, es necesaria para los casos de filiación extramatrimonial para poder establecer un régimen de relaciones entre el niño y padre que no convive con éste.

El incumplimiento se puede resolver por medio de la vía penal, ya que el que desobedeciere abiertamente una orden de un funcionario, autoridad o agente de autoridad, dictada en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, comete el delito de

desobediencia, de acuerdo con el Artículo 414 del Código Penal. En este caso, se desobedece las bases del divorcio o de la separación contenidas en la sentencia de mérito, por lo que el ilícito radica en no acatar el fallo de un funcionario judicial.

Iniciar la acción penal, si bien podría generar una reacción de quien incumple para permitir la visita al menor, también puede provocar o aumentar la conflictividad entre los padres. Asimismo, hay que considerar que el delito de Desobediencia se pena con multa, la cual no es precisamente una sanción suficientemente fuerte para evitar futuros incumplimientos. Lo positivo de la acción penal en este caso es que se ejercita directamente por el afectado ante el Juez de Paz Penal competente, en un trámite breve y sencillo, que puede dar lugar a un Criterio de Oportunidad, si se llega a un acuerdo entre el ofendido y el sindicado, de acuerdo con los artículos 24 Bis, 25 numeral 1) y 488 del Código Procesal Penal.

Considerando lo anterior, es que es necesario contar con un procedimiento rápido y eficaz que no vulnere el espíritu de la ley al establecer que ambos padres tienen el derecho de relacionarse con sus hijos, resguardando su interés superior.

b) Por incumplimiento del progenitor que tiene el derecho de visita: Considerando que el Derecho de Relación es un Derecho Humano del niño, resulta que la visita del padre no es algo potestativo de éste, de modo tal que si no la desea llevar a cabo, se encuentra en plena libertad de hacerlo. Por el contrario, siendo un derecho elemental de su hijo, es exigible que el padre visitador cumpla con el régimen de relación paterno-filial fijado.

Por lo general, la madre promueve ejecuciones por materia de alimentos cuando el padre no cumple con el pago correspondiente, siendo su título ejecutivo el convenio o la sentencia que determina este derecho. Paralelamente a los alimentos, se establece el derecho de relación paterno-filial; sin embargo, el incumplimiento de su ejercicio por el padre visitador no es reclamado por quien tiene la guarda y custodia, pues no se promueve la ejecución del convenio o la sentencia que lo fija, con el fin de compeler al padre a realizar la visita. Inclusive, la actitud reticente del padre visitador es invocada posteriormente para no permitir en el futuro las visitas, lo cual es incorrecto porque este derecho no se extingue por su falta de ejercicio anterior; dado que es un Derecho Humano del niño.

Se puede considerar como excepcionales los casos en que ello se haya verificado y que, en todo caso, habrá sido la actitud correcta porque el progenitor de la guarda y custodia debe velar porque tiene el deber que los Derechos Humanos de su hijo sean respetados y ello incluye que el niño sea visitado periódicamente por su padre, según lo establecido; por lo que ante el incumplimiento de este último, debe promoverse las acciones judiciales que hagan eficaz el derecho de su hijo.

En materia penal, la falta de cumplimiento del régimen de visitas, por parte del padre visitar se puede calificar como delito de Desobediencia, de acuerdo con el Artículo 414 del Código Penal, a cuyo análisis nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior, que determina su baja penalización y la forma en que puede resolverse por medios desjudicializadores.

4.9. Modificación y suspensión

Según el Artículo 168 del Código Civil, habiendo establecido los puntos del convenio o dictándose la sentencia, pueden acontecer hechos de menor o mayor beneficio para los hijos, que ameriten un cambio en el régimen de relación paternofilial, en esa virtud el juez en cualquier tiempo podrá dictar, a pedido de uno de los padres, de los parientes consanguíneos o de la Procuraduría General de la Nación, las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.

Indica Francisco Rivero que el régimen de visitas puede ser modificado por ampliación cuantitativa, en el sentido que el menor conforme vaya creciendo pueda ver más a menudo a su padre o madre (visitador); ya que en este caso el niño, al ser mayor, ya no va a necesitar tanto del auxilio del padre o madre que tenga la patria potestad. Asimismo, el régimen puede ser variado, ya sea porque surge un cambio de domicilio del menor, quedando el mismo más lejos y le sea imposible visitarlo; también se puede dar el caso de que para las visitas se les establezca lugar, sitio o ciudad para que se lleven a cabo. Esto se traduce en menos visitas con más duración, a cambio de un régimen de mayor número y duración corta. También puede darse una situación de modificación por disminución cuantitativa de las visitas, lo cual atiende a hechos graves como la enfermedad grave del hijo o del visitador o que éste se encuentre en prisión.⁵²

⁵² **Ibíd.** Págs. 298.

Una modificación cualitativa al derecho de visita se da cuando se restringe la presencia de determinada persona o la realización de visitas en determinados lugares u horarios, por así convenir al interés del menor; inclusive se puede exigir la presencia de determinados agentes de servicios sociales para garantizar el buen desarrollo de la visita.

Por su parte, señala Francisco Rivero, que con mayor gravedad y relevancia a la modificación por disminución cualitativa o cuantitativa del régimen de visitas, se da el caso de suspensión del derecho de relación, lo cual es la privación temporal del derecho que atiende a causas que implican la culpa del padre visitador.⁵³

La separación o el divorcio pudieron tener como causal una situación que conlleve la suspensión de la patria potestad, preceptuadas en los Artículos 155 numeral 9º, 159 numeral 3º y 273 del Código Civil, o tales situaciones pueden sobrevenir tras la separación o el divorcio, por medio de determinadas conductas del padre visitador que sean causales de suspensión de la patria potestad y con ella, debe suspenderse el derecho de visita. Este derecho puede restaurarse cuando se restablezca la misma, según los artículos 273 y 277 del Código Civil.

En caso de violencia intrafamiliar, de acuerdo con el Artículo 7 literales g), h) y j) de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, como medida de seguridad, se puede suspender la relación familiar prohibiendo el acceso del presunto agresor al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de

⁵³ **Ibíd.** Pág. 301.

trabajo o estudio y ordenándole abstenerse de interferir, en cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación. Asimismo, se puede suspender el derecho de visita en caso de agresión sexual contra menores de edad.

Francisco Rivero indica: que no debe ser causal de suspensión del derecho de visita, el incumplimiento del padre visitador en la prestación de alimentos; porque son derechos independientes, que carecen de un carácter de 'contraprestación' uno del otro. Se debe acudir a la vía ejecutiva para pedir los alimentos no pagados y, en ciertos casos, podría ser una medida cautelar la suspensión de la visita; pero, no puede ser una regla.⁵⁴

4.10. Extinción de la relación de la vista

Rivero Hernández indica que la relación entre el padre visitador y su hijo puede terminar por varias razones:⁵⁵

- Muerte del beneficiario o del niño o adolescente: Cuando se muere el padre que no tiene la guarda y custodia (visitador) o el menor de edad, ya no existe una de las dos partes más importantes en esta relación; por lo que no podría el niño relacionarse con su padre fallecido o, simplemente, no habría hijo para que el padre pudiera visitar.
- Obtención de la calidad de guardador del menor: Cuando se le transfiere al beneficiario (visitador) la guarda y custodia del niño o adolescente, por cualquier

⁵⁴ **Ibíd.** Pág. 309.

⁵⁵ **Ibíd.**

motivo. En este caso, la situación jurídica de los padres se pueden invertir; porque el visitador se convierte en guardador y el otro progenitor pasa a ser el visitador. También puede darse el caso de muerte o estado de interdicción del progenitor que tenía la guarda y custodia, que determine que éstas pasen a quien fungía como visitador.

- Terminación de la situación jurídica que dio lugar a este derecho: Este caso se da cuando hay reconciliación de los cónyuges separados o reestablecimiento de la unión de hecho; por lo que vuelven a integrarse como una familia, incluyendo a sus hijos.
- Mayoría de edad del hijo: Cuando el hijo cumple la mayoría de edad (18 años), tiene toda la libertad de escoger con quién se relaciona o en donde quiere vivir. El derecho a la relación paterno-filial se inicia con el nacimiento de los hijos, se prolonga durante la minoría de éstos y termina, normalmente, con su salida del hogar familiar para tomar estado u organizar su vida personal con independencia de sus progenitores.

Un último caso de pérdida del derecho de visita se da cuando sobrevienen, tras la separación o el divorcio, determinadas conductas del padre visitador que sean causales de pérdida de la patria potestad, conforme el Artículo 274 del Código Civil, y con ella, debe extinguirse el derecho de visita.

4.11. Mención del derecho de relación en sentencias de la Corte De Constitucionalidad Y Corte Suprema De Justicia

La Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia no han analizado a fondo la materia del Derecho de Relación o de Visita; aunque, sí se han conocido amparos o casaciones derivados de litigios relacionados con éste, cuyas sentencias hacen mención de ciertos aspectos atinentes, que merecen ser estudiados para conocer los antecedentes judiciales que existen en torno al tema de investigación.

Para el efecto, se hará mención del número de expediente, mas no de los nombres de las partes, por respeto a su honor e intimidad familiar.

A. Régimen cautelar de visita: Dentro del Expediente 990-2001 de la Corte de Constitucionalidad, se hace mención que un padre presentó ante el Juzgado Tercero de Familia demanda oral de relaciones familiares, en la que solicitaba se fijara un horario de relaciones paterno-filiales con sus hijas. Dicho juzgado al dictar la resolución de trámite, el 26 de diciembre de 2000, sin haber sido rendido un informe socio-económico de las partes, dictó, como medida precautoria, autorizar al actor a relacionarse con sus menores hijas, el día sábado o domingo en forma alterna, de las 14:00 a las 17:00 horas, en el domicilio permanente de las menores.

Posteriormente el 27 de diciembre de 2000, autorizó al padre a pasar con sus menores hijas la fiesta de Año Nuevo, para lo cual debía recogerlas en el domicilio donde permanecen, el día 31 de diciembre de 2000 a las 17:00 horas y debía regresarlas el 1 de enero del año 2001, a las 17:00 horas.

Sobre este caso, se pueden establecer ciertos puntos de interés:

- El régimen de relación se puede establecer de manera cautelar, mientras la litis se desarrolla;
- No es necesario que se rinda informe socio-económico, el cual es base para la sentencia;
- Se pueden establecer regímenes excepcionales para festividades.

B. Valor de los convenios extrajudiciales de relación paterno-filial: Dentro del Expediente 1902-2001 de la Corte de Constitucionalidad, se hace mención que mediante escritura pública, autorizada en 1997, las partes celebraron convenio respecto a la forma en que el padre se relacionaría con su menor hija. En su oportunidad, dicha escritura fue ofrecida como prueba dentro de un Juicio Oral de Relaciones Familiares número F1-2000-5560 del Juzgado Sexto de Primera Instancia de Familia. Asimismo, se señala que dicho documento para que tenga fuerza probatoria debe ser aportado en la audiencia de mérito dentro del trámite del juicio oral; en caso contrario, no puede ser tenido en cuenta por el juzgador. De este caso, se puede establecer que:

- Es válido celebrar en escritura pública acuerdos de relación paterno-filial.

En este caso, dicho convenio se mantuvo durante tres años hasta que se promovió un juicio oral de relaciones familiares;

- Como toda prueba documental, se debe ofrecer y acompañar en la demanda o su contestación y se debe proponer y diligenciar en la audiencia respectiva.

C. Validez de los acuerdos judiciales en materia de relación familiar: Dentro del Expediente 282-2002 de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, se relaciona

que el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Familia del departamento de Guatemala, dictó sentencia el 15 de julio de 2002, declarando con lugar la demanda ordinaria de divorcio, promovida por el cónyuge varón y, como consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial. Sin embargo, no se hizo mención en cuanto a la guarda y custodia de los menores hijos, así como de la relación familiar, por estar acordada en el convenio de fecha anterior celebrado en el Juzgado Segundo de Familia.

De este caso se puede inferir lo siguiente:

- El régimen de relación familiar se puede fijar por convenio judicial, cuando los padres se encuentran separados;
- Tal convenio puede subsistir, aunque exista sentencia de divorcio posterior, si los ex cónyuges están de acuerdo en que el mismo se mantenga.

D. Facultades judiciales para fijar el régimen y forma de ejecución: Dentro del Expediente 165-97 de la Corte de Constitucionalidad, se expone que la Sala de Apelaciones de Familia, mediante sentencia de 19 de julio de 1996, confirmó la de primer grado, de fecha 29 de mayo de 1996, emitida por el Juzgado Quinto de Familia del departamento de Guatemala. En la sentencia de segundo grado del proceso oral de relaciones familiares, la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia fijó una calendarización de relaciones familiares, señalando días y festividades no pedidos por el actor. La madre promovió amparo pues consideraba violados sus derechos al no permitirle participar en la fijación de las bases para dictar la sentencia que reclama. En vista que no se otorgó amparo provisional, el padre promovió proceso ejecutivo de obligación de hacer contra la madre para hacer cumplir el régimen fijado.

Se desprende de este caso, los siguientes aspectos:

- La capacidad de los Tribunales de Familia para establecer un calendario para el régimen de visitas;
- Las facultades discrecionales de los Tribunales de Familia, de acuerdo al Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, para proteger a la parte más débil de las relaciones familiares;
- La ejecución especial de la obligación de hacer es la vía idónea para el cumplimiento de las sentencias de esta materia.

E. Modificación del régimen de relaciones paterno-filiales: Dentro del Expediente 112-99 de la Cámara de Amparos y Antejuicios de la Corte Suprema de Justicia, se indica que en el proceso voluntario de divorcio, número 435-96 del Juzgado Segundo de Familia del departamento de Guatemala, se resolvió que los menores quedaban bajo la guarda y custodia de la madre, pudiendo el padre relacionarse con ellos de la manera allí establecida. La sentencia estaba en fase de ejecución; no obstante, el padre ante la ocurrencia de nuevos hechos, acudió ante otro juez y solicitó la guarda y custodia de los menores, con lo cual se suspende la ejecución de la sentencia dictada en el voluntario de divorcio por mutuo consentimiento. Dentro del proceso oral de guarda y custodia, con fecha cuatro de junio de 1998, el Juzgado Cuarto de Familia del departamento de Guatemala dictó sentencia declarando sin lugar la demanda y, como consecuencia, confirió a la madre la guarda y custodia de los menores, resolución contra la que interpuso apelación. En alzada, la Sala de Apelaciones de Familia dictó sentencia, con fecha 16 de abril del año 1999, confirmó la sentencia, en el sentido que

la guarda y custodia del menor continúa a favor de su madre, quien actualmente reside en Costa Rica, de consiguiente, se fija como residencia del menor la de su madre y como consecuencia, deberá permanecer a su lado; pero, la modificó en el régimen de relación paterno-filial entre el menor y su padre, en el sentido de que el menor pasará las vacaciones escolares de medio año al lado de su padre, quien deberá retornarlo con la antelación debida al inicio de clases del nuevo período escolar.

En cuanto a las vacaciones de fin de año, la mitad de las mismas pasará al lado del padre y la otra mitad con la madre, alternándose cada año, en el sentido de que la primera mitad corresponderá para el padre y la segunda para la madre. Salvo la autorización judicial que se otorga al menor para dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, continuará vigente el convenio que respecto a viajes al extranjero estipularan las partes para sus hijos menores en el convenio de divorcio. La hija, por cumplir a corto plazo la mayoría de edad, podía tomar la decisión que más convenga a su interés en relación a residir al lado de cualquiera de sus progenitores al momento en que tal hecho suceda.

La Cámara de Amparos y Antejuicios de la Corte Suprema de Justicia consideró que, ejecutada o no la sentencia de divorcio o dictada la sentencia en el juicio oral de guarda y custodia, en ningún caso y bajo ningún motivo puede considerarse como definitiva e inmutable una decisión de un órgano jurisdiccional respecto de la designación de quién de los padres debe encargarse de la guarda y custodia de los hijos, porque, la ley establece que en cualquier tiempo el juez podrá dictar, a pedido de uno de los padres, de los parientes consanguíneos o de la Procuraduría General de la Nación, las

providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos. De tal suerte que, si se establece la existencia de circunstancias que así lo aconsejen, puede sin limitación alguna, cambiarse esa decisión en aras de lograr el bienestar de los hijos. Con mayor razón si se toma en cuenta que es obligación de los Tribunales de Familia lograr una eficaz protección al núcleo familiar y de procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida. Por ello, la decisión de la Sala de Apelaciones de hacer las modificaciones allí señaladas, no puede considerarse como arbitraria o ilegal, ya que no trasciende los límites de su función jurisdiccional.

Varias conclusiones se pueden establecer de este caso:

- La fijación del régimen de relación paterno-filial en la sentencia de divorcio, con previsiones para el caso que el menor resida en el extranjero;
- La ejecución especial de la obligación de hacer es la vía idónea para el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas para dar cumplimiento al régimen de relación;
- La capacidad de los Tribunales de Familia para modificar, total o parcialmente, el régimen establecido, incluyendo un calendario para el régimen de visitas;
- La inexistencia de cosa juzgada material en materia de régimen de relación paterno-filial; por lo que puede ser modificado cuantas veces sea necesario, a través de un juicio oral de relación familiar o como consecuencia de uno de guarda y custodia;
- La libre voluntad de los hijos que han alcanzado la mayoría de edad para vivir o relacionarse con cualquiera de sus padres, en la forma en que ellos decidan.

F. Derecho a revisar el régimen de relación paterno-filial: Dentro del Expediente 266-98 de la Corte de Constitucionalidad, se indica que en el Juzgado Primero de Familia del departamento de Guatemala, un padre promovió en contra de la madre demanda oral de relaciones familiares, pretendiendo que en sentencia se declare la forma en que puede relacionarse con sus hijos menores de edad. La demanda fue declarada con lugar; pero, la madre apeló la sentencia porque, previamente a definir el tiempo en que el padre puede estar con los hijos menores, éste debía de ser evaluado psicológicamente, como lo recomendó en su dictamen la Procuraduría de Menores, situación que no se contempló en el fallo. En sentencia de apelación de amparo, se estimó que, por la naturaleza del derecho que se litiga, la madre puede instar adecuadamente, mediante un juicio posterior, el examen que menciona y, con su resultado, los tribunales de familia pudieran, si fuere el caso, modificar el régimen de relación familiar que se cuestiona, conforme las facultades discrecionales de producir la debida protección judicial de menores de edad.

En este caso, se pueden establecer los siguientes puntos:

- Los dictámenes, si bien proceden de la prueba de expertos, no son vinculantes para el Juzgador;
- Se puede modificar posteriormente el régimen de relación paterno-filial, si hay una base racional suficiente para promoverlo, debido a hechos o circunstancias nuevas, conforme el Artículo 168 del Código Civil.



CONCLUSIONES

1. El Código de civil contempla el derecho de visita, en dos de sus disposiciones que hacen referencia al derecho de visita de los progenitores y de los abuelos, en situaciones de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio. Deja por fuera otras personas en razón de parentesco, convivencia anterior con el menor y especial cariño que podrían ser también titulares del derecho, además excluye las paternidades extramatrimoniales o las separaciones de hecho o en uniones de hecho.
2. Que la causa por la cual no se establece debidamente el derecho de relación en los procesos de divorcio y de separación es porque únicamente regulan sobre la obligación de los padres de convenir o del juez de decidir sobre la guarda y custodia de los niños y las pensiones alimenticias que deben prestarse; pero, no se incluye lo relativo al derecho de relación.
3. Que el convenio o sentencia que resuelva sobre el derecho de relación paterno- filial debe contener la obligación de quien tiene la guarda y custodia, obligación del visitador, días y horarios para la visita, disposiciones sobre días feriados, asuetos y vacaciones, lugar para la visita, personas que pueden relacionarse con el niño, regulación de otras formas de comunicación, limitaciones específicas del caso y apercebimientos.

4. Que el derecho de relación, la sentencia de divorcio o separación debe contener apercibimientos sobre las consecuencias legales del incumplimiento y establecer un procedimiento adecuado para su ejecución. Asimismo, los Tribunales de Familia tienen amplias facultades para modificar, total o parcialmente, el régimen establecido, incluyendo un calendario para el régimen de visitas, al no existe cosa juzgada material para fijar un régimen de relación paterno-filial; al ser modificado cuantas veces sea necesario, a través de un juicio oral de relación familiar o como consecuencia de uno de guarda y custodia.



RECOMENDACIONES



1. Que el Organismo Legislativo, reforme los Artículos 163 numeral 1º del Código Civil y 429 numeral 1º del Código Procesal Civil y Mercantil, que se refieren a las bases del divorcio y separación, en el siguiente sentido: 1º , en virtud a quién se confiarán los hijos menores o los incapaces habidos en el matrimonio, así como el régimen de relaciones familiares a que éstos quedarán sujetos.
2. Que los Tribunales de Familia, al emitir sentencia, deben indicar a los padres sus deberes y obligaciones, apercibiéndolos sobre las consecuencias de su incumplimiento de las obligaciones que tienen para con sus hijos y así conservarán el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación, debiendo el juez indicar en su fallo estos derechos.
3. Que la Procuraduría General de la Nación, para una reforma Institucional requiera a los Jueces de Familia supervisen el cumplimiento de los Acuerdo paterno-filial y de las medidas cautelares o el cambio en la guarda y custodia que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.
4. Que la Universidad de San Carlos de Guatemala, a través de su iniciativa de ley por derecho constitucional, elabore un procedimiento específico para hacer cumplir el derecho de relación paterno filial, en virtud de ser necesario la reformar por adición el Código Procesal Civil y Mercantil, introduciendo un Artículo 343 Bis.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I y II; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. Ed. Universitaria, 1981.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala. Ed. Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1998.
- BONNECASSE, Julien. **Elementos del derecho civil**. Tomo I, Ed. José M. Cajica Jr., Puebla 1985. México
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 11^o. ed. Edi. Heliasta. SRL. Buenos Aires, Argentina, 1978.
- CASSIO y ROMERO. **Diccionario de derecho privado**. Ed. Lerrena, Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima primera ed., Tomo II, ed. Espasa Calpe, S.A. 1981
- CHAVEZ ASECIO, Manuel. **La familia en el derecho**. Ed. Porrúa. S.A. México, 1998
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Volumen IV. Ed. Revista de derecho privado. Madrid, España. 1975
- MORENO, Landelino. **Filosofía del derecho**. 1^a Edi. Tipografía Nacional, Guatemala, C.A. 1944
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pamplona, Madrid, España. Ed. Arazandi. Volumen 6^o. 1979
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **El derecho de vista**. José María Bosh. Editor, S.A. Barcelona, 1997
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1981.
- VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español. Parte especial**. Tomo. IV. Madrid, España: Talleres Tipógrafos, 1975
- VILADRICH, Pedro Juan. **El derecho de vista de los menores en la crisis matrimoniales, teoría y praxis**. Ed. Universidad de Navarra, S .A. Pamplona, España 1986.
- VINE, W. E. **Diccionario expositivo de palabras del antiguo y nuevo testamento**. Ed. Caribe, INC. Una división de Thomas Nelson. 1999

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código Civil. Decreto Ley 106 Jefe de Gobierno de la República de Guatemala y Exposición de motivos.

Ley del Registro Nacional de Personas. Decreto 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala.