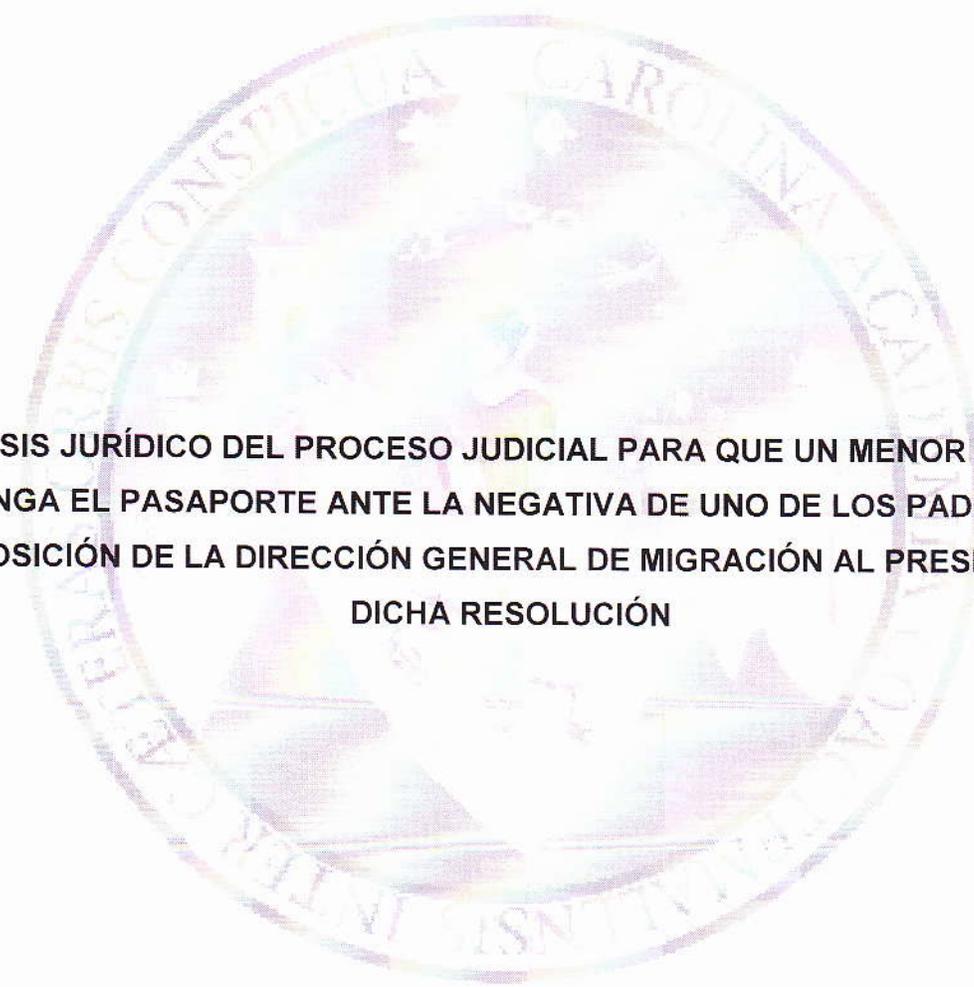


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROCESO JUDICIAL PARA QUE UN MENOR DE EDAD
OBTENGA EL PASAPORTE ANTE LA NEGATIVA DE UNO DE LOS PADRES Y LA
OPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN AL PRESENTAR
DICHA RESOLUCIÓN**

CARLOS AMALIN DÍAZ ORDOÑEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2012

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROCESO JUDICIAL PARA QUE UN MENOR DE EDAD
OBTENGA EL PASAPORTE ANTE LA NEGATIVA DE UNO DE LOS PADRES Y LA
OPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN AL PRESENTAR
DICHA RESOLUCIÓN**

TESIS

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

CARLOS AMALIN DÍAZ ORDOÑEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2012

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

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br.	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda.	María del Carmen Mansilla Girón
Vocal:	Lic.	Emilio Orozco Piloña
Secretario:	Lic.	Álvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda.	Floridalma Carrillo Cabrera
Vocal:	Licda.	Irma Mejicanos Jol
Secretaria:	Licda.	Dilia Estrada García

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. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO**

6 Avenida 3-11 Zona 4 Tercer Nivel
Tel. 24112411- 40134444

Guatemala mayo 15 de 2012

Licenciado
Luís Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable licenciado:

En atención a la providencia emitida por esa unidad con fecha veinte de marzo del presente año, en el cual se me nombra **ASESOR** de Tesis del Bachiller **CARLOS AMALIN DÍAZ ORDOÑEZ**, quien se identifica con el número de Carné 199917395. Se le brindó la asesoría de su trabajo de tesis intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROCESO JUDICIAL PARA QUE UN MENOR DE EDAD OBTENGA EL PASAPORTE ANTE LA NEGATIVA DE UNO DE LOS PADRES Y LA OPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN AL PRESENTAR DICHA RESOLUCIÓN”**; en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

El estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia civil, familia, migratoria y administrativo y; en el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, el estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, que será legalmente hablando de gran apoyo a todas las personas que



decidan proponer iniciativas de ley; abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho. Cumpliendo así con un aporte al derecho por su estudio analítico.

El estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Con respecto a las conclusiones y recomendaciones mi opinión es que son acordes al tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada; con ello se aporta información importante para que nuestros legisladores comprendan la funcionalidad de la interpelación.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo del bachiller anteriormente mencionado se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,133

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO



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, cinco de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase a el LICENCIADO **CARLOS HUMBERTO GIRÓN M** para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante: **CARLOS AMALIN DÍAZ ORDOÑEZ**, intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROCESO JUDICIAL PARA QUE UN MENOR DE EDAD OBTENGA EL PASAPORTE ANTE LA NEGATIVA DE UNO DE LOS PADRES Y LA OPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN AL PRESENTAR DICHA RESOLUCIÓN”**.

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 las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.

DR. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
 CEHR/iyrc



LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. CALLE 10-23 ZONA 11 GUATEMALA
TELÉFONO. 24717651 - 48853211

Guatemala, 5 de julio de 2012

Licenciado
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable licenciado Herrera Recinos:

Me honra informarle que en cumplimiento de la designación recaída sobre mi persona como **REVISOR**, según resolución proferida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su digno cargo de fecha cinco de junio del presente año, del bachiller **CARLOS AMALIN DÍAZ ORDOÑEZ**; quien elaboró el trabajo de tesis INTITULADA “**ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROCESO JUDICIAL PARA QUE UN MENOR DE EDAD OBTENGA EL PASAPORTE ANTE LA NEGATIVA DE UNO DE LOS PADRES Y LA OPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN AL PRESENTAR DICHA RESOLUCIÓN**”; le doy a conocer que la tesis abarca.

1. Un contenido científico y técnico del tema investigado, además se consultaron las doctrinas y legislaciones adecuadas, utilizando una redacción y terminología jurídica acorde, clara y precisa, habiendo desarrollado sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo y dividiendo la misma en cinco capítulos.
2. El sustentante, realizó un análisis jurídico del proceso judicial para que un menor de edad obtenga el pasaporte ante la negativa de uno de los padres y la oposición de la dirección general de migración al presentar dicha resolución.

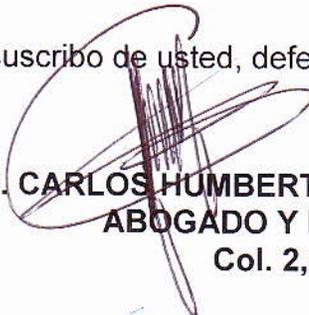


3. Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo, se utilizó para determinar la patria potestad, así como las características de la patria potestad; el método deductivo, dio a conocer la necesidad de obtener pasaporte para el niño en poder la madre, igualmente la regulación de salida de menores de edad del país por la Ley de Migración, Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala; el método analítico, señaló que el juez de familia y la resolución de las diligencias para la Obtención de pasaporte de un menor de edad en poder de la Madre, igualmente las resoluciones emitidas en el procedimiento para la obtención de pasaporte del menor de edad y el método sintético, estableció las razones jurídicas y familiares para declarar la improcedencia de la solicitud de obtención de pasaporte de un menor de edad cuando no se justifique válidamente la pretensión.
4. La contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, muestra con datos actuales del proceso judicial de autorización de pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres, principios fundamentales del proceso de autorización judicial de pasaporte para menor de edad; etapas procesales del proceso de autorización judicial de pasaporte para menor de edad.
5. Los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes al señalar los beneficios y ventajas que pueda brindar a los profesionales del derecho, ya que al coadyuvar la protección integral del niño, determinando las causas justificativas de las solicitudes, la ligereza de las resoluciones judiciales, la importancia de declarar procedente o improcedente la autorización judicial, son promovidas con base a justificaciones para la obtención de los pasaportes de sus hijos con el objeto de abandonar el territorio nacional; además se estableció que la autoridad competente para autorizar el pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres es el Juez de Primera Instancia de Familia; mientras que el visado para salir del país es extendido por el Consulado o Embajada del país a donde se va a viajar acreditada en Guatemala.



6. La hipótesis comprobó la necesidad de la autorización judicial, ordenada dentro del procedimiento para la obtención de pasaporte de un menor de edad y salir del país, según las justificaciones o argumentos presentados por la madre, debe declararse improcedente, para lograr los objetivos de la investigación se utilizaron los métodos analítico y sintético, para establecer la causas justificativas del tema objeto de estudio, apoyado en las técnicas de recopilación documental, las fichas y la entrevista, y con base a ello formular las conclusiones y recomendaciones correspondientes.
7. Las técnicas que emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema. La introducción, conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla, constituyendo supuestos validos que dan a conocer la realidad nacional.
1. Le sugerí la necesidad de llevar a cabo algunas correcciones a los capítulos de su tesis, introducción y bibliografía, encontrándose conforme en su realización para una debida estructuración del tema investigado.
2. La tesis desarrollada por el sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el tribunal examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en *Ciencias Jurídicas y Sociales*.

Sin otro particular, me suscribo de usted, deferentemente.


LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 2,305

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 15 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS AMALIN DÍAZ ORDOÑEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROCESO JUDICIAL PARA QUE UN MENOR DE EDAD OBTENGA EL PASAPORTE ANTE LA NEGATIVA DE UNO DE LOS PADRES Y LA OPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN AL PRESENTAR DICHA RESOLUCIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario

SECRETARIA





DEDICATORIA

A DIOS:

Ser supremo que guía mi vida, que es mi amigo fiel y que nunca me abandona en la adversidad. Merecedor de toda honra, porque de Él, para Él, y por Él son todas las cosas, fuente inagotable de conocimiento y sabiduría.

A MIS PADRES:

Guínder Díaz Hernández y de forma muy especial angelicalmente a mi querida madre Encarnación Ordoñez Quintanilla, por darme la vida y ser parte esencial en ella, porque gracias a su amor incondicional, su apoyo y sabiduría, he logrado que hoy culmine este triunfo.

A MIS AMADAS HIJAS:

Mariam Azucena y Adriana Isabel Díaz Illescas, por ser parte fundamental en mi vida, quienes merecen este triunfo más que yo, porque gracias a su amor incondicional, su apoyo y motivación he logrado alcanzar este éxito y por servirme de motivación para ser un buen ejemplo para ellas.

A MI HERMANA:

Yesenia Díaz Ordoñez, por el apoyo que me brindó para dar este paso.

A MIS TÍAS:

Irma, Ana, Doriet, y en especial a mi segunda madre Jaidy Díaz Hernández.

A MIS PRIMAS:

Victoria, Zeleni, Karla, Isabel, Mishel, Guayito, Daniel, Antonio, María.



A MIS AMIGOS:

Quienes han compartido este sueño conmigo y son una parte importante en mi vida, Edgar González, José María González, Rodrigo González, Arnoldo Esteban García y en especial a Oswald Fernández y Douglas Monterroso.

A LOS LICENCIADOS:

Elvia González, Tamar González, Wilber Navarro, Eduardo Recinos, Luis López, Rodolfo Quiñones, Edwin Ortega; agradecimiento muy especial por todo su apoyo y colaboración en mi preparación académica.

EN ESPECIAL A:

La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme formado como profesional y hacerme sentir orgulloso de poder egresar de esta casa de estudios.

A USTED:

Por su presencia.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Patria potestad.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Características de la patria potestad.....	4
1.3. Titularidad y ejercicio de la patria potestad.....	5
1.4. El ejercicio de la patria potestad en el divorcio o separación.....	6
1.5. La representación de los hijos por sus padres.....	8
1.6. Legitimación de los padres para tramitar el pasaporte Ordinario.....	10
1.7. Requisitos pasaporte ordinario de menor de edad.....	13
1.8. El menor de edad bajo la patria potestad de la madre.....	15
1.9. La filiación natural.....	16
1.10. La maternidad.....	19
1.11. La maternidad; hechos biológicos y sociales.....	21
1.12. Participación de la madre en el ejercicio de la patria potestad.....	22
1.13. La patria potestad y la guarda y cuidado del menor de edad.....	26
1.13.1. Género.....	27
1.13.2. Especie.....	28
1.14. Rol de la madre en ejercicio de la patria potestad.....	28
1.15. Protección del niño cuando el padre ha perdido la patria potestad.....	29
1.16. Posición social de la madre en el ejercicio de la patria potestad.....	32
1.17. Razones para que la madre decida abandonar el país con su hijo.....	35
1.18. Análisis de la regulación legal para autorizar la salida del país de la madre y su menor hijo.....	36

CAPÍTULO II

2. La necesidad de obtener pasaporte para el niño en poder de la madre.....	41
2.1. Motivos invocados por la madre.....	42
2.2. Regulación de salida de menores de edad del país por la Ley de Migración, Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala.....	43
2.3. ¿Debe otorgarse la salida del país de un menor de edad en poder de la madre cuando su justificación sea insuficiente?.....	48
2.4. Posición legal del padre que no es localizado para autorizar la salida del país de su menor hijo.....	51
2.5. ¿Deben publicarse edictos dentro del procedimiento para autorización de obtención de pasaporte solicitados por la madre del menor bajo su patria potestad?.....	53
2.6. La discrecionalidad del juez de familia al resolver favorablemente la autorización de obtención de pasaporte sin justificación válida.....	53

CAPÍTULO III

3. El juez de familia y la resolución de las diligencias para la obtención de pasaporte de un menor de edad en poder de la madre.....	55
3.1. La función judicial.....	55
3.2. La jurisdicción.....	55
3.3. División de la jurisdicción.....	57
3.3.1. Jurisdicción ordinaria.....	59
3.3.2. Jurisdicción privativa.....	59
3.3.3. Poderes de la jurisdicción.....	60
3.4. Competencia.....	61
3.4.1. División de la competencia.....	61
3.4.2. Principios generales de la competencia.....	63
3.5. El juez de familia y sus funciones.....	64

3.6. El juez de familia en los trámites voluntarios para la obtención de pasaporte del menor edad.....	66
3.7. Las resoluciones emitidas en el procedimiento para la obtención de pasaporte del menor de edad.....	67

CAPÍTULO IV

4. Razones jurídicas y familiares para declarar la improcedencia de la solicitud de obtención de pasaporte de un menor de edad cuando no se justifique válidamente la pretensión.....	69
4.1. Las irregularidades en el trámite voluntario judicial para la obtención de pasaporte para un menor de edad.....	71
4.2. La justificación insuficiente por parte de la madre que solicita la autorización para obtener el pasaporte del menor de edad.....	72
4.3. La falta de publicación de edicto en el diario oficial y otro de mayor circulación para los efectos de conocimiento del padre que no es localizado.....	72
4.4. La ausencia de seguimiento al destino del menor de edad cuando sale del territorio nacional.....	75
4.5. La necesidad de la intervención obligatoria de la Procuraduría General de la Nación en el procedimiento voluntario judicial de solicitud de obtención de pasaporte del menor de edad.....	75
4.6. Deficiencias del procedimiento del trámite para la obtención de pasaporte en los juzgados del Ramo de Familia.....	77
4.7. Análisis.....	79

CAPÍTULO V

5. Proceso judicial de autorización de pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres.....	81
---	----



	Pág.
5.1. Tribunales de familia.....	81
5.1.1. Origen.....	81
5.2. Organización de los tribunales de familia.....	83
5.3. Competencia.....	84
5.4. Principios.....	85
5.5. Marco legal en materia de derecho de familia.....	88
5.5.1. Legislación nacional.....	88
5.5.2. Legislación internacional.....	91
5.6. Principios fundamentales del proceso de autorización judicial de pasaporte para menor de edad.....	94
5.6.1. El interés superior del niño y la niña.....	94
5.6.2. El derecho de opinión.....	96
5.7. Determinación de la vía procesal.....	97
5.8. Determinación de la competencia.....	98
5.9. Sujetos procesales.....	100
5.10. Etapas procesales del proceso de autorización judicial de pasaporte para menor de edad.....	102
5.10.1. Demanda.....	102
5.10.2. Emplazamiento.....	106
5.10.3. Audiencia.....	106
5.10.4. Sentencia.....	118
5.10.5. Recursos.....	120
5.11. ¿Existe cosa juzgada en la autorización judicial de pasaporte de menor de edad?.....	121
CONCLUSIONES	125
RECOMENDACIONES	127
BIBLIOGRAFÍA	129



INTRODUCCIÓN

La Dirección General de Migración otorgará el pasaporte a las personas menores de edad, previa autorización expresa de quienes ejerzan la patria potestad o su representación legal; cuando no exista la autorización de quienes ejerzan la patria potestad o su representación legal, el juez competente deberá autorizar el pasaporte; en los Juzgados de familia día a día se presentan solicitudes de dispensa judicial con el fin de obtener la autorización que da el juez, a uno de los padres de un menor de edad para que uno de ellos en ejercicio de la patria potestad y con la autorización que se le otorga pueda obtener y/o renovar el pasaporte y con ello puedan salir del país. La solicitud es presentada en los juzgados de familia porque uno de ellos se opone al mismo, o no da su consentimiento; ya que los hijos de padres separados o divorciados tienen los mismos derechos que todos los niños o niñas, no obstante a ello, se enfrentan a situaciones particulares como consecuencia de la falta de convivencia de sus padres. Sin embargo, esta situación no puede modificar o restringir la plenitud de sus derechos, tal como el derecho a obtener un pasaporte para entrar y salir del país, previsto en el Artículo 26 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece que a ningún guatemalteco podrá negársele pasaporte u otros documentos de identificación.

El objetivo general de la investigación fue: Coadyuvar la protección integral del niño, determinando las causas justificativas de las solicitudes, la ligereza de las resoluciones judiciales, la importancia de declarar procedente o improcedente la autorización judicial, son promovidas con base a justificaciones para la obtención de los pasaportes de sus hijos con el objeto de abandonar el territorio nacional; y los específicos fueron: Establecer cuál es el procedimiento empleado en la autorización judicial para que un menor de edad obtenga el pasaporte ante la negativa de uno de los padres en los Juzgados de Primera Instancia de familia; se estableció que la autoridad competente para autorizar el pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres es el Juez de Primera Instancia de Familia; mientras que el visado para salir del país es



extendido por el Consulado o Embajada del país a donde se va a viajar acreditada en Guatemala.

Se comprobó la hipótesis, en el sentido de la necesidad de la autorización judicial, ordenada dentro del procedimiento para la obtención de pasaporte de un menor de edad y salir del país, según las justificaciones o argumentos presentados por la madre, debe declararse improcedente, para lograr los objetivos de la investigación se utilizaron los métodos analítico y sintético, para establecer la causas justificativas del tema objeto de estudio, apoyado en las técnicas de recopilación documental, las fichas y la entrevista, y con base a ello formular las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

Esta tesis está contenida en cinco capítulos: el primero tiene como propósito el estudio de la potestad; el segundo, trata lo relacionado a la regulación de salida de menores de edad del país por la Ley de Migración, Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, posición legal del padre que no es localizado para autorizar la salida del país de su menor hijo; el tercero, busca establecer que un juez de familia y la resolución de las diligencias para la obtención de pasaporte de un menor de edad en poder de la madre; el cuarto capítulo, está dirigido a describir la razones jurídicas y familiares para declarar la improcedencia de la solicitud de obtención de pasaporte de un menor de edad cuando no se justifique válidamente la pretensión, la falta de publicación de edicto en el diario oficial y otro de mayor circulación para los efectos de conocimiento del padre que no es localizado; y el quinto versa en relación al proceso judicial de autorización de pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres, tribunales de familia, organización de los tribunales de familia, principios fundamentales del proceso de autorización judicial de pasaporte para menor de edad, etapas procesales del proceso de autorización judicial de pasaporte.

Por lo anterior, el presente trabajo de tesis servirá como aporte académico a la Universidad de San Carlos de Guatemala, a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo interesante del tema de investigación jurídico-social.



CAPÍTULO I

1. Patria potestad

La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones o deberes que la ley reconoce a los padres (biológicos o adoptivos) sobre las personas y bienes de sus hijos (o cuando se requiere, a terceras personas) mientras estos son menores de edad o están incapacitados, con el objetivo de permitir el cumplimiento a aquellos de los deberes que tienen de sostenimiento y educación de tales hijos. También se le conoce como tutela. La reducción del poder de los padres viene establecida por las legislaciones, pues la función de la patria potestad tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la patria potestad a los progenitores. Y ello siempre, por supuesto, a través de procedimientos judiciales (juicios ordinarios civiles).

1.1. Definición

Para el tratadista guatemalteco Brañas Alfonso, el concepto de “patria potestad proviene del latín patrius a lo relativo al padre y potestas dominio, poder, autoridad.”¹ Mientras que el jurista Vásquez Ortiz Carlos Humberto, “la palabra patria potestad deriva de los vocablos latinos pater y potestas cuya traducción estricta es padre y poder, es decir que al combinarlos se está refiriendo al poder del padre.”²

¹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 252.

² Vásquez Ortiz, Carlos Humberto. **Derecho civil: de las obligaciones I**. Pág. 26.

Los autores anteriormente citados no tienen concordancia en cuanto a la traducción del vocablo patria, ya que uno establece que proviene del latín patrius y el segundo del latín pater, sin embargo el Diccionario de la Real Academia Española establece que “el latín patnus se refiere a lo perteneciente al padre o que proviene de él mientras que el latín páter se refiere a sacerdote.”³ Al respecto, resulta anacrónico el término patria potestad, ya que en la actualidad no existe tal poder o señorío sobre los hijos como se daba en el derecho romano, en cuanto al poder extraordinario que el páter familias ejercía sobre sus hijos y sus bienes, sino que ha pasado a ser una institución jurídica que se ejerce conjuntamente por el padre y la madre en beneficio de los hijos.

La autora Valladares María Luisa Beltranena, comenta que la patria potestad es “el conjunto de facultades y derechos que la ley concede a los padres para la protección y educación de sus hijos y la administración de los bienes de éstos, si los tuvieren.”⁴ El tratadista Puig Peña Federico, señala que la patria potestad es “una 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.”⁵

Los juristas Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía, mencionan que es “el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de

³ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 616.

⁴ Beltranena Valladares de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Pág. 225.

⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 433

edad, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal período. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación.”⁶

El Código Civil no define la patria potestad, se concreta a exponer que se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o madre en cuyo poder se encuentre el hijo y que los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente cuando hayan sido declarados judicialmente en estado de interdicción.

Esta institución se basa en una potestad que el derecho positivo atribuye a los padres para el desempeño de su función: el cuidado y la formación del hijo. El tratadista guatemalteco Aguilar Guerra Vladimir, al respecto señala que la patria potestad es un “conjunto de facultades que se confieren para el cumplimiento de deberes”⁷, que de conformidad con el Artículo 253 del Código Civil, son obligaciones de ambos padres para con los hijos. Así mismo, indica Aguilar Guerra, que “la regulación de la patria potestad en el Código Civil se estructura sobre tres ejes fundamentales:

- a) La patria potestad como función dual del padre y la madre,
- b) Respeto a la personalidad del hijo, su educación y trato que haya de recibir, y
- c) Acentuar en el ejercicio de la patria potestad, la intervención y vigilancia del juez, en consideración del interés del hijo.”⁸

⁶ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. **Derecho de familia**. Pág. 268.

⁷ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Pág. 161.

⁸ **Ibíd.** Pág. 162.

Por lo tanto, la patria potestad es el poder jurídico que otorga la ley a los padres sobre sus hijos menores de edad o declarados en estado de interdicción (por su limitada capacidad de obrar) cuya finalidad esencialmente es de cuidado, alimentación, formación, educación y protección de los hijos, ya que a través de la misma se establecen directamente derechos y obligaciones a los padres con el objeto de lograr el desarrollo integral del niño o niña.

1.2. Características de la patria potestad

La autora Calderón de Buitrago Anita, indica que “de las facultades y deberes que constituye la patria potestad se obtienen los siguientes caracteres:

- a) **Interés Social:** la patria potestad no sólo es de interés social en relación a los que la ejercen, sino también es interés del Estado velar por la protección del niño o niña a través de los órganos jurisdiccionales.

- b) **Irrenunciable:** las obligaciones de los padres subsisten aún después del divorcio, separación, suspensión o pérdida de la patria potestad, cuyo incumplimiento da lugar a sanciones civiles y penales en algunos casos.

- c) **Intransferible:** la patria potestad es un derecho personalísimo, es decir, que los padres no pueden transmitir sus derechos y obligaciones a otras personas por ser inherentes a su rol de padres. De conformidad con el Código Civil, puede otorgarse a una tercera persona y por declaración judicial en los casos de: muerte de los padres, suspensión o pérdida de la patria potestad y según la Ley

de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, a través de la figura de la adopción.

- d) Imprescriptible:** la patria potestad no se extingue por prescripción, es decir, que quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde su obligación y derecho de ejercerla. Asimismo, terceras personas no pueden adquirir la patria potestad por prescripción.
- e) Temporal:** el término del ejercicio de la patria potestad está sujeto a la mayoría de edad del hijo, es decir, cuando éstos alcancen plena capacidad de obrar, salvo los casos de estado de interdicción, a la vida de los padres o una declaración judicial en los casos que la ley establece.”⁹

1.3. Titularidad y ejercicio de la patria potestad

a) Titularidad y ejercicio conjunto

El Artículo 252 del Código Civil establece que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre. Por tanto, se entiende que es una función dual atribuida al padre y a la madre en igualdad de condiciones y se necesita el consentimiento de ambos progenitores para llevar a cabo actos de representación del hijo menor de edad, la administración y disposición de sus bienes.

⁹ Calderón de Buitrago, Anita y otros. **Manual de derecho de familia.** Pág. 594.

b) Titularidad y ejercicio individual

La titularidad de la patria potestad es individual cuando la filiación se encuentra legalmente determinada en uno de los progenitores (Artículo 256 del Código Civil), cuando uno de los padres haya sido separado de la patria potestad por disipar los bienes de los hijos o por su mala administración (Artículo 269 del Código Civil) o ya sea por muerte de uno de los padres.

Continúa manifestando el autor guatemalteco Aguilar Guerra Vladimir, que “el ejercicio individual de la patria potestad le corresponde a uno solo de los progenitores en los siguientes supuestos:

- a. Suspensión de la patria potestad, en virtud de resolución judicial por cualquiera de las causas enumeradas en el Artículo 273 del Código Civil;
- b. Por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres declarada judicialmente; y
- c. Por separación o divorcio de los padres.”¹⁰

1.4. El ejercicio de la patria potestad en el divorcio o separación

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Artículo 5, la obligación del Estado de respetar las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres o en su

¹⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 164.

caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño y la niña ejerzan los derechos reconocidos en la Convención. Este Artículo junto con el 18, proporcionan al juez el marco de actuación legal del ejercicio de los derechos de los padres respecto a sus hijos. Cuando la ley se refiere a las responsabilidades de los padres, según el Código Civil, incluye tanto al padre como a la madre, pues ambos son responsables de ejercer conjuntamente, mientras exista el vínculo matrimonial o de unión de hecho, la patria potestad y la representación legal de sus hijos, salvo los casos de separación o de divorcio señalados en el Artículo 115 del Código Civil.

Aún cuando los padres se encuentren separados o divorciados, el ejercicio de la patria potestad es una función obligatoria que en esencia trata de la protección de la persona y de los bienes de los hijos, pero en este caso los derechos y obligaciones se encuentran divididos entre los padres y en cuanto a quién de los dos se le ha de otorgar la guarda y custodia de los hijos. Es decir el cuidado, protección y vigilancia de los hijos por uno de los padres.

En el caso de separación o divorcio por mutuo acuerdo, ambos padres por medio de un convenio presentado ante el juez de familia, determinarán quién de ellos cuidara de los hijos, la obligación de prestar alimentos, así como, quién se encargará de su educación y cuando ésta obligación pese sobre ambos padres, en qué proporción deberán contribuir cada uno de ellos. El juez puede resolver de forma distinta, cuando medien

causas graves y motivadas y en atención al bienestar del menor a quién se le confían los hijos. (Artículos 163 y 166 del Código Civil)

En el caso de divorcio mediante causal determinada, si los padres no llegaren a un acuerdo dentro del juicio ordinario de divorcio, es decir, que existe una pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre en el ejercicio de la patria potestad, el juez deberá de resolver mediante sentencia, la guarda y custodia de los menores, tomando en cuenta el bienestar y protección de los mismos. (Artículos 165 y 256 del Código Civil).

No obstante lo anterior, en cualquiera de los casos, el padre o la madre que no obtuvo la guarda y custodia de sus hijos, conserva el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar por todos sus intereses y opiniones que pueden y deben ser valorados en todos los asuntos que le afecten, ya que las obligaciones subsisten aun cuando los padres sean separados de sus hijos por divorcio o separación, incluso cuando sea declarada la suspensión o pérdida de la patria potestad. (Artículos 167 y 275 del Código Civil)

1.5. La representación de los hijos por sus padres

El jurisconsulto Chávez Asencio Manuel, hace referencia que “la representación legal de los menores de edad o los incapacitados es una figura jurídica típica del derecho de familia que tiene por objeto suplir la deficiencia de la capacidad de obrar de algunas personas; y para tal efecto es conveniente hacer la distinción entre poder y representación:



Poder es la facultad concedida a una persona llamada representante, para obrar en nombre y cuenta de otra llamada representada. La representación es la acción de representar, o sea el acto por el cual una persona dotada de poder y llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada. Por lo tanto, la representación exige un poder, pero la representación no se confunde con el poder; el poder es la facultad que se le otorga a determinada persona y la representación es el ejercicio de ese poder o facultad.”¹¹

Es decir, que la representación legal es la que surge en la relación jurídica paterno filial, ya que los menores de edad necesitan de la representación de sus padres para ejercer sus derechos o contraer obligaciones por sí mismos.

No pudiendo los hijos por su condición de menores de edad, hacer valer sus derechos ni defenderse de las acciones que en su contra pudieren intentarse, es necesario que los representen quienes, por ley, tienen sobre ellos la patria potestad. Al tenor del Artículo 254 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-.

La representación, de acuerdo a la norma citada está a cargo de ambos progenitores, quienes deben de compartir tal responsabilidad con el fin de proteger al hijo en todos los ámbitos de actuación en que el menor tenga interés, tanto en la esfera personal como patrimonial, en las relaciones judiciales y extrajudiciales en las que esté

¹¹ Chávez Asencio, Manuel. **La familia en el derecho: derecho de familia y relaciones jurídicas familiares.** Pág. 300.

implicado, ya que a los padres se les faculta y se les obliga a actuar en interés superior del menor por ser sujeto de derechos y de protección en cualquier decisión que se tome en los asuntos que puedan ser afectados sus derechos, su bienestar y su desarrollo integral.

Con base a lo expuesto, el poder de representación de los hijos nace de la ley y la misma configura y determina el ámbito y extensión de las facultades del representante, amparando los intereses del menor. Es decir, que los padres además de realizar actos jurídicos a nombre y por cuenta del hijo, tienen a su cargo todo lo relativo a su formación, educación y cuidado.

1.6. Legitimación de los padres para tramitar el pasaporte ordinario

El doctor Ossorio Manuel, indica que “el pasaporte es el documento que extiende la autoridad competente de un Estado, a pedido de una persona, para que pueda justificar su identidad ante las autoridades de otro país, especialmente a efectos de ingresar en este.”¹²

La Ley de Migración, Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 50 define el pasaporte como el documento de viaje aceptado internacionalmente y constituye, en el extranjero, el documento de identidad de los guatemaltecos.

¹² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 366.



La Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 10.2) acordada por la Organización de Naciones Unidas y ratificada por Guatemala establece que los Estados Partes respetarán 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 y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la Convención.

Asimismo, el Artículo 26 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que a ningún guatemalteco podrá negársele pasaporte u otros documentos de identificación, pueden entrar y salir del país sin llenar el requisito de visa.

Por lo tanto, el pasaporte se relaciona con la libertad de entrar y de salir del territorio, las autoridades pueden establecer determinados requisitos legales o administrativos para el ejercicio de este derecho, los cuales deben ser razonables a fin de no lesionar la libertad de locomoción.

En el caso del pasaporte de la persona menor de edad, deberá cumplir con los requisitos de ley y ser gestionado personalmente por:

- a) Ambos padres en ejercicio de la patria potestad.

- b) Uno de los padres en ejercicio de la patria potestad, presentando documento privado con firma legalizada, en escritura pública o en acta notarial el consentimiento del progenitor ausente.
- c) Uno de los padres en ejercicio de la patria potestad, cuando el otro se encuentre fuera del país, apersonándose este último ante el Cónsul guatemalteco del lugar, quien comunicará por escrito la autorización a la Dirección General de Migración. También podrá darse ante Notario guatemalteco, mediante Mandato Especial con Representación conforme lo establecido en la Ley del Organismo Judicial.
- d) Por ausencia o fallecimiento de uno de los padres o de ambos, la patria potestad del menor sea ejercitada por otra persona, deberá acreditar la patria potestad o tutela de conformidad con lo establecido en el Código Civil; o ante la negativa de uno de los progenitores con la resolución correspondiente de un Juez de Familia.

En el caso de la negativa de uno de los padres, que es el tema central del presente trabajo de investigación, el progenitor o progenitora interesado en obtener el pasaporte de su hijo o hija menor de edad debe plantear su pretensión ante los Tribunales de Familia para suplir el consentimiento no prestado, por la autorización judicial, pero la ley no regula una vía procesal específica en la que se deba tramitar esta autorización judicial, ya que únicamente establece que el Juez de Familia resolverá lo procedente en vista de las justificaciones presentadas; asegurando con esto el interés superior del niño o niña, así como la protección del menor para que no sea objeto de una salida del país sin el consentimiento de sus padres o de las autoridades judiciales y administrativas.



1.7. Requisitos pasaporte ordinario de menor de edad

Los pasaportes ordinarios son extendidos por la Dirección General de Migración a los guatemaltecos que cumplan los requisitos establecidos en ley, por el plazo de cinco años a partir de la fecha de su expedición y pueden ser renovados por un plazo igual.

La persona interesada en obtener el pasaporte para un menor de edad deberá presentarse con el menor ante la Dirección General de Migración o ante Cónsul de Carrera Guatemalteco, debiendo proporcionar la siguiente información:

- a) Nombre completo;
- b) Sexo;
- c) Fecha de Nacimiento;
- d) País de residencia;
- e) Nacionalidad;
- f) Ocupación;
- g) Nombre del Padre, número de cédula de vecindad o documento personal de identificación y número de pasaporte;
- h) Nombre de la Madre, número de cédula de vecindad o documento personal de identificación y número de pasaporte;



- i) Características físicas del solicitante;
- j) Ojos;
- k) Cabello;
- l) Tez;
- m) Estatura;
- n) Departamento donde nació;
- o) Municipio donde nació;
- p) Dirección de residencia y teléfono;
- q) Señales particulares.

Al momento de presentar la solicitud de pasaporte deberá facilitarse la captación de las huellas dactilares del menor que la Dirección General de Migración requiera y acompañarse los siguientes documentos:

- a) Original de la Certificación de la Partida de Nacimiento del menor extendida por el Registrador Civil del Registro Nacional de las Personas, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud;
- b) Comprobante de pago del arancel correspondiente (el equivalente en quetzales a treinta dólares americanos US\$30.00);



- c) Fotocopia de cédulas de vecindad o documento personal de identificación de los padres;
- d) En los casos especiales, se deberá acompañar el documento original que corresponda para acreditar el ejercicio de la patria potestad o la tutela de conformidad con la ley; o la autorización del progenitor que no pueda comparecer personalmente a hacer la gestión; o en su caso la resolución emitida por un Juez de Familia.

Para el otorgamiento del pasaporte de un menor es necesario que la solicitud y documentos adjuntos a la misma sean presentados personalmente por ambos padres, identificados con su cédula de vecindad o documento personal de identificación ante la Dirección General de Migración o en su caso el Consulado Guatemalteco debidamente acreditado en el extranjero, que deberá informar y remitir a la Dirección General de Migración la documentación de respaldo aceptada para emitir los pasaportes de menores, que podrá ser digital.

1.8. El menor de edad bajo la patria potestad de la madre

En las legislaciones modernas la madre no sólo interviene como asociada al varón para el ejercicio de la patria potestad, sino que posee en su persona un derecho de sustitución a este ejercicio cuando el padre no puede realizarlo. La dirección del hogar doméstico requiere la aportación al mismo, del esfuerzo propio de la madre y siendo alguno de los cometidos, como el de educación de los hijos, propio del padre como de la madre, a ésta hay que considerarla también participe de la patria potestad.



En el caso de que el padre y la madre no sean casados, ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. Regulado en el Artículo 110 del Código Civil, en su párrafo final establece, la mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos. A la madre corresponde totalmente el ejercicio de la patria potestad y no de manera conjunta con su marido, si existe unión de hecho o matrimonio en los siguientes casos:

- Si se declara la interdicción del marido;
- Si el marido abandona voluntariamente el hogar;
- Si se declara la ausencia del marido;
- Si fuere condenado a prisión y por todo el tiempo que esta dure.

Para comprender mejor la posición que adopta la madre que ejerce la patria potestad en ausencia del padre, conviene abordar temas importantes, como lo son los referentes a la filiación y aspectos importantes de la maternidad.

1.9. La filiación natural

Es la que existe entre padres que no están casados y se le denomina filiación natural o ilegítima. El letrado Puig Peña Federico, comenta que "se entiende por relación paterno filial ilegítima, en sentido amplio, aquélla que tiene lugar por el hecho de la generación

fuera de las justas nupcias. Pero esta procreación extramatrimonial es susceptible, a su vez, en dos planos distintos: un plano de absoluta ilegitimidad y otro de ilegitimidad atenuada, llamada ésta, así por la posibilidad que encierra de transformarse en una situación más legítima a los ojos de la ley.”¹³

De esta definición se desprende que la filiación natural o ilegítima es la que se da cuando el hijo ha sido procreado fuera del matrimonio, la filiación que parte del matrimonio tiene carácter de legítima, pero por otra parte, dentro de la doctrina tan sólo es filiación natural, la que existe entre padres e hijos que pudieron haber estado casados al tiempo de la concepción por no tener ningún impedimento legal.

En este orden de ideas, la filiación natural debe entenderse como la que se establece con base al reconocimiento de los hijos nacidos sin que exista vínculo matrimonial entre los progenitores. Respecto a los hijos legítimos, es indudable la atribución a los padres de la patria potestad, con relación a los hijos naturales; es conveniente formular algunas observaciones de interés doctrinario.

En los casos de filiación natural no puede hablarse siempre de coparticipación de los padres en el ejercicio de la patria potestad, debido a que ésta puede ser atribuida sólo al padre, sólo a la madre o a ambos, determinándose esta atribución por el hecho del reconocimiento, el cual puede ser de distintos tipos, según sea realizado por uno sólo de los padres, o por ambos, conjunta o sucesivamente.

¹³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 519.

La patria potestad en general está fundada en la misma naturaleza, siendo una consecuencia de la relación de paternidad y filiación. Los padres naturales ostentan, a partir del reconocimiento una paternidad que está admitida por el derecho y es del conocimiento de todos. Esta paternidad les impone deberes, como parte de la función protectora que a todo padre incumbe; preciso es que les confiera también derechos para cumplirla.

La patria potestad, por tanto debe ser atribuida a los padres naturales. Tal atribución, desde luego es hoy, generalmente admitida en el derecho moderno. Los autores explicándola afirman que la patria potestad incumbe a los padres naturales porque la autoridad paternal deriva de la procreación o que el fundamento de la misma sean o no los hijos procreados en matrimonio, debido a que todos los niños tienen derecho a una protección integral.

Sin embargo, en contra de la atribución del poder paterno a los padres naturales, se ha objetado, que la patria potestad supone la organización de una familia, cuyo jefe ha asumido los deberes que constituyen la razón de ser de esa potestad en la que se encuentra asistido y vigilado por los otros miembros de la familia. Debe aceptarse esta opinión que concuerda con la mayoría de tratadistas españoles en las que muestran que estas condiciones faltan siempre, más o menos, en el caso de la familia natural; en primer lugar, por el carácter generalmente oculto que tal situación tiene; en segundo término, porque el grupo no está organizado con los trazos que el derecho exige para la constitución externa de una familia, y, finalmente, porque en muchas ocasiones resulta absurdo que la filiación haya quedado impuesta en virtud del reconocimiento forzoso y

luego el padre así declarado, venga a ejercitar los derechos de patria potestad sobre sus hijos.

En resumen puede decirse que es justo el principio doctrinario de que a los padres naturales corresponde la patria potestad sobre sus hijos.

1.10. La maternidad

El jurisconsulto Ossorio Manuel, hace referencia que maternidad es “la relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extra-matrimonialmente.”¹⁴

La Constitución Política de la República de Guatemala otorga protección a la maternidad, de acuerdo al Artículo 52 que establece: La maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.

Desde un punto de vista religioso puede hablarse de la maternidad como un don divino. Considerándose la fertilidad también como un don, que viene a originar la maternidad, la cual es consecuencia directa de la apertura a la vida. Por lo que ser madre, hoy en día, no es tarea fácil. El permanente cambio social, corrientes culturales contrarias a la familia, e incluso favorables a la maternidad por capricho, generan numerosos

¹⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 451.



problemas. Debe quedar claro que la maternidad no es sólo asunto de la mujer: es una realidad que debe ser vivida por el padre y por la madre, con el apoyo de la sociedad.

Para que la maternidad pueda desarrollarse normalmente, hace falta el apoyo del padre, hace falta que el padre viva su paternidad. Lo cual no significa tan solo proveer el sustento al hogar, sino también ayudar a la madre de sus hijos en todo cuanto haga falta, cuando se lo permita su actividad laboral.

A veces, el tiempo de que se dispone es escaso, porque las dificultades económicas obligan a pasar muchas horas trabajando, separado de la familia; en esos casos, cobra mayor importancia la calidad de la atención a la mujer y a los hijos: es necesario luchar por adquirir ciertas virtudes, como espíritu de servicio, desprendimiento, generosidad y buen humor, a manera de hacer agradable la vida a los demás.

El padre, para favorecer y apoyar la maternidad de su esposa, debería tratar, por todos los medios, de estar siempre disponible. Es importante que la mujer pueda alternar su maternidad con su carrera profesional. Para ello, es necesario en primer lugar, que el marido le brinde a su esposa, todo el apoyo que ésta necesita para desarrollar su cultura y su capacidad profesional. Por otra parte, la mujer-madre debe disponer del tiempo suficiente para educar a sus hijos, sin que ello perjudique irreversiblemente su actividad laboral y/o cultural y viceversa, el trabajo, no debería afectar negativamente la atención a los hijos. Quizá las necesidades económicas que hoy se viven, hagan difícil encontrar un equilibrio óptimo entre la dedicación de la mujer al trabajo y al hogar.

Por eso, es más importante, afirmar que el mundo laboral debe aprender a respetar el don de la maternidad; si no lo hace, corre serios riesgos de deshumanizarse. El ámbito del trabajo y el ámbito de la cultura, necesitan del genio de la mujer para ser más acogedores.

La mujer (madre), puede hacer una contribución peculiar en este sentido, si se le deja de tratar como a un hombre -también si ella misma deja de intentar parecerse al hombre, y se respeta su tiempo, si se facilita la adaptación de sus obligaciones laborales a su particular condición maternal. De este modo, aunque los empleadores no vean en este enfoque más que problemas inmediatos, a largo plazo podrán comprobar que las mujeres, además de trabajar más a gusto y rendir más, al poder vivir su maternidad como corresponde, enriquecerán con su experiencia maternal la actividad laboral.

Proteger y apoyar la maternidad, es un deber social. La sociedad debe favorecer la maternidad, porque la maternidad cumple una función social: provee al mundo de nuevos seres humanos.

1.11. La maternidad; hechos biológicos y sociales

Desde este planteamiento, el acto de la procreación constituye un hecho biológico, pero la consideración del hijo como sujeto de derechos y obligaciones deriva de un hecho cultural y es en este sentido, que la figura y ejercicio de la paternidad conlleva paralelamente a la misma fuente de derechos y obligaciones, dado que toda persona es hijo de dos y no de uno.

Esto significa que la dependencia filial no puede ser considerada jamás como una disposición instrumental ni de los padres sobre los hijos, ni de la sociedad sobre los padres con propósitos creativos. La sociedad obliga a los progenitores a reconocer el fruto de la unión sexual como hijo propio, sobre el cual se adquiere una responsabilidad irrenunciable, estableciendo con ello un vínculo de reciprocidad fundado en el equilibrio de la dignidad de los padres y del hijo, esta igual dignidad de todos los seres humanos que han venido a la existencia, permite personalizar las relaciones humanas.

Es por ello que la maternidad crea un vínculo biológico irrenunciable para la madre, la que toma al hijo como fruto bendito capaz de sobrepasar las exigencias sociales, y que lleva a ésta, a responder en determinados casos y a ejercer la patria potestad del hijo que le ha sido otorgada con responsabilidad frente al conglomerado que ve en ella a un ser capaz de procrear y cuidar de su hijo en ausencia de la figura paterna.

1.12. Participación de la madre en el ejercicio de la patria potestad

A la patria potestad, ya no se le conoce como el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes. Pues es una función otorgada por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos. La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad o los mayores declarados incapaces.



En la exposición de motivos del Código Civil se da el siguiente concepto de patria potestad: Responde a necesidades de asistencia y educación de los hijos que los padres están en la obligación de atender. El Código Civil regula en principio con amplitud cuanto concierne a esta materia, tomando como punto de partida el principio jurídico que otorga el ejercicio de la patria potestad conjuntamente al padre y a la madre, consecuente con el otro precepto que adopta el derecho actual relativo a la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

El Código Civil se concreta a exponer que se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y, por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso; y que los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

Específicamente la patria potestad es un derecho otorgado a los padres o sus representantes legales, quienes deben representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; se encargan de administrar sus bienes y aprovechan sus servicios atendiendo a su edad y condición.

Que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa autorización del juez competente e intervención de la Procuraduría General de la Nación, en este caso el Estado se encarga de fiscalizar las transacciones, si bien es cierto, son de tracto civil



por tratarse de patrimonio, pero el dueño es un incapacitado, no puede para ejercer su voluntad en cualquier tipo de contratos.

Rivero Hernández Francisco sostiene que “la custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres”¹⁵, por lo cual los padres quedan como guardianes de su hijo, lo pueden obligar a que habite con ellos; además de hacerlo regresar a su domicilio de ser necesario, incluso se encuentran facultados para solicitar la intervención de la fuerza pública. El hijo menor no tiene el derecho de abandonar el domicilio familiar. La obligación de permanecer en el hogar conyugal hace que se le atribuya como su domicilio legal el de sus padres.

Este autor, al referirse a la guarda, indica que es de carácter obligatorio en las siguientes palabras: la guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación que en un principio no pueden liberarse. De dicha obligación no pueden renunciar los padres por conveniencia de ellos, pues de ser así cometerían un ilícito, porque no pueden abandonar a un hijo que está sometido a su guarda y custodia. Lo cual implica darle alimentación, cuidados y educación.

Los derechos de familia se caracterizan por ser indisponibles, intransmisibles irrenunciables e imprescriptibles. Su naturaleza especial impide que el ejercicio de los derechos subjetivos familiares, pueda ser sometidos a condición o a término, o que puedan ser ejercidos por un representante, son derechos especialmente personalísimos. Lo que debe someterse a revisión es si realmente los poderes o

¹⁵ Rivero Hernández, Francisco. **El interés del menor**. Pág. 259.



facultades que las reglas jurídicas suelen atribuir a algunos de los familiares respecto de otros, puedan concebirse en sentido técnico como derechos subjetivos propiamente dichos o por el contrario deben calificarse como potestades.

Cuando los poderes o facultades que ostenta una persona no atienden propiamente a sus intereses particulares, sino que el ejercicio de tales poderes, implica tener en consideración el cuidado y la vigilancia en los intereses de otra u otras personas, resulta más preciso hablar de potestad. Los padres están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, siendo responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la guarda y custodia.

Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, con el padre o la madre que los tenga a su cargo, no pudiendo sin permiso de ellos, dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres lo hayan puesto, la autoridad doméstica debe ser auxiliada en todos los casos por la autoridad pública, para hacer volver a los hijos y darles podes y obediencia a sus progenitores.

La autoridad paterna queda tan diluida, el bienestar de los hijos casi ocupa totalmente su lugar, hasta donde las disposiciones de la ley puedan penetrar en la intimidad de la vida familiar, pues no puede olvidarse que las disposiciones relativas al derecho familiar cumplen una función eminentemente supletoria de la correcta conducta de los padres y en su caso de los hijos.

En cuanto a la patria potestad, como se ha mencionado es la representación legal que se hace de un menor que se encuentre sometido a cargo de ambos padres, lo cual obliga a pensar en la representación de ciertos actos que él sólo, no puede ejecutar, debido a que por su corta edad o en el caso de ser un hijo mayor declarado en interdicción, la ley no le reconoce como un ente jurídico capaz de contraer y hacer efectivas obligaciones jurídicas, por lo cual sus padres o su tutor legal las contraerá en su nombre. El ejercicio de la guarda y custodia, como elementos que se encuentran contenidos dentro de la patria potestad, debe ser ejercida por ambos padres, si los hijos se encuentran en el hogar conyugal, cuya misión fundamental consiste en dar asistencia económica, cuidado y un techo decente donde pueda vivir el menor.

Lo anteriormente expresado y del análisis de lo que debe concebirse por patria potestad ejercida por ambos padres, también tiene sus excepciones, cuando ésta debe ser ejercida únicamente por la madre, quien adopta el papel tan importante de representar al menor y protegerlo, papel que desempeña la madre en el momento de serle otorgada con toda acuciosidad y amor materno, razón por la que la ley; contempla para aquellos casos en que el padre se encuentre ausente o incapacitado para ejercerla. Debe tomarse en cuenta que de ser la madre quien la ejerce, ésta debe aceptar todas las obligaciones y derechos que le son propios.

1.13. La patria potestad y la guarda y cuidado del menor de edad

En los temas anteriores se ha visto como esta institución experimenta una interesada evolución a través de la historia legislativa y de las costumbres populares, que parte de

un concepto absoluto de poderío paterno, sin apenas cortapisas ni limitaciones y llega a una patria potestad función o deber en la que queda centrada, por así decirlo, la asignación (con alcance natural) que el poder público hace a la persona de los padres de esta misión protectora, reconociendo así a la función del grupo, para orientar y dirigir la evolución corporal y moral de los menores hasta llegar a su plena madurez en el plano de la vida social.

En relación al ejercicio de la patria potestad, se advierte la existencia de derechos y por otro punto deberes y obligaciones, en lo que, las relaciones entre padres e hijos concierne. Tratándose de una relación tan peculiar, resulta difícil deslindar claramente, propiamente dicha, pero debido a que normalmente es ejercida para el resguardo de los hijos naturales o que son adoptados por voluntad propia, el hecho de estar ejerciéndola se considera más que un deber, un privilegio, ya sea ejercida por uno sólo de los padres o ambos.

Los elementos que integran esta institución son el género (la patria potestad) y la especie (la guarda y custodia), el ideal del Estado es que no deba existir una sin la otra y que deben ser ejercidas en conjunto.

1.13.1. Género

El género es la patria potestad, que se le conoce como el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes, siendo una función otorgada por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos.



La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público, en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad o los mayores declarados incapaces.

1.13.2. Especie

Especie es la guarda y custodia. La custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres, por lo cual los padres quedan como guardianes de su hijo, lo pueden obligar a que habite con ellos; además de hacerlo regresar a su domicilio de ser necesario, incluso se encuentran facultados para solicitar la intervención de la fuerza pública. El hijo menor no tiene el derecho de abandonar el domicilio familiar. La obligación de permanecer en el hogar conyugal hace que se le atribuya como su domicilio legal el de sus padres

1.14. Rol de la madre en ejercicio de la patria potestad

En las legislaciones modernas la madre no sólo interviene como asociada al varón; sino, que posee en su persona un derecho de sustitución a este ejercicio, cuando el padre no puede realizarlo. La dirección del hogar doméstico requiere la aportación al mismo, del esfuerzo propio de la madre y siendo alguno de los fines, como el de educación de los hijos, propio del padre como de la madre, a ésta hay que considerarla también participe de la patria potestad.

En el caso de que el padre y la madre no sean casados, ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos mientras sean menores de edad y dirigir los quehaceres domésticos, esto lo describe el Artículo 110 del Código Civil en su párrafo final.

La madre representa totalmente el ejercicio de la patria potestad y no de manera conjunta con su marido, si existe unión de hecho o matrimonio en los siguientes casos:

- Si se declara la interdicción del marido,
- Si el marido abandona voluntariamente el hogar,
- Si se declara la ausencia del marido y,
- Si fuere condenado a prisión y por todo el tiempo que esta dure.

1.15. Protección del niño cuando el padre ha perdido la patria potestad

El tratadista Borda Guillermo, “la pérdida de la patria potestad constituye la privación definitiva e irreversible en su ejercicio, por lo cual se establece que son únicamente tres los casos típicos en que la pérdida de la patria potestad ocurre y son los siguientes:

- Muerte de los padres o de los hijos, en su caso;

- Adopción del hijo sometido a ella; y,
- Mayoría de edad.”¹⁶

Los supuestos de extinción de la patria potestad se clasifican en dos categorías, absolutos y relativos. Las causas de la pérdida o extinción de la patria potestad, puede decirse que son aquellas decretadas por los órganos jurisdiccionales, haciendo alusión a las leyes penales y civiles de su país.

Los supuestos de pérdida de la patria potestad, pueden suponerse dos rubros: unos que obedecen a cierta culpabilidad de quien la desempeña y los otros, que se generan por una incompatibilidad de sus titulares, encuadrando dentro de estos últimos, la adopción y la muerte de quienes la desempeñan.

El Código Civil vigente, en el Artículo 274 consigna los casos en que la patria potestad se pierde, así: Artículo 274. (Pérdida). La patria potestad se pierde:

- Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
- Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;

¹⁶ Borda, Guillermo. **Manual de derecho de familia**. Pág. 48.

- Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
- Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y,
- Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.

Sin embargo, la pérdida de la misma, no significa liberación de las diversas obligaciones y deberes que los padres tienen para con los hijos; por lo cual, el hecho de no ejercerla no les impide que hagan fiel cumplimiento a sus deberes que están legalmente y moralmente obligados, aunque sinceramente en cuanto a lo moral es circunstancial, pues la mayoría de ellos cumplen con sus compromisos únicamente si es la ley la que los obliga.

En este subtítulo la intención es proponer un paisaje ideal para que el menor pueda desarrollarse de la mejor manera posible, en un ambiente agradable para él y en el que pueda desarrollarse plenamente, tanto físico como emocionalmente.

Se debe tener, quizá por parte de la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, un grupo de trabajadores y trabajadoras sociales encargadas única y exclusivamente al control de la forma en que los padres educan a los hijos, y una forma puede ser la visita periódica por parte del trabajador o trabajadora social a los hogares de la ciudad, en



este caso se hace referencia a la zona seis y dieciocho de la ciudad de Guatemala, las cuales podrían ser monitoreadas por un grupo de cinco trabajadores por zona, realizando como visitas a todos los hogares de las zonas mencionadas, pudiendo estos presentar denuncia ante las anomalías que encuentren durante su labor, sería un fin del estado.

Sabiendo que la educación proviene de la familia, entonces deben ser los padres de familia quienes velen porque se cumpla con la educación de sus propios hijos. Esto es difícil por la situación cultural que se vive en el país, pero se podría crear una forma de educar a los padres, llegando a ellos por medio de actividades que se realizarían en las colonias y los barrios, con la intención de crear en los padres la conciencia de darle a sus hijos una mejor formación y educación, con base a los valores fundamentales de honradez, dignidad, lealtad, etc. Dichas actividades pueden ser realizadas por parte de una entidad específica la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, para contar con mejores personas en el futuro.

La separación, suspensión y pérdida de la patria potestad quedaría sin efecto, entonces sería innecesaria, dando una correcta educación a los hijos, y una buena administración de los bienes, no se necesitaría de dichas instituciones para poder cuidar la formación de los hijos y la administración de sus bienes.

1.16. Posición social de la madre en el ejercicio de la patria potestad

En Guatemala existe una diversidad de mentalidades y tradiciones, que varían dependiendo de la situación social de cada familia. De esta manera puede encontrarse



en la ciudad de Guatemala a madres solteras que trabajan, para el sostenimiento del hogar, por lo que el niño crece quizá en la mayoría de casos sin supervisión. Si es un niño de familia acomodada, tiene mayores posibilidades de salir adelante, por el contrario si es de familia con escasos recursos.

En ambos casos el niño se educa sólo y si es de escasos recursos, algún compañero de escuela ó amigo de colonia lo invita a ser parte de su grupo, posteriormente se vuelve parte de una pandilla juvenil, entonces se crea un círculo de delincuencia, lo que afecta la situación de la madre ante la sociedad.

Se argumenta que la falta de control de parte de estas madres, provoca que los hijos tomen caminos equivocados. Un gran porcentaje de la población de madres solteras trabajan y esto conlleva a que los niños pasen la mayor parte del tiempo solos, en compañía de algún familiar o amigo que los cuida; sin embargo, no brindan la educación y el trato que el niño necesita por parte su madre. Al llegar a casa, el cansancio no permite que la madre le brinde la atención necesaria al niño, y crea una distancia entre ella y sus hijos originando una falta de comunicación entre ellos, al extremo que los niños no conocen a su madre, contrario al de un hogar integrado y lo más dramático, ellas desconocen lo que sus hijos han hecho durante el día.

Dentro de la población, existen muchas madres que deciden que sus hijos no deben estudiar, porque la niña debe ayudar en los trabajos domésticos, por lo que el nivel de educación es mínimo. Las madres tratan de cumplir con la función de llevar el sustento a la casa; pero con respecto a la educación y formación del menor, se encuentra un



déficit muy grande, porque desafortunadamente no pueden como madres solas cumplir con ambos fines.

Un fenómeno importante de mencionar es que estas madres deben hacer sacrificios enormes para poder educar a los hijos, considerando que el primer hijo es concebido cuando son muy jóvenes, en muchos casos menores de edad además muchas de ellas tienen cuatro o más hijos, y estos se encuentran en un hogar limitado en espacio, para poder desarrollarse apropiadamente, tomando en cuenta la precaria economía del país, la cual genera más pobreza para las familias desintegradas, por cuanto la madre debe conseguir sustento para más personas de los que su poder adquisitivo le permite.

El tema es preocupante, porque en estos casos no existe ninguna entidad que se encargue de fiscalizar la función que tienen los padres de familia al educar a los hijos, como país se cuenta con leyes especializadas en la protección de los menores de edad; sin embargo, no existe una forma real para poder controlar que efectivamente se cumpla con lo que está plasmado en la ley.

Las denuncias relacionadas con la patria potestad, solicitando su separación, suspensión o pérdida, son prácticamente nulas, debido a la ausencia de una cultura de denuncia.

Es importante mencionar que los casos de separación, suspensión y pérdida de la patria potestad en los tribunales de familia son muy escasos, dado que en la mayoría de ellos, se pretende establecer quién de los padres se queda con la patria potestad, se convierte en un asunto accesorio que puede llevar a la madre a la posibilidad de obligar

al padre a cumplir con el pago de alimentos, cuando de divorcio se trata, no siendo una situación que frecuentemente se lleve a tribunales, porque desafortunadamente los padres de familia se preocupan más por molestar o desquitarse de los daños que su cónyuge le haya causado, que por el bienestar del hijo menor de edad, quien se encuentra desprotegido y queda a merced de lo que suceda con el conflicto que existe entre sus padres, el cual repercute en el papel social que deben desempeñar los padres respecto a sus hijos.

1.17. Razones para que la madre decida abandonar el país con su hijo

La tarea de educar hijos sin contar con el apoyo de una pareja, se convierte en una tarea difícil para muchas madres que se encuentran en esta situación. Por ejemplo, mujeres que han enviudado, o le han puesto fin a relaciones disfuncionales plagadas de agresiones y violencia; o mujeres que simplemente han decidido enfrentarse solas a la maternidad.

Para estas mujeres, es difícil luchar contra los estereotipos sociales que dictan que debe existir una figura masculina de sustento y protección. También hay que tomar en cuenta que la realidad muestra índices de violencia intrafamiliar, los cuales van en aumento. La tendencia patriarcalista de las sociedades, han inculcado roles masculinos en donde se valida la infidelidad y la agresión.

Las mujeres tienen que enfrentarse con una serie de mitos o ideas irracionales y en determinado momento consideran que el salir del país con sus menores hijos es la solución más viable, para poner fin a tales situaciones que les han afectado tanto a ellas



como a sus hijos, y para llevar a cabo sus planes deben contar con capacidad económica para hacerlo; por lo que fijan como fin principal que obtengan la autorización judicial para lograrlo.

1.18. Análisis de la regulación legal para autorizar la salida del país de la madre y su menor hijo

En la actualidad, la legislación regula que la guarda de los menores la tienen ambos padres de los mismos, al establecer la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su Artículo 9: Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Sin embargo, si esto se ve afectado por la separación o el divorcio entre los progenitores, éstos podrán convenir a favor de quién es conferida la guarda de los menores hijos, según lo establecido en el Artículo 166 del Código Civil; pero si no existiere acuerdo, el padre que considere tener derecho a otorgársele a su favor la guarda de su menor hijo, puede tramitar su pretensión a través de un juicio oral, tal como lo establece la legislación, Artículo ocho de la Ley de Tribunales de Familia, y el órgano jurisdiccional debe conocer sobre la solicitud, en base a estudios o informes de Trabajadores Sociales u organismos especializados, tiene la obligación de otorgarla al padre o madre que considere, siempre en beneficio del menor, y tomando en cuenta la importante opinión que los menores puedan externar libremente con respecto al litigio, esto dependiendo de su edad y grado de madurez, basándose en lo que al respecto preceptúa el Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.



Asimismo, comenta Ferrer Francisco A.M., "la guarda de los menores la puede tener la madre, en el caso que fuere soltera y estuviere separada del padre de los menores. Es a grandes rasgos el devenir histórico de la figura de la guarda, que como se deduce durante algunas épocas recayó en la madre tácitamente o expresamente con el padre, pero fue ejercida por ambos."¹⁷

El objeto de dicho cuerpo legal, es la creación de los Tribunales de Familia, con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia, establecer su organización y los procedimientos a emplear. Los Tribunales de Familia se encuentran constituidos por: Los juzgados de familia que conocen los juicios en primera instancia; las Salas de la Corte de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda instancia las resoluciones judiciales.

La Ley de Migración contenida en el Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 53 establece: Para obtener pasaporte a menores de edad dentro del matrimonio o de la unión de hecho, es requisito indispensable contar con el consentimiento escrito del padre y de la madre o de su representante legal, otorgado ante la autoridad competente.

Cuando uno de los padres no se presente, el progenitor compareciente deberá acreditar, ya sea en un documento privado con la firma legalizada, en escritura pública o en acta notarial, el consentimiento del progenitor ausente. La autorización del progenitor que se encuentre en el extranjero, podrá darse ante el Cónsul guatemalteco

¹⁷ Ferrer, Francisco A.M. **Derecho de familia**. Pág. 58.



del lugar, quien comunicará por escrito la autorización a la Dirección General de Migración. La autorización en el extranjero también podrá darse ante notario guatemalteco, conforme lo establecido en la Ley del Organismo Judicial.

En todos los demás casos se deberá acreditar el ejercicio de la patria potestad o la tutela de conformidad con lo establecido por el Código Civil. Ante la negativa de uno de los progenitores, el juez de familia determinará lo procedente, en vista de las justificaciones presentadas.

El procedimiento judicial para la autorización de obtener pasaporte para un menor de edad y salir del país está regulado en los Artículos 401 al 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que se refiere a la Jurisdicción Voluntaria Judicial, los cuales establecen los requisitos indispensables para iniciar, gestionar, diligenciar y declarar su procedencia.

Se tramita en la vía de la jurisdicción voluntaria, que comprende uno de los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de juez, sin que esté promovida ni se promueve cuestión alguna entre partes determinadas. El juez competente para estos asuntos es el de primera instancia del último domicilio del ausente, de conformidad con el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil; asimismo los Artículos 24 y 403 del mismo cuerpo legal estipulan que corresponde conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria a los jueces de primera instancia, para el caso de estudio en el Ramo de Familia. Debe formularse por escrito, debe llenar los requisitos de toda primera solicitud, de conformidad con los Artículos 29,



61, 79, 106 y 108 del Código Procesal Civil y Mercantil. Debe acompañar los mismos documentos que presenta ante notario, cuando el trámite es extrajudicial, que conduzcan a probar los siguientes extremos. Que se tiene derecho a promover la cuestión, se debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda.

Por otra parte, debe establecerse el interés por el cual se promueve la cuestión o que se tenga derecho en el asunto, pues de lo contrario el juez rechazará de oficio la solicitud. Si lo considera necesario el juez, oirá a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil. El juez dará trámite a la solicitud y si se han llenado los requisitos antes mencionados el juez dicta el auto correspondiente autorizando o denegando la solicitud, en la mayoría de casos es autorizado con las razones que invoca la madre sin investigarse el paradero del niño en el extranjero.

A pesar de la regulación tanto nacional como internacional para la autorización para obtener el pasaporte de un menor de edad en ausencia del progenitor, los jueces de familia la conceden sin tomar en consideración los motivos invocados por la madre para lograr salir del país con sus menores hijos. Decisión que es por demás peligrosa, debido a que las leyes que protegen los derechos de los niños y niñas propugnan que se hagan valer los mismos, por el riesgo que puedan correr en el extranjero.





CAPÍTULO II

2. La necesidad de obtener pasaporte para el niño en poder la madre

Como se explicó en el capítulo anterior, cuando la madre tiene la patria potestad del niño, y se ha separado del padre por distintas causas, debe por consiguiente aceptar la responsabilidad de las obligaciones que corresponden para llevarlas a cabo, en el territorio nacional muchas veces se torna difícil, por aspectos, sociales, económicos y familiares. Causas que la obligan a querer abandonar el país, para mejorar económicamente y lograr el sustento de sus hijos, encontrándose con la necesidad de solicitar ante los tribunales de justicia, la autorización correspondiente para obtener el pasaporte de los menores de edad y lograr su objetivo.

Es necesario tomar en cuenta que los niños, se encuentran protegidos por leyes nacionales e internacionales, los jueces de familia ante quienes se tramita la autorización deben tener sumo cuidado al acceder a lo solicitado por las madres.

El estudio a fondo de los motivos que inducen a dichas madres a tramitar la autorización judicial para que efectivamente se cumpla con los requisitos legales y la obtención de dichos pasaportes sean otorgados considerando el beneficio de los menores de edad y no sólo los de la madre, ya que si se autoriza la obtención del pasaporte, hay que tomar en consideración que una vez salen del territorio nacional, no se da seguimiento al paradero de los niños que acompañan a la madre, aunque, la ley estipula que para fines de unión familiar se deben autorizar la entrega de pasaportes, el hecho de que se invoque que el motivo es por razón de vacaciones, puede ser que

éstas no sean efectivamente para gozar de estadías temporales, sino que con el fin de no retornar al país, poniéndose en riesgo su seguridad futura y el destino que tendrán dichos niños.

2.1. Motivos invocados por la madre

Los motivos que invoca la madre en su comparecencia ante el juez de familia son regularmente por vacaciones en el extranjero, motivo que es difícil de justificar con pruebas documentales o de otra índole y en la práctica, es aceptada dicha justificación sin reparar en aspectos muy importantes.

Aunque el menor se encuentra en poder de la madre que solicita la autorización de obtención de pasaporte ante el juez de familia, también lo es que se acostumbre notificar dicha solicitud al padre, quién regularmente no se encuentra en el lugar que señala la madre, por lo que el notificador se limita a dejar asentada la notificación por cédula entregada a otra persona. Por lo que el padre del niño, no se entera de dicha solicitud para los efectos de la oposición respectiva. Por consiguiente, se otorga la autorización sin mayores dificultades, y la madre con la misma procede a tramitar el pasaporte ante las autoridades de migración y así los menores de edad obtienen su pasaporte para luego salir del territorio nacional, así es como se ha venido acostumbrando a otorgar dicha autorización; se puede decir que es una forma fácil y viable de sacar a los niños del país sin que se de seguimiento del paradero de los mismos, quedando archivado el expediente respectivo.



Como se explicó anteriormente, debe el juez de familia reparar en el destino y motivos invocados por la madre, toda vez que la aplicación de la ley se hace permisible para la obtención de los pasaportes solicitados sin mayores dificultades.

2.2. Regulación de salida de menores de edad del país por la Ley de Migración, Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala

En la sección primera, del Capítulo II, del Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 53, se encuentra regulada la extensión de pasaporte para menores de edad de la siguiente forma: Para extender pasaporte a menores de edad dentro del matrimonio o de la unión de hecho, es requisito indispensable contar con el consentimiento escrito del padre y de la madre o de su representante legal, otorgado ante la autoridad competente.

Cuando uno de los padres no se presente, el progenitor compareciente deberá acreditar, ya sea en un documento privado con la firma legalizada, en escritura pública o en acta notarial, el consentimiento del progenitor ausente. La autorización del progenitor que se encuentre en el extranjero, podrá darse ante el cónsul guatemalteco del lugar, quién comunicará por escrito la autorización a la Dirección General de Migración. La autorización en el extranjero también podrá darse ante notario guatemalteco, conforme lo establecido en la Ley del Organismo Judicial.

En todos los demás casos se deberá acreditar el ejercicio de la patria potestad o de tutela de conformidad con lo establecido por el Código Civil. Ante la negativa de uno de

los progenitores, el juez de familia determinará lo procedente, en vista de las justificaciones presentadas.

Cuando los hijos menores de edad que desean salir del país con sus padres, existe la unión matrimonial, establece esta norma que se debe contar con el consentimiento escrito de ambos padres o del representante legal, emitida ante autoridad competente. Si uno de los padres no comparece, el otro debe presentar el consentimiento escrito del padre ausente. Y si uno de los padres se encuentra en el extranjero, deberá dar su consentimiento ante el Cónsul del lugar donde se encuentre quién la comunicará a la Dirección General de Migración, ésta autorización también puede darse ante notario guatemalteco en el extranjero.

Del contenido de este Artículo, se puede observar que es importante el consentimiento expreso de los padres, ya sea que exista matrimonio, unión de hecho, que este reconocido legalmente o bien que cualquiera de los padres se encuentre en el extranjero; es importante para el presente trabajo tomar en cuenta que esta norma es flexible cuando regula que ante la negativa de uno de los progenitores, el juez de familia determinará lo procedente, en vista de las justificaciones presentadas, por lo que se encuentra a discreción del juez de familia otorgar la autorización judicial. Quiere decir que; en este caso, uno de los progenitores se opone a la obtención del pasaporte para los menores de edad, para el caso de estudio se trata del padre de los menores de edad que se pretende sacar del país y que se encuentran en poder de la madre.



En ese orden de ideas debe pensarse que el juez debe analizar y estudiar las justificaciones presentadas. Asimismo, que es importante que el progenitor que se opone sea notificado o sea habido legalmente, para que sea escuchado, tomando en cuenta el debido proceso.

La tramitación que lleva la autorización para obtener pasaporte es la de la Jurisdicción Voluntaria por lo que dentro del dicho procedimiento a seguir, el padre que tiene la pretensión de obtener por primera vez o renovar el pasaporte de un menor de edad, debe presentar su solicitud al juez competente, quién con notificación a la otra parte por un plazo de tres días a efecto de que la evacúe, en determinados casos se le da audiencia a la Procuraduría General de la Nación, para que emita su opinión al respecto, la cual no es vinculante. Si alguno de los padres se opone a la solicitud se declara contencioso el asunto y deben acudir a la vía Ordinaria para deducir sus derechos. Pero también puede suceder dentro de este procedimiento, que cuando se le corra audiencia a uno de los padres, no la evacúe, entonces, el Juez con base en los documentos con que el actor(a) fundamente su pretensión, procederá a dictar el auto en donde será aprobada o rechazada la pretensión solicitada.

Al parecer, este procedimiento es simple y sencillo, debido a que lo que pretende la madre que tiene la patria potestad del niño, quien regularmente es la que presenta la solicitud o en su caso su representante legal, es lograr la autorización judicial para poder obtener un pasaporte o renovarlo y así salir del país. Es importante hacer hincapié en el motivo por el cual se busca la obtención del pasaporte para salir del país, porque en la mayoría de los casos la justificación es que se van de vacaciones al



exterior; pero, como frecuentemente sucede, aunque se trate de dar con el paradero del padre, éste no es localizado, razón por la que la tarea de resolver esta situación, corresponde al juez de familia.

Puede observarse que en los juzgados de familia de la ciudad capital, se ha tomado a la ligera, la justificación que presentan las madres para obtener la autorización judicial para el pasaporte de su menor hijo, esto hace pensar que: a) Si la justificación de la solicitud es porque se van de vacaciones, debe tomarse en consideración, que cuando el juez da la autorización, no sabe hasta cuándo y cuál es el destino que se le va a dar al niño, que va a salir del país. Y no se puede argumentar que, porque va con su madre, éste estará seguro donde vaya.

Pues hay madres que desesperadas por la situación que viven con su pareja desean alejarse de ellos y salir del país, sin tomar en cuenta muchas circunstancias adversas para el niño, siendo ésta la motivación principal para llevar con ellas al menor de edad, que queda a sus expensas, b) No existe un seguimiento legal, del destino que llevará dicho menor al salir del país.

Puede pensarse en un caso extremo que existiendo una orden judicial que autoriza a la madre obtener el pasaporte y salir del país, ésta puede tener otros planes para la vida futura del niño, como sería el caso de darlo en adopción en otro país; y siendo que todo niño se encuentra protegido en sus derechos por la Convención sobre los Derechos del Niño, se debe atender lo que establece el Artículo 10, que prescribe en el numeral 1. Todo niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo

cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Y en el numeral 2, establece: En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente Artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

La Convención sobre los derechos del niño, en el Artículo 11 es contundente al señalar: Que los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. No se puede aceptar que una madre argumente que se solicita la obtención de un pasaporte para salir del país porque se van de vacaciones a un determinado país, debido a que la misma Convención citada, si bien establece que toda solicitud hecha por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él, a los efectos de reunión de la familia; será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita. Agrega esta norma, que: Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

Entonces siendo discrecional la decisión del Juez de Familia, cuando corresponde a éste tomar la decisión de aprobar o rechazar la solicitud de obtención de pasaporte solamente por la madre del niño, debe ser denegada, salvo que ésta sea con fines de reunión familiar en el extranjero, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, pues debe tutelarse la vida y seguridad futura de cualquier niño o niña que pretendan sacar del país.

2.3. ¿Debe otorgarse la salida del país de un menor de edad en poder de la madre cuando su justificación sea insuficiente?

En la actualidad, la legislación regula que la guarda y custodia de los menores la tienen ambos padres de los mismos, al establecer la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su Artículo 9: Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Sin embargo, si esto se ve afectado por la separación o el divorcio entre los progenitores, éstos podrán convenir a favor de quién queda confiada la guarda de los menores hijos, según lo establecido en el Artículo 166 del Código Civil; pero si no existiere acuerdo, el padre que considere tener derecho a otorgársele a su favor la guarda de su menor hijo, puede tramitar su pretensión a través de un juicio oral, tal como lo establece la legislación, Artículo 8, de la Ley de Tribunales de Familia y el órgano jurisdiccional debe conocer sobre la solicitud, y en base a estudios o informes de Trabajadores Sociales u organismos especializados, tiene la obligación de otorgarla al padre o madre que considere, siempre en beneficio del menor, y tomando en cuenta la importante opinión que los menores puedan externar libremente con respecto al litigio, esto dependiendo de su edad y grado de madurez, basándose en lo que al respecto preceptúa el Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Siendo que actualmente el trámite para la obtención de pasaporte de un niño para salir del país, es tramitado en Jurisdicción Voluntaria Judicial, ésta según el doctor Aguirre Godoy Mario indica que “Jurisdicción Voluntaria, es la ausencia de discusión de partes y



la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley.¹⁸

El Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece: Jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

El procedimiento judicial para obtener la autorización para obtener pasaporte para un menor de edad para salir del país está regulado en los Artículos 401 al 414 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que se refiere a la Jurisdicción Voluntaria Judicial, los cuales establecen los requisitos indispensables para iniciar, gestionar, diligenciar y declarar su procedencia.

Se tramita por los actos de jurisdicción voluntaria, que comprende uno de los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de juez, sin que esté promovida ni se promueve cuestión alguna entre partes determinadas. El juez competente para estos asuntos es el de primera instancia del último domicilio del ausente, de conformidad con el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil; asimismo los Artículos 24 y 403 del mismo cuerpo legal estipula, corresponde conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria a los jueces de primera instancia, para el caso de estudio el del ramo de familia. Debe formularse por escrito, debe llenar los requisitos de toda primera solicitud, de conformidad con los Artículos 29,

¹⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. Pág. 85.

61, 79, 106 y 108 del Código Procesal Civil y Mercantil. Debe acompañar los mismos documentos que presenta ante notario, cuando el trámite es extrajudicial, que conduzcan a probar los siguientes extremos. Que se tiene derecho a promover la cuestión, se debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda.

Por otra parte, debe establecerse el interés por el cual se promueve la cuestión o que se tenga derecho en el asunto, pues de lo contrario el juez rechazará de oficio la solicitud. Si lo considera necesario es juez, oirá a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El juez dará trámite a la solicitud y si se han llenado los requisitos antes mencionados el juez dicta el auto correspondiente autorizando o denegando la solicitud, en la mayoría de casos es autorizado con las razones que invoca la madre sin investigarse el paradero del niño(a) en el extranjero.

Corresponde entonces a la madre del menor de edad, promotor mediante el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria la solicitud de autorización para la obtención de pasaporte para dichos menores. Pero, como se ha comentado en la mayoría de los casos, la justificación que se presenta ante el juez de familia que conoce del asunto, es la de que se van a ir de vacaciones al exterior; y es así como el juez autoriza las diligencias y el padre es notificado mediante la entrega de cédula a otra persona en algunos casos. Es decir que el padre no acciona mediante la oposición debido a que no ha sido localizado en el lugar que se ha señalado para que reciba notificaciones.



Es indudable que si se viene autorizando en esta forma la obtención de pasaporte para los menores de edad no se está cumpliendo con las exigencias legales del trámite de Jurisdicción Voluntaria ni con lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y se deja a discreción del juez como lo establece el Artículo 53 de la Ley de Migración la decisión de otorgamiento de pasaporte a los menores de edad en una forma demasiado flexible, lo que no es aceptable tomando en consideración que lo correcto es que la madre justifique debidamente el destino que llevará el menor en el extranjero, y no como se viene acostumbrando, que se trata de un período vacacional que puede ser inexistente.

Se puede pensar entonces, que la madre desea salir del país con su hijo para trabajar en el extranjero y sostener a sus hijos, pero debe pensarse en la seguridad del menor en este posible caso.

En tal sentido, no debería autorizarse fácilmente la obtención de pasaporte cuando la madre no lo justifique fehacientemente ante el juez de familia que trámite la solicitud.

2.4. Posición legal del padre que no es localizado para autorizar la salida del país de su menor hijo

El Artículo 53 de la Ley de Migración, Decreto 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, es claro, cuando prescribe que para extender pasaporte a menores de edad:

- a) Dentro del matrimonio o de la unión de hecho, es requisito indispensable, contar con el consentimiento escrito del padre o de la madre.
- b) Cuando uno de los padres no se presente, el progenitor compareciente deberá acreditar, ya sea en un documento privado con la firma legalizada, en escritura pública o en acta notarial, el consentimiento del progenitor ausente.
- c) La autorización del progenitor que se encuentre en el extranjero podrá darse ante el Cónsul guatemalteco del lugar, quién comunicará por escrito la autorización a la Dirección General de Migración.
- d) En los demás casos se deberá acreditar el ejercicio de la patria potestad o la tutela de conformidad con lo establecido en el Código Civil.
- e) Ante la negativa de uno de los progenitores, el juez de familia determinará lo procedente en vista de las justificaciones presentadas.

Del contenido del Artículo mencionado se establece lo siguiente:

Que en los cuatro primeros casos el consentimiento escrito de los progenitores o progenitor según el caso, es indispensable. Pero en el quinto caso, deja a discreción del juzgador la determinación procedente, en vista de las justificaciones presentadas. Por lo que el Juzgador en este caso debe tomar una decisión que puede afectar los intereses del menor de edad, en el caso que la justificación no sea suficiente y justificable.

El padre que adopta la posición negativa a la solicitud para que se extienda el pasaporte a su menor hijo, debe ser tomada en cuenta por el juez de familia, y no proceder a conceder la autorización si no existen pruebas suficientes de que el padre que se niega a dicha solicitud ha sido habido, para los efectos de una oposición.

2.5. ¿Deben publicarse edictos dentro del procedimiento para autorización de obtención de pasaporte solicitados por la madre del menor bajo su patria potestad?

La publicación de edictos en el Diario Oficial o en uno de los de mayor circulación en el país, es un medio eficaz que es utilizado dentro de la Jurisdicción Voluntaria para que la parte que se opone a la solicitud que se presenta pueda darse por enterado de la pretensión del que presenta la misma.

Debe incluirse dentro de las diligencias de autorización para la obtención de pasaporte la publicación de edictos, porque con ello, se da la oportunidad legal a quién tenga interés en el asunto que se tramita, para que haga valer sus derechos ante el órgano jurisdiccional. Por lo que si debe incluirse y legislarse en esta forma.

2.6. La discrecionalidad del juez de familia al resolver favorablemente la autorización de obtención de pasaporte sin justificación válida

Durante los apartados anteriores, se ha hecho referencia a la discrecionalidad del juez de familia en la decisión de autorización de obtención de pasaporte, toda vez que la Ley de Migración así lo dispone. Es evidente que el juez de familia decide en este caso, por

lo que recae en él la responsabilidad de esa decisión, de declarar procedentes las diligencias para obtener la autorización del pasaporte de su menor hijo.

El jurisconsulto Ossorio Manuel menciona que “discrecionalidad es lo realizado en libertad y sano juicio. De libre actuación.”¹⁹

De acuerdo a esta definición, el juez con base a su discrecionalidad, debe resolver los asuntos que se le presenten con libertad y sano juicio, lo que significa que debe poner toda su capacidad, conocimiento y experiencia para que esa discrecionalidad sea efectiva y funcional.

¹⁹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 258.

CAPÍTULO III

3. El juez de familia y la resolución de las diligencias para la obtención de pasaporte de un menor de edad en poder de la madre

La función del juez de familia en la resolución de las diligencias voluntarias de obtención de pasaporte solicitadas por las madres cuya patria potestad les permite solicitarla para sus menores hijos, se realiza con base en las pruebas que se le presenten, por lo que la misma es autorizada sin mayores problemas, siendo importante su estudio para comprender aspectos que deben tomarse en consideración, atendiendo especialmente las justificaciones invocadas para tal efecto.

3.1. La función judicial

La función judicial la realiza por excelencia el Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia. Para establecer el análisis de la función judicial, es conveniente, establecer aspectos relevantes de la jurisdicción y la competencia en el derecho y aplicación de la justicia.

3.2. La jurisdicción

La jurisdicción tiene relación con la función judicial, como una facultad del Estado. Por eso, debe decirse, que la jurisdicción no es exclusiva de la Corte Suprema de Justicia y del organismo judicial, sino que existen otras clases de jurisdicción, como por ejemplo, la jurisdicción privativa, la jurisdicción administrativa, la jurisdicción militar, etc.

Manifiesta el autor Aguirre Godoy Mario, que “la jurisdicción es una facultad que otorga el Estado para su ejercicio. La función jurisdiccional se traduce en la potestad conferida a los órganos encargados de administrar justicia, para ello, en el régimen de separación de poderes, dicha función corresponde al poder judicial.”²⁰

La jurisdicción aparece a partir del surgimiento del Estado mismo que ha tenido como consecuencia, uno de los factores, que es la separación de poderes. Al respecto de la jurisdicción, el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la establezca. Ninguna autoridad podrá intervenir en la administración de justicia. Y para ello, también se establecen las garantías que contribuyen a la aplicación plena y efectiva de dichos postulados, que radican en la independencia funcional de que es acreedor el Organismo Judicial.

El vocablo jurisdicción deviene de la locución latina jurisdicción, se traduce por decir o declarar el derecho. Sin embargo, es conveniente advertir que en las primeras épocas de la humanidad, la tutela de los derechos individuales estaba a cargo del propio individuo quien reivindicaba sus derechos por mano propia, a lo que se denominó defensa privada. Esta tutela pasa a ser ejercitada por un tercero en su carácter de árbitro primero y luego como Juez decide los conflictos que se suscitan, momento que señala aunque en forma embrionaria la génesis del Estado y por ende de la jurisdicción.

²⁰ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 123.



En adelante la tutela de los derechos individuales queda a cargo del órgano público no obstante, la existencia de jueces que por delegación de las personas nombradas, ejercitan tal potestad. Pero aún se está frente a un poder despótico lo que perfila la estructura del Estado moderno que ejercita entre otras, la función jurisdiccional, con el advenimiento del mismo y con la consagración de la separación de poderes, surge la noción de la función jurisdiccional, que se contrapone a las otras funciones estatales legislativas y administrativas, adquiriendo caracteres propios, independientes y autónomos.

El Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial establece: Justicia. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República, y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos. Ninguna autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia. Los órganos del Estado, sus dependencias y entidades autónomas y descentralizadas deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Igual obligación tienen los particulares.

3.3. División de la jurisdicción

El Artículo 58 de la Ley del Organismo Judicial, establece: Jurisdicción. La jurisdicción es única. Para su ejercicio se distribuye en los siguientes órganos:



- a) Corte Suprema de Justicia.
- b) Corte de Apelaciones.
- c) Magistratura Coordinadora de la Jurisdicción de Menores y de los Tribunales de Menores. En este aspecto, conviene establecer la modificación que sufriera con la creación y vigencia de la Ley de la Niñez y la Adolescencia y los Adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal.
- d) Tribunal de lo contencioso administrativo.
- e) Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas.
- f) Juzgados de Primera Instancia.
- g) Juzgados de menores. Que como se mencionó, han cambiado de denominación conforme la creación de una nueva ley que regula los derechos de los menores.
- h) Juzgados de paz o menores.
- i) Juzgados de paz móviles.
- j) Los demás que establece la ley.

3.3.1. Jurisdicción ordinaria

Es la aplicable para todos aquellos asuntos que no indican tramitación especial y que por ello así la denomina la ley, sucede por ejemplo en el caso de los asuntos civiles, los cuales ejercen una jurisdicción ordinaria con relación al Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil.

3.3.2. Jurisdicción privativa

Es la que se sustrae a las relaciones jurídicas que poseen características propias o particulares en función de los sujetos del objeto y del título. En materia de jurisdicción privativa se pueden citar las siguientes instituciones y organismos:

- a) La Corte de Constitucionalidad.
- b) Los Tribunales de Amparo.
- c) Los Tribunales de Exhibición Personal.
- d) El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.
- e) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- f) Los Tribunales de Trabajo y Previsión Social.
- g) Los Tribunales de Familia.
- h) Los Tribunales de Cuentas.

- i) Los Tribunales de Menores.

3.3.3. Poderes de la jurisdicción

El doctor Aguirre Godoy Mario, indica que “con esta denominación tratan los procesalistas modernos, lo que tradicionalmente se ha designado como elementos de la jurisdicción para expresar con ellos las facultades potestades con que los jueces son investidos para el ejercicio de su función. Los elementos son los siguientes:

- 1) **Notio:** Se define como el poder de conocimiento del juez a fin de reunir los elementos necesarios para actuar la ley.
- 2) **Vocatio:** Es el poder que tienen los jueces de obligar a las partes a comparecer a juicio y de no ser posible, se continua el juicio en rebeldía.
- 3) **Imperium:** Es el poder de los jueces de hacer cumplir sus propias decisiones, sean éstas de mero trámite o de fondo, ya sea que hayan sido dictadas en la fase de conocimiento o en el cumplimiento de la sentencia, no difiere en los procesos por la índole de éstos.
- 4) **Iudicium:** Es el poder de resolver o decidir que tienen los jueces y que comprende una verdadera jerarquía de resoluciones que van desde el agréguese de un oficio, hasta el juicio lógico y complejo de una sentencia.

5) **Executivo:** Se define como el poder de ejecutar lo acordado directamente por el juez.”²¹

3.4. Competencia

Al determinar qué es la jurisdicción, como lo afirma el doctor Aguirre Godoy, la competencia viene a ser el límite de la jurisdicción. Alsina, citado por el doctor Aguirre Godoy, indica que “la facultad y el deber de un órgano para conocer de determinado negocio o como la aptitud de un juez para ejercer jurisdicción en un determinado caso.”²²

3.4.1. División de la competencia

Alsina, citado por el Doctor Aguirre Godoy, sostiene que “la multiplicidad de cuestiones y conflictos de orden jurídico determina que cada vez resulte mayor la necesidad de establecer una división en la tarea judicial. Ante este cúmulo de conflictos jurídicos, el Estado se ha visto en la necesidad de estructurar y planificar la función jurisdiccional sobre la base de una distribución de los distintos órganos, ya que resulta casi imposible concebir que la función jurisdiccional se encuentra concentrada en un sólo órgano investido de la facultad de administrar justicia.”²³

De acuerdo a lo anterior, puede establecerse que en cuanto a la división de competencia, se describe de la siguiente manera:

²¹ **Ibíd.** Pág. 132.

²² **Ibíd.**

²³ **Ibíd.** Pág. 134.

a) Competencia por razón del territorio

El doctor Aguirre Godoy, indica que “es la más ostensible, pues por la razón de la extensión territorial de los Estados resulta más cómoda la administración de justicia dividiendo el territorio estatal en jurisdicciones que por lo general coinciden con las divisiones político-administrativas.”²⁴

b) Competencia por razón de la materia

Para efectuar esta división, responde a aspectos relacionados con los conflictos, litigios que surgen en la vida cotidiana que generan como consecuencia diferentes categorías o más bien dicho, especialidades, como en el caso de los aspectos penales, civiles, laborales, de familia, etc., ello motivo a que se nombraran jueces con competencia territorial pero con distinta competencia por razón de la materia de acuerdo al litigio presentado.

c) Competencia por razón de grado

Originalmente tuvo su fundamento en lo político, pero en las legislaciones modernas, se genera en factibilidad humana, considerándose que la resolución de los distintos procesos por tribunales de diferente grado de conocimiento evita la posibilidad de error y a la vez asegura una mejor justicia. La Ley del Organismo Judicial, establece diferentes jerarquías para el conocimiento de los asuntos, así es que existen jueces menores y jueces con mayor jerarquía, que comprenden a los jueces de paz, jueces de

²⁴ **Ibíd.** Pág. 135.

paz móviles, jueces de primera instancia, magistrados y jueces magistrados de las Salas de Apelaciones,

d) Competencia por razón de la cuantía

Esta competencia se encuentra determinada por el monto a que asciende la demanda que se plantee. Por ello, el doctor Aguirre Godoy Mario señala a este aspecto que “la importancia económica de los litigios determina mayores formalidades procesales, para unos juicios y conocimiento diversos, en cuanto a los tribunales jerárquicos. Esta necesidad motiva esta clase de competencia.”²⁵

3.4.2. Principios generales de la competencia

El tratadista Aguirre Godoy Mario, indica que “entre los principios generales de la competencia están los siguientes:

- a) Por regla general, las normas relativas a la competencia son de orden público y su aplicación no puede ser apartada por voluntad de los interesados.
- b) El Tribunal o el litigante que haya reconocido la competencia de un juez o tribunal, no puede promover cuestión alguna relativa a la misma, que la contradiga.
- c) Las cuestiones de un juez declarado incompetente, son nulas de pleno derecho, o lo que es igual, no es necesaria una sentencia que declare su nulidad, por lo

²⁵ **Ibíd.** Pág. 137.

que puede afirmarse que son inexistentes, pero siempre que el juez haya sido declarado incompetente.

- d) La competencia es uno de los presupuestos procesales sin los que el proceso que se lleve a cabo no es válido.
- e) La incompetencia de un tribunal no puede ser atacada por medio de un amparo directo sino tan sólo impugnarse la resolución inferior relativa a la propia competencia.²⁶

3.5. El juez de familia y sus funciones

El juez, es la persona física que encarna la titularidad de un órgano unipersonal encargado de administrar justicia y tiene potestad y autoridad para juzgar y sentenciar en el caso que corresponda; también aquélla que forma parte de un tribunal colegiado, compuesto de tres o más miembros que reciben el nombre de magistrados y se encargan de impartir justicia, por regla general en grado de apelación o recurso interpuesto contra las sentencias de los órganos formados por un juez o un grupo de jueces.

Todos ellos integran el poder judicial, uno de los tres grandes poderes en que se estructura el Estado de derecho y tienen por función el juzgar los litigios presentados a su consideración o los delitos y faltas castigados en el Código Penal, y vigilar el cumplimiento de la sanción, todo ello con arreglo estricto a lo dispuesto en la ley y con

²⁶ **Ibíd.**

total independencia, que debe ser respetada por los demás órganos del Estado y ciudadanos en general, cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones.

Expone el jurista Castán Tobeñas José, que “en muchos países las autoridades judiciales constituyen un cuerpo de altos funcionarios del Estado al que se accede por examen de oposición entre licenciados en derecho, y van ascendiendo por categorías hasta llegar a los grados y tribunales superiores. Un porcentaje de ellos se elige entre juristas profesionales de reconocido prestigio que lleven ejerciendo un cierto número de años, en casi todos los casos superior a 10. Su régimen es el de absoluta incompatibilidad con el ejercicio de cualquier tipo de profesión o negocios, toda vez que no debe ejercerse sobre ellos influencia o presión alguna que atente a su imparcialidad en el cumplimiento de su deber, que consiste en fallar, sin pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, aplicando las fuentes del derecho consideradas por el ordenamiento jurídico y de acuerdo con el orden en el que se hallen establecidas”²⁷

El juez de familia, tal como lo rige la ley, es el encargado de administrar justicia, dentro de su competencia, en la resolución de los conflictos de carácter familiar es decir, las controversias que surgen entre miembros de un mismo grupo familiar.

La Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206, regula lo referente a los jueces de familia:

²⁷ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil**. Pág. 114.

Artículo 1. Se instituyen los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la Familia. Artículo 2. Corresponden a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados 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 del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar. Artículo 9. Los juicios relativos a reconocimiento de preñez y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad del matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, se sujetarán a los procedimientos que les correspondan según el Código Procesal Civil y Mercantil. Artículo 13. Los jueces de Familia estarán presentes en todas las diligencias que se practiquen en los casos que conozcan. Deberán impulsar el procedimiento con la mayor rapidez y economía, evitando toda dilación o diligencia innecesaria, e impondrán, tanto a las personas renuentes como al personal subalterno, las medidas coercitivas y sanciones a que se hagan acreedores de conformidad con la ley.

3.6. El juez de familia en los trámites voluntarios para la obtención de pasaporte del menor edad

Como se ha indicado anteriormente, corresponde al juez de familia conocer de todos los asuntos relacionados con el grupo familiar, para ello la ley le otorga competencia para resolver y ejercen jurisdicción privativa, sus funciones se encuentran contenidas en la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206.

3.7. Las resoluciones emitidas en el procedimiento para la obtención de pasaporte del menor de edad

De las exposiciones anteriores que se refieren a las resoluciones dentro del procedimiento que se sigue en los Tribunales de Familia, los jueces, resuelven las solicitudes en las cuales se solicita la autorización para la obtención de pasaporte, de manera que las madres que lo solicitan puedan tramitar el pasaporte, de acuerdo a la certificación de la resolución en la cual consta dicha autorización, de tal suerte, que la justificación presentada es suficiente para lograr dicha autorización. Regularmente el hecho de justificar la solicitud por razón de vacaciones, es suficiente para que se declaren con lugar las diligencias promovidas, extremo éste que se debe corregir, tal como ha quedado establecido en capítulos anteriores, al señalar que debe atenderse con mayor detenimiento dicha justificación, la cual puede poner en peligro la seguridad de derechos de los menores que viajaran al exterior.



CAPÍTULO IV

4. Razones jurídicas y familiares para declarar la improcedencia de la solicitud de obtención de pasaporte de un menor de edad cuando no se justifique válidamente la pretensión

Dentro de las razones jurídicas y familiares para declarar la improcedencia de las solicitudes que pretenden obtener la autorización de pasaporte para menores de edad pueden citarse las siguientes:

- a) La justificación insuficiente de parte de la madre de los menores a los cuales se pretende su salida del país al exterior, debido a que se invocan razones no familiares, sino con motivo de vacaciones. Este aspecto es importante debido a que la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el Artículo 10 numeral 1; que toda solicitud hecha por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él, debe ser para efectos de reunión familiar.
- b) La ausencia de intervención de la Procuraduría General de la Nación, en las diligencias de jurisdicción voluntaria que se tramitan en los Tribunales de Familia, a la que corresponde por disposición legal, defender los derechos de los menores, por lo que su dictamen ayuda a la decisión que se tome dentro de las mismas por parte del juez de familia.

- c) Es necesaria la publicación de edictos, para que así la parte que tenga inconformidad con la tramitación de dichas solicitudes pueda comparecer y hacer valer sus derechos de oposición, participando en forma activa, dentro de las diligencias y de esta manera el juez, puede contar con mayores elementos de juicio para resolver adecuadamente respecto a los derechos de las partes.

- d) El juez de familia, debe analizar detenidamente la prueba que se le presente sobre la justificación que indica la madre que desea tramitar las diligencias, pues en la práctica se observa que la autorización para la obtención de pasaporte es declarada con lugar sin mayores tropiezos.

- e) El trámite de solicitud de autorización para la obtención de pasaporte debe corresponder a los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la adolescencia de reciente creación, a quienes actualmente corresponden los trámites que se relacionan con la niñez.

Las razones expuestas son de importancia para la tramitación de dichas diligencias que afectan los derechos de los menores de edad. La decisión judicial al autorizar la salida del país de todo niño, en poder de uno de los padres, genera responsabilidad respecto al destino que llevará dicho menor de edad.

Toda solicitud hecha por los padres, para entrar o salir del país con sus hijos, en forma expedita, positiva y humanitaria cuando se haga con fines familiares y sin consecuencias desfavorables para los menores.

4.1. Las irregularidades en el trámite voluntario judicial para la obtención de pasaporte para un menor de edad

Las irregularidades que se pueden dar en las diligencias voluntarias para la autorización judicial para la obtención de pasaporte, van íntimamente relacionadas con las razones jurídicas y familiares. Dentro de las irregularidades pueden mencionarse:

- El procedimiento actual para tramitar la solicitud de obtención de autorización judicial de pasaporte para menores de edad, en los Juzgados de Familia de Guatemala, tiene deficiencias que permiten dar salida del país a niños, sin tomar en cuenta el destino real que llevarán los mismos.
- La intervención de la Procuraduría General de la Nación, debe ser obligatoria dentro del procedimiento actual, para tramitar la solicitud de obtención de autorización judicial de pasaporte para menores de edad en los juzgados de familia de Guatemala, para que se conozca su opinión y de ella se tome la decisión por parte del juez, que mejor convenga a los intereses del niño.
- La autorización judicial concedida dentro del procedimiento para la obtención de pasaporte para un niño que ha de salir del país con uno de sus progenitores, es violatoria a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, razón por la que debe declararse improcedente cuando la justificación esgrimida, sea insuficiente para determinar que se trata de una reunión familia; sin consecuencias desfavorables para el niño.

4.2. La justificación insuficiente por parte de la madre que solicita la autorización para obtener el pasaporte del menor de edad

Generalmente la razón principal que la madre invoca ante el juez de familia, como ya se estableció es, el niño saldrá de vacaciones con ella, sin justificar suficientemente dicha aseveración. Esta razón, la encuentran suficiente los jueces de familia, para el otorgamiento de la autorización para su obtención del pasaporte, que servirá para su tramitación ante la Dirección General de Migración, la cual tomando en cuenta que procede de un juez, extenderá el mismo, para luego obtener la salida del niño del territorio nacional.

Con ello, se pierde información acerca del niño, pues no se da ningún seguimiento, únicamente se atiende el hecho de que va a salir con su madre, lo que es suficiente para declarar la procedencia de las diligencias. En estos casos, el juez debe ser sumamente cuidadoso en su resolución al declarar la procedencia de las diligencias. Se puede pensar, que por tratarse de una jurisdicción privativa de familia, los jueces de familia toman en cuenta la cuestión familiar de la madre, por lo que se debe considerar que dicho trámite sea diligenciado en los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia.

4.3. La falta de publicación de edicto en el diario oficial y otro de mayor circulación para los efectos de conocimiento del padre que no es localizado

Conviene para comprender la importancia de la publicación de edictos señalar aspectos doctrinarios importantes al respecto: La Fundación Tomás Moro se menciona que



“edicto es el escrito o aviso que se fija y expone en los parajes públicos para noticia de todos. Esta aceptación tiene trascendencia dentro del campo hipotecario puesto que en ciertos casos se utiliza para notificar determinadas inscripciones o como requisito de determinados expedientes o procedimientos.”²⁸

El jurisconsulto Cabanellas Guillermo, señala que “edicto proviene del verbo latino edicere, con múltiples significados, pero con el de orden o disponer y el publicar o hacer saber, como más útiles etimológicamente ahora. Edicto es el mandato, orden o decreto de una autoridad.”²⁹

Continúa manifestando el tratadista Cabanellas Guillermo, que “hasta el siglo XVIII equivalió con frecuencia a ley. Actualmente se reduce a un llamamiento o notificación de índole pública hecha por un juez o tribunal, mediante escritos ostensibles en los estrados del juzgado, audiencia o corte, y en ocasiones, publicado asimismo en periódicos oficiales o de gran circulación, con objeto de citar personas inciertas o de domicilio desconocido. También significa bando, y entonces parajes públicos. Comunicación de alguna noticia o hecho cuya divulgación interesa a la autoridad. Según aquella de la cual emanan, los edictos se denominan administrativos, eclesiásticos, gubernativos, judiciales, de policía. Las principales especies y algunos de significado histórico se insertan en las voces inmediatas.”³⁰

En otros preceptos procesales se ordenan la fijación de edictos, para los juicios verbales, en el lugar donde se tramiten y el de la última residencia del citado, en el juicio

²⁸ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Pág. 366.

²⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 122.

³⁰ **Ibíd.**

para adjudicar bienes a personas llamadas en testamento y sin designación de nombres, se harán también publicaciones de edictos, igual providencia se tomará para convocar a los acreedores cuyo domicilio se ignore, en caso de concurso, idéntica medida se dispone para el juicio de quiebra, y para el apremio, en esto, en cuanto a los bienes que salgan a subasta.

La posesión dada en el interdicto de adquirir por edictos, finalmente, en los casos de ausencia y presunción de muerte de una persona, se exige la publicación de edictos, para llamar al ausente o presunto a la administración de sus bienes.

Como puede apreciarse, el edicto es utilizado en los procedimientos civiles para citar a personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. Siendo así, conveniente la publicación dentro del juicio voluntario de estudio.

Actualmente, se tiene conocimiento público de actos reñidos con la ley que han permitido poner en riesgo la seguridad personal de menores de edad, que son objeto de venta en el extranjero, por lo que no escapa el hecho, que se puede tramitar una autorización de obtención del pasaporte de un menor de edad por la propia madre, o que en aras de solucionar problemas de índole personal, pueden atentar contra la seguridad de sus menores hijos.

Es por ello que se insiste en que los jueces de familia deben tener mucho cuidado al resolver este tipo de diligencias.

4.4. La ausencia de seguimiento al destino del menor de edad cuando sale del territorio nacional

Con la autorización para la obtención del pasaporte de menores de edad, se permite la salida del territorio del mismo, sin mayores complicaciones, no obstante ello, no existe seguimiento de su destino de los mismos en el extranjero, lo que hace pensar que si bien pueden tener un futuro beneficioso para ellos, también lo es, que pueden ser objeto de otros fines. No existe en Guatemala ninguna institución pública que vele y de seguimiento al proceso establecido para que un menor pueda salir del país, y que verifique que las causas invocadas en su solicitud de autorización de pasaporte de un menor de edad, son fehacientes, asimismo que compruebe que ha regresado al país, con lo cual se velaría por la protección integral del menor.

4.5. La necesidad de la intervención obligatoria de la Procuraduría General de la Nación en el procedimiento voluntario judicial de solicitud de obtención de pasaporte del menor de edad

La Procuraduría General de la Nación, en la legislación guatemalteca había funcionado a la par del Ministerio Público como únicas instituciones, con un mismo jefe y un solo representante, cuyas atribuciones estaban conferidas al Procurador General de la Nación como figura central del Ministerio Público, hasta antes de las reformas constitucionales de 1994. Es de hacer notar que los antecedentes de la Procuraduría General de la Nación se han estudiado conjuntamente con los del Ministerio Público por haber formado parte de dicha institución, desde su inicio.

La Procuraduría General de la Nación, reviste especial importancia en la jurisdicción voluntaria, su intervención es imprescindible, ya que representa intereses y derechos de los particulares dentro de la sociedad y del Estado, y por ende, debe velar por que se cumpla con lo establecido en la ley. El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en los asuntos de jurisdicción voluntaria, estableciendo que debe de oírse la opinión de dicha institución, en los casos que la solicitud promovida afecte los intereses del Estado y cuando se refiera a personas incapaces o ausentes.

La Procuraduría General de la Nación, actualmente cuenta con unidades que tienen la función de defender los intereses de los menores de edad razón por la cual dentro de los juicios voluntarios para la autorización de obtención de pasaporte de menores de edad es conveniente que se de audiencia a dicha Institución, debida a que dicho procedimiento se ha venido utilizando en la vía judicial, sin que a la fecha se le de intervención, por lo que corresponde al juez hacer uso de su discrecionalidad para hacerlo.

- **Intervención obligada a la Procuraduría General de la Nación**

En la tramitación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria judicial, en los cuales se solicita la autorización para la obtención de pasaportes para menores de edad por las madres que tienen la patria potestad, los jueces de familia que conocen de los mismos, no conceden audiencia a la Procuraduría General de la Nación, omisión ésta

que debe enmendarse en la práctica, porque corresponde a dicha Institución velar por la defensa de los derechos de los niños/as.

Es conveniente que sí se concede audiencia a la Procuraduría General de la Nación; en virtud, que el Código Procesal Civil y Mercantil, en juicios de jurisdicción voluntaria en los cuales se ventilan asuntos tales como: La administración de bienes de menores, incapaces y ausente, Asiento y Rectificación de Partidas de Nacimiento, Patrimonio Familiar en los cuales la Procuraduría General de la Nación emite su dictamen, el cual aunque no es vinculante, es importante su opinión la que es tomada en cuenta por los Jueces de Primera Instancia del Ramo Civil, al momento de resolver las solicitudes que se presentan. Por lo que en los juicios voluntarios donde se tramitan las solicitudes de autorización para obtener el pasaporte, deben incluir dicha audiencia, ya que con ello se estarán dictando las resoluciones atendiendo también, a la opinión de esta Institución que vela porque los derechos de estos menores, sean protegidos previo a salir al extranjero.

4.6. Deficiencias del procedimiento del trámite para la obtención de pasaporte en los juzgados del Ramo de Familia

Dentro de las deficiencias del procedimiento, de la autorización para obtener el pasaporte de un menor de edad, deben tomarse en cuenta las causas justificativas que puede invocar la madre a un juez de familia, para avalar su petición de obtención de pasaporte para un niño o niña bajo su Patria Potestad; asimismo, puede afirmarse que el procedimiento actual que se lleva en los Tribunales de Familia para otorgar la



autorización judicial solicitada al respecto, el juez de familia al resolver otorgar dicha autorización, no toma en consideración la incomparecencia del padre del niño, la cual puede tener consecuencias que se pueden suscitar en perjuicio del futuro del niño que saldrá del territorio nacional hacia el exterior.

Es importante que las justificaciones argumentadas por la madre del menor de edad, vayan dirigidas a mejorar sus condiciones de vida, o bien, tomando en cuenta lo que la Convención sobre los Derechos del Niño establece para autorizar la salida del país de un menor de edad, regulando que en toda solicitud hecha por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él, debe ser para los efectos de reunión de la familia; por lo que será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita.

Agrega esta norma; que: ... Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

Actualmente los jueces de Primera Instancia de Familia, autorizan las diligencias que se promueven, atendiendo cualquier justificación que invoca la madre, siendo de fácil obtención la autorización solicitada, por lo que los niños/as, logran salir con las madres sin mayores tropiezos, extremo éste que debe ser analizado por los jueces, para que las autorizaciones sean acordes a lo que estipulan las leyes que protegen los derechos de estos menores de edad.

4.7. Análisis

El procedimiento voluntario para la obtención de autorización de pasaporte de menores de edad, ha constituido una forma de lograr la salida del país de muchos menores de edad en poder de sus madres, quienes por diversas circunstancias se ven obligadas a abandonar el país, con fines de encontrar en el extranjero mejores condiciones de vida debido a que en Guatemala, han tenido problemas familiares con su pareja.

El punto principal, es enfocar la atención en el menor de edad, que va a salir del país en tales circunstancias. Las madres que tramitan este tipo de diligencias voluntarias, si bien pueden invocar diversas justificaciones para la obtención de la autorización, también lo es, que los jueces de familia no se percatan de muchas circunstancias que pueden suceder a futuro y que pueden afectar los intereses de los menores de edad, lo que hace pensar, que efectivamente, en los tribunales de familia se resuelven cuestiones relacionadas con el grupo familiar, de conformidad con el Decreto Ley 206, por lo que debe considerarse la posibilidad de que este tipo de diligencias sean tramitadas en los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia, pues a ellos corresponde velar por la aplicación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, y con ello, la protección de los derechos de los niños.



CAPÍTULO V

5. Proceso judicial de autorización de pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres

5.1. Tribunales de familia

5.1.1. Origen

El autor Vargas de Ortiz Ana María, “en el primer Congreso Jurídico Guatemalteco, en el año 1960, se discutió la necesidad de crear Tribunales de Familia, y en su recomendación señaló como características que los procedimientos fueran orales, impulsados de oficio, estimando la apreciación de la prueba bajo las reglas de la sana crítica y que tuvieran como auxiliares a trabajadores o visitadores sociales.”³¹

Comenta la licenciada Vargas de Ortiz Ana María que “luego en el año 1963 se realizó un seminario sobre la condición de la mujer en el derecho de familia, organizado por las Naciones Unidas en Bogotá, Colombia; en el que se hizo un estudio comparativo de las legislaciones e instituciones civiles de América Latina, Estados Unidos y Canadá.”³²

La delegada del Gobierno de Guatemala, licenciada Ana María Vargas de Ortiz, al regresar de dicho seminario observó que en el país no existía una institución específica para resolver los problemas de familia con exclusividad, para lo cual junto con la trabajadora social Elisa Molina de Stahl, secretaria de Bienestar Social y quien tuvo la

³¹ Vargas de Ortiz, Ana María. **Tribunales de familia de Guatemala.** Pág. 27.

³² **Ibid.** Pág. 28.

inquietud de elaborar un proyecto de Código para Menores con la ayuda de una comisión integrada por profesionales de diferentes campos afines, determinaron del estudio correspondiente a tal código que si se pensaba sancionar a los niños y evitar la transgresión de las leyes, éstos debían protegerse a través de la familia.

Así mismo explica López Monterroso Alicia Merari, que “los encargados de elaborar el anteproyecto de ley que creó los Tribunales de Familia, fueron los Abogados Rafael Aycinena Salazar y Ana María Vargas de Ortiz; ambos han desempeñado cargos judiciales -Jueces de Primera Instancia y Magistrados de la Corte de Apelaciones-. Cuando se elaboró el anteproyecto, la subcomisión discutió la conveniencia de estudiar instituciones de esta índole de otros países, especialmente de América Latina, pero solamente existen entidades que protegen y orientan a la familia desde el punto de vista de asistencia social; por lo que se llegó a la conclusión de que la mejor fuente de orientación era nuestro propio medio, nuestra realidad social. La subcomisión consideró más acertada crear tribunales especiales y tomar en consideración las recomendaciones del Primer Congreso Jurídico Guatemalteco que patrocinó el Colegio de Abogados de Guatemala. Con el apoyo del entonces Jefe de Gobierno Coronel Enrique Peralta Azurdia, que no obstante presidir un gobierno de facto, comprendió la trascendencia social de una ley como la que creó los Tribunales de Familia.”³³

El objeto de este Decreto Ley es dar protección y seguridad a la familia, elemento fundamental de la sociedad. Esa protección se obtiene a través de la aplicación de las

³³ López Monterroso, Alicia Merari. **Demoras en el trámite del juicio oral de fijación de pensión alimenticia: estudio realizado en los Tribunales de Justicia del Ramo de Familia del departamento de Quetzaltenango.** Pág. 41.



normas contenidas en las leyes sustantivas y adjetivas del Código Civil, Decreto Ley 106 y el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, respectivamente; que tienen eficacia al ser aplicadas correctamente para solucionar los casos planteados ante los Tribunales que para ello fueron creados.

Para la licenciada Vargas de Ortiz Ana María, “los primeros jueces de familia de Guatemala fueron los Abogados Julio García Castillo, Jorge Delgadillo Madrid, ambos tomaron posesión de sus cargos el primero de julio de 1964, año en que se crearon los Tribunales de Familia, al poco tiempo, sustituyó en su cargo al Juez Segundo de Familia, el Licenciado Ricardo Ortiz Molina, que con el juez García Castillo, planificaron la distribución de los juicios de competencia de familia con los juicios civiles ordinarios, esto lo contenía el proyecto elaborado por la Secretaría de Bienestar Social, pero fue modificado por el Ejecutivo, por ello los jueces tuvieron muchos problemas al iniciarse como jueces de familia, los casos atendidos fueron numerosísimos por lo que hubo necesidad de crear más Juzgados de Familia en la ciudad capital.”³⁴

5.2. Organización de los tribunales de familia

Al hablar de los Tribunales, de su composición, organización y atribuciones se hace referencia a una institución que puede ser simple o compleja, llamada a cumplir en todo caso, la misión trascendental de aplicar en forma solemne y con eficacia la ley. Los Tribunales de Familia tienen jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia, y para tal efecto se constituyen de la siguiente forma:

³⁴ Vargas de Ortiz, Ana María. **Ob. Cit.** Pág. 47.



- a) Juzgados de Familia: conocen de los asuntos en primera instancia.
- b) Salas de la Corte de Apelaciones de Familia: conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia.

La jurisdicción privativa es con el objeto de establecer Tribunales especializados en asuntos de familia, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, para lograr una mayor efectividad en su aplicación y ejecución de los derechos que protegen el núcleo familiar.

Los Juzgados de Familia tienen categoría de Juzgados de Primera Instancia y se integran por: El juez, secretario, los oficiales, trabajadores sociales, notificadores y un comisario, siendo nombrados por la Corte Suprema de Justicia de conformidad con lo establecido en la Ley del Organismo Judicial y la organización interna del tribunal que se rige por el Reglamento General de Tribunales.

5.3. Competencia

De conformidad con lo establecido en el Artículo 2 de la Ley de Tribunales de Familia, conocen de los asuntos y controversias, cualquiera que sea la cuantía, relacionados 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 del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar. Esta enumeración no tiene carácter limitativo, ya que se enumeran los asuntos generales de los cuales pueden surgir otras controversias familiares, como asuntos relacionados con bienes de menores, discrepancias que resulten de los regímenes económicos del

matrimonio, dispensa judicial como modo de suplir el consentimiento de los padres para que el hombre mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años puedan contraer matrimonio, violencia intrafamiliar, así como la autorización de pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres que se desarrollará más adelante, entre otros.

Los procedimientos aplicables en los distintos juicios son señalados en el Código Procesal Civil y Mercantil, aunque como norma general es el juicio oral el que se sigue, excepto en cierta clase de asuntos que por su importancia deben diligenciarse a través de juicio ordinario regulado en dicho código.

5.4. Principios

La Ley de Tribunales de Familia, aunque no es muy extensa en su texto, abarca los principios básicos y de suma discrecionalidad para los jueces de familia, ya que constituyen las bases fundamentales sin las cuales no sería posible el desarrollo del proceso.

a) Impulso de oficio

Según Aguirre Godoy Mario, “se denomina impulso procesal al fenómeno por virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo.”³⁵

³⁵ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 261.



De conformidad con el Artículo 10 de la Ley de Tribunales de Familia, el procedimiento en todos los asuntos sujetos a jurisdicción de los Tribunales de Familia, debe ser actuado e impulsado de oficio.

Es decir, que al Juez se le otorga la facultad de tomar cualquier medida precautoria para la eficacia del procedimiento cuando por la naturaleza del proceso lo considere necesario.

b) Conciliación

El Juez de Familia debe personalmente emplear los medios de convencimiento y persuasión que estime adecuados para lograr el avenimiento de las partes, de todo lo cual deberá dejarse constancia en las actuaciones. (Artículo 11 de la Ley de Tribunales y 203 del Código Procesal Civil y Mercantil).

El principio conciliatorio tiene gran relevancia dentro del proceso, ya que el Juez de Familia debe proteger la institución familiar, evitando el rompimiento definitivo de las relaciones familiares.

c) Discrecionalidad

Se da amplia facultad discrecional al juzgador, quien deberá procurar que la parte más débil en la relación intrafamiliar quede debidamente protegida, pudiendo dictar toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía alguna. (Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia)

d) Celeridad

El principio de celeridad está representado por las normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan trámites procesales superfluos u onerosos. El Juez debe impulsar el procedimiento con la mayor rapidez y economía, evitando toda dilación o diligencia innecesaria, en el caso del juicio oral las audiencias se deben llevar en el menor número posible con el fin de resolver el conflicto familiar, obligando al Juez a dictar resolución sin necesidad de gestión alguna. (Artículo 13 de la Ley de Tribunales de Familia).

e) Inmediación

Para el autor Nájera Farfán Mario Efraín, "consiste en el contacto directo y personal del Juez con las partes durante la realización de los actos procesales y con las demás personas que intervienen o se utilizan en el proceso."³⁶

La eficacia del principio de inmediación no se satisface con la relación directa del Juez, a éste debe sumarse la concentración procesal con el fin de que las pruebas recibidas sin intermediarios el Juez las tenga presentes a la hora del fallo, es decir que inmediatamente después de recibida la prueba se dicte sentencia; se aplica más en el proceso oral que en el escrito.

La inmediación está expresamente contemplada en el Artículo 13 de la Ley de Tribunales de Familia, cuyo texto dice: Los jueces de familia estarán presentes en todas

³⁶Nájera Farfán, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. Pág. 235.



las diligencias que se practiquen en los casos que conozcan. Esta disposición la reitera el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual se lee: El juez presidirá todas las diligencias de prueba, principio que de aplicarse redundaría en la mejor objetividad y valoración de los medios de convicción. La Ley del Organismo Judicial lo regula también al establecer en su Artículo 68 que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba.

De conformidad con lo expuesto precedentemente, la intermediación significa que tanto las alegaciones de las partes como la recepción de la prueba, deben producirse en forma directa ante el juez.

5.5. Marco legal en materia de derecho de familia

5.5.1. Legislación nacional

a) Constitución Política de la República de Guatemala

La Ley Suprema emanada del Poder Constituyente del pueblo regula en su capítulo II, sección primera, la familia y otros aspectos inherentes o relacionados a ésta. Contiene derechos establecidos a favor de la familia, ante el Estado de Guatemala y que debe ejercer el representante de la familia con carácter irrenunciable.

Para el tratadista Castillo González Jorge Mario, “los derechos de la familia se enumeran con amplitud en los Artículos constitucionales, declarando una protección:

- **Social:** a través de organizaciones públicas y privadas, facilitando la creación y apoyo material y financiero de éstas;
- **Económica:** dar protección al ingreso económico familiar dictando toda clase de disposiciones que permitan al núcleo familiar vivir adecuadamente en forma cómoda y decente y;
- **Jurídica:** dar asistencia legal al núcleo familiar, facilitando y respaldando la regularización jurídica de sus relaciones morales y patrimoniales.³⁷

b) Código Civil, Decreto Ley 106

La familia está regulada en el Código Civil en el título II del libro I que contiene lo relativo al matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, patria potestad, alimentos entre parientes, tutela y patrimonio familiar.

Con el progreso jurídico de estas instituciones familiares, ha sido necesario introducir en la legislación modificaciones pertinentes en cuanto a la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, defensa de la madre casada o soltera, protección al niño o niña procreado dentro o fuera del matrimonio, fortalecimiento de la vida matrimonial y del patrimonio inembargable para su protección.

³⁷ Castillo González, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala. Comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos de apoyo, opiniones y sentencias de la Corte de Constitucionalidad.** Pág.164.



c) Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107

El Código Procesal Civil y Mercantil contiene los procesos y procedimientos aplicables al derecho de familia, entre los cuales regula el juicio ordinario, juicio oral, juicio sumario, incluyendo las ejecuciones en vía de apremio o en juicio ejecutivo de los asuntos de familia, ejecuciones de sentencia, ejecuciones especiales y todo lo relacionado a jurisdicción voluntaria, providencias cautelares y las impugnaciones de las resoluciones judiciales a través de los recursos.

d) Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206

El objetivo de la ley es promover y dar una efectiva protección estatal a la familia como elemento fundamental de la sociedad. Consta de 22 Artículos que en forma general regula lo referente a los Tribunales de Familia, su jurisdicción, organización, procedimientos, jurisdicción voluntaria entre otros aspectos.

e) Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala

Es una ley cautelar que regula lo relacionado a la violencia intrafamiliar que surge en un espacio privado, es decir en la familia. Se refiere a la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad, seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar; dando protección especial a mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos, ancianas y personas discapacitadas, tomando en consideración las situaciones específicas de cada caso.

f) Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala

Es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático y de respeto a los derechos humanos. Crea diversas organizaciones e instituciones que son las responsables de velar a través de sus acciones administrativas o judiciales, por la efectiva vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia.

5.5.2. Legislación internacional

a) Convención Sobre los Derechos del Niño

El autor Cantwel Ninel, “esta convención fue adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Gobierno de Guatemala el 15 de mayo de 1990, incorporada al derecho interno por medio del Decreto Número 27-90 del Congreso de la República de Guatemala.”³⁸

Asimismo, “desarrolla los principios establecidos en las declaraciones sobre los derechos del niño de 1923 y 1959, profundizando y fortaleciendo la protección de sus derechos dada su vulnerabilidad dentro de la sociedad, y subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia con lo que respecta a la protección y

³⁸ Cantwel, Ninel. **Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Instituto Interamericano del Niño.** En Red. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/cad/Convenci%C3%B3n.pdf> Fecha de Consulta: 26/03/2012.

asistencia; la necesidad de protección jurídica y no jurídica del niño antes y después de su nacimiento; la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño, y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.³⁹

Asimismo, se establece que en todas las medidas concernientes a la niñez que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, el organismo ejecutivo o el legislativo deberán atender en consideración primordial el interés superior del niño.

b) Convención de la Haya sobre la protección y la cooperación en materia de adopción internacional

En el año 2002, el Congreso de la República de Guatemala aprobó la Convención de la Haya mediante el Decreto Número 50-2002. Establece garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y el respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional, así mismo, constituye un sistema de cooperación entre los Estados contratantes para asegurar el respeto a dichas garantías y en consecuencia se prevenga la sustracción, venta o tráfico de niños o niñas.

³⁹ **Ibíd.**

c) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)

En la Secretaría Presidencial de la Mujer, “esta Convención es aprobada en Guatemala en el año de 1982 mediante Decreto Ley 49-82, y ratificada por el Congreso de la República en el año 2002.”⁴⁰

La Convención tiene un carácter jurídicamente vinculante, se fundamenta en la prohibición de todas las formas de discriminación contra la mujer, ya que reconoce la igualdad entre el hombre y la mujer de todos sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos dentro de la sociedad y la familia; regulando medidas que han de adoptarse para asegurar que en todas partes las mujeres puedan gozar de los derechos que les asisten.

d) Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (1994)

Entra en vigor en Guatemala mediante el Decreto Número 69-94 del Congreso de la República, entre sus principales objetivos están cambiar los prototipos sociales y culturales en cuanto a la discriminación y violencia que sufren las mujeres, que los Estados partes realicen acciones encaminadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; así como reconocer que la violencia contra la mujer puede darse en cualquier espacio, sea éste público o privado.

⁴⁰Secretaría Presidencial de la Mujer. En Red. Disponible en: http://muniasuncionmita.gob.gt/omm/ley_femicidio.pdf Fecha de Consulta 04/04/2012.

5.6. Principios fundamentales del proceso de autorización judicial de pasaporte para menor de edad

En cuanto a los principios fundamentales y orientadores del proceso objeto de estudio, pueden mencionarse:

5.6.1. El interés superior del niño y la niña

El juez, en su práctica judicial, resuelve conflictos sociales que se expresan a través de conflictos de intereses entre los particulares o entre éstos y el Estado, pero cuando en el conflicto se encuentran involucrados los derechos de la niñez, surge un nuevo interés, que es superior a otros, por ser del niño o niña. Ese interés, establecido en el Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, exige que en toda resolución judicial o administrativa en que se resuelva un caso que afecte a la niñez, se dé preeminencia a su interés, pues éste constituye un interés superior.

Asimismo, indica el autor Solórzano Justo, “la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 5 regula el interés superior del niño o niña y lo fortalece con el interés de la familia, siempre y cuando éste no vulnere los derechos que el ordenamiento jurídico garantiza a la niñez y adolescencia, otorgándoles una protección jurídica preferente. Para definir ese interés superior debe tomarse en cuenta que su única fuente es el



propio niño o niña, es decir, lo que para él o ella significa dicho interés y no lo que representa para el adulto.”⁴¹

La Convención Sobre los Derechos del Niño contiene principios, garantías y derechos que el Juez de Familia debe evaluar en su totalidad, pues sólo así se permite la adecuada aplicación de este principio a cada caso concreto, ya que el Juez debe realizar una doble valoración: por una parte, debe establecer jurídicamente lo que significa el interés superior para el niño o niña y por la otra, evaluar cómo, en el caso concreto y según la situación fáctica que se le presenta, se concretará la decisión que se tome.

La doble valoración judicial debe constar en la resolución que dicte, pues, como ha sostenido la Corte de Constitucionalidad en reiterados fallos, en los casos de los derechos de la niñez toda falta de motivación o razonamiento valorativo y estimativo de los hechos y las pruebas implica violación a los principios del interés superior del niño, al debido proceso y al derecho de defensa.

Por lo tanto, el interés superior del niño o niña es una garantía que se aplica en toda decisión que se adopta en relación con la niñez y adolescencia orientada a asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, por ello, en ningún caso, su aplicación puede disminuir, tergiversar o restringir los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás legislación aplicable.

⁴¹ Solórzano, Justo. **La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías.** Pág. 37.

5.6.2 El derecho de opinión

El Artículo 12.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes garantizarán al niño y niña, que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y a que se tomen debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y su madurez. Con ese objeto se dará en particular, al niño o niña la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

El derecho de opinión del niño o niña dentro de un proceso judicial no necesariamente significa que debe ejercerse dentro del formalismo de una declaración de parte u otra forma establecida en la ley, ya que esas diligencias judiciales no han sido diseñadas para escuchar al niño o niña, sino para que su resultado sirva a los intereses de las partes. Por eso, aunque en el párrafo segundo del Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establezca que la expresión sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado siempre permanece la obligación legal de transmitir la opinión del niño o niña. En ese sentido, el Juez de Familia debe ser creativo para establecer procedimientos adecuados que permitan el pleno desarrollo de este derecho y valorar tal manifestación según la edad y madurez del niño o niña, pero sólo podrá hacerlo después de que éstos hayan sido escuchados.



Explica Solórzano Justo que “la aplicación de este derecho no significa que se le delegue totalmente al niño o niña todo el poder de decisión, sino que trata de otorgarles participación en el proceso de la toma de decisiones que le afectarán, es decir que trata de establecer y crear condiciones más apropiadas para que los niños y niñas puedan desarrollar su personalidad. Lo importante es conocer cuál es su expresión objetiva y subjetiva en relación con determinado acontecimiento de su vida y luego considerarlo y valorarlo judicialmente para decidir lo que más interesa a su bienestar.”⁴²

El Juez de Familia debe garantizar que la opinión del niño o niña sea un factor determinante en la toma de decisiones que les conciernen, ya que este derecho va más allá de lo que ellos puedan verbalmente manifestar, pues su opinión no sólo se expresa a través de su racionalidad sino también de sus sentimientos.

5.7. Determinación de la vía procesal

Como vimos en el primer capítulo, el permiso de salida del país es una medida de control en beneficio de la seguridad de los niños y niñas, que exige la concurrencia de la voluntad de los titulares de la patria potestad y el libre consentimiento de los mismos. En el caso en que uno de los padres no dé su consentimiento para el otorgamiento del pasaporte y salida del país de su hijo menor de edad se hará la gestión ante la autoridad competente, tal y como lo establece el Artículo 53 de la Ley de Migración y los Artículos 49 y 50 de su Reglamento al indicar: Ante la negativa de uno de los progenitores será un Juez de Familia quien resuelva lo procedente, la solicitud del

⁴² Solórzano, Justo. **Los Derechos de la Niñez y su Aplicación Judicial. Proyecto Justicia Penal de Adolescentes y niñez Víctima.** Pág. 78.



pasaporte del menor de edad deberá firmarla la persona que acredite el ejercicio de la patria potestad o la tutela, o a quién se haya autorizado para el efecto mediante la resolución judicial correspondiente.

De la lectura de la norma, se ve que ante la negativa de uno de los padres, debe ejercitarse una acción ante los Tribunales de Familia para suplir el consentimiento no prestado, por la autorización judicial; sin embargo, la ley no establece un procedimiento específico en el que se deba tramitar la autorización judicial de pasaporte para un menor de edad, pues se limita a indicar que se someterá a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, para lo cual se debe tomar en cuenta el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley Número 206 que establece: En las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, rige el procedimiento del juicio oral que se regula en el Capítulo II del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil, en donde se hace un detalle general de la forma en que se tramitan las diferentes etapas del juicio oral.

5.8. Determinación de la competencia

Según Aguirre Godoy Mario, “la competencia es el límite de la jurisdicción, es la medida como se distribuye la actividad jurisdiccional entre los diferentes órganos judiciales. La jurisdicción la ejercen todos los jueces en conjunto, la competencia corresponde al juez considerado en singular. Es la atribución a un determinado órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción.”⁴³

⁴³ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 89.

Por lo tanto, la competencia es el ámbito determinado por la ley dentro del cual el órgano jurisdiccional puede ejercer jurisdicción; y con el objeto de determinar qué Juez va a conocer de determinada controversia, Aguirre Godoy Mario expone las siguientes “reglas de competencia:

- a) **Competencia por razón del territorio:** Consiste en la división del territorio estatal en jurisdicciones, que por lo general coinciden con las divisiones político-administrativas. En virtud, de que los jueces tienen plena jurisdicción en su territorio, la ejercerá sobre las personas allí domiciliadas y sobre los bienes allí situados.
- b) **Competencia por razón de la materia:** La jurisdicción se distribuye atendiendo a la naturaleza del litigio, por lo que existen jueces penales, civiles, laborales, de familia, de la niñez y adolescencia, entre otros. La competencia en asuntos de familia (tema central de esta investigación) está atribuida a los Jueces de Primera Instancia de Familia y a las Salas de la Corte de Apelaciones de Familia.
- c) **Competencia por razón de grado:** Se da en los sistemas de organización judicial con varias instancias, para la revisión de las decisiones, en virtud de los recursos oportunos.
- d) **Competencia por razón de la cuantía:** Este tipo de competencia se distribuye atendiendo al valor económico del litigio u objeto del proceso, ya sea de ínfima, menor o mayor cuantía.

e) **Competencia por razón por razón de turno:** A jueces de la misma competencia a quienes se les fija determinados días para la recepción de procesos nuevos, con el fin de hacer una distribución equitativa del trabajo entre los mismos. Así un juez, no obstante ser competente para conocer de una causa civil, debe negarse a intervenir si es iniciada fuera del turno que le ha sido asignado.”⁴⁴

En el caso de autorización judicial de pasaporte de un menor de edad, la Ley de Migración, en su Artículo 53, establece expresamente que será un Juez de Familia quien resolverá lo procedente en vista de las justificaciones presentadas por ambos progenitores; y tomando en cuenta el Artículo 18 de la Ley de Tribunales de Familia, por ser un asunto de familia en el que se ve involucrado los intereses del niño o niña; el juez competente será el del domicilio del menor de edad o el juez del lugar donde resida el demandado, a elección de los demandantes.

5.9. Sujetos procesales

La jurista guatemalteca Ruiz Castillo de Juárez Crista, menciona que “los sujetos procesales son las personas naturales o jurídicas que se constituyen en el proceso para pretender en él la solución de un conflicto de intereses, asumiendo derechos, deberes, cargas y responsabilidades inherentes al juicio.”⁴⁵

⁴⁴ **Ibíd.** Pág. 90.

⁴⁵ Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Teoría general del proceso.** Pág. 85.

Chacón Corado Mauro, indica que “tienen capacidad procesal o para obrar en juicio (legitimatio ad processum), ya fuere en nombre propio o en representación de otro, en el presente caso en nombre de la persona menor de edad, quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.”⁴⁶ En ese sentido, el Artículo 44 del Código Procesal Civil y Mercantil establece, que tendrán capacidad para litigar las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos. Las que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, no podrán actuar en juicio, sino representadas, asistidas o autorizadas conforme a las normas que regulen su capacidad.

En el proceso de autorización judicial de pasaporte para un menor de edad, los sujetos procesales o partes procesales en la controversia son:

- a) **Sujeto Activo:** También se le denomina actor o demandante. Es la persona que promueve la actividad del órgano jurisdiccional, es decir, el progenitor o representante legal que solicita o demanda la autorización judicial del pasaporte en nombre de la persona menor de edad, ya que éste último no puede constituirse en sujeto procesal sino comparecer a proceso por medio de su padre o madre en el ejercicio de la patria potestad o por medio de representante legal.

- b) **Sujeto Pasivo:** También se le denomina demandado. Es el padre o la madre o ya sea el representante legal que manifiesta su negativa para el otorgamiento del pasaporte del menor de edad ante el Juez de Familia competente.

⁴⁶ Chacón Corado, Mauro. **Los conceptos de acción, pretensión y excepción.** Pág. 152.



Lo contradictorio entre los sujetos procesales surge en razón de la satisfacción de la pretensión reclamada, en el presente caso de estudio, la autorización o no del pasaporte para la persona menor de edad. Para lo cual, cada sujeto procesal tiene el mismo derecho de pedir, ofrecer y proponer medios de prueba y de interponer los recursos que considere necesarios; es decir, que cuentan con los mismos derechos de ataque y defensa dentro del proceso.

5.10. Etapas procesales del proceso de autorización judicial de pasaporte para menor de edad

5.10.1. Demanda

El autor Gordillo Galindo Mario Estuardo, indica que “la demanda es el acto introductorio de la acción, por la cual, mediante relatos de hechos e invocación del derecho el actor determina su pretensión. Es a través de ella que el actor inicia la actividad jurisdiccional y que plantea el derecho que considera le asiste y quiere que se declare.”⁴⁷

Según el Artículo 201 del Código Procesal Civil y Mercantil la demanda en este tipo de procesos puede presentarse de dos formas:

- a) Verbalmente, para lo cual el secretario del Juzgado levanta un acta indicando lo que se pretende. El tratadista guatemalteco Aguirre Godoy Mario, comenta que

⁴⁷ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco, aspectos generales de los procesos de conocimiento.** Pág. 117.



“cuando se procede de esta manera, la oralidad cumple su función y la escritura (el acta) solamente documenta lo que el demandante expone, por lo que el actor debe cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil, debiendo acompañar los documentos en que fundamente el derecho que pretende hacer valer.”⁴⁸

- b) Por escrito, debe cumplir con los requisitos que contiene todo escrito inicial regulado en los Artículos 61, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil para ser admitido por el Juzgado de Familia.

La pretensión principal de la demanda es que se autorice el pasaporte de la persona menor de edad. Al respecto, Ruiz Castillo de Juárez Crista, señala que la pretensión procesal “es una declaración de voluntad, porque en ella se expone lo que el sujeto quiere; el autor de la pretensión sostiene que lo que reclama coincide con lo establecido en el ordenamiento jurídico.”⁴⁹ Por lo tanto, en el presente caso, ante la negativa de uno de los padres de autorizar el pasaporte de su hijo o hija menor de edad, la Ley de Migración faculta al otro progenitor de ejercitar una acción ante los Tribunales de Familia para suplir el consentimiento no prestado, por la autorización judicial, debiendo resolverse lo que se considere más beneficioso para el niño o niña dadas las circunstancias del caso concreto.

⁴⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 18.

⁴⁹ Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Ob. Cit.** Pág. 197.



Es importante señalar que a la demanda se debe de adjuntar los documentos en que el actor fundamenta su derecho, o bien la individualización y el señalamiento que debe formularse en cuanto al contenido y lugar en donde se encuentran los mismos cuando no están en su poder. Entre los cuales se pueden mencionar:

- a) Certificación de la Partida de Nacimiento de la persona menor de edad a favor de quien se tramita la autorización de pasaporte, extendida recientemente por el Registrador Civil del Registro Nacional de las Personas;
- b) Ejecutoria de la sentencia de divorcio, en la cual también se acredita a quién corresponde la guarda y custodia de la persona menor de edad;
- c) Cualquier documento probatorio de la finalidad y destino del viaje;
- d) Documentos que demuestren el arraigo en el país de las personas menores de edad, por ejemplo, constancias de ser estudiante activo de algún centro educativo;
- e) Documentos que demuestren el arraigo en el país de la parte actora, por ejemplo, constancias laborales;
- f) Certificación de los movimientos migratorios de la parte actora emitida por la Dirección General de Migración;

- g) Declaración jurada de la parte actora manifestando su intención de regresar al país y la fecha aproximada de su regreso;
- h) Cualquier otro documento que por la particularidad del caso, estime la parte actora ofrecer dentro del proceso, por ejemplo, certificados médicos que acrediten la gravedad de la persona menor de edad;

De esta forma, si la demanda se ajusta a los requisitos, el Juez le da trámite, señalando en la primera resolución el día y la hora para que las partes comparezcan a juicio oral y para que presenten sus respectivos medios de prueba; además el Juez hace un apercibimiento en cuanto a continuar el juicio en rebeldía de la parte que no comparezca a la audiencia señalada.

La demanda puede ser ampliada o modificada hasta antes de contestarla el demandado, es decir entre el término comprendido entre el emplazamiento y la primera audiencia oral o al celebrarse ésta; es oportuno señalar que los efectos de la ampliación o modificación de la demanda son distintos, según el momento procesal en que se lleve a cabo.

Si la ampliación o modificación de la demanda se produce antes de la audiencia, se debe proceder de nuevo al emplazamiento del demandado, por el principio de defensa y del debido proceso que le asiste, ya que el demandado tiene derecho de conocer en su totalidad cuáles son las pretensiones que se ejercen en su contra y plantear lo que a su criterio sea oportuno. En caso de que se lleve a cabo en la audiencia, el Juez debe



suspenderla y señalar nuevo día y hora para la misma, a menos que la parte demandada prefiera contestar la demanda en ese momento, para lo cual se prosigue con el desarrollo de la audiencia.

En esta etapa procesal, puede observarse cómo se busca la agilización del proceso mediante el uso de la oralidad, toda vez que se regulan alternativas para evitar la suspensión de las audiencias y garantizar de esta forma la continuidad de las mismas.

5.10.2. Emplazamiento

El autor Gordillo Galindo Mario Estuardo, hace hincapié al mencionar que “el emplazamiento es el plazo que el juez otorga al sujeto pasivo de la relación procesal (demandado) para que tome una actitud frente a la acción del actor, es decir que es el tiempo otorgado al demandado para que tome una actitud o decisión frente a la demanda presentada en su contra.”⁵⁰ Presentada la demanda, el Juez debe señalar día y hora para juicio oral, siendo requisito que entre la notificación de la demanda y la primera audiencia, medien por lo menos tres días, plazo que podrá ser ampliado en razón de la distancia.

5.10.3. Audiencia

Debido a la naturaleza que reviste el proceso oral, el desarrollo de la audiencia es un aspecto de suma importancia, ya que en la misma queda determinado el rumbo que tomará el proceso. Asimismo, es en ésta donde se desarrolla el verdadero sentido de la

⁵⁰ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Ob. Cit.** Pág. 120.

oralidad, ya que las partes comparecen ante el Juez de Familia a exponer y probar sus pretensiones para obtener de esta manera el fallo que decida la controversia. En la primera audiencia del juicio oral, se realiza el mayor número de etapas procesales, en consecuencia, en esta audiencia se intenta la conciliación, que el demandado toma su actitud frente a la demanda y se propone prueba. Para lo cual, se suscribe un acta en el Juzgado de Familia, haciendo constar la comparecencia de las partes y lo actuado en la audiencia. La audiencia se estructura de la siguiente manera, según comparezcan o no las partes:

1) Conciliación

El día y hora fijados para la celebración del juicio oral, se verificará la presencia de las partes, si ambas partes comparecen se procederá a la fase de conciliación, una etapa obligatoria del juicio oral, previo a la actitud del demandado frente a la demanda, en la que el Juez de conformidad con el Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil, procurará avenir a las partes proponiéndoles fórmulas ecuanímes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren, siempre y cuando no sea contrario a derecho, tutelando especialmente lo referente a menores.

Estos arreglos pueden ser totales que de tener lugar concluye el juicio o parciales, en este último caso se debe proseguir con el trámite correspondiente, pero solamente en cuanto a los puntos no acordados. Sin embargo, es preciso señalar que no es obligatorio para las partes llegar a acuerdos de este tipo, más bien es un acto puramente voluntario, el cual puede producirse en cualquier momento del proceso.

2) Actitudes del demandado

a) Rebeldía

Tal y como se indicó en el apartado anterior, en la primera resolución el Juez de Familia señala día y hora para que las partes comparezcan a juicio oral y las previene de presentar sus respectivas pruebas en la audiencia señalada, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía de la que no comparezca. El tratadista Gordillo Galindo Mario Estuardo, menciona que “la rebeldía o contumacia se da cuando el demandado debidamente notificado para comparecer a juicio, no lo hace dentro del plazo que la ley le confiere. En términos generales es toda desobediencia, oposición, resistencia o rebelión.”⁵¹ Es importante mencionar que en esta clase de proceso tanto el demandado como el actor pueden incurrir en rebeldía.

Cuando sea el demandado el declarado rebelde, se continuará con el trámite del proceso, por lo que se entiende que se diligenciarán las pruebas ofrecidas por la parte actora y se dictará la sentencia respectiva a más tardar al quinto día de celebrada la última audiencia. No obstante a ello, si la parte demandada comparece después de la declaración de rebeldía y antes de dictarse sentencia, podrá retomar el caso en el estado en que se encuentre sin poder contestar la demanda ni proponer medios de prueba.

⁵¹ **Ibíd.** Pág. 141.

b) Allanamiento

Otra de las actitudes que puede asumir el demandado frente a las pretensiones del actor, es allanarse a las mismas. El allanamiento es el acto procesal por medio del cual el demandado acepta expresamente las pretensiones hechas por el actor en su demanda. Cuando se da el allanamiento, el juez previa ratificación, fallará sin más trámite, tal y como lo establece el Artículo 115 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Es decir que el demandado no se opone a las pretensiones del actor, para lo cual el juez debe dictar la sentencia correspondiente dentro del tercer día. Esto implica que no se da una prosecución de todo el trámite del proceso, sino que, el Juez de Familia se limita a estudiar lo ofrecido por la parte actora y dicta la sentencia.

c) Excepciones

Las excepciones son medios de defensa que utiliza el demandado para depurar el proceso o atacar el fondo del asunto objeto del litigio, entre esta clase están las excepciones previas (Artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil) y las excepciones perentorias (Artículo 118 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Entre las excepciones idóneas que puede plantear el progenitor que manifiesta la negativa de la autorización de pasaporte para su hijo o hija menor de edad se pueden mencionar las siguientes:

- **Incompetencia:** El demandado puede alegar a través de esta excepción previa, que el juez ante quien se planteó la demanda carece de competencia, ya sea por razón de materia o grado. Es muy común que en este tipo de proceso se plantee la solicitud de autorización judicial de pasaporte ante Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, pero la Ley de Migración, en su Artículo 53, establece expresamente que será un Juez de Familia quien resolverá lo procedente en vista de las justificaciones presentadas por ambos progenitores.
- **Litispendencia:** La excepción previa de litispendencia puede promoverse por el demandado cuando el progenitor que solicita la autorización judicial de pasaporte del menor de edad haya planteado su acción en otro tribunal competente y por consiguiente exista coincidencia de sujetos procesales, objeto, causa y que ambos procesos se encuentren en trámite. Por lo que, con el objeto de impedir fallos distintos en el mismo caso, de conformidad con el Artículo 540 del Código Procesal Civil y Mercantil, el Juez de Familia declarará la improcedencia del segundo juicio.
- **Demanda Defectuosa:** La excepción previa de demanda defectuosa surge cuando el escrito de la demanda no cumple con los requisitos formales establecidos en la ley y el órgano jurisdiccional no se percata de ello.
- **Falta de Capacidad Legal:** Esta excepción previa opera cuando la persona que actúa en un proceso como demandante no es capaz procesalmente hablando para ejercer los derechos que reclama. Por lo tanto, esta excepción procede en

el supuesto que la madre que solicita la autorización judicial del pasaporte de su menor hijo o hija también sea menor de edad y no haya comparecido a juicio a través de su representante legal, en este caso sería uno de sus padres, es decir los abuelos maternos de la persona menor de edad a favor de quien se está tramitando la autorización judicial de pasaporte.

- **Falta de Personería:** El autor Gordillo Galindo Mario, indica que, personería es “la aptitud que tiene una persona de ejercitar derechos o acciones en juicio, en representación de la que es titular de los mismos.”⁵²

El padre o la madre que manifieste su oposición para el otorgamiento del pasaporte de su hijo o hija menor de edad, puede plantear esta excepción previa cuando la parte actora alega que actúa en representación de la persona menor de edad, pero no adjunta a la demanda la certificación de la partida de nacimiento de la misma, con la cual se acredita que actúa en ejercicio de la patria potestad del menor. Al respecto, el primer párrafo del Artículo 45 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que, los representantes deberán justificar su personería en la primera gestión que realicen, acompañando el título de su representación.

El Código Procesal Civil y Mercantil establece en su Artículo 205 que todas las excepciones (previas y perentorias) se deberán oponer al momento de contestar la demanda o la reconvencción. Asimismo, hace la aclaración de que las excepciones nacidas con posterioridad y las de cosa juzgada, caducidad, prescripción, pago,

⁵² **Ibid.** Pág. 128.

transacción y litispendencia, pueden interponerse en cualquier momento del proceso, siempre que no se haya dictado sentencia en segunda instancia. La ley le otorga la facultad al Juez para que resuelva las dificultades que se le presentan en el desarrollo de la audiencia, si la parte demandada interpone excepciones previas el Juez las debe resolver en la primera audiencia, pero también puede resolverlas en auto separado, dependiendo de su complejidad y las demás excepciones, es decir las perentorias, se resolverán en sentencia.

d) Contestación negativa de la demanda

La contestación de la demanda constituye una de las actitudes del demandado que puede adoptar en el juicio, pudiendo presentarla escrita o bien oralmente en la audiencia. El Artículo 204 del Código Procesal Civil y Mercantil se refiere en cuanto a la contestación de la demanda, indicando que si en la etapa conciliatoria no se llega a ningún acuerdo, se procede a contestar la demanda, la cual, al igual que la demanda, debe reunir los requisitos estipulados en los Artículos 61, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La parte demandada niega los hechos ofrecidos por la parte actora, aportando los medios de prueba pertinentes y como se mencionó anteriormente, el demandado puede interponer las excepciones que considere oportunas con la contestación de la demanda, las cuales se resolverán en sentencia.



Los argumentos más comunes de uno de los padres que se opone a la autorización de pasaporte de su hijo o hija menor de edad, se dan por la falta de relaciones afectivas y familiares entre padres e hijos, por el temor de no volver a ver al niño o niña, que el hijo o hija no regrese al país y no pueda volver a relacionarse con el menor o ya sea que se pierda contacto definitivamente con la figura paterna o materna. El derecho de los niños, niñas o adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de la misma pueden tener acceso a la protección, cuidado, alimentación, salud, educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta. Así lo ha reconocido, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Artículo 9.3., el deber de los Estados Partes de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, y en su Artículo 10.2, el derecho de los niños cuyos padres residan en Estados diferentes, a mantener, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

e) Reconvención

El tratadista Gordillo Galindo Mario Estuardo, indica que “la reconvención es la demanda del demandado, es la interposición por parte del demandado, en el momento de contestar la demanda, de una nueva demanda en contra del actor. En el juicio oral, la reconvención deberá llenar los requisitos aplicables al juicio ordinario, es decir que la

pretensión que se ejercite debe tener conexión por razón del objeto o del título con la demanda y no debe estar sujeta a procedimientos diferentes.”⁵³

Puede presentarse por escrito antes de la primera audiencia o durante la celebración de la misma o ya sea que se presente verbalmente; por lo que el Juez de Familia debe suspender la audiencia y señalar una nueva para que el actor tenga oportunidad de contestarla, o bien, aceptar la facultad del actor para contestarla en el mismo acto.

3) Diligenciamiento de los medios de prueba

Seguido a las etapas procesales de la verificación de la presencia de las partes, la conciliación y la contestación de la demanda, prosigue la etapa de la prueba, en la cual las partes rinden todos los medios de probatorios que ofrecieron para probar sus hechos.

El Juez como persona ajena a los hechos que se le han puesto en conocimiento y sobre los cuales debe pronunciarse, ha de disponer de esos medios para verificar la exactitud de las pretensiones; la forma procesal en que realiza esa verificación es a través de los medios de prueba que oportunamente han sido ofrecidos, presentados e individualizados por las partes en la demanda o en la contestación de la demanda respectivamente. En el proceso de autorización judicial de pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres, se consideran viables los siguientes medios de prueba:

⁵³ **Ibíd.** Pág. 143.

a) **Declaración de las partes:** El civilista Aguirre Godoy Mario, indica que “el testimonio de una de las partes se llama confesión. Asimismo, la confesión es cualquier declaración o manifestación de las partes que desempeñe una función probatoria, es decir que tienda a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado.”⁵⁴

Las posiciones son el medio para producir la confesión, y para ordenar la citación del que ha de absolver posiciones, es necesario que se haya presentado la plica que contiene pliego de posiciones, la cual queda bajo reserva en la secretaría del tribunal. El Artículo 133 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que éstas versarán sobre hechos personales del absolvente o sobre el conocimiento de un hecho, expresadas con claridad, precisión y en sentido afirmativo. El acto de contestar las posiciones se llama absolución.

La declaración de las partes tiende a formar la convicción del juez, en ese sentido, los padres del menor de edad al absolver las posiciones, acreditan la veracidad de los hechos enunciados en la demanda o su contestación (por un lado el objeto y destino del viaje y por el otro la negativa de autorizarlo); ya que, a este medio de prueba la ley le otorga un valor tasado, pues produce plena prueba y ello porque se presta bajo juramento con sanciones penales en caso de no decir la verdad dentro de juicio.

⁵⁴ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 587.

b) Declaración de testigos: El progenitor que demanda la autorización judicial de pasaporte de su hijo o hija menor de edad como el progenitor que manifiesta su negativa al mismo, pueden probar sus respectivas proposiciones de hecho por medio de testigos, por ser personas ajenas a la litis y que puedan declarar sobre la veracidad de los hechos objeto de la petición; ya que, su declaración debe ser libre y sin presiones ni intereses especiales a ninguna de las partes procesales.

c) Dictamen de expertos: También se le denomina prueba pericial. Aguirre Godoy Mario, expone que “el experto es un perito, que es el técnico que auxilia al juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos, cuando media una imposibilidad física o se requieran conocimiento especial en la materia. Perito es la persona que sin ser parte, emite con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya sea de índole procesal en el momento de su captación.”⁵⁵

La pericia o expertaje debe versar sobre datos procesales con respecto a los cuales el juez necesita cierta apreciación o enjuiciamiento. Debe ser producido a instancia del juez o a petición de la parte a quien interese que se lleve a cabo, pero en ambos casos es el juez quien encarga a los peritos llevar a cabo el examen. Este medio de prueba se considera idóneo dentro del proceso objeto de estudio, cuando la persona menor de edad a favor de quien se solicita la autorización judicial de pasaporte padezca de *alguna enfermedad grave y por consiguiente necesite atención médica especializada,*

⁵⁵ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 666.

tratamiento médico o ser intervenida quirúrgicamente en el extranjero o ya sea para determinar que la asistencia médica se le puede brindar en el país.

d) Documentos: También llamada prueba instrumental. el jurista Gordillo Galindo Mario Estuardo, menciona que “es la prueba que se realiza por medio de documentos privados, públicos, correspondencia o cualquier otro escrito.”⁵⁶ Los documentos aportados dentro de juicio se presumen auténticos, pero ésta admite prueba en contrario, deben ser claramente legibles así como las copias que se adjunten de los mismos.

La proposición y diligenciamiento de los medios de prueba se desarrolla en audiencias, para tal efecto la prueba se propone en la primera audiencia y procede a diligenciarse. El Artículo 206 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que las partes están obligadas a concurrir a la primera audiencia con sus respectivos medios de prueba, pero si no fuere posible recibirlas todas, da la posibilidad de señalar una nueva audiencia dentro del plazo no mayor de quince días y como caso extraordinario que se lleve a cabo una tercera audiencia, en un plazo no mayor de diez días, siempre que por circunstancias ajenas al tribunal o a las partes, no hubiere sido posible aportar todas las pruebas en la segunda audiencia.

La segunda y tercera audiencia que regula el artículo arriba mencionado, tienen carácter excepcional, ya que el objeto del juicio oral se orienta a que la recepción de la prueba se lleve a cabo en la primera audiencia, motivo por el cual en la primera

⁵⁶ Gordillo, Galindo. Mario Estuardo. **Ob. Cit.** Pág. 158.



resolución el Juez intima a las partes para que en la primera audiencia comparezcan con sus medios de prueba.

Esta etapa procesal es de suma importancia para el proceso objeto de estudio de la presente tesis, ya que es donde el juez tiene una percepción directa de las pruebas que aportan los padres del menor de edad para probar sus respectivos argumentos y con ello obtener la autorización judicial del pasaporte. Una vez diligenciada la prueba ofrecida, la etapa de la audiencia que conlleva el juicio oral es terminada y el juez debe proceder a emitir el fallo correspondiente.

5.10.4. Sentencia

Según el Artículo 208 del Código Procesal Civil y Mercantil, la sentencia deberá pronunciarse por escrito dentro de los cinco días siguientes al de la última audiencia en que se hubiere diligenciado la prueba, salvo el caso de allanamiento o confesión, en que la sentencia se dicta dentro del tercer día. Y cuando el demandado no comparezca a la primera audiencia, sin causa justificada, el juez fallará, siempre que se hubiera recibido la prueba ofrecida por el actor. El Juez de Familia, por tratarse de un proceso judicial en que están implicados intereses de menores de edad, hace un análisis minucioso de todas las actuaciones y medios de prueba aportados por las partes, así como de las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada caso en concreto para arribar a una decisión que efectivamente tienda a proteger los intereses y derechos de la persona menor de edad a favor de quien se solicita la autorización judicial de pasaporte.

Para establecer qué condiciones satisfacen mejor el interés superior del niño, niña o adolescente, debe tomarse en cuenta las situaciones concretas del caso vistas en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados del mismo, para lo cual el Juez de Familia cuenta con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación del ordenamiento jurídico para promover el bienestar del menor.

En ese sentido, la autorización judicial de pasaporte de un menor de edad implica mantener un equilibrio entre los derechos de la persona menor de edad y los de los padres, ya que al surgir conflicto entre los mismos, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del niño, niña o adolescente. No obstante a ello, esto no implica que el Juez de Familia al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no pueda tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior del niño o niña prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

Al otorgarse la autorización judicial de pasaporte de la persona menor de edad, la parte actora, al estar la sentencia ejecutoriada deberá acudir a la Dirección General de Migración por ser la institución que administra el registro, control y documentación de los movimientos migratorios de las personas, ya que verifica y garantiza a nacionales y extranjeros, su entrada, permanencia y salida del territorio nacional. Por lo tanto, es la entidad encargada en Guatemala de emitir el pasaporte a los guatemaltecos que se encuentran en el territorio nacional. En la Subdirección de Documentos de Identificación Internacional deberá presentar:

- La ejecutoria de la sentencia, y adjuntar
- El original de la certificación de la partida de nacimiento del menor extendida por el Registrador Civil del Registro Nacional de las Personas, de los últimos seis meses;
- Comprobante del pago de arancel correspondiente (el equivalente en quetzales a US\$30.00);
- Original y fotocopia de la cédula de vecindad o documento de identificación personal, para su revisión y valoración correspondiente. Una vez aprobada la papelería se traslada a la Unidad de Pasaportes para proporcionar los datos de identificación personal y captación de las huellas dactilares de la persona menor de edad.

Si la sentencia no es favorable para alguna de las partes, podrá impugnarla ante Tribunal de Familia quien elevará las actuaciones a la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia competente.

5.10.5. Recursos

a) Recurso de apelación

El jurisconsulto Aguirre Godoy Mario, comenta que es “en este tipo de procesos sólo será apelable la sentencia. El objeto de esta norma es que el juicio oral se tramite con toda la celeridad posible, dando amplias facultades al Juez para resolver las

- a) **Cosa juzgada material:** Aguirre Godoy Mario indica que "es aquella que implica la inatacabilidad de un resultado procesal mediante la apertura de un nuevo proceso, al cerrarse toda posibilidad de que se emita una decisión que se oponga o contradiga a lo antes dictado, ya que los efectos de la sentencia se producen en el proceso en que se dictó y en los futuros."⁵⁹
- b) **Cosa juzgada formal:** Para el tratadista Monroy Cabra Marco Gerardo, "la cosa juzgada formal es eficaz tan sólo con relación al juicio concreto en que se ha producido, o con relación al estado de las cosas, objeto, personas, causa, teniendo en cuenta al decidir, y nada impide que subsanadas las circunstancias que provocaron el rechazo de la demanda anterior, la cuestión pueda renovarse en un nuevo juicio. Puede resumirse lo anterior, al decir que hay cosa juzgada formal cuando la sentencia y en su caso un auto, ya no puede ser objeto de recurso, pero admite la posibilidad de ser modificada en ulterior proceso."⁶⁰

Las decisiones judiciales en cosa juzgada formal se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, la cosa juzgada pueda modificarse.

La sentencia de autorización judicial de pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres también causa cosa juzgada formal, es decir, que en un nuevo proceso se puede volver a plantear la cuestión debatida por los padres del

⁵⁹ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 38.

⁶⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Principios de derecho procesal civil.** Pág. 33.



menor, ya que la autorización judicial emitida se debe cumplir y es obligatoria sólo respecto al proceso en que se ha dictado. En ese sentido, si al vencer el plazo de cinco años de emisión del pasaporte ordinario y uno de los padres no otorga su consentimiento para la renovación del mismo, se debe iniciar el proceso de autorización judicial del pasaporte; debido a que los motivos o las circunstancias por las cuales se oponía uno de los padres a la emisión del pasaporte de su hijo o hija menor de edad pueden variar a las que inicialmente había manifestado en juicio.



CONCLUSIONES

1. Las solicitudes de autorización judicial para la obtención del pasaporte de un menor de edad en poder de la madre cuando ejerce la patria potestad, actualmente son competentes para conocer los Juzgados de Primera Instancia de Familia, pero tienen la limitante de no poder velar por la protección integral del niño
2. La autoridad competente para autorizar el pasaporte de un menor de edad ante la negativa de uno de los padres es el Juez de Primera Instancia de Familia mientras que el visado para salir del país es extendido por el Consulado o Embajada del país a donde se va a viajar acreditada en Guatemala.
3. En el proceso judicial de autorización de pasaporte de un menor de edad el Juez de Primera Instancia de Familia atiende a los parámetros o criterios establecidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional y se basa en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado para determinar el interés superior del niño o niña y asegurar su integridad y seguridad personal.

4. La madre en el ejercicio de la patria potestad, solicita la autorización judicial para obtener el pasaporte de su menor hijo, ya que para obtener el pasaporte para un niño, es necesario acreditar la representación legal ante la Dirección General de Migración a través del ejercicio de la patria potestad o en virtud de resolución judicial.

5. El Estado de Guatemala, a través de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, integra a su legislación ordinaria disposiciones jurídicas por medio de las cuales se reconoce a los niños o niñas como sujetos de derecho, consideración que genera la obligación de respetar sus derechos durante la tramitación de procesos judiciales en que se vean implicados, y que a medida que evolucionan sus facultades tienen capacidad de ejercerlos por cuenta propia.

RECOMENDACIONES

1. Le corresponde a los Tribunales de Familia, adoptar un procedimiento para tramitar eficazmente las solicitudes de autorización judicial de pasaporte de menor de edad ante la negativa de uno de sus padres; ya que el procedimiento debe ser ágil, respetuoso del debido proceso y derechos fundamentales de las partes en contienda, dado que se trata del interés superior de la persona menor de edad que debe resolverse de la manera más expedita posible.
2. La Procuraduría General de la Nación, debe comparecer en los juicios, ya que cuenta con un departamento jurídico, por lo que deberá correrseles audiencia obligatoria en los juicios voluntarios judiciales de solicitud de autorización para la obtención de pasaporte de menores de edad; ya que su intervención, por medio del dictamen, puede coadyuvar a dictar una resolución jurídicamente acertada.
3. Que la Corte Suprema de Justicia, reforme la competencia para que los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia conozcan las solicitudes de autorización de obtención de pasaporte de los menores de edad, tomando en consideración que se ventilan sus derechos, los que deben protegerse según la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

4. Al juez de familia le incumbe evaluar las justificaciones que se invoquen ante él, por parte de uno de los padres que tienen la patria potestad del menor de edad, que desean salir del país, deben ser probadas mediante documentos, declaraciones testimoniales y la elaboración de un estudio socioeconómico que acrediten la necesidad de salir del país.

5. Al Estado de Guatemala le corresponde velar para que no sea engorroso el trámite de autorización judicial del pasaporte, ante el Juez de Familia, ya que con la solicitud de informes psicológicos y de trabajo social detallados que permitan determinar el estado de las relaciones afectivas y familiares entre el menor y el progenitor que se opone al otorgamiento del pasaporte, y con ello determinar si la negativa es fundamentada.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Colección de Monografías Hispalense. Guatemala: 2005.

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I. Centro Editorial VILE. Guatemala: 2003.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía, Buenrostro Báez. **Derecho de familia**. Editorial Oxford University Press. México: 2006.

BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Tomo I. 4ª. ed.; Ed. YAF Multiservicios. Guatemala: 2001.

BORDA, Guillermo. **Manual de derecho de familia**. 11ª. ed. Ed. Emilio Perrot. Buenos Aires, Argentina: 1993.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 8ª. ed.; Ed. Estudiantil FENIX. Guatemala: 2010.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26ª. ed. Ed. Heliasta Buenos Aires, Argentina: 1999.

CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita y otros. **Manual de derecho de familia**. 3ª. ed. Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador: 1996.

CANTWEL, Ninel. **Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño**. Instituto Interamericano del Niño. En Red. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/cad/Convenci%C3%B3n.pdf>. Consultado el 26/03/2012.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Ed. Reus, Madrid, España: 1941.



- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala. Comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos de apoyo, opiniones y sentencias de la Corte de Constitucionalidad.** 6ª. ed., Ed. Impresiones Gráficas. Guatemala: 2008.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **Los conceptos de acción, pretensión y excepción.** 3ª. ed.; Centro Editorial Vile. Guatemala: 2004.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel. **La familia en el derecho: Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares.** 2ª. ed.; Ed. Porrúa S. A. México: 1990.
- FERRER, Francisco A. M., y otros. **Derecho de familia.** Tomo I. Rubinzal y Culzonie S.C.C. Ed. Argentina: 2008.
- Fundación Tomas Moro. **Diccionario jurídico espasa.** Ed. Espasa Calpe, S. A., España: 1996.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco. Aspectos generales de los procesos de conocimiento.** 2ª. ed.; corregida y aumentada; Ed. Praxis, Guatemala, 2004.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Principios de derecho procesal civil.** 3ª. ed. Ed. Temis, S. A. Bogotá, Colombia, 1998.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 23ª. ed.; revisada, corregida y aumentada. Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil.** 3ª. ed.; Ed. Derecho Privado, España: 1957.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Tomos I, III y IV. Ed. Pirámide, S.A. Madrid, España: 1976.
- Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** 19ª. ed. Madrid, España: 1970.



RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Teoría general del proceso.** 14ª. ed. Ed. Foto Publicaciones. Guatemala: 2008.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco. **Interés del menor.** Ed. Dykinson, S. L. España, 1999.

Secretaría Presidencial de la Mujer. Consultado el 04 de abril del año 2012. http://muniasuncionmita.gob.gt/omm/ley_femicidio.pdf.

SOLÓRZANO, Justo. La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías. Guatemala. Organismo Judicial de Guatemala y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. 2006.

SOLÓRZANO, Justo. **Los derechos de la niñez y su aplicación judicial. Proyecto Justicia penal de adolescentes y niñez víctima.** Organismo Judicial de Guatemala y UNICEF. Guatemala: 2003.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto. **Derecho civil: de las obligaciones I.** Ed. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: 2000.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención sobre los Derechos del Niño. Congreso de la República de Guatemala, Decretos Número 27-90, Guatemala, 1990.



Ley de Migración. Decreto Número 95-98 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Decreto Número 27- 2003 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1991.

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206, 1964.

Ley de Migración. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 95-98, Guatemala, 1998.

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Decreto Número 27-2003, del Congreso de la República de Guatemala. 2003.