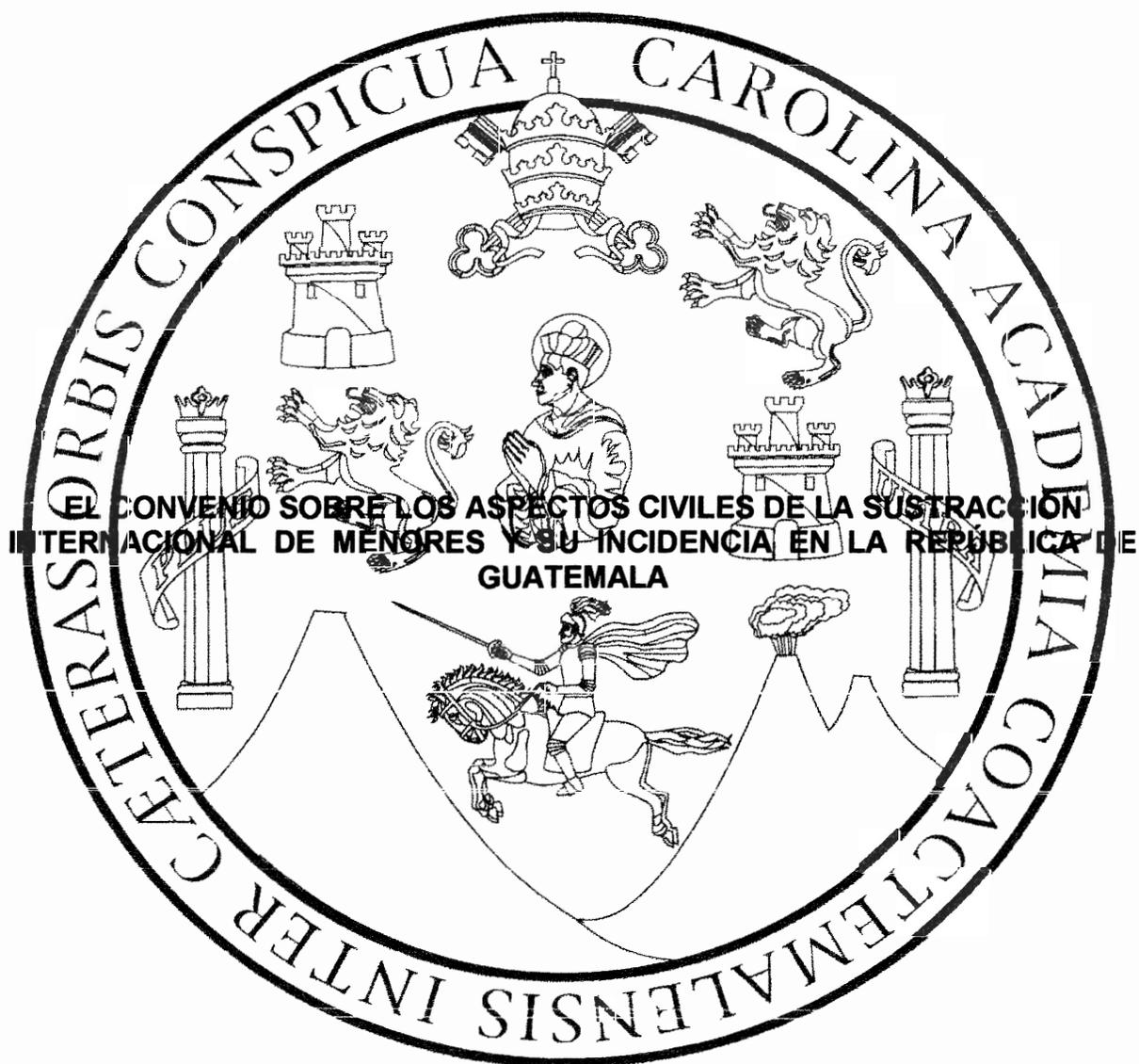


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



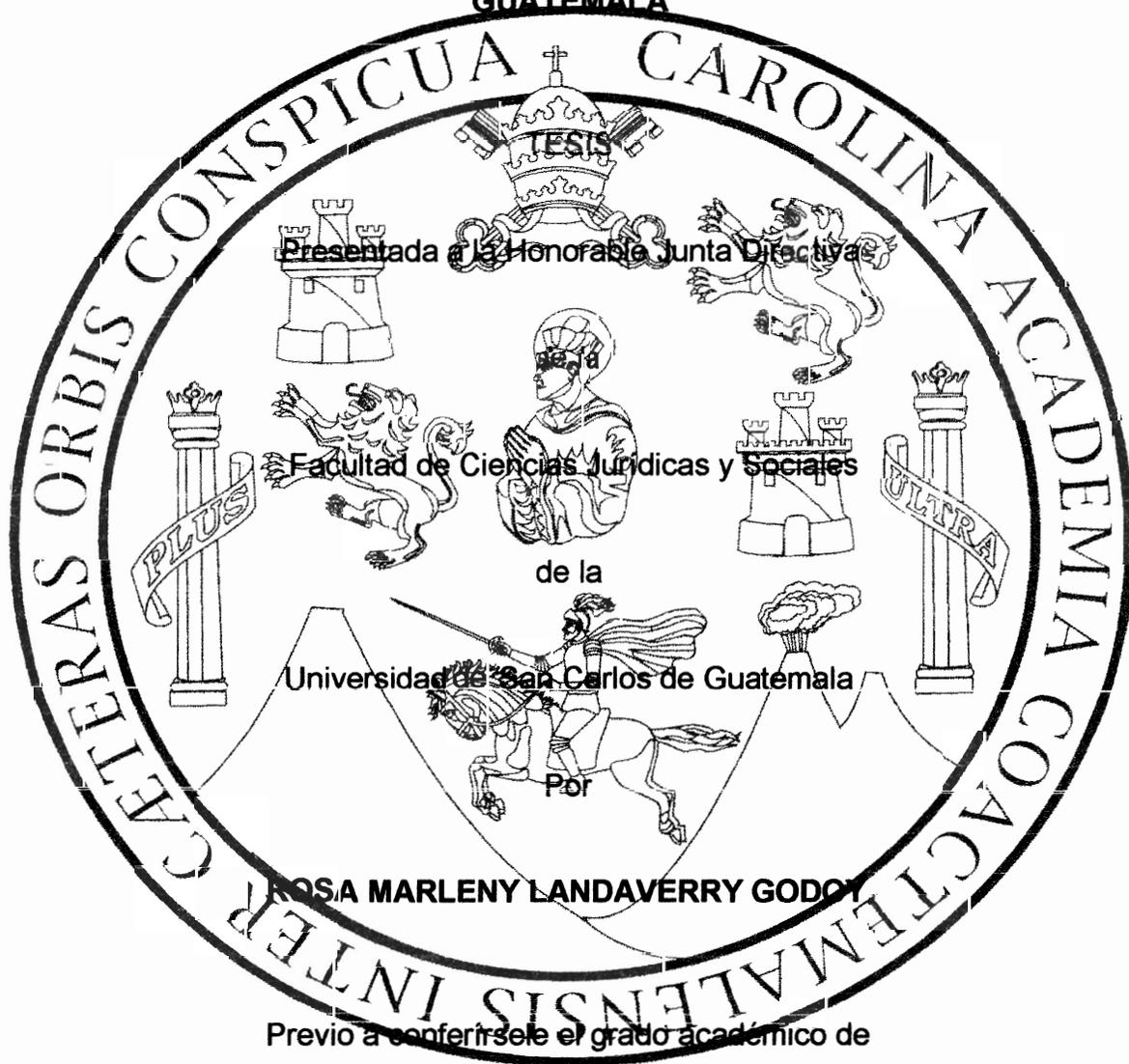
**EL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION
INTERNACIONAL DE MENORES Y SU INCIDENCIA EN LA REPUBLICA DE
GUATEMALA**

ROSA MARLENY LANDAVERRY GODOY

GUATEMALA, JULIO DE 2018

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

**EL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y SU INCIDENCIA EN LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**



LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, julio 2018

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

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).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 17 de noviembre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, JUAN EDILMAR FUENTES GARCIA, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante ROSA MARLENY LANDAVERRY GODOY, con carné 9012183, intitulado EL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SU INCIDENCIA EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Ajunto encontrará el plan de tesis respectivo.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 8 / 9 / 2016, f)

[Signature]
 Asesor(a)

[Signature]
ABOGADO Y NOTARIO



Lic. JUAN EDILMAR FUENTES GARCÍA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 7,027



Guatemala, 10 de abril del 2017.



Lic. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTINEZ
Jefe Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

De manera atenta me dirijo a usted, con e objeto de hacer de su conocimiento, que de acuerdo al nombramiento recaído en mi persona como asesor de tesis de la estudiante **ROSA MARLENY LANDAVERRY GODOY**, de fecha 17 de noviembre del año 2014, de la unidad de tesis de esa casa de estudios, procedí a asesorar el trabajo titulado "EL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SU INCIDENCIA EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA".

Habiendo finalizado la elaboración del mismo, de manera atenta informo:

- a) Que el trabajo en referencia se estudio bajo mi asesoría y durante la misma le hice al autor las sugerencias y/o recomendaciones, respecto de los aspectos y bibliografía que consideré prudente, de igual manera acerca del cumplimiento de los requisitos que contiene el normativo para el trabajo de tesis.
- b) La autora en la elaboración del trabajo en referencia, siguió las recomendaciones e instrucciones que le hice en relación a la presentación y desarrollo de éste.
- c) En el trabajo de investigación se determino que en el mismo se observa la aplicación científica de los métodos deductivos, inductivo, analítico y de observación; así como la bibliografía, análisis y contenido.
- d) La contribución científica es de gran importancia por que a pesar que el objetivo del referido convenio es la protección a los niños, niñas y adolescentes, en el plano internacional sobre los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita los procedimientos que garantizan su restitución aún son poco conocidos y con la presente investigación se esta dando a conocer dicho convenio y el trámite a seguir para el retorno de los niños, niñas y adolescentes.
- e) En la redacción utilizada, reúne las condiciones que se exigen para este trabajo, a si mismo en la conclusión discursiva, se determinó que en el caso de Guatemala para resolver solicitudes de sustracción de menores, el procedimiento esta regulado en el acuerdo número 3-2013 de la Corte Suprema de Justicia y de la comprobación de la hipótesis planteada por parte del investigador.

Lic. JUAN EDILMAR FUENTES GARCÍA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 7,027



Por las razones antes expuestas, me es grato reconocer el esfuerzo y el mérito del trabajo realizado por la estudiante ROSA MARLENY LANDAVERRY GODOY, como la contribución científica que se hace del mismo, en consecuencia, estimo y considero que el trabajo de tesis analizado y asesorado reúne las condiciones necesarias y en ese sentido APRUEBO dicho trabajo de investigación; así también recomiendo que el mismo sea aprobado por esa unidad, conforme lo preceptuado en el artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el examen público general, además que con la estudiante investigadora ROSA MARLEY LANDAVERRY GODOY, no me une ningún tipo de parentesco, dentro de los grados de ley.

Sin otro particular y en espera de haber cumplido con el nombramiento recaído en mi persona, me es grato saludarlo.

Lic. JUAN EDILMAR FUENTES GARCIA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 7027





USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de mayo de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ROSA MARLENY LANDAVERRY GODOY, titulado EL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SU INCIDENCIA EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.

[Handwritten signatures and scribbles]





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su inmenso amor y misericordia, por tanta bendición.
- A MIS PADRES:** José Vicente Landaverry Godoy y Pilar Godoy de Landaverry, por darme la vida, por su lucha y apoyo, los amo y respeto
- A MI ESPOSO:** Arturo Roberto Vela Guerra, el amor de mi juventud, y de mi vida, que me dio cuatro maravillosos hijos. Gracias por amarme y creer en mis sueños.
- A MIS HIJOS:** Celeste María Sofía, Pedro Roberto, José Roberto y Roberto Andrés Vela Landaverry, el amor y la bendición más grande. Son mi motor, lo que me impulsa a seguir adelante y formarlos como personas de bien, que sueñen y luchen por sus sueños.
- A MI FAMILIA:** Con amor fraterno en especial a mi hermana, Eugenia Landaverry, por su apoyo incondicional a la que amo y agradezco profundamente. A mi sobrina, Brenda Lorena Estrada Landaverry, por apoyarme en la recta final de mi carrera.
- A MIS AMIGOS:** Con cariño, en especial a Juan Edilmar Fuentes García, por apoyarme en el transcurso de mi carrera y asesorarme en la elaboración de mi tesis.

A GUATEMALA:

Hermoso país que me ha dado tanto.



A PUERTO BARRIOS:

Lugar paradisiaco que me vio nacer.

A ZACAPA:

Hermosa tierra que me acogió en mi niñez y adolescencia.

**A LA UNIVERSIDAD SAN
CARLOS DE GUATEMALA:**

Que me abrió sus puertas y me formó académicamente, y en especial a La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN



La investigación se realizó en Guatemala, periodo que comprende los años 2015-2017; es de tipo cualitativo, se contribuyó a resumir la información obtenida a la sustracción internacional de menores.

El trabajo pertenece a la rama del derecho internacional público, privado y derecho de familia, toda vez que dichas normas contienen lo relativo a la sustracción internacional de menores y la regulación de la familia; además el Convenio de la Sustracción Internacional de Menores contiene principios que establecen las reglas y los mecanismos que los Estados miembros deban asumir.

El objeto de estudio, fue establecer la sustracción internacional de menores. El sujeto de la investigación, son los niños víctimas de retenciones ilícitas por parte de sus padres, hasta alcanzar la edad de 16 años que es cuando el convenio deja de aplicarse.

El aporte académico es el fortalecimiento de la Ley de Migración por parte del Organismo Legislativo, en virtud que es el ente idóneo de reformar la Ley de Migración con la finalidad de robustecer la misma, toda vez que en la actualidad los menores de edad pueden salir libremente del país con alguno de sus progenitores únicamente con el pasaporte sin que se requiera autorización del progenitor ausente, razón por el cual es necesario el fortalecimiento de la Ley en mención.

HIPÓTESIS



El problema radica en relación a lo que contempla el Artículo 95 de la Ley de Migración, que regula la autorización de salida del territorio nacional de una persona discapacitada mental, la cual deberá contar con la autorización de su representante legal. En tal virtud, el Artículo citado de la Ley en mención, no contempla la salida de menores, únicamente regula la salida de las personas discapacitadas.

De lo anterior expuesto, la hipótesis planteada consiste en que el padre o la madre a consecuencia de diversos factores de carácter afectivo, económico social o violencia dentro del matrimonio toman la decisión de llevarse a su hijo o hijos según sea el caso a otro país, consecuentemente separándolos de su entorno familiar y social, sin el consentimiento del otro progenitor, razón por la cual se vulneran los derechos de los niños.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Para efectos de este trabajo, se utilizó el método analítico, que consintió en la interpretación del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de Sustracción, en virtud de obtener la finalidad del la presente investigación, la cual sirvió para ser congruente a la totalidad de lo investigado. Las técnicas empleadas son las siguientes: documental que sirvió para identificar a los autores relacionados con el tema, el internet que sirvió para la búsqueda de información no contemplada en documentos y la técnica jurídica para la interpretación de las normas legales.

Con base a lo anterior, se pudo comprobar la hipótesis y establecer que es necesario fortalecer la Ley de Migración Por parte del Organismo Legislativo, toda vez que en la actualidad los menores de edad están susceptibles de ser trasladados a otro país por cualquiera de sus progenitores, sin que se necesita autorización por parte del padre o la madre de dicho menor. Razón por el cual se vulnera el derecho de los niños o niñas.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho internacional	1
1.1 Generalidades del derecho internacional público.....	1
1.2 Antecedentes del derecho internacional público	3
1.3 Definición del derecho internacional público	8
1.4 Finalidad del derecho internacional público	10
1.5 Fuentes del derecho internacional público	12
1.5.1 Las convenciones o tratados internacionales.....	12
1.5.2 La costumbre internacional.....	13
1.5.3 Los principios generales del derecho internacional público.....	14
1.5.4 Las decisiones judiciales.....	15
1.5.5 La doctrina.....	15
1.5.6 La equidad.....	16

CAPÍTULO II

2. Derecho de familia	17
2.1 Generalidades del derecho de familia	17
2.2 Concepto del derecho de familia	18
2.3 Características del derecho de familia	20
2.3.1 Restricción de la autonomía de la voluntad.....	20
2.3.2 La mutabilidad	21
2.3.3 Institucionalidad propia.....	22
2.4 Autonomía del derecho de familia	22
2.5 Naturaleza jurídica del derecho de familia	23
2.6 Principios procesales del derecho de familia	24



	Pág.
2.6.1 Principio de oralidad.....	25
2.6.2 Impulso procesal	26
2.6.3 Principio de intermediación	26
2.6.4 Principio de preclusión	28
2.6.5 Principio de economía procesal	28
2.6.6 Principio de igualdad.....	28

CAPÍTULO III

3. Interés superior del niño.....	31
3.1 Los derechos humanos del niño	31
3.2 Derechos de la Niñez.....	32
3.3 Naturaleza jurídica	34
3.4 Principios de la Declaración Universal de los Derechos del Niño	35
3.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ...	38
3.6 Convención Internacional de los Derechos del Niño	39
3.7 Fines de la Convención Internacional de los Derechos del Niño	42
3.8 El interés superior del niño en la Convención Internacional de los Derechos del Niño	44

CAPÍTULO IV

4.El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su incidencia en la República de Guatemala.....	49
4.1 La sustracción internacional de menores.....	49
4.2 Análisis del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	52
4.3 Incidencia del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	58
4.3.1 Propuesta de reforma del Artículo 95 de la Ley de Migración.....	63



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	
BIBLIOGRAFÍA.....	

Pág.

65

66



INTRODUCCIÓN

El interés de la presente investigación nace a raíz del conocimiento que se tiene sobre la vulnerabilidad de la que son objeto los niños en Guatemala y sabiendo que los intereses del menor son de una importancia primordial en todo lo relativo a su custodia y que una de las consecuencias de la sustracción internacional de los menores es a consecuencia de la disolución matrimonial, violencia familiar y social.

El objetivo general consistió en determinar soluciones a la problemática planteada que se pretende alcanzar, la cual se cumplió durante el desarrollo del trabajo de graduación por medio del análisis jurídico del Convenio de la Sustracción Internacional de Menores, en virtud que es importante asegurar la pronta restitución de menores que hayan sido víctimas de un traslado ilícito y consecuentemente el fortalecimiento de la Ley de Migración.

La hipótesis planteada fue comprobada al determinar que a pesar de los esfuerzos de las instituciones encargadas se continúan dando casos de traslados y retenciones ilícitas de menores de edad.

El informe final se redactó en cuatro capítulos que desarrollan lo siguiente: el capítulo I, está relacionado con el derecho internacional; el capítulo II, desarrolla el derecho de familia, generalidades, concepto, características, autonomía, naturaleza y principios procesales de familia; el capítulo III, desarrolla el interés superior del niño, naturaleza y principios; y por último el capítulo IV, contempla el Convenio Sobre los Aspectos Civiles



de la Sustracción Internacional de Menores, análisis jurídico y doctrinario de dicho convenio y como incide el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en la República de Guatemala.

Las técnicas empleadas son las siguientes: documental que sirvió para identificar a los autores cuyas teorías y libros se relacionan con el tema investigado, el internet que sirvió para la búsqueda de información no contemplada en documentos y la técnica jurídica la cual se utilizó para la interpretación de la legislación; posteriormente se utilizaron los métodos siguientes: deductivo que sirvió para utilizar datos generales en relación a la sustracción de menores y su definición, el inductivo que se utilizó para partir de los casos generales con el fin de llegar a una conclusión general a la sustracción internacional de menores y el analítico se utilizó para permitir desplazar todo el conocimiento en partes en relación a lo que establece el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Se estima que, es importante poner en práctica lo contemplado en el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuya finalidad será en beneficio de los niños y adolescentes que son objeto de retenciones ilícitas.



CAPÍTULO I

1. Derecho internacional

El derecho internacional está formado por las normas jurídicas internacionales que regulan las leyes de los Estados. Los acuerdos y tratados internacionales, las notas diplomáticas, las enmiendas y los protocolos forman parte de esta rama.

1.1 Generalidades del derecho internacional público

El derecho internacional público es una rama del derecho que tiene su fundamento en la regulación internacional de los Estados, el cual, mediante relaciones políticas y acuerdos multilaterales, se crean instrumentos internacionales que serán vinculantes para los signatarios, procurando su cumplimiento y aceptando el compromiso para una mejor relación diplomática.

Internacionalmente el derecho ha tomado una importancia trascendental para los Estados que son parte de las diferentes convenciones que suscriben, estableciendo el interés universal de establecer parámetros jurídicos que determinen ciertas situaciones o relaciones entre dos o más Estados.

“El derecho internacional público es producto de la convención bilateral, multilateral o de actos unilaterales de los Estados o sujetos de derechos y obligaciones, en el contexto de las relaciones internacionales. Esta condición le faculta para que los



principios generales de su naturaleza jurídica sean de aplicación universal. En consideración de lo citado, se puede establecer que las relaciones internacionales entre Estados, acuerdan ciertas regulaciones para fortalecer las relaciones internacionales, procurando que en su aplicación se cumpla con las obligaciones y derechos adquiridos.

Como instrumentos vinculantes para todos los que forman parte de los mismos, estos deben de nacer a la vida jurídica de manera expresa. No se podrían crear derechos y obligaciones para los Estados o sujetos internacionales si no se establece en un instrumento escrito, debido a que la expresión verbal no tendría fuerza vinculante para los suscritos.

Cabe resaltar, que el derecho internacional público no solo se relaciona con la política internacional, también tiene relación con otras ciencias como la sociología, la comunicación, la historia y la información, pero su principal relación nace de la política, o las relaciones diplomáticas del gobierno de un Estado como sus fuentes materiales propiamente dicha.

La fuente material de los tratados internacionales son las relaciones entre los Estados, es importante recalcar que dentro de las relaciones diplomáticas, surgen situaciones sociales o políticas que deben ser tratadas mediante el dialogo y el acuerdo expreso, que regule las buenas relaciones y que de esta manera se fortalezca la convivencia pacífica entre los Estados.

¹ Guerra Iñiguez, Daniel. **Derecho internacional público**. Pág. 231.



Los tratados internacionales hoy en día son una fuente importante del derecho internacional público, debido a que es el medio de crecimiento y desarrollo de los Estados, debido a que en ellos se han acordado relaciones mercantiles entre los sujetos partes; además existen instrumentos que regulan situaciones mucho más complicadas como el cese a situaciones hostiles, así también a procurar el respeto y cumplimiento de los derechos humanos de las personas.

1.2 Antecedentes del derecho internacional

Los antecedentes del derecho internacional vienen desde tiempos antiguos, en el cual los Estados accedían a acuerdos bilaterales principalmente para establecer los lineamientos que determinaban situaciones de guerra o de paz o para establecer los límites territoriales de los mismos.

“El tratado internacional más antiguo que se conoce fue concluido en Mesopotamia, ocurrió aproximadamente 3010 años en el tránsito del milenio IV III antes de Cristo, en el límite entre la cronología mítica y la cronología histórica de Egipto. Es un tratado entre Eannatum soberano de la ciudad de Lagsh y la ciudad de Umma; recoge el reconocimiento de la nueva frontera por parte de Umma.”² En tal virtud, la antigua Mesopotamia ha legado los tratados internacionales más antiguo sin duda alguna.

“El documento representaba un acuerdo bilateral entre los dos Estados que establecía los límites territoriales de sus fronteras. Otro documento antiguo donde se presenta un

² Truyl Y Serra, Antonio. **Historia del derecho internacional público**. Pág. 76.

acuerdo bilateral entre dos Estados se da en Asia Menor, donde los tratados indios de Derecho, denominados Drama-sastras, tenían la función de regular los asuntos de religión, moral, arte político, jurisprudencia y cometidos del soberano.”³

Años posteriores en Grecia, el imperio tenía diferentes documentos de carácter internacional con otros Estados como Persa, Cartago y Roma: “El impacto de lo étnico, lingüístico, religioso y cultural sobre el derecho en Grecia, se debía al asentamiento que tenían de permanecer a una comunidad diferenciada, a pesar de la automatización política en la cual vivían las ciudades-estado, lo que hacía necesaria las relaciones internacionales para mantener el respeto y la soberanía.”⁴

Uno de las principales preocupaciones de los Estados en aquel tiempo era la soberanía, por tanto, los Estados establecían acuerdos internacionales de no agresión para resguardar su soberanía y el respeto a los pueblos vecinos, por tanto, fueron los fines principales de los primeros instrumentos internacionales.

Otra de las preocupaciones eran los asuntos de guerra y la permanencia de la nobleza si eran conquistados, por tanto, los gobernantes intentaban asegurar su linaje creando acuerdos de conquista, procurando que, si eran derrotados en guerra, pudieran seguir siendo los gobernadores de sus tierras y su pueblo, aunque perdieran la soberanía. En Roma, como fuente del derecho civil y otras ramas del derecho para otros Estados, fue también la fuente principal del derecho internacional público en el Imperio. “Los

³ Stadtmuller, Georg. **Historia del derecho internacional público**. Pág. 98.

⁴ Truyol Y Serra, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 81.



sacerdotes feciales, cuya opinión era necesaria para iniciar una guerra, poner fin a la paz o reclamar los daños ocasionados a Roma, constituyeron un Derecho de carácter sagrado, denominado *ius fetiale*, que con posterioridad fue desplazado por el *ius Gentium*.⁵

El derecho de gentes en Roma fue el inicio de una normativa internacional que regulaba a los nacionales con los extranjeros. Debido a la anterior ausencia de un documento legal, los extranjeros carecían de un derecho y tampoco se podía aplicar el derecho privado local, por tal razón, el derecho de gentes se creó en la medida en que el tráfico comercial con otros pueblos o naciones fue complicándose y así fue regulada las relaciones entre dichos pueblos y Roma.

El *ius Gentium* nace de las relaciones comerciales que dieron como resultado situaciones también civiles en el Imperio, estableciendo un derecho que regulara lo relativo a la diferencia de los derechos y obligaciones como ciudadano romano y extranjero.

El sistema clásico se inició en el año 1648, con la paz de Westfalia, mediante la cual se puso fin a la guerra de los 30 años. Los Estados nacionales que aparecieron en esta época mantenían las siguientes características: gobierno central soberano, población constante y un territorio definido. La paz de Westfalia, expresada en los tratados de Osnabruck y Münster, ha sido la base del derecho público europeo, denominado

⁵ García Arias, Luis. **Estudios de historia y doctrina del derecho internacional**. Pág. 233.



también derechos de gentes europeo. Esto permitió, por ejemplo, que en el plano internacional se estableciera la igualdad entre el catolicismo y el luteranismo.

“Posteriormente Inglaterra y España suscriben un acuerdo internacional denominado Utrecht en 1713, el cual fue un tratado de paz entre los dos Estados. Con posterioridad a Utrecht, nace una serie de tratados internacionales de carácter comercial.”⁶

Como se ha comentado en la presente investigación, los primeros tratados internacionales tienen principalmente tres objetivos, establecer acuerdos comerciales, de paz o guerra, y las condiciones que se debían respetar después que un Estado era conquistado.

“El tratado de Methuen, entre Gran Bretaña y Portugal, fue de gran importancia para las relaciones bilaterales. Dicho tratado consagraba que Portugal debía aceptar la introducción de las lanas inglesas, sometidas a una tasa del 23%, a cambio de la reducción de los Derechos de Aduanas, de los vinos portugueses en Inglaterra.”⁷

Con la Revolución francesa en 1789, surge un nuevo propósito para alcanzar acuerdos internacionales entre los Estados, al respecto: “Jeremías Bentham publicó su proyecto de paz universal y perpetua, uno de los ensayos de su obra Principios de Derecho Internacional”. En su discurso reconoce el principio de publicidad, al cual asume como terminación de la diplomacia secreta y como exigencia de la libertad de prensa e

⁶ **Ibid.** Pág. 114.

⁷ Truyol Y Serra, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 88.



información. Asimismo, sostiene la necesidad de codificar el Derecho Internacional.”⁸

En, tal virtud, la Revolución Francesa motivo a que los Estados formaran tratados relativos a los derechos humanos, toda vez que el convenio establecía el derecho a publicidad de las actuaciones de las autoridades y la libertad de prensa.

De esta forma empieza una nueva postura para tratar temas de interés internacional y de conveniencia popular, procurando que las autoridades estatales reconocieran a la persona humana como un ser inherente de derechos el cual los Estados no podían otorgar, sino reconocer que existen inherentes a la misma.

Uno de los principales avances que trajo la Revolución Francesa fue la democracia, determinando y refutando la teoría que los reyes eran puestos por Dios, y que su autoridad tenía fuentes divinas, estableciendo un poder democrático donde el pueblo era representado por personas mediante el voto.

“Finalmente, con la terminación de la Segunda Guerra Mundial, los Estados desarrollan en gran medida un conjunto de normas internacionales relativas a la paz, la seguridad, derechos humanos y comercio, fortaleciendo las relaciones y los compromisos estatales con sus similares.”⁹ En ese sentido, el derecho internacional surge con nuevas estructuras, propósitos y compromisos vinculantes que dieron origen principalmente a la protección de las personas y el respeto a sus derechos humanos fundamentales como la vida, la libertad, la justicia y otros.

⁸ Rodríguez Carrión, Alejandro. **Lecciones de derecho internacional público**. Pág. 301.

⁹ **Ibid.** Pág. 302.



1.3 Definición del derecho internacional público

Existen diferentes conceptos doctrinales donde se definen elementos importantes de su integración. El derecho internacional público puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí.

El concepto establece elementos genéricos, los cuales son aceptados popularmente por la doctrina, determinando el autor que el mismo es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre Estados. Por otra parte, es definido como: “el conjunto de normas jurídicas que regulan la sociedad internacional y las relaciones de sus miembros en la consecución de intereses sociales colectivos e individuales.”¹⁰ En la definición se puede determinar que no solo integra a los Estados, también integra a la sociedad internacional, debido a que esta juega un papel importante en el impulso para crear instrumentos internacionales de carácter público.

Por otra parte: “se concibe como una ciencia eminentemente jurídica; con lo cual no quiere decir que al derecho internacional deba considerársele como una ciencia autónoma e independiente.”¹¹ Aunque el autor hace referencia a la falta de autonomía e independencia de derecho internacional público, es de conocimiento general que en la actualidad se han creado códigos universales que pretenden unificar las normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados. Además, existe bastante doctrina acerca del derecho internacional público, la cual es estudiada por los estudiantes en

¹⁰ **Ibid.** Pág. 303.

¹¹ Gaviria Lievano, Enrique. **Derecho internacional público.** Pág. 211.

todas las universidades autorizadas de la República de Guatemala, especialmente en la facultad de derecho, la cual constituye integral elementos particulares.

También se define el derecho internacional público como: “la rama del derecho público que regula las relaciones entre Estados, entre éstos y los demás sujetos del Derecho Internacional, así como la organización y funcionamiento de la comunidad internacional.”¹² Esta definición integra otros elementos importantes, como el de reconocer que instituciones, asociaciones o sociedades pueden ser sujetos internacionales que son parte del derecho internacional público, además de integrar sistemas de organización y funcionamiento, quiénes regularmente cumplen una función fiscalizadora.

Cabe resaltar que: “en una sociedad en la cual el poder es la principal consideración, la función primaria del derecho es ayudar al mantenimiento de la supremacía de la fuerza y de las jerarquías establecidas con base en el poder y dar a ese sistema de respetabilidad y la sanción de derecho, en donde el derecho internacional privado no es la excepción.”¹³ Esta definición relaciona al derecho internacional privado como una rama del derecho que pretende establecer regulaciones de poder y coercibilidad entre los Estados que aceptan el convenio, procurando crear una sujeción o subordinación entre el más fuerte, quien funge como controlador y fiscalizados de las normas internacionales.

¹² Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Derecho internacional público**. Pág. 155.

¹³ Schwarzenberger, Georg. **La política de poder**. Pág. 476.



Se invoca una doble acepción del derecho internacional público, expresando que: “Puede considerarse como ciencia y como derecho positivo. Bajo el primer aspecto se define como la ciencia que tiene por objeto el estudio de los principios jurídicos destinados a regular las relaciones entre los miembros de la Comunidad Jurídica Internacional; bajo el segundo aspecto puede decirse que es el conjunto de normas que por voluntad recíproca de los Estados y de los otros entes que forman parte de la Comunidad Jurídica Internacional, están obligados a respetar en sus relaciones mutuas.”¹⁴

La definición citada con anterioridad, se considera que es una de las más completas, estableciendo todos los elementos que integran el derecho internacional público, toda vez que en la comunidad internacional se integran organizaciones que procuran la motivación, procuración y promoción de acuerdos internacionales, por tanto, son parte importante material de derecho, promocionando principalmente acuerdos que tienen la finalidad de mejorar las relaciones entre los Estados.

1.4 Finalidad del derecho internacional público

El derecho internacional público tiene diferentes fines universales, uno de los principales fines es comprometer y obligar a las partes que aceptan los instrumentos jurídicos que se suscriben a nivel internacional, a cumplir con lo convenido, y de esta manera el tratado se vuelve vinculante y de aplicación obligatoria en los Estados.

¹⁴ Diena, Julio. **Derecho internacional público**. Pág. 441.



El derecho internacional público ha de cumplir ante todo esa misión pacificadora, ya que un sistema jurídico es un mecanismo de paz social, aunque logre solo parcialmente alcanzar ese fin, ya que no se ha encontrado un medio más eficaz de imponer una solución pacífica de los conflictos entre Estados -principio que obliga a los Estados a solucionar pacíficamente sus controversias-, y de evitar la violencia -principio de prohibición del uso de la fuerza-.

Los fines de manera particular del derecho internacional público parte de la institución, Estado o tratadista que lo define. Como se mencionó en el párrafo anterior, la Organización de las Naciones Unidas ve los tratados internacionales como los instrumentos indispensables para alcanzar la paz, el respeto a los derechos humanos y el medio idóneo para evitar controversias.

En consecuencia, dentro de la finalidad esencial es: “de asegurar la paz, la función de carácter general del derecho internacional público es la de reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Esta regulación entre Estados soberanos.”¹⁵ Como otro de los fines del derecho internacional público está la necesaria regulación jurídica para establecer un orden jurídico permanente y vinculante entre los Estados de todo asunto de su interés, o por lo menos del interés de los pueblos, como beneficiarios de dichos convenios.

¹⁵ Ortego Vicuña, Francisco. **El derecho internacional en la perspectiva de un cambio de siglo**. Pág. 112.



1.5 Fuentes del derecho internacional público

Las fuentes del derecho internacional público se pueden definir como: “La fuente de esta rama del derecho es la base o soporte racional sobre el cual descansa el Derecho Internacional y se justifica su vigencia o le da razón de ser a dicho derecho.”¹⁶ En ese sentido, la fuente principal puede determinarse particularmente en cada acuerdo de carácter internacional, debido a que se justificara su creación dependiendo de las obligaciones y derechos que se pretenden adquirir al aceptar el instrumento. Se conocen como fuentes del derecho internacional las siguientes:

1.5.1 Las convenciones o tratados internacionales

Las convenciones o tratados internacionales son la fuente principal del derecho internacional público. De igual manera que en cualquier Estado la Ley es la fuente principal del derecho, así también los instrumentos internacionales son la principal fuente del derecho internacional. La Convención de Viena sobre el derecho de tratados de 1969, comenta que tratado es: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos cualquiera que sea su denominación particular.”

De una manera directa se expone que un tratado: “es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales.”¹⁷ La definición confirma que los tratados y

¹⁶ Guerra Iñiguez, Daniel. *Op. Cit.* Pág. 221.

¹⁷ Miaja De La Muela, Adolfo. *Introducción al derecho internacional público.* Pág. 177.



convenios son la principal fuente del derecho internacional, toda vez que conllevan derechos y obligaciones de los Estados miembros.

En sentido amplio: “es todo acuerdo concluido entre miembros de la comunidad internacional; y en sentido estricto, puede ser comprendido como el procedimiento utilizado para formalizarlo o concluirlo por su forma y no por su contenido.”¹⁸ En ese sentido, se establece doctrinalmente y jurídicamente que la principal fuente del derecho internacional público son los tratados y convenios entre sujetos de la comunidad internacional, debido a que los mismos representan el poder ejecutante expreso de lo que los Estados y/o otros sujetos internaciones, aceptan las obligaciones y derechos que se suscriben.

1.5.2 La costumbre internacional

Como una de las fuentes normales del derecho en general, la costumbre internacional representa una de las fuentes del derecho internacional público, la cual se define como: “la forma primaria de manifestarse la comunidad, ya que está formada por un conjunto de normas observadas de hecho.”¹⁹

En tal virtud, la costumbre es la repetición continua de actos que toman carácter de obligatorios, por tanto, se vuelven vinculantes para las comunidades. De la misma manera, la costumbre internacional debe de ser manifestada de manera continua y

¹⁸ Rousseau, Charles. **Derecho internacional público**. Pág. 356.

¹⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Op. Cit.** Pág. 171.



repetitiva por los Estados. La costumbre internacional es prueba de la práctica internacional generalmente aceptada como Derecho.

En Guatemala la fuente del derecho es la Ley, no obstante, se toma como fuente del derecho los usos y la costumbre que es su principal aporte. "La norma consuetudinaria es el resultado de una práctica generalmente aceptada como derecho por los Estados."²⁰ De esta manera, aun cuando no esté expresamente en un instrumento internacional, la costumbre es fuente del derecho internacional, por tanto, puede ser vinculante entre dos Estados o más, si tienen en común dicha costumbre.

1.5.3 Los principios generales del derecho internacional público

"Los antecedentes de los principios generales del derecho internacional público parten de los arbitrajes, ello ocurría cuando un árbitro internacional no podía justificar su decisión en un tratado o costumbre, y aplicaba una norma que el formulaba según su interpretación de los más elementales derechos internos que estuvieran próximos a su formación y conocimientos jurídicos."²¹

En tal virtud, los principios generales del derecho internacional público pueden ser tomados en cuenta para la interpretación e integración de los tratados internacionales expresos cuando éstos no pueden o no contienen en las normas jurídicas la solución al conflicto.

²⁰ Rodríguez Carrión, Alejandro. **Op. Cit.** Pág. 341.

²¹ Truyol Y Serra, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 146 y 147.



Las exigencias éticas inmediatamente aplicables en orden a las relaciones internacionales de cada época o situación histórica. Estas exigencias son válidas independientemente de que sean o no recogidas por las fuentes formales de la creación del derecho internacional, en ese sentido, es de pleno conocimiento que los principios generales del derecho son fuente importante del derecho internacional.

1.5.4 Las decisiones judiciales

El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en lo relativo a las decisiones judiciales y doctrina, establece: "d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las naciones como medio auxiliar de las determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de los dispuesto en el Artículo 59".

Se puede determinar que las decisiones judiciales son medios que auxilian; se puede decir que no son verdaderamente fuentes del derecho internacional público en virtud que una sentencia no solo puede basarse en decisiones judiciales anteriores. Además, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia tienen las características de relatividad: son validas para las partes y el caso concreto que resuelven.

1.5.5 La doctrina

En relación a la doctrina, no cualquier doctrina, sino solo la de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, también es un medio auxiliar del juzgador, y esto es entendible toda vez que el especialista en la materia opina e investiga, pero no crea

derecho internacional. La doctrina puede ser utilizada como medio auxiliar para el análisis y determinación de las normas internacionales. En ese sentido: “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho.”²²

1.5.6 La equidad

La equidad es una de las principales fuentes del derecho y por ende del derecho internacional, además de ser la principal finalidad de la justicia. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la equidad fomenta a que las resoluciones de la corte tengan como finalidad la justicia y la igualdad de las partes en conflicto.

En ese orden de ideas, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, establece que las partes en litigio pueden acordar que se resuelven con equidad las controversias: “La presente disposición no restringe la facultad del tribunal para decidir un litigio ex aequo et bono si las partes así lo convinieren”. En el presente caso, los jueces pueden decidir libremente hasta cierto límite; nunca podrán resolver en violación a una norma del derecho internacional, y se ve otra de las virtudes de esta institución, claro, se supone que confía en la equidad de los jueces; lo hace a sabiendas que ellos deben ser hombres virtuosos.

²² **Ibid.** Pág. 149.



CAPÍTULO II

2. Derecho de familia

El derecho de familia o derecho familiar es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia.

2.1 Generalidades del derecho de familia

Por sus características particulares, la familia es la institución más importante de la sociedad y del Estado. El preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala vigente establece que la persona y la familia, son fuente de los principios y valores humanos de nuestra sociedad, por tanto, el Estado debe de velar por procurar la paz, libertad, justicia y bienestar general de las personas.

Al respecto, el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”. De esta manera, el Estado tiene la obligación constitucional de velar por la persona y la familia, procurando en todo momento su desarrollo e integración de una manera permanente.

En cuanto al derecho que regula todo lo relativo a la familia, se puede comentar que su integración o elementos conforman las normas jurídicas, instituciones, doctrinas y escuelas que regulan las relaciones particulares entre todos los miembros de la familia.

Por tanto, en Guatemala existen diferentes instrumentos jurídicos ordinarios que regulan situaciones de la familia, desde una perspectiva civil, social, económica, hasta cuestiones con trascendencia penal, con el propósito de proteger a las personas vulneradas de sus derechos.

El derecho de familia es aceptado como un derecho de orden privado, aunque existen actualmente normas que regulan relaciones de familia que trascienden a un marco penal, como lo es la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, la cual toma carácter de pública y es tutelada de oficio por las autoridades estatales. Aun así, el derecho de familia es netamente privado, y el Estado solo tiene facultad de intervenir cuando las relaciones han salido de su orden social. En el primer libro del Código Civil se establece todo lo relativo a la persona y a la familia, regulando las instituciones sociales que la constituyen, como lo es el matrimonio y la unión de hecho.

2.2 Concepto del derecho de familia

“El derecho de familia, puede dividirse objetivo y subjetivo. En sentido objetivo, es el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extensión de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar tal como a cada uno de sus miembros.”²³ El derecho de familia se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan todo lo relativo a la familia, integrando instituciones, principios y escuelas que la integran como fuente material del referido derecho.

²³ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 108.



“El orden público, en el derecho privado; tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas. Esto no significa que las relaciones jurídicas dejen de ser del derecho privado por el hecho de que estén, en numerosos casos, regidas por normas imperativas, es decir, de orden público.”²⁴ El derecho de familia es del orden público, en el derecho privado, debido a que es aceptable de manera general que dicho derecho es parte importante del derecho privado, pero por la intervención del Estado para darle cumplimiento y velar por que se cumplan sus normas jurídicas, termina por ser de orden público.

El derecho de familia también se puede definir como: “El conjunto de normas jurídicas que se ocupan de regular, crear y organizar las relaciones familiares, que forman el derecho de familia, que comprende las disposiciones relativas al matrimonio, concubinato -unión de hecho-, filiación a los alimentos, al patrimonio familiar, a la patria potestad y otros.”²⁵

Lo citado con anterioridad, se desprende que se hace una integración de distintos elementos importantes que distinguen al derecho de familia, estableciendo que el mismo es parte importante de la regulación de figuras jurídicas como lo es la filiación, paternidad, patrimonio, patria potestad, entre otros, afirmando que el derecho debe de integrar todos los asuntos relativos de la familia, con el único objetivo de proporcionarle protección jurídica.

²⁴ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho civil mexicano**. Pág. 177.

²⁵ Galindo Garfias, Ignacio. **Primer curso de derecho civil, parte general, personas, familia**. Pág. 449.



2.3 Características del derecho de familia

Una de las principales características que conforman el concepto de familia, es el concepto de comunidad, la cual está constituida por los padres, hijos o por una relación legal como ocurre en el matrimonio y la adopción. Otra característica es el predominio del interés social en sustitución del interés individual. Sus normas son de orden público. Otra característica es que existen derechos y deberes, especialmente entre padres e hijos. Para efectos de la presente investigación se consideran como características importantes las siguientes:

2.3.1 Restricción de la autonomía de la voluntad

La restricción de la autonomía de la voluntad no es absoluta en el derecho de familia, pues como parte del derecho privado, la voluntad es uno de los requisitos para constituir la institución de la familia, pues nadie puede ser obligado a establecerla en virtud de que depende de lo que decidan las personas que desean formarla.

Esta característica del derecho de familia, debe ser entendido en el sentido de que se basa más bien en la búsqueda de poner freno a los eventuales abusos a que daría lugar una libertad mal entendida y mal empleada como lo puede ser el patrimonio de los cónyuges o los derechos que se derivan de la patria potestad o el parentesco, limitando al más débil de los miembros a poder exigir los derechos establecidos en la ley por arbitrariedades del más fuerte, de tal manera que es ahí donde opera la restricción de la voluntad con la finalidad de garantizar los derechos de la parte más débil.



En ese sentido, la restricción limita algunas voluntades de sus miembros cuando dichas voluntades violan derechos de los demás, por lo que la intervención del Estado se manifiesta en darle a esa limitación carácter legal para que no sea opcional. Un ejemplo de ello es la asistencia económica; el que está obligado a asistir de todas las necesidades básicas e indispensables de otros miembros de la familia para su adecuado crecimiento y desarrollo, no tendrá opción a negarla, y si lo hace, el Estado deberá emplear los medios necesarios para exigir su cumplimiento.

2.3.2 La mutabilidad

El derecho de familia es sin duda la parte del Código Civil que más modificaciones ha sufrido a lo largo de toda su historia, y sin duda el que más seguirá teniendo, al punto que es deseable, por elementales técnicas legislativas modernas o por la necesidad de fortalecer y proteger a los diferentes miembros de la familia de manera conjunta o individualmente.

En el caso de Guatemala, la necesidad de protección de los niños en cumplimiento a tratados y convenios internacionales, ha hecho que se reforme el Código Civil como sucedió con el Decreto Número 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual hubo reformas en relación a la celebración del matrimonio y sobre la presunción de paternidad.

Otro ejemplo claro es la creación de la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, en la cual se reformaron completamente



todas las disposiciones legales referentes a la adopción, debido a la evidente manifestación de las violaciones a los derechos humanos de los menores.

2.3.3 Institucionalidad propia

Aparte de tener instituciones propias tales como el matrimonio, la unión de hecho, la adopción o la filiación, el derecho de familia tiene, respecto al resto del derecho civil, estructuras o soluciones particulares que se apartan en ciertos aspectos de la regulación común, erigiéndolo como una rama autónoma del derecho. Es el caso, por ejemplo, de la nulidad del matrimonio, la cual escapa a las reglas generales de la nulidad o la dinámica propia de la obligación familiar, que no responde a la misma lógica que puede haber por ejemplo sobre el patrimonio.

Asimismo, mientras que en materia patrimonial existen derechos y obligaciones correlativas, en el derecho de familia se da, por lo general, al mismo tiempo un deber y una obligación de carácter recíprocos. La propia relación de familia tiene una connotación de cuidado, de protección, lo que escapa a una relación patrimonial común como se daría en el derecho civil entre particulares.

2.4 Autonomía del derecho de familia

El derecho de familia es un derecho autónomo, debido a que es estudiado científicamente de manera particular e independiente, cuenta con una normativa jurídica propia y es parte del pensum de estudios de las escuelas de derecho.



Con la creación de normas jurídicas especializadas, una judicatura especializada y procesos particulares, el derecho de familia en Guatemala puede ser tomado como un derecho autónomo.

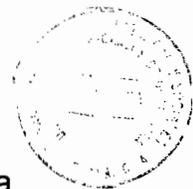
Si bien es cierto, que en Guatemala no existe una integración de los instrumentos jurídicos que regulan todo lo relativo a la familia, el derecho de familia cuenta con elementos e instituciones específicas, por tanto, al aplicar las normas jurídicas que lo regulan, estas son aplicadas de manera integrativa, procurando su mejor interés debido a su importancia social.

2.5 Naturaleza jurídica del derecho de familia

En cuanto a la naturaleza del derecho de familia, se puede decir que: “El derecho de familia es parte del derecho privado, no hay nada más privado que la familia, aun cuando haya normas de orden público que la regulen, nadie puede decir que no sea derecho privado porque dentro del Código Civil hay normas de orden público, por ejemplo: el numerus clausus de los derechos reales, las nulidades, etc. Hay normas de orden público dentro del Código Civil y nadie dice que el Código Civil sea parte del derecho público.”²⁶

De lo anterior se establece que el derecho de familia cuenta con normas privadas que regulan las relaciones entre sus miembros, aun cuando el Estado es el encargado de

²⁶ Flandrin, Jean L. **Orígenes de la familia moderna**. Pág. 25.



cumplir y hacer cumplir su contenido, la familia es una institución netamente privada, por tanto, su regulación jurídica también lo es.

El derecho de familia es de carácter único, estableciendo que: “La familia debiera ser considerada como otra división del derecho, rompiendo de esa manera, con la clasificación bipartita en donde existen derecho público y derecho privado, para entrar en la clasificación tripartita donde existieran derecho público, privado y de familia.”²⁷

Esta definición va más allá, al considerar el derecho de familia como parte del derecho privado, indicando que la misma es tan independiente como el derecho público y privado, creándose una rama nueva para identificar y determinar sus características particulares y autónomas.

2.6 Principios procesales del derecho de familia

Los principios pueden definirse como aquellos valores y postulaciones esenciales que guían el proceso civil y determina su manera de ser como instrumento para ejercer el derecho de familia.

Los principios procesales del derecho de familia constituyen una fuente de aplicación para los tribunales de familia cuando una ley escrita no puede abarcar toda las posibilidades o eventos que se presentan en las relaciones familiares, de ahí que, en la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, se advierten muchas veces

²⁷ Cicu, Antonio. **El derecho de familia**. Pág. 81.



lagunas legales que dejan al juzgador en la necesidad de acudir a otras fuentes para resolver el litigio sometido a su jurisdicción.

2.6.1 Principio de oralidad

Es aquel en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable, su aplicación busca igualmente conferir celeridad a las actuaciones.

“La oralidad es el hecho de que las pruebas, así como todas y cada una de las declaraciones sean hechas de manera oral. Y al brindar las pruebas oralmente, el juez obtiene completa la información que le proporcionan las partes, lo que puede ser de vital importancia para forjar su convicción al momento de dictar sentencia.”²⁸ La oralidad es un medio de comunicación, le permite una dinámica especial al momento de sustanciar el proceso, pues éste es llevado de una manera real donde todos los sujetos procesales son testigos fieles de todos los actos realizados y de los elementos que se utilizan para la solución de la controversia.

En consideración de lo anterior, el principio de oralidad pretende alcanzar un mejor desarrollo del proceso, a través del cual aquellos que escuchan pueden efectuar preguntas y obtener respuestas, para que el juez pueda aumentar la cosmovisión de las circunstancias familiares que se reclaman.

²⁸ Couture, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal**. Pág. 127.



2.6.2 Impulso procesal

Es aquel por medio del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo, en el caso de la legislación de familia en Guatemala en algunos casos corresponde al Juez hacerlo de oficio y en otros a las partes procesales interesadas.

“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”²⁹. Este poder es ejercido por las partes, por el órgano jurisdiccional o por el que disponga la ley.

2.6.3 Principio de inmediación

La inmediación procesal se refiere a que en un proceso que se desarrolla por audiencias debe consagrarse el contacto directo del juez con las partes y las pruebas a producirse durante el transcurso de la audiencia.

La inmediación del juez de familia establece que: “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”.

²⁹ *Ibid.* Pág. 132.



Este principio va unido en forma inseparable al de oralidad toda vez que, para conseguir el imperio de la verdad es necesario que el juez junto con los sujetos procesales reciban en forma directa y simultanea los medios de prueba, por lo que la inmediación implica un contacto directo por el juez con los elementos probatorios en que ha de basar su decisión, así como también un contacto directo con las partes o sujetos procesales.

“La inmediatez procesal puede definirse como la facultad para percatarse de los sucesos a través de los sentidos y encuentra su esencia y justificación en los principios de la lógica elemental, la razón y la propia naturaleza del hombre. En virtud, este principio tiene una estrecha relación con el de la oralidad en los procesos, ya que el juzgador tendrá la posibilidad de emplear de manera directa sus sentidos para que en su ánimo se construya la convicción necesaria para dictar el fallo en uno u otro sentido, pues le es posible recoger vestigios probatorios sin intermediarios.”³⁰ La inmediación permite recoger directamente elementos que dan mayor objetividad a la administración de justicia.

La aplicación del principio de inmediación es muy beneficiosa en materia familiar, pues proporciona que todos los sujetos procesales tengan un acercamiento directo; “la naturaleza que reviste y caracteriza al derecho de familia es meramente humana y, por ende, requiere de una atención personalizada por parte del rector del proceso.”³¹

³⁰ Carrasco Soulé, Hugo Carlos. **Derecho procesal civil**. Pág. 4.

³¹ Magallón Gómez, María Antonieta. **Juicios orales en materia de familia**. Pág. 72.



2.6.4 Principio de preclusión

Consiste en que una vez agotada una fase o realizada una diligencia determinada, no puede volverse atrás. Se relaciona con el de impulso procesal y también con la celeridad que pretende darse a los asuntos de familia. Se materializa cuando uno de las partes pretende realizar una acción o acto procesal que debió haber hecho en otro momento de la sustanciación del proceso de que se trate.

2.6.5 Principio de economía procesal

En el derecho de familia el principio de economía procesal busca proteger a la parte de escasos recursos o con carencia de total de ellos y que necesita la tutelación y protección del Estado. En Guatemala esto se reafirma con la gratuidad de la administración de justicia, así como con la posibilidad de obtener asesoría a través de pasantes de los bufetes populares de las facultades de derecho de las universidades del país.

2.6.6 Principio de igualdad

Busca que las partes procesales tengan la misma posibilidad de plantear sus hechos y argumentaciones, así como la misma posibilidad de probarlos, de tal forma que ninguna persona pueda ser afectada en sus derechos sin haber sido debidamente escuchada por la autoridad correspondiente. En el caso del derecho de familia el juez además deberá tener presente la necesidad de tutelar a la parte más débil o perjudicada por los



actos y acciones del otro, con el objetivo de igualar sus condiciones. Al respecto el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades, ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

El principio de igualdad tal y como ha sido entendido por el derecho constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana.



106

107



CAPÍTULO III

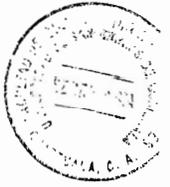
3. Interés superior del niño

A este principio también se le conoce como interés superior del menor, el cual es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan al niño, niña o adolescente, vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible. Es decir, es una garantía de que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos.

3.1 Los derechos humanos del niño

Los derechos del niño son un conjunto de normas jurídicas que protegen a las personas hasta cierta edad. Todos y cada uno de los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia. Varios documentos consagran los derechos de la infancia en el ámbito internacional, entre ellos la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, marca el inicio del reconocimiento universal de los derechos fundamentales de las personas, principalmente para los Estados, quiénes son los de mayor responsabilidad en violentar de desconcientizar el valor humano.



La declaración fue el instrumento motivador por el reconocimiento de derechos especializados de sectores que han sido vulnerables, como lo son las mujeres y los menores. De esta manera surge la necesidad de concientizar y obligar a los Estados a respetar y promover los derechos humanos.

Se determina a los derechos humanos como: “El conjunto de garantías y derechos inalienables, que tiene el hombre, basados en la dignidad humana que le son indispensables para su subsistencia como tal y para el desarrollo de la sociedad”.³² De esta manera, la doctrina y a nivel mundial se reconocen derechos fundamentales de las personas que el Estado no debe otorgar sino reconocer, debido a que los mismos son inherentes a las personas humanas, inviolables, intrasmisibles y universales.

De esta manera, se inicia el reconocimiento de que los menores no solo son sujetos de protección sino de derechos que deben ser reconocidos, promovidos y protegidos para que puedan ser ejercitados con plena libertad.

3.2 Derecho de la niñez

Los derechos humanos de los niños y adolescentes o el derecho de la niñez: “es una rama del derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la mayoría de lo posible el desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones

³² López Contreras, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Pág. 4.



físicas, intelectuales y morales, a la vida normal”.³³ Los derechos humanos de los menores pretenden favorecer el desarrollo de la personalidad de los niños, debido a que por su falta de madures e incapacidad civil, tienen que ser instruidos en todo lo que necesitan.

En tal virtud, el derecho de la niñez: “es una rama del derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la medida de lo posible, el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y las más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales a la vida normal.”³⁴ Se entiende que los derechos humanos regulan como deben ser tratados, proporcionándoles las condiciones favorables que promuevan su desarrollo físico, intelectual y moral necesarios.

El derecho de la niñez: “es una rama del derecho privado cuyas normas de marcadas connotaciones tutelares se refieren a todo lo concerniente a la persona y a los intereses del menor.”³⁵

En síntesis, el derecho del niño es el conjunto de normas jurídicas, instituciones, doctrinas y escuelas que integran las regulaciones del respeto, protección y libre ejercicio de los derechos humanos del niño y están constituidos en la Constitución Política de la República de Guatemala citando como ejemplos, el derecho a una familia,

³³ Jiménez García, Joel Francisco. **Derechos de los niños**. Pág. 5

³⁴ Sajón, Rafael. **Nuevo derecho de menores**. Pág. 13.

³⁵ Cavallieri, Alyrio. **Derecho de menor**. Pág. 10.



el derecho a un nombre, el derecho a ser alimentado, el derecho a la educación entre otros.

3.3 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de una rama del derecho se puede establecer por los elementos característicos que la integran. De esta manera, el derecho de la niñez es una rama del derecho que promueve derechos universales, por tanto, su ejercicio debe ser garantizado en todos los Estados del mundo, cuya regulación abarca instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

Al ser derechos que fueron pronunciados profundamente a nivel internacional, se puede establecer que el derecho de la niñez pertenece a la rama del derecho internacional privado. Aun cuando el garante del ejercicio y promoción de sus derechos humanos sea el Estado, no tienen carácter público derechos inherentes a la persona natural.

También es importante destacar que el crecimiento doctrinal, jurídico y la atención administrativa y jurídica especializada con la que tratan los derechos humanos de los niños, esta podría ser una rama del derecho nueva, independiente el derecho privado o público, porque de ella parten otras ramas del derecho, como la de familia, civil, penal, entre otras.

El derecho de la niñez es sumamente particular, donde el titular es una persona humana específica, privada, por tanto, se puede decir que mientras el criterio de una



nueva rama del derecho no tome fuerza doctrinal, se puede catalogar a dicha rama del derecho como privada.

3.4 Principios de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño

La Declaración Internacional de los Derechos del Niño, es uno de los primeros instrumentos internacionales que promueven la protección de sus derechos humanos, en aquella época la declaración no tuvo fuerza ejecutoria debido a que no era un instrumento vinculante para los Estados, esto debido a que para la mayoría de los Estados signatarios no tenía carácter obligatorio, solo era un instrumento que intentaba promocionar los derechos humanos.

En el caso de Guatemala, la Declaración Internacional de los Derechos del Niño tiene carácter vinculante debido a declaración constitucional de que todo tratado internacional relativo a los derechos humanos tiene supremacía sobre el ordenamiento interno siempre y cuando se trate de derechos humanos.

La Declaración Internacional de los Derechos del Niño integra 10 principios fundamentales que regulan la protección de los niños y adolescentes en todos los ámbitos privados y públicos en que se desenvuelve.

El primer principio establece que el niño debe de disfrutar de todos los derechos enunciados en la declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños, sin excepción alguna, ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo,



idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia. En el referido principio los Estados se comprometen a que los derechos se apliquen a todos los niños y niñas sin ninguna excepción. Por lo que es obligación del Estado protegerlos de toda forma de discriminación y adoptar medidas para el libre ejercicio de sus derechos humanos.

El segundo principio hace referencia de la importancia de que los mismos gocen de una protección especial y dispongan de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

El tercer principio establece que el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad. De tal manera que es un derecho humano inherente y fundamental de los niños y niñas.

El cuarto principio continúa manifestando que el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social, teniendo derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin proporcionarle los cuidados especiales necesarios desde su nacimiento.

El quinto principio manifiesta la necesidad de que el niño obtenga un desarrollo adecuado física y mentalmente y cuando el mismo sufra de algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiere su caso particular.



El sexto principio establece que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita de los cuidados de afectividad y comprensión, por lo que la familia es la principal institución social en la cual el niño debe de alcanzar su adecuado desarrollo al cuidado de sus padres.

El séptimo principio indica que el niño tiene derecho a recibir educación, la cual debe de ser gratuita y obligatoria y garantizada por el Estado, por lo menos en las etapas elementales. Con ello se pretende que se le garantice los medios necesarios sin ningún costo en las escuelas públicas, además de la aplicación de las políticas públicas en relación a la educación inclusiva -educación a niños con atención especial o discapacidad- cuando el caso lo amerite. Además, dicho principio manifiesta que el niño debe de disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación.

El octavo principio promueve la protección y socorro por parte del Estado como objetivos primarios del mismo. Este principio tiene congruencia con lo establecido en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en relación a la obligación constitucional del Estado de proteger a la persona y por persona debemos entender que se refiere al niño en el presente caso.

El noveno principio indica que el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. El Estado de Guatemala ha fortalecido su protección desde el ámbito jurídico, creando leyes que promueven la erradicación, protección y sanción de los implicados en violación a sus derechos humanos de manera especial.



El décimo principio establece que el niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquiera otra índole. Promoviendo en ellos los valores de la comprensión, tolerancia, amistad, paz y fraternidad.

3.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece en el Artículo 10 que el niño y la familia del niño tienen derecho a la protección de sus derechos humanos y al libre ejercicio de sus facultades y garantías fundamentales, de tal manera que el niño es muy importante ya que es el futuro de cualquier sociedad debidamente preestablecida y organizada jurídicamente y el Estado tiene la plena obligación de proporcionarle protección.

El instrumento internacional promueve que el niño debe ser protegido desde su nacimiento mediante la inscripción de la paternidad y maternidad en los registros civiles, y de esta manera se le otorgue el derecho a una identidad biológica, por tanto, tendrá la oportunidad de tener un nombre y nacionalidad.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos señala para proteger a la familia, se le debe garantizar a la madre toda la ayuda social posible durante la gestación y el parto, procurando la implementación de programas estatales que le garanticen a ella y el nacido, todo lo necesario para su desarrollo. Además, establece que los Estados deberán procurar la protección de la niñez y adolescentes en todo lo



relativo a la asistencia social, sin discriminación, procurando garantizarle el optar a un empleo digno y sin ser explotado.

3.6 Convención Internacional de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Este acontecimiento fue recibido como un gran logro en los esfuerzos que se realizaron en el plano internacional por fortalecer la justicia, la paz y la libertad en todo el mundo mediante la promoción y la protección de los derechos humanos. La Convención es la declaración más completa de los derechos del niño que se ha hecho hasta ahora, y la primera que da a esos derechos fuerza de ley internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento jurídico internacional. Esto significa que cuando un Estado lo ratifica o se adhiere a él, se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos de la infancia y a adoptar medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efecto a los derechos reconocidos en la convención.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el instrumento de derechos humanos que más ratificaciones ha recibido en toda la historia, ya que la mayoría de los países del mundo lo han ratificado. La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y



culturales. Contiene 54 Artículos y reúne en un sólo tratado todos los asuntos pertinentes a los derechos del niño. Consagra cuatro principios generales cuyo objetivo es ayudar a interpretar la Convención en su conjunto, los cuales son la no discriminación; el interés superior de cada niño; derecho a la vida, la supervivencia, el desarrollo y el derecho a opinar libremente, relacionarse de manera general con ambos padres.

Todos los niños, niñas y los adolescentes, sin discriminación alguna, deben ser reconocidos como sujetos de derecho por el simple hecho de ser personas. Esto significa que les corresponden los mismos derechos, deberes y garantías que a los adultos, más otros derechos especiales.

Por su particular condición de personas en proceso de desarrollo, los niños y adolescentes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad ya que dependen de los adultos para poder crecer saludablemente, participar de la vida en comunidad y desenvolver sus capacidades hasta alcanzar la adultez. Por lo tanto, el Estado y la ciudadanía adulta en su conjunto son los responsables de garantizar y procurar la máxima satisfacción de tales derechos.

La Convención sobre los Derechos de la Niñez, es un tratado internacional que reconoce los derechos de los niños y las niñas y establece en forma de ley internacional para los Estados partes, la obligación de garantizar a todos los niños, sin ningún tipo de discriminación, el beneficio de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; acceso a la educación y atención médica; condiciones para desarrollar



plenamente su personalidad, habilidades y talentos; un ambiente propicio para crecer con felicidad, amor y comprensión; y la información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y ser parte del proceso en una forma participativa.

Las normas que aparecen en la Convención Internacional de los Derechos del Niño fueron negociadas durante un periodo de 10 años por los gobiernos parte de la convención, organizaciones no gubernamentales, entidades promotoras de derechos humanos, abogados, especialistas de la salud, trabajadores sociales, educadores, expertos en el desarrollo de los niños y líderes religiosos de todo mundo. El resultado es un documento consensual que tiene en cuenta la importancia de los valores tradicionales y culturales para la protección y el desarrollo armonioso de los niños.

La convención presenta una serie de normas universales a las que todos los países pueden adherirse. Los niños no se consideran propiedad de sus padres ni beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son considerados seres humanos y titulares de sus propios derechos. Según la perspectiva que presenta la Convención, los niños son individuos y miembros de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad.

Reconocer los derechos de los niños y las niñas de esta forma permite concentrarse en ellos como seres integrales. Si en una época las necesidades de los niños se consideraron negociables, ahora se han convertido en derechos fundamentales. Los niños y las niñas dejaron de ser receptores pasivos de beneficios para convertirse en seres autónomos y sujetos de derechos.



En el preámbulo de la convención se reitera el concepto de que los niños requieren atención y protección especial por ser particularmente vulnerables, destacando la responsabilidad de la familia en materia de atención primaria y protección. También se reafirma la necesidad de que las niñas y los niños reciban protección antes y después del nacimiento. La importancia del respeto a los valores culturales de las comunidades y el papel fundamental de la cooperación internacional cuando se trata de garantizar los derechos de los niños y las niñas.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño va más allá de la declaración en cuanto que hace jurídicamente responsables de sus acciones respecto de los niños a los Estados que aceptan la convención, toda vez que lo que se pacta debe ser cumplido a cabalidad por parte de los Estados miembros.

3.7 Fines de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

La Convención Internacional de los Derechos del Niño implicó un giro fundamental en la forma en la que se entienden la infancia, la adolescencia y sus derechos. El cambio de ideales en relación a la protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia significa que los mismos deben ser considerados sujetos plenos de derecho y que son sus derechos los que merecen una protección especial.

A su vez, esta perspectiva implica que deben ser protagonistas de su propia vida y que irán adquiriendo autonomía para la toma de decisiones de acuerdo a su evolución. Por lo que es importante analizar las posibles modificaciones que el cambio de paradigma



introduce dentro del ordenamiento jurídico interno, especialmente en lo referido a la autonomía progresiva del adolescente y el ejercicio de sus derechos. En este sentido, es esencial el análisis sobre una posible reforma al Código Civil en relación a la capacidad jurídica del adolescente y la necesidad de que esas modificaciones sean lo suficientemente respetuosas de sus derechos humanos.

La adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño –CIDN–, implicó un cambio de perspectiva en la forma de entender la infancia y la adolescencia, tradicionalmente concebidas desde la perspectiva tutelar que fue reemplazada por el de protección integral de los derechos de los menores y su reconocimiento como sujeto titular de derechos.

Este giro en la concepción de la niñez y la adolescencia, receptado a nivel interno a través de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, trajo aparejadas diversas modificaciones en la forma en la que el derecho interno regula los derechos del niño y de los adolescentes.

Sin embargo, la concepción del adolescente como sujeto titular de derechos y con capacidad progresiva de ejercicio ponen en cuestionamiento las teorías internas sobre la capacidad e incapacidad de las personas menores de edad, que aún hoy se encuentra vigente en nuestro derecho civil.

La necesaria reforma del Código Civil vendría a incorporar de manera explícita lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, existen algunas



cuestiones pendientes que requieren ser analizadas y que se vinculan con la forma en la que el proyecto de reforma regularía la capacidad de ejercicio de derechos de los adolescentes, las cuales se analizarán en este y el siguiente capítulo.

3.8 El interés superior del niño en la Convención Internacional de los Derechos del Niño

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño se establece todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Con el Código de Menores,



Decreto 61-69, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los niños primero, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

El principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria. Como se ha señalado anteriormente, la convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la



práctica administrativa, legislativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración que no sea sobre el interés superior del niño.

Cuando la convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño, es decir, sus derechos, no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de las normas jurídicas internas, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en el reconocimiento voluntario de los padres menores de edad, las limitaciones a tal reconocimiento por parte de la ley, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros. La convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia.

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. El concepto de interés superior del niño exige al Estado guatemalteco esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado de los niños. El principio de interés superior del niño, niña o adolescente es uno de los principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño, lo que significa que, en base a él, deben entenderse el resto de los derechos reconocidos en dicha convención.



En síntesis, es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.



CAPÍTULO IV



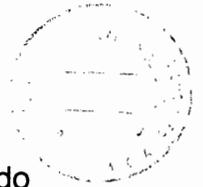
4. El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su incidencia en la República de Guatemala

Los Estados signatarios del presente convenio, profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, y deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita, resolvieron crear el presente convenio.

La sustracción internacional de menores se produce cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, impidiendo de esta manera al otro progenitor que pueda ejercer el derecho de visita.

4.1 La sustracción internacional de menores

La sustracción internacional de menores es un tema que ha tomado una perspectiva universal debido a la constante situación jurídica, social y emotiva que viven las familias cuando un menor es sustraído ilícitamente del país donde tiene su residencia habitual, en la actualidad el traslado de menores por uno de sus progenitores a otro país ha aumentado en América Latina. El fenómeno se muestra regularmente cuando los



padres dan por terminado el matrimonio o cesan la unión libre que compartían, dejando a uno de ellos con un régimen de visitas poco alentador para tener una adecuada relación paternal. Como es común en las resoluciones de los juzgados de familia, la guarda y custodia es cedida a la madre, y al padre le es otorgado el régimen de visitas. Esta situación ha hecho que el padre afectado, tenga que recurrir a accionar ilícitamente sustrayendo al menor a otro Estado, o viceversa.

Esta situación se manifiesta regularmente cuando uno de los padres tiene una nacionalidad distinta, lo que promueve y facilita a uno de ellos a llevarse al hijo en común al Estado donde tiene su nacionalidad, repercutiendo o afectando al padre que pierde ilícitamente su custodia.

En tal virtud, la vida actual propicia las relaciones personales y laborales entre personas de distintos países, culturas, religiones, y con ello aumentan los matrimonios y las parejas que, con mayor o menor estabilidad, constituyen núcleos familiares. A esta diversidad en los grupos familiares se une un aumento importante de las crisis matrimoniales y de las parejas de hecho, con las consiguientes rupturas y procesos judiciales de separación, divorcio o de medidas definitivas de los hijos no matrimoniales; en todos ellos el elemento extranjero agrava la conflictiva situación.

El mayor número de supuestos de sustracción se encuentra en el ámbito familiar y en concreto al producirse la crisis matrimonial o de pareja. Los problemas aumentan en general con la apertura de las fronteras nacionales, la facilidad para viajar, la movilidad laboral y la ruptura de las barreras culturales, y en especial en las rupturas por el deseo



de volver al país de origen de alguno de los progenitores por las cuestiones económicas, siempre difíciles cuando no imposibles, la necesidad de regular la custodia y el régimen de visitas de los hijos menores de edad, teniendo en cuenta la distancia entre los dos países, las diferencias culturales, religiosas, laborales y sociales.

En estas circunstancias el riesgo de un traslado del menor del país donde tenía su residencia a otro país con el que le unen lazos afectivos o culturales aumenta considerablemente. Pero ello no significa que los supuestos de sustracción siempre estén unidos a la crisis de una familia multicultural, ya que también se dan estos traslados en familias convencionales, aunque en mucha menor medida.

Es necesario recordar que la sustracción también puede darse fuera del ámbito familiar, en menores acogidos o tutelados por la administración, así como en la adopción internacional, por las especulaciones comerciales y vicios que en ocasiones le acompañan. Por todo ello no es de extrañar que aun cuando no son muchos cuantitativamente los supuestos de sustracción internacional de menores, por su importancia cualitativa sean objeto de estudio y de reformas legislativas nacionales y comunitarias tendentes a evitar que se produzcan estos hechos.

Las consecuencias de estas situaciones y el deseo firme de evitar los secuestros han propiciado una respuesta normativa tanto en el ámbito nacional como internacional, y una sensibilización de los jueces al problema. La realidad del problema en la práctica judicial se manifiesta en un aumento del número de solicitudes de devolución del menor al Estado donde tenía su residencia habitual, por infracción de los derechos de custodia



o de visita, ya vengan directamente interesadas por el progenitor conforme a la norma procesal guatemalteca, como se prevé en el Artículo 29 del Convenio de La Haya, supuesto excepcional pero cada vez más frecuente, o por la solicitud de la Autoridad Central que tiene entre otros deberes el de facilitar la apertura del procedimiento judicial con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita, tal y como se prevé en el artículo 7 del mismo Convenio.

4.2. Análisis del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

El convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores fue adoptado en octubre de 1980 por los Estados signatarios, el cual pretende establecer de la mejor forma posible el retorno del menor a su país de origen.

El aumento de sustracciones de menores por alguno de sus padres en América Latina promueve la creación del convenio, con el objetivo que la situación del menor sea solucionada de forma pacífica, en un ambiente propicio para el mismo debido a que las partes que involucra el conflicto son sus padres.

El convenio establece que la sustracción del menor, violenta las leyes internas, por tanto, dicha situación es ilícita al orden jurídico y debe ser solucionada de la mejor forma posible y no ser ventilada en un ámbito penal, sino totalmente civil por ser un conflicto de familia.



La intención internacional de regular el retorno del menor a su país de residencia, nace para garantizarle al padre o tutor que tiene la guarda y custodia de restaurarle el derecho y deber de proporcionarle al menor todos los recursos necesarios para su desarrollo y bienestar general.

La guarda y custodia es establecida por un juez competente, por tanto, debería de garantizarle al que obtiene el deber de poder ejercitarlo de manera permanente hasta que por otra orden judicial o por establecerlo la ley, este finalice sus efectos jurídicos.

El objetivo principal del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten estrictamente en los demás Estados contratantes.

El convenio fue creado principalmente por el objetivo de retornar al menor al Estado de origen para garantizar los derechos de guarda y custodia y el de visitas, para que ambos padres puedan continuar con una relación permanente, según lo haya establecido el órgano jurisdiccional competente para tal efecto.

La intención del convenio se establece también en su preámbulo, el cual establece que profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. En el primer párrafo del preámbulo del Convenio, se establece el interés primordial del mismo, determinándose que intenta integrar todas las circunstancias que pueden presentarse relativas a la



custodia. De esta manera, continúa indicando el preámbulo, que deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.

En el segundo párrafo del preámbulo, se indica que además del derecho de guarda y custodia, el convenio también intenta que se garantice el régimen de visitas, para que ambos padres, puedan mantener una relación con los hijos en común. Es importante establecer que el derecho de visitas es también afectado según el caso, por el traslado de un menor a otro Estado de manera ilícita, por tanto, el convenio establece que aun cuando sea el padre que tiene la guarda y custodia que sustrae ilícitamente al menor, éste ha violentado el derecho de visitas, por lo que debe ser restituido al Estado donde reside.

Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que disponga. Este precepto motiva a que el procedimiento adoptado en los Estados debe de ser establecido con celeridad para retornar al menor lo antes posible, pero respetando en todo momento el debido proceso garantizando los derechos humanos de los menores establecidos en las leyes especializadas, en el caso de Guatemala, lo que regula la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y en los tratados y convenios relativos a sus derechos fundamentales.



El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece que el traslado o retención de un menor se considera ilícito, indicando que:

- “a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;
- a) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento de traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.

Si los hechos manifiestan estos supuestos, los mismos son considerados ilícitos, por tanto, el Estado donde se encuentra ilegalmente el menor, debe procurar su retorno. En consecuencia, el convenio establece que sería ilícito su traslado si éste se realiza después de adquirir el derecho de guarda y custodia o se produciría el derecho si no se hubiera traslado ilícitamente; el convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

La Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados deberán regular todo lo concerniente a los derechos de los adolescentes y al libre ejercicio de todo lo que les afecte. De esta manera la Convención regula el principio de autonomía progresiva, debiéndose respetar su derecho a la libre elección según su madurez y su progresiva autonomía.



En ese mismo sentido, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece que después de los 16 años el Convenio no surtirá sus efectos, esto con la intención de respetar la autonomía del menor de edad, decidiendo en ese caso con quién desea vivir.

Una de las regulaciones importantes del convenio es la designación de una autoridad competente, quién debe de conocer de los casos de sustracción ilegal de menores en sus Estados. Cada uno de los Estados contratantes designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el convenio, esta autoridad será la encargada de procurar el retorno del menor.

Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente convenio.

Determina, además, la creación de esta institución con el objetivo de seguir el criterio de establecer una entidad especializada en situaciones de menores y que a la vez no se les cargue a los órganos jurisdiccionales situaciones que pueden ser solventadas administrativamente, aunque el mismo convenio establece que a conveniencia de cada Estado, la institución que puede conocer los casos de sustracción internacional de menores, puede ser un órgano jurisdiccional. Esta autoridad debe de realizar primeramente un estudio integral del menor, su ubicación, citación e intercambio de información con el Estado solicitante.



Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiere llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la iniciación de los procedimientos, el solicitante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

De esta manera, el convenio espera que los procesos de restitución o retorno del menor deben ser realizados en el menor tiempo posible. El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores confirma esta situación, al indicar que en un periodo inferior a un año sin que se tenga respuesta de la situación del menor, la autoridad competente debe ordenar la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año al que se hace referencia, ordenará, así mismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Por último, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.



Aunque en primera instancia la intención del convenio es intentar solucionar la tensión existente entre ambos padres, restituyendo al menor a su país de residencia con el padre que regularmente sustenta el derecho de guarda y custodia, es evidente que la situación puede cambiar si se presentan los supuestos anteriormente descritos, modificando su situación de ilícita a lícita, debido a que se le otorga la oportunidad al padre sustractor a quedarse legalmente con su hijo en el Estado donde se encuentra.

4.3. Incidencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, establece que cada estado parte, deberá designar a una autoridad central en su país, y establecer los mecanismos legales y procedimentales correspondientes a efecto de darle cumplimiento a las obligaciones y funciones que les asigna el Artículo 7 de la Convención.

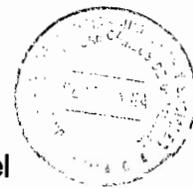
En la legislación guatemalteca se manifiesta principalmente en dos aspectos: primero, el procedimiento incidental que establece el Estado de Guatemala para que el órgano jurisdiccional conozca los casos de sustracción ilícita de menores; y segundo, la pérdida del derecho de guarda y custodia establecido por órgano jurisdiccional competente ante la posibilidad de que el padre infractor se quede con su hijo ilícitamente en el Estado donde se encuentra. En ese sentido, Guatemala es signatario del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, siendo aceptado y ratificado por medio del Decreto 24-2001 del Congreso de la República de Guatemala;



de esta manera, se establece la autoridad central que deberá conocer los casos de sustracción de menores, y se le da la facultad al Organismo Judicial a determinar el procedimiento que se debe de seguir para su resolución.

Ante dicha facultad, se crea el Acuerdo 3-2013 de la Corte Suprema de Justicia que regula todo lo concerniente a la autoridad competente y a su procedimiento. El segundo considerando del Acuerdo establece: "Que Guatemala está adherida al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada el 25 de octubre de 1980 por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, cuyo objetivo es proteger a los niños, niñas y adolescentes, en el plano internacional, sobre los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y establecer los procedimientos que permitan garantizar su restitución inmediata al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita."

En sus primeros Artículos se establece la jurisdicción y competencia que tendrán los órganos jurisdiccionales para conocer los casos de sustracción internacional. El Acuerdo 3-2013 establece: "Para la aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada el 25 de octubre de 1980 por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, serán competentes: el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana; Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Quetzaltenango y la Sala de la Corte de Apelaciones de Niñez y Adolescencia."

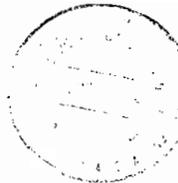


En primera instancia se establece que solo el órgano jurisdiccional especializado del área metropolitana y Quetzaltenango podrán conocer casos de sustracción ilícita de menores, y en segunda instancia, la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia.

El Acuerdo 3-2013 también establece: "Competencia territorial: Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Quetzaltenango, conocerá sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de los departamentos de: Quetzaltenango, San Marcos, Huehuetenango, Totonicapán, Retalhuleu, Sololá y Quiché; el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana de los restantes departamento de la República de Guatemala; y, en segunda Instancia, la Sala de la Corte de Apelaciones de Niñez y Adolescencia".

En cuanto al procedimiento, se establece que: "Los Juzgados asignados conocerán, tramitarán y resolverán los casos de sustracción internacional de menores en forma inmediata, con cumplimiento estricto de los plazos legales de conformidad al procedimiento incidental establecido en la Ley del Organismo Judicial".

Con la intención de conocer y resolver los asuntos de sustracción internacional de menores de la mejor y mayor rapidez posible, la Corte Suprema de Justicia establece que el procedimiento a seguir será en la vía incidental, contradiciendo lo establecido en la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia, la cual establece un proceso de audiencias, todas las necesarias y posibles.



Con la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se establece el debido proceso que deberán seguir los órganos jurisdiccionales especializados de la niñez y la adolescencia, el cual integra un proceso de audiencias donde el menor es el principal participante del mismo.

En ese sentido, el Artículo 76 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece que: “Son obligaciones del Estado, a través de sus órganos competentes cuando exista amenaza o violación a los derechos de la niñez y la adolescencia, las siguientes:

- a) Velar porque las instituciones públicas o privadas que atiendan a los niños, niñas y adolescentes a quienes sus derechos se encuentren amenazados o violados, éstos le sean respetados y restituidos, en especial su derecho a la vida, seguridad, identidad cultural, costumbres, tradiciones e idioma y les brinden tratamiento integral y digno.
- b) Coordinar acciones e impulsar programas que fomenten la unidad y estabilidad familiar, el civismo, identidad nacional, los valores morales, el respeto a los derechos humanos y el liderazgo para el desarrollo de la comunidad (...).”

Ante este mandato legal y para establecer de manera amplia la aplicación del proceso judicial de menores, la Corte Suprema de Justicia crea el Reglamento General de Juzgados y Tribunales con Competencia en materia de la Niñez y la Adolescencia Amenazada o Violada en sus Derechos Humanos y Adolescentes en Conflicto con la



Ley Penal, con el cual se pretende establecer integralmente todas las gestiones administrativas y diligencias judiciales que garanticen el respeto y el debido proceso de menores que han sido violentados en sus derechos humanos. En cuanto al procedimiento de las audiencias, se estipula: La organización del despacho judicial desarrollará las actividades administrativas que acompañan al ejercicio de la función jurisdiccional y no podrá afectar al principio según el cual es indispensable la presencia del juez en todos los actos del proceso. Como principio general las solicitudes y previsiones normativas serán resueltas y notificadas en audiencia, salvo cuando la ley lo prohíba expresamente.

Las solicitudes y previsiones normativas serán resueltas y notificadas en audiencias, por tanto, se entiende que, en el proceso de la niñez sobre las violaciones a sus derechos humanos, como lo sería su sustracción internacional de manera ilícita, se deben realizar todas las audiencias posibles y necesarias para resolver acorde a su mejor interés.

La gestión del procedimiento deberá desarrollarse dentro de los plazos que señala la ley, concentrándose el mayor número de actuaciones en audiencias que se celebrarán de forma continua; Para el ejercicio de su función jurisdiccional deberá entenderse que los plazos fijados en la ley al tribunal o juzgado son máximos, por lo que no es necesario esperar su transcurso total. El procedimiento debe de realizarse concretándose en el mayor número de actuaciones en audiencias posibles, con el objetivo de garantizar el debido proceso de los menores de edad al establecer si sus derechos humanos son violentados.



4.3.1. Propuesta de reforma del Artículo 95 de la Ley de Migración

A continuación se presentan bases para una posible iniciativa de ley, con la finalidad de reformar el Artículo 95 de la Ley de Migración.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CA.

DECRETO NO. 2018

DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es el bien común; así como garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de las personas.

CONSIDERANDO:

Que la Ley de Migración fue creada con el objeto de garantizar un eficaz ordenamiento migratorio, regulando la entrada y salida de nacionales y extranjeros del territorio nacional, así como la permanencia de estos últimos dentro del mismo y siendo una de sus funciones garantizar que la entrada, permanencia y salida del territorio guatemalteco de relaciones y extranjeros, se realice de acuerdo con lo preceptuado en la presente Ley y su reglamento.



CONSIDERANDO:

Que la Ley de Migración no contempla lo relativo a la salida del territorio nacional de los menores de edad sin el consentimiento del padre ausente o representante legal, ya que en la actualidad únicamente se requiere el pasaporte sin la anuencia del padre ausente, en tal virtud, se hace urgente y necesario actualizar dicha Ley, emitiendo para el efecto la reforma legal, con el objeto de prevenir el secuestro de menores por parte de alguno de sus padres o terceras personas.

POR TANTO:

En uso de las facultades que confiere la literal a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

Las siguientes:

REFORMAS A LA LEY DE MIGRACIÓN DECRETO NÚMERO 95-98 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

Artículo 1. Se reforma el Artículo 95, el cual queda sí: “Artículo 95. Para autorizar la salida del territorio nacional de una persona discapacitada mental y menores de edad se deberá contar con la autorización del padre ausente o del representante legal.”



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado de Guatemala, ha aceptado y ratificado el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con lo cual se aceptan sus regulaciones y todo lo relativo a lo que las autoridades competentes que determina cada Estado resuelvan sobre la situación civil de la sustracción de menores. La Corte Suprema de Justicia, mediante el Acuerdo número 3-2013, crea el procedimiento que se debe aplicar para casos donde se deba solventar la situación civil de menores que son extraídos ilícitamente de un Estado a otro. Pese a los esfuerzos de los países por buscar soluciones y evitar que los niños, niñas y adolescentes sean afectados con sustracciones y retenciones ilícitas; continúan dándose estos casos sin una justicia pronta y cumplida. Actualmente, basta con que el menor tenga pasaporte o visa y acompañado de uno de sus progenitores para salir fuera del país, sin que se necesite autorización del padre ausente.

Con base a lo anterior, la posible solución a la problemática planteada, es que por parte del Congreso de la República de Guatemala se reforme la Ley de Migración con base al principio del interés superior del niño, con la finalidad de evitar la sustracción ilegal de los menores, que no baste únicamente con el pasaporte o la visa del menor de edad para salir fuera del país, sino que sea como requisito esencial la autorización del progenitor ausente, mediante escritural pública, declaración jurada o mediante acta notarial con firma legalizada.



BIBLIOGRAFÍA

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 1996.

CARRASCO SOULÉ, Hugo Carlos. **Derecho procesal civil**. México: IURE Editores, 2009.

CAVALLIERI, Alyrio. **Derecho de menor**. Río de Janeiro: Ed. Biblioteca Jurídica Freintan. Bastos, 1978.

CICU, Antonio. **El derecho de familia**. Buenos Aires: Ed. Ediar S.A., 1947.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal**. Buenos Aires: Ed. Roque De Palma Editores, 1958.

DE PINA VARA, Rafael. **Elementos del Derecho Civil Mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1986.

DIENA, Julio. **Derecho internacional público**. Barcelona: Ed. Bosch, 1941.

FLANDRIN, Jean L. **Orígenes de la Familia Moderna**. Barcelona: Ed. Bosh, 2009.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Primer curso de derecho civil, parte general, personas, familia**. México: Ed. Porrúa S.A., 1994.

GARCÍA ARIAS, Luis. **Estudios de historia y doctrina del derecho internacional**. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1964.

GAVIRIA LIEVANO, Enrique. **Derecho internacional público**. Bogotá: Ed. Temis, 1988.



GUERRA IÑIGUEZ, Daniel. **Derecho internacional público**. Madrid: Ed. Amon, 1985.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco. **Derechos de los niños**. México: Ed. Alejandro Cruz Ulloa, 2000.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Derechos Humanos**. Guatemala: Ed. Servitag, 2007.

MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta. **Juicios orales en materia de familia**. México: (s.ed), 2009.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Introducción al derecho internacional público**. Madrid: Ed. Alianza, 1979.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho internacional público**. Bogotá: Ed. Temis S.A, 2002.

ORTEGO VICUÑA, Francisco. **El derecho internacional en la perspectiva de un cambio de siglo**. Argentina: Ed. Lerner, 2002.

PEARSON, Federic. Y Martín Rochester. **Relaciones internacionales. Situación global en el Siglo XXI**. Ed. McGrawHill, 2000.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. **Lecciones de derecho internacional público**. Madrid: Ed. Tecnos, 2006.

ROUSSEAU, Charles. **Derecho internacional público**. Barcelona: Ed. Ariel, 1966.

SAJÓN, Rafael. **Nuevo Derecho de menores**. Buenos Aires: Colección de desarrollo social. Ed. Humanistas, 1967.

SCHWARZENBERGER, Georg. **La política de poder**. Londres: (s.ed), 1941.



STADTMULLER, Georg. Historia del derecho internacional público. Madrid: Ed. Aguilar, 1961.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Historia del derecho internacional público. Madrid: Ed. Tecnos, 1998.

Legislación:

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

Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, 1989.

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

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Decreto número del Congreso de la República, 2003.

Carta de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas. Artículo 2, apartado 3-4.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Organización de las Naciones Unidas, 1945.