

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

**LA IMPROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL
DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL PASAPORTE DE UN
MENOR DE EDAD EN PODER DE LA MADRE CUANDO LA JUSTIFICACIÓN SEA
INSUFICIENTE PARA SALIR DEL PAÍS**

HERNÁN ISRAEL BARRIENTOS CHOPÉN

GUATEMALA, JUNIO DE 2011

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

**LA IMPROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL
DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL PASAPORTE DE UN
MENOR DE EDAD EN PODER DE LA MADRE CUANDO LA JUSTIFICACIÓN SEA
INSUFICIENTE PARA SALIR DEL PAÍS**

TESIS

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

Por

HERNÁN ISRAEL BARRIENTOS CHOPÉN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2011.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciriaiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Luis Alberto Zeceña López
Vocal:	Licda. Berta Aracely Ortiz Robles
Secretaria:	Licda. Edith Marylena Pérez Ordóñez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Secretario:	Lic. Jorge Mario Álvarez Quirós

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Lic. Marco Vinicio González de León
Abogado y Notario
4ta. avenida 3-51 Z. 12 Colonia Guajitos, Teléfono 53185208
Ciudad de Guatemala



Guatemala, veinticinco de julio de 2010.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín

Por este medio me dirijo a usted deseándole éxitos en el ámbito personal y laboral, principalmente en la dirección de tan digno cargo.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona de fecha veintisiete de mayo del año dos mil diez, y en mi calidad de Asesor del Trabajo de tesis del Bachiller **HERNÁN ISRAEL BARRIENTOS CHOPÉN** intitulado "**LA IMPROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL PASAPORTE DE UN MENOR DE EDAD EN PODER DE LA MADRE CUANDO LA JUSTIFICACIÓN SEA INSUFICIENTE PARA SALIR DEL PAÍS**", resulta procedente dictaminar al respecto en la Asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i. Por el contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por el autor, ello meritoriamente se calificó de sustento importante y valedero dentro de la asesoría efectuada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado,^f
- ii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala; por ende el presente dictamen determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con dichos requisitos, ya que se pudo verificar su contenido científico y técnico en la elaboración del tema, el cual incluye técnicas de observación, reglas para el



Lic. Marco Vinicio González de León
Abogado y Notario
4ta. avenida 3-51 Z. 12 Colonia Guajitos, Teléfono 53185208
Ciudad de Guatemala

razonamiento y la predicción, así como ideas sobre la experimentación planificada y modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos, implementando para su desarrollo, de metodología y formas demostrativas, y variantes del mismo, extraídos de una bibliografía adecuada, sobre la cual se han realizado las consultas y citas correspondientes. Además originalmente se dio una idea de cómo redactar ya que en un principio el presente trabajo carecía de una buena redacción mejorándose poco a poco con las instrucciones que se le fueron indicando, teniendo como resultado una valiosa contribución científica al Derecho Civil Guatemalteco; por otra parte las conclusiones y las recomendaciones están buscando el verdadero objeto del tema que es desvelar las deficiencias en el trámite para la obtención de pasaporte de un menor de edad por quién ejerce la patria potestad, y que se debe mejorar en atención a la protección integral del menor; por no ser necesario no se realizaron cuadros estadísticos; específicamente como ilustración, y por último puede constatar que la bibliografía era la adecuada para la elaboración del tema.

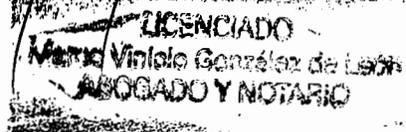
- i. Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis del bachiller **HERNÁN ISRAEL BARRIENTOS CHOPÉN**, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- ii. En consecuencia en mi calidad de **Asesor** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen publico de Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.

Deferentemente;

Lic. Marco Vinicio González de León
Asesor.

Colegiado No 6412



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, ocho de octubre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante HERNÁN ISRAEL BARRIENTOS CHOPÉN, Intitulado: "LA IMPROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL PASAPORTE DE UN MENOR DE EDAD EN PODER DE LA MADRE CUANDO LA JUSTIFICACIÓN SEA INSUFICIENTE PARA SALIR DEL PAÍS".

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


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



Lic. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3^a. Avenida 13-62 ZONA 1.
TELÉFONOS: 22300240 - 22327936



Guatemala, 19 de octubre de 2010.

Licenciado

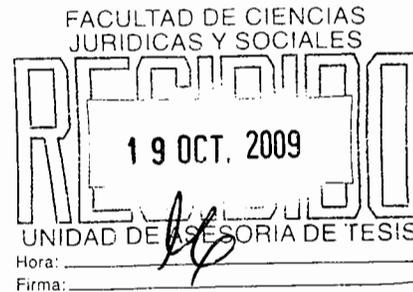
Marco Tulio Castillo Latín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Su Despacho.



Licenciado Castillo Latín:

De manera más atenta me dirijo a usted, deseándole toda clase de éxitos en la dirección de dicha jefatura.

Dando cumplimiento a lo ordenado en resolución emitida por esa Unidad de Asesoría de Tesis de fecha ocho de octubre de dos mil diez, en la que se me nombro como **REVISOR** de Tesis del Bachiller **HERNÁN ISRAEL BARRIENTOS CHOPÉN**, sobre el tema intitulado "**LA IMPROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL PASAPORTE DE UN MENOR DE EDAD EN PODER DE LA MADRE CUANDO LA JUSTIFICACIÓN SEA INSUFICIENTE PARA SALIR DEL PAÍS**", el cual después de haber sido debidamente analizado, su estructura y contenido, me permito:

OPINAR:

Que la investigación realizada por el bachiller Barrientos Chopén, ha sido discutida y conforme las sugerencias obtenidas del estudio y análisis, contiene desde mi particular punto de vista, un enfoque científico y técnico aceptable, el cual incluye técnicas de observación, reglas para el razonamiento, así como ideas sobre la experimentación planificada, y modos de comunicar los resultados teóricos, implementando para su desarrollo las metodologías necesarias, logrando con ello la utilización de los métodos científicos el deductivo, analítico, sintético, además hizo uso de una bibliografía adecuada, sobre la cual se han realizado las consultas y citas correspondientes.



Lic. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3ª. Avenida 13-62 ZONA 1.
TELÉFONOS: 22300240 - 22327936



Desde su proyecto inicial la investigación ha cumplido con los lineamientos indicados, además ha demostrado su capacidad investigativa, logrando complementar los métodos utilizados con las técnicas de investigación adecuadas, tiene una acertada redacción logrado brindar definiciones, análisis, analogías, y estudios de causa y efecto, para lograr con ello, una redacción acorde al tecnicismo gramatical requerido, dentro de este aspecto se hicieron correcciones como por ejemplo de utilización de conjunciones, en la página treinta y uno se adicionaron las palabras “o este reconocido legalmente”, en la página treinta y cinco se adiciono la palabra “Confianza”.

El presente trabajo investigativo constituye un aporte científico y técnico para el desempeño de la normativa jurídica y en general para que el planteamiento realizado pueda ser considerado como beneficioso para la Jurisdicción Voluntaria Judicial, desvela las deficiencias del procedimiento, sugiriendo se aplique correctamente las ya reguladas y sea valorado como corresponde, y con ello evitar daños posteriores a los menores, a la vez que contiene conclusiones y recomendaciones que congruentemente se ajustan al contenido de su trabajo.

Por lo que considero que reúne en general los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis en Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por tal motivo considero que el trabajo en referencia, llena los requisitos de forma y de fondo exigidos en el normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, estimando que el mismo puede ser aprobado, por lo que emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE.**

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestra de mi consideración y más alta estima.

Atentamente,

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado No. 6220



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

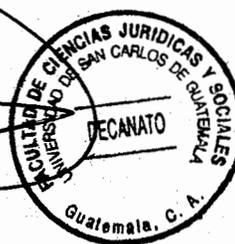
Guatemala, dieciocho de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes, que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HERNÁN ISRAEL BARRIENTOS CHOPÉN, Titulado LA IMPROCEDENCIA DEL OTORGAMIENTO DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL PASAPORTE DE UN MENOR DE EDAD EN PODER DE LA MADRE CUANDO LA JUSTIFICACIÓN SEA INSUFICIENTE PARA SALIR DEL PAIS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



2061



DEDICATORIA.

A DIOS:

Gracias por permitirme vivir y llenarme de tantas bendiciones que me han permitido alcanzar este triunfo.

A MIS PADRES:

Hernán Israel Barrientos García (Q.E.P.D.) y Blanca Estela Chopén Choc. Quienes me dieron la vida, me han dado una familia muy especial, y han sido el mayor de mis ejemplos para alcanzar el éxito.

A MI ESPOSA:

Aracely, gracias por su valiosa comprensión, cariño y apoyo.

A MIS HIJOS:

Hernán Israel y Diego Antonio, quienes han sido mi gran amor, mi mayor ilusión y mi deseo de superación.

A MIS HERMANOS:

Owen Nathaniel, Alma Waldiria, y Hayleen Isamar, por ser muy excelentes hermanos, por su confianza, su apoyo y sus consejos.

A MI TIO ALVARO:

Especialmente gracias por brindarme sus atenciones, su amistad y su cariño, en cada uno de los momentos que nos han tocado vivir.

A TODA MI FAMILIA:

Cariñosamente a mi abuelita Zoila, Gracias por sus infinitos y sabios consejos, a mis tíos, a primos, y demás familia, por su apoyo incondicional.



**A LOS PROFESIONALES Y
MIS AMIGOS**

Lic. Edgar Raúl Pacay Yalibath, Lic. Marco Vinicio Gonzáles de León. Lic. Juan Carlos Ortega Tobías, Licda. Jessica Lourdes Merino Toledo, Lic. Carlos Aguilar Revolorio, Lic. Edgar Castillo Ayala, Lic. Omar Barrios, Licda. Dayrin Rocío Mejía. Lic. Sergio Teni, Licda. Iris Andrea Mejia, Guisela viana, Pavel y Billy Castillo, Cesar Gonon, Sergio Maltez, Oscar Castro, Jaime Pacay, Gracias por brindarme su amistad, pero sobre todo el ánimo para seguir adelante.

**A MIS COMPAÑEROS DE
TRABAJO**

En especial al Juzgado Octavo de Primera Instancia de Familia y al Juzgado Décimo de Instancia Civil. Lugar donde he adquirido los mayores conocimientos de mi carrera.

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

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Por acogerme en sus aulas y haberme dado la oportunidad de realizar mis estudios.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El menor de edad bajo la patria potestad de la madre.....	1
1.1. La filiación natural	2
1.2. La maternidad.....	5
1.3. La maternidad; hechos biológicos y sociales.....	7
1.4. Participación de la madre en el ejercicio de la patria potestad.....	8
1.5. La patria potestad y la guarda y cuidado del menor de edad.....	13
1.5.1. Género.....	14
1.5.2. Especie.....	15
1.6. Rol de la madre en ejercicio de la patria potestad.....	15
1.7. Protección del niño(a) cuando el padre ha perdido la patria potestad.....	16
1.8. Posición social de la madre en el ejercicio de la patria potestad	20
1.9. Razones para que la madre decida abandonar el país con su hijo.....	22
1.10. Análisis de la regulación legal para autorizar la salida del país de la madre y su menor hijo.....	23



CAPÍTULO II

2.	La necesidad de obtener pasaporte para el niño o niña en poder de la madre.....	29
2.1.	Motivos invocados por la madre.....	30
2.2.	Regulación de salida de menores de edad del país por la Ley de Migración, Decreto 95-98 del Congreso de la República de Guatemala	31
2.3.	¿Debe otorgarse la salida del país de un menor de edad en poder de la madre cuando su justificación sea insuficiente?.....	36
2.4.	Posición legal del padre que no es localizado para autorizar la salida del país de su menor hijo.....	40
2.5.	¿Deben publicarse edictos dentro del procedimiento para autorización de obtención de pasaporte solicitados por la madre del menor bajo su Patria Potestad?.....	41
2.6.	La discrecionalidad del juez de familia al resolver favorablemente la autorización de obtención de pasaporte sin justificación válida.....	42

CAPÍTULO III

3.	Trámite en Jurisdicción Voluntaria de la solicitud para la obtención de pasaporte de un menor de edad.....	43
3.1.	Definición de jurisdicción voluntaria.....	44



	Pág.
3.2. Clases de trámite de jurisdicción voluntaria.....	48
3.2.1. Judicial.....	48
3.2.2. Notarial.....	50
3.3. Procedimiento de las diligencias voluntarias judiciales.....	51
3.4. Juez competente.....	52
3.5. Requisitos de la primera solicitud.....	53
3.6. Tramitación.....	55
3.7. Resolución.....	55
3.8. Deficiencias del procedimiento del trámite para la obtención del pasaporte en los juzgados del ramo de familia.....	56
3.8.1. Intervención obligada a la Procuraduría General de la Nación.....	58
3.8.2. Ausencia de publicación de edictos de la resolución de trámite.....	59

CAPÍTULO IV

4. El juez de familia y la resolución de las diligencias para la obtención de pasaporte de un menor de edad en poder de la madre.....	61
4.1. La función judicial.....	61
4.2. La jurisdicción.....	61
4.3. División de la Jurisdicción.....	64
4.3.1. Jurisdicción ordinaria.....	65
4.3.2. Jurisdicción privativa.....	65



	Pág.
4.3.3. Poderes de la jurisdicción.....	66
4.4. Competencia.....	67
4.4.1. División de la competencia.....	67
4.4.2. Principios generales de la competencia.....	69
4.5. El juez de familia y sus funciones.....	70
4.6. El juez de familia en los trámites voluntarios para la obtención de pasaporte del menor de edad.....	73
4.7. Las resoluciones emitidas en el procedimiento para la obtención de pasaporte del menor de edad.....	73

CAPÍTULO V

5. Razones Jurídicas y familiares para declarar la improcedencia de la solicitud de obtención de pasaporte de un menor de edad cuando no se justifique válidamente la pretensión.....	75
5.1. Las irregularidades en el trámite voluntario judicial para la obtención de pasaporte para un menor de edad.....	77
5.2. La justificación insuficiente por parte de la madre que solicita la autorización para obtener el pasaporte del menor de edad.....	78
5.3. La falta de publicación de edicto en el diario oficial y otro de mayor circulación para los efectos de conocimiento del padre que no es localizado.....	79



Pág.

5.4.	La ausencia de seguimiento al destino del menor de edad Cuando sale del territorio nacional.....	81
5.5.	La necesidad de la intervención obligatoria de la Procuraduría General de la Nación en el procedimiento voluntario judicial de Solicitud de obtención de pasaporte del menor de edad.....	82
5.6.	Comentario final.....	83
	CONCLUSIONES.....	85
	RECOMENDACIONES.....	87
	BIBLIOGRAFÍA.....	89

(i)

INTRODUCCIÓN



En los Juzgados de familia día a día se presentan solicitudes de dispensa judicial con el fin de obtener la autorización que da el juez, a la madre de un menor de edad para que ella en ejercicio de la patria potestad y con la autorización que se le otorga pueda renovar u obtener el pasaporte y con ello puedan salir del país, dicha solicitud es presentada en los juzgados de familia porque el padre se opone al mismo, ó no da su consentimiento. En la mayoría de solicitudes objeto de estudio el argumento es el mismo, “el viaje es por vacaciones”, o por “visitar a un familiar”, a criterio muy personal no es una justificación con suficientes argumentos o con valor. Con lo cual el presente trabajo de investigación, se basa en los motivos expuestos por la parte interesada para obtener dicha autorización judicial, para que los menores abandonen el territorio nacional. Fue desarrollado mediante los distintos recursos obtenidos tales como libros de texto y legislación guatemalteca y revisión de expedientes judiciales. Con la investigación de dicho tema se pretende establecer que efectivamente las diligencias que se llevan a cabo mediante el trámite de jurisdicción voluntaria en los tribunales de familia presentan deficiencias que deben ser corregidas.

Los objetivos de la investigación, fueron coadyuvar al la protección integral del niño, determinando las causas justificativas de las solicitudes, la ligereza de las resoluciones judiciales, la importancia de declarar procedente o improcedente la autorización judicial, son promovidas con base a justificaciones que a mi criterio insuficientes para que sean autorizadas para la obtención de los pasaportes de sus hijos con el objeto de abandonar el territorio nacional.

(ii)



El texto, está contenido en cinco capítulos, distribuidos de la siguiente forma: El primer capítulo, trata sobre el menor de edad bajo la patria potestad de la madre; en el segundo capítulo, se estudia la necesidad de obtener pasaporte para el niño o niña en poder de la madre, los motivos invocados por la madre; en el tercer capítulo, se estudia el trámite de la jurisdicción voluntaria; en el cuarto capítulo, se enfoca al juez de familia y la resolución de las diligencias para la obtención de pasaporte de un menor de edad en poder de la madre; en el último capítulo, trata de dar soluciones a la problemática planteada.

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

Durante el desarrollo se tuvo presente lo que respecta a los derechos de autor que están establecidos en la ley de la materia, lo regulado en la Convención Sobre los Derechos del Niño, para que dicha investigación tenga los frutos deseados, se vele por el desarrollo integral de los mismos y en consecuencia se debe considerar adoptar todas las medidas de urgencia para regular este flagelo.

CAPÍTULO I



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

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

En el caso de que el padre y la madre no sean casados, ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación.

Regulado en el Artículo 110 del Código Civil, en su párrafo final establece (“...La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos”).

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



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

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

1.1. La filiación natural

Es la que existe entre padres que no están casados y se le denomina filiación natural o ilegítima. Federico Puig Peña, al respecto dice que: "Se entiende por relación paterno filial ilegítima, en sentido amplio, aquélla que tiene lugar por el hecho de la generación fuera de las justas nupcias. Pero esta procreación extramatrimonial es susceptible, a su vez, en dos planos distintos: un plano de absoluta ilegitimidad y otro de ilegitimidad atenuada, llamada ésta, así por la posibilidad que encierra de transformarse en una situación más legítima a los ojos de la ley".¹

¹ Puig Peña, Federico. Compendio de derecho civil español. pág. 519.



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

En este orden de ideas, la filiación natural debe entenderse como la que se establece con base al reconocimiento de los hijos nacidos sin que exista vínculo matrimonial entre los progenitores.

Respecto a los hijos legítimos, es indudable la atribución a los padres de la patria potestad, con relación a los hijos naturales; es conveniente formular algunas observaciones de interés doctrinario.

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

La patria potestad en general está fundada en la misma naturaleza, siendo una consecuencia de la relación de paternidad y filiación. Los padres naturales ostentan, a partir del reconocimiento una paternidad que está admitida por el derecho y es del conocimiento de todos. Esta paternidad les impone deberes, como parte de la función



protectora que a todo padre incumbe; preciso es que les confiera también derechos para cumplirla.

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

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



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

1.2. La maternidad

Para Manuel Ossorio maternidad es: “La relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extra-matrimonialmente”.²

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

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

² Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. pág. 451.



realidad que debe ser vivida por el padre y por la madre, con el apoyo de la sociedad. Esta afirmación puede ser novedosa, pero tiene sus razones.

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

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

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

Por eso, es más importante, afirmar que el mundo laboral debe aprender a respetar el don de la maternidad; si no lo hace, corre serios riesgos de deshumanizarse. El ámbito



del trabajo y el ámbito de la cultura, necesitan del genio de la mujer para ser más acogedores.

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

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

1.3. **La maternidad; hechos biológicos y sociales**

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



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

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

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

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



por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad o los mayores declarados incapaces.

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

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

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

"Que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración,



sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa autorización del juez competente e intervención de la Procuraduría General de la Nación, en este caso el Estado se encarga de fiscalizar las transacciones, si bien es cierto, son de tracto civil por tratarse de patrimonio, pero el dueño es un incapacitado, no puede para ejercer su voluntad en cualquier tipo de contratos”.

Rivero Hernández sostiene que: "La Custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres" ³, por lo cual los padres quedan como guardianes de su hijo, lo pueden obligar a que habite con ellos; además de hacerlo regresar a su domicilio de ser necesario, incluso se encuentran facultados para solicitar la intervención de la fuerza pública. El hijo menor no tiene el derecho de abandonar el domicilio familiar. La obligación de permanecer en el hogar conyugal hace que se le atribuya como su domicilio legal el de sus padres.

Este autor, al referirse a la guarda, indica que es de carácter obligatorio en las siguientes palabras: la guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación que en un principio no pueden liberarse.

De dicha obligación no pueden renunciar los padres por conveniencia de ellos, pues de ser así cometerían un ilícito, porque no pueden abandonar a un hijo que está sometido a su guarda y custodia. Lo cual implica darle alimentación, cuidados y educación.

³ Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, pág. 259.



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

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

Cuando los poderes o facultades que ostenta una persona no atienden propiamente a sus intereses particulares, sino que el ejercicio de tales poderes, implica tener en consideración el cuidado y la vigilancia en los intereses de otra u otras personas, resulta más preciso hablar de potestad.

Los padres están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, siendo responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la guarda y custodia.

Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, con el padre o la madre que los tenga a su cargo, no pudiendo sin permiso de ellos, dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres lo hayan puesto, la autoridad doméstica debe ser auxiliada



en todos los casos por la autoridad pública, para hacer volver a los hijos y darles poder y obediencia a sus progenitores.

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

En cuanto a la patria potestad, como se ha mencionado es la representación legal que se hace de un menor que se encuentre sometido a cargo de ambos padres, lo cual obliga a pensar en la representación de ciertos actos que él sólo, no puede ejecutar, debido a que por su corta edad o en el caso de ser un hijo mayor declarado en interdicción, la ley no le reconoce como un ente jurídico capaz de contraer y hacer efectivas obligaciones jurídicas, por lo cual sus padres o su tutor legal las contraerá en su nombre.

El ejercicio de la guarda y custodia, como elementos que se encuentran contenidos dentro de la patria potestad, debe ser ejercida por ambos padres, si los hijos se encuentran en el hogar conyugal, cuya misión fundamental consiste en dar asistencia económica, cuidado y un techo decente donde pueda vivir el menor.



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

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

En los temas anteriores se ha visto como esta institución experimenta una interesada evolución a través de la historia legislativa y de las costumbres populares, que parte de un concepto absoluto de poderío paterno, sin apenas cortapisas ni limitaciones y llega a una patria potestad función o deber en la que queda centrada, por así decirlo, la asignación (con alcance natural) que el poder público hace a la persona de los padres de esta misión protectora, reconociendo así a la función del grupo, para orientar y dirigir la evolución corporal y moral de los menores hasta llegar a su plena madurez en el plano de la vida social.

En relación al ejercicio de la patria potestad, se advierte la existencia de derechos y por otro punto deberes y obligaciones, en lo que, las relaciones entre padres e hijos concierne. Tratándose de una relación tan peculiar, resulta difícil deslindar claramente,



en el ámbito de la conducta humana, lo que es simple deber, de lo que es obligación propiamente dicha, pero debido a que normalmente es ejercida para el resguardo de los hijos naturales o que son adoptados por voluntad propia, el hecho de estar ejerciéndola se considera más que un deber, un privilegio, ya sea ejercida por uno sólo de los padres o ambos.

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

1.5.1. **Género**

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

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



1.5.2. **Especie**

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

1.6. **Rol de la madre en ejercicio de la patria potestad**

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

En el caso de que el padre y la madre no sean casados, ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos mientras sean



menores de edad y dirigir los quehaceres domésticos, esto lo describe el Artículo 110 del Código Civil en su párrafo final.

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

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

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

“La pérdida de la patria potestad constituye la privación definitiva e irreversible en su ejercicio. Por lo cual se establece que son únicamente tres los casos típicos en que la pérdida de la patria potestad ocurre y son los siguientes:

- “Muerte de los padres o de los hijos, en su caso;
- Adopción del hijo sometido a ella; y,



- Mayoría de edad”.

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

Los supuestos de pérdida de la patria potestad, pueden suponerse dos rubros: unos que obedecen a cierta culpabilidad de quien la desempeña, y los otros, que se generan por una incompatibilidad de sus titulares, encuadrando dentro de estos últimos, la adopción y la muerte de quienes la desempeñan”⁴.

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

- “Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
- Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;
- Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;

⁴ Ibid. pág. 422



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

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

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

Se debe tener, quizá por parte de la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, un grupo de trabajadores y trabajadoras sociales encargadas única y exclusivamente al control de la forma en que los padres educan a los hijos, y una forma puede ser la visita periódica por parte del trabajador o trabajadora social a los hogares de la ciudad, en este caso se hace referencia a la zona seis y dieciocho de la ciudad de Guatemala, las cuales podrían ser monitoreadas por un grupo de cinco trabajadores por zona,



realizando como visitas a todos los hogares de las zonas mencionadas, pudiendo estos presentar denuncia ante las anomalías que encuentren durante su labor, seria un fin del estado.

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

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



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

En Guatemala existe una diversidad de mentalidades y tradiciones, que varían dependiendo de la situación social de cada familia. De esta manera puede encontrarse en la ciudad de Guatemala a madres solteras que trabajan, para el sostenimiento del hogar, por lo que el niño crece quizá en la mayoría de casos sin supervisión. Si es un niño de familia acomodada, tiene mayores posibilidades de salir adelante, por el contrario si es de familia con escasos recursos.

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

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

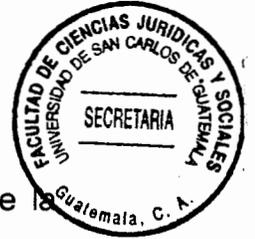


Dentro de la población, existen muchas madres que deciden que sus hijos no deben estudiar, porque la niña debe ayudar en los trabajos domésticos, por lo que el nivel de educación es mínimo. Las madres tratan de cumplir con la función de llevar el sustento a la casa; pero con respecto a la educación y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

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

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

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



Es importante mencionar que los casos de separación, suspensión y pérdida de la patria potestad en los tribunales de familia son muy escasos, dado que en la mayoría de ellos, se pretende establecer quién de los padres se queda con la patria potestad, se convierte en un asunto accesorio que puede llevar a la madre a la posibilidad de obligar al padre a cumplir con el pago de alimentos, cuando de divorcio se trata, no siendo una situación que frecuentemente se lleve a tribunales, porque desafortunadamente los padres de familia se preocupan más por molestar o desquitarse de los daños que su cónyuge le haya causado, que por el bienestar del hijo menor de edad, quien se encuentra desprotegido y queda a merced de lo que suceda con el conflicto que existe entre sus padres, el cual repercute en el papel social que deben desempeñar los padres respecto a sus hijos.

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

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

Para estas mujeres, es difícil luchar contra los estereotipos sociales que dictan que debe existir una figura masculina de sustento y protección. También hay que tomar en cuenta que la realidad muestra índices de violencia intrafamiliar, los cuales van en



aumento. La tendencia patriarcalista de las sociedades, han inculcado roles masculinos en donde se valida la infidelidad y la agresión.

Las mujeres tienen que enfrentarse con una serie de mitos o ideas irracionales, y en determinado momento consideran que el salir del país con sus menores hijos, es la solución más viable para poner fin a tales situaciones que les han afectado tanto a ellas como a sus hijos, y para llevar a cabo sus planes deben contar con capacidad económica para hacerlo; por lo que fijan como fin principal que obtengan la autorización judicial para lograrlo.

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

En la actualidad, la legislación regula que la guarda de los menores la tienen ambos padres de los mismos, al establecer la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su Artículo nueve: "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...". Sin embargo, si esto se ve afectado por la separación o el divorcio entre los progenitores, éstos podrán convenir a favor de quién es conferida la guarda de los menores hijos, según lo establecido en el Artículo 166 del Código Civil; pero si no existiere acuerdo, el padre que considere tener derecho a otorgársele a su favor la guarda de su menor hijo, puede tramitar su pretensión a través de un juicio oral, tal como lo establece la legislación, Artículo ocho de la Ley de Tribunales de Familia, y el órgano jurisdiccional debe conocer sobre la solicitud, en



base a estudios o informes de Trabajadores Sociales u organismos especializados, tiene la obligación de otorgarla al padre o madre que considere, siempre en beneficio del menor, y tomando en cuenta la importante opinión que los menores puedan externar libremente con respecto al litigio, esto dependiendo de su edad y grado de madurez, basándose en lo que al respecto preceptúa el Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Asimismo la guarda de los menores la puede tener la madre, en el caso que fuere soltera y estuviere separada del padre de los menores. Es a grandes rasgos el devenir histórico de la figura de la “guarda”, que como se deduce durante algunas épocas recayó en la madre tácitamente o expresamente con el padre, pero fue ejercida por ambos.”⁵

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

La Ley de Migración contenida en el Decreto 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 53 establece: “Para obtener pasaporte a menores de edad dentro del matrimonio o de la unión de hecho, es requisito indispensable contar con el

⁵ Flores Maldonado, José Origen del derecho de familia y las instituciones del Código Civil. pág. 58.



consentimiento escrito del padre y de la madre o de su representante legal, otorgado ante la autoridad competente.

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

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

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

Se tramita en la vía de la jurisdicción voluntaria, que comprende uno de los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de



juez, sin que esté promovida ni se promueve cuestión alguna entre partes determinadas. El juez competente para estos asuntos es el de primera instancia del último domicilio del ausente, de conformidad con el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil; asimismo los Artículos 24 y 403 del mismo cuerpo legal estipulan “corresponde conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria a los jueces de primera instancia, para el caso de estudio en el Ramo de Familia. Debe formularse por escrito, debe llenar los requisitos de toda primera solicitud”, de conformidad con los Artículos 29, 61, 79, 106 y 108 del Código Procesal Civil y Mercantil. Debe acompañar los mismos documentos que presenta ante notario, cuando el trámite es extrajudicial, que conduzcan a probar los siguientes extremos. Que se tiene derecho a promover la cuestión, se debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda.

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

A pesar de la regulación tanto nacional como internacional para la autorización para obtener el pasaporte de un menor de edad en ausencia del progenitor, los jueces de



familia la conceden sin tomar en consideración los motivos invocados por la madre para lograr salir del país con sus menores hijos. Decisión que es por demás peligrosa, debido a que las leyes que protegen los derechos de los niños y niñas propugnan que se hagan valer los mismos, por el riesgo que puedan correr en el extranjero.





CAPÍTULO II

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

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

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

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



hecho de que se invoque que el motivo es por razón de vacaciones, puede ser que éstas no sean efectivamente para gozar de estancias temporales, sino que con el fin de no retornar al país, poniéndose en riesgo su seguridad futura y el destino que tendrán dichos niños.

2.1 **Motivos invocados por la madre**

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

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



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

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

En la sección primera, del Capítulo II, del Decreto 95-98 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 53, se encuentra regulada la extensión de pasaporte para menores de edad de la siguiente forma:

“Para extender pasaporte a menores de edad dentro del matrimonio o de la unión de hecho, es requisito indispensable contar con el consentimiento escrito del padre y de la madre o de su representante legal, otorgado ante la autoridad competente.

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



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

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

Del contenido de este Artículo, se puede observar que es importante el consentimiento expreso de los padres, ya sea que exista matrimonio, unión de hecho, que este reconocido legalmente o bien que cualquiera de los padres se encuentre en el extranjero; es importante para el presente trabajo tomar en cuenta que esta norma es flexible cuando regula que ante **la negativa de uno de los progenitores**, el juez de familia determinará lo procedente, en vista de las justificaciones presentadas, por lo que se encuentra a discreción del juez de familia otorgar la autorización judicial.

Quiere decir que; en este caso, uno de los progenitores se opone a la obtención del pasaporte para los menores de edad, para el caso de estudio se trata del padre de los



menores de edad que se pretende sacar del país y que se encuentran en poder de la madre.

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

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



Al parecer, este procedimiento es simple y sencillo, debido a que lo que pretende la madre que tiene la patria potestad del niño, quien regularmente es la que presenta la solicitud o en su caso su representante legal, es lograr la autorización judicial para poder obtener un pasaporte o renovarlo y así salir del país. Es importante hacer hincapié en el motivo por el cual se busca la obtención del pasaporte para salir del país, porque en la mayoría de los casos la justificación es **que se van de vacaciones al exterior**; pero, como frecuentemente sucede, aunque se trate de dar con el paradero del padre, éste no es localizado, razón por la que la tarea de resolver esta situación, corresponde al juez de familia.

Puede observarse que en los juzgados de familia de la ciudad capital, se ha tomado a la ligera, la justificación que presentan las madres para obtener la autorización judicial para el pasaporte de su menor hijo, esto hace pensar que: a) Si la justificación de la solicitud es porque se van de vacaciones, debe tomarse en consideración, que cuando el juez da la autorización, no sabe hasta cuándo y cuál es el destino que se le va a dar al niño, que va a salir del país. Y no se puede argumentar que, porque va con su madre, éste estará seguro donde vaya. Pues hay madres que desesperadas por la situación que viven con su pareja desean alejarse de ellos y salir del país, sin tomar en cuenta muchas circunstancias adversas para el niño, siendo ésta la motivación principal para llevar con ellas al menor de edad, que queda a sus expensas. b) No existe un seguimiento legal, del destino que llevará dicho menor al salir del país.

Puede pensarse en un caso extremo que existiendo una orden judicial que autoriza a la madre obtener el pasaporte y salir del país, ésta puede tener otros planes para la vida futura del niño, como sería el caso de darlo en adopción en otro país; y siendo que todo



niño se encuentra protegido en sus derechos por la Convención sobre los Derechos del Niño, se debe atender lo que establece el Artículo 10, que prescribe en el numeral 1. “Todo niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”. Y en el numeral 2, establece: “En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente Artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. La Convención sobre los derechos del niño, en el Artículo 11 es contundente al señalar: “Que los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. No se puede aceptar que una madre argumente que se solicita la obtención de un pasaporte para salir del país porque se van de vacaciones a un determinado país, debido a que la misma Convención citada, si bien establece que toda solicitud hecha **por sus padres** para entrar en un Estado Parte o para salir de él, **a los efectos de reunión de la familia**; será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita. Agrega esta norma, que:...”Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

Entonces siendo discrecional la decisión del Juez de Familia, cuando corresponde a éste tomar la decisión de aprobar o rechazar la solicitud de obtención de pasaporte solamente por la madre del niño, debe ser denegada, salvo que ésta sea con fines de reunión familiar en el extranjero, tal como lo establece la Convención sobre los



Derechos del Niño, pues debe tutelarse la vida y seguridad futura de cualquier niño o niña que pretendan sacar del país.

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

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



padre de los menores. Es a grandes rasgos el devenir histórico de la figura de la “guarda”, que como se deduce durante algunas épocas recayó en la madre tácitamente o expresamente y expresamente en el padre, pero fue ejercida por ambos.”⁶

Siendo que actualmente el trámite para la obtención de pasaporte de un niño para salir del país, es tramitado en Jurisdicción Voluntaria Judicial, ésta según el Doctor Aguirre Godoy indica: “Jurisdicción Voluntaria, es la ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley.”⁷

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

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

⁶ Flores Maldonado, José Ob. Cit; pág. 58.

⁷ Aguirre Godoy, Mario, *Derecho Procesal Civil de Guatemala*, pág. 85



Se tramita por los actos de jurisdicción voluntaria, que comprende uno de los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de juez, sin que esté promovida ni se promueve cuestión alguna entre partes determinadas. El juez competente para estos asuntos es el de primera instancia del último domicilio del ausente, de conformidad con el Artículo 13 del Código Procesal Civil y Mercantil; asimismo los Artículos 24 y 403 del mismo cuerpo legal estipula “corresponde conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria a los jueces de primera instancia, para el caso de estudio el del ramo de familia”. Debe formularse por escrito, debe llenar los requisitos de toda primera solicitud, de conformidad con los Artículos 29, 61, 79, 106 y 108 del Código Procesal Civil y Mercantil. “Debe acompañar los mismos documentos que presenta ante notario, cuando el trámite es extrajudicial”, que conduzcan a probar los siguientes extremos. Que se tiene derecho a promover la cuestión, se debe justificar el carácter invocado por los medios que en cada caso corresponda. Por otra parte, debe establecerse el interés por el cual se promueve la cuestión o que se tenga derecho en el asunto, pues de lo contrario el juez rechazará de oficio la solicitud. “Si lo considera necesario es juez, oirá a la Procuraduría General de la Nación”, de conformidad con el Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil. “El juez dará trámite a la solicitud y si se han llenado los requisitos antes mencionados el juez dicta el auto correspondiente autorizando o denegando la solicitud”, en la mayoría de casos es autorizado con las razones que invoca la madre sin investigarse el paradero del niño(a) en el extranjero.



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

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

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



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

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

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



Del contenido del Artículo mencionado se establece lo siguiente:

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

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

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

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



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

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

Durante los apartados anteriores, se ha hecho referencia a la discrecionalidad del juez de familia en la decisión de autorización de obtención de pasaporte, toda vez que la Ley de Migración así lo dispone. Es evidente que el juez de familia decide en este caso, por lo que recae en él la responsabilidad de esa decisión, de declarar procedentes las diligencias para obtener la autorización del pasaporte de su menor hijo.

Según Manuel Ossorio: "Discrecionalidad es lo realizado en libertad y sano juicio". De libre actuación."⁸

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

⁸ Ossorio Manuel, Ob. Cit; pág. 258.



CAPÍTULO III

3. Trámite en Jurisdicción Voluntaria de la solicitud para la obtención de pasaporte de un menor de edad

La autorización judicial para la obtención de pasaporte de un menor de edad, debe ser diligenciado conforme lo establecido en el Título I, del Libro IV del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que corresponde a la Jurisdicción Voluntaria. Dentro del actual procedimiento a seguir, el padre o la madre que tiene interés en obtener por primera vez o renovar el pasaporte de un menor de edad, debe presentar la solicitud ante el Juez de Primera Instancia de Familia, se dicta la primera resolución al cual debe ser notificada al padre del menor, en la misma se le confiere audiencia por un plazo de tres días, a efecto de que se pronuncie en cuanto a la pretensión de la madre, y con su contestación o sin ella en determinados casos se le da audiencia a la Procuraduría General de la Nación, para que emita su opinión al respecto, la cual no es vinculante. Si alguno de los padres se opone a la solicitud se declara contencioso el asunto y deben acudir a la vía Ordinaria para deducir sus derechos. Sin embargo puede suceder dentro de este procedimiento, que cuando se le corra audiencia a uno de los padres, no la evacue, entonces, el Juez con base en los documentos con que el actor(a) fundamente su pretensión, procederá a dictar el auto en donde será aprobada o rechazada la pretensión solicitada.

A continuación se analiza la jurisdicción voluntaria, para comprender la forma en que se lleva a cabo el trámite correspondiente, así como aspectos importantes sobre la misma.



3.1. Definición de jurisdicción voluntaria

Mario Aguirre Godoy define la Jurisdicción Voluntaria, como: “La ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad, exigida por la ley.”⁹

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

“Aunque el notario carezca de jurisdicción en el sentido de que no tiene *merum imperium* o *ius Gladii*, ejerce jurisdicción si se acepta el sentido romano de la llamada jurisdicción voluntaria que consistía en imprimir forma y fuerza jurídica a los actos y manifestaciones consensuales o unilaterales de la vida privada”.¹⁰

Los principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria notarial, deben aplicarse dentro de los procedimientos establecidos, las partes someten a consideración al Juez competente, el asunto que se encuentran ventilando.

⁹ Aguirre Godoy, Mario, **Ob. Cit**; pág. 85.

¹⁰ Gimenes-Arnau, Enrique, **Derecho Notarial**, pág. 62.



- Consentimiento unánime:

La Licenciada Doradea Guerra, citada por Nery Muñoz, lo define así: “es el más importante porque sin la presencia de este primer principio, de nada sirve que estén presentes los demás, sin el consentimiento unánime, no tendría sentido hablar de Jurisdicción Voluntaria, porque este principio implica la conformidad del interesado, desde antes de iniciar la gestión y durante ella”.¹¹

- Actuaciones y resoluciones:

Las actuaciones se inician con el acta de requerimiento en el que se plasma la solicitud del interesado, se toma como base los requisitos que debe llenar de conformidad con el Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil. En estas actuaciones deben de cubrirse los impuestos de los timbres fiscales y notariales que la ley establece. La redacción de las resoluciones es discrecional, debe de cumplirse únicamente con los requisitos de indicar: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, las disposiciones que se dicten y la firma del notario.

Los avisos y publicaciones deben llevar la dirección del notario de conformidad con lo regulado en el Artículo dos del Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.

¹¹ Muñoz, Nery Roberto, *Jurisdicción voluntaria notarial*, pág. 12.



- Colaboración de autoridades:

Las autoridades están obligadas a colaborar a efecto de proporcionar los datos e informes indispensables para la tramitación de los expedientes, en caso sea necesario, si dichos informes no son proporcionados después de tres requerimientos, se puede solicitar la colaboración de los órganos jurisdiccionales para obligar al desobediente a cumplir con lo requerido. Los interesados son quienes los obtienen antes de iniciar las diligencias voluntarias, para darle más celeridad.

- Audiencia a la Procuraduría General de la Nación:

En la mayoría de asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la opinión de la Procuraduría General de la Nación, es vinculante, o sea que si la opinión fuere desfavorable no puede resolver y previa notificación a los requirentes deberá remitirlo al juzgado correspondiente para la resolución definitiva. La opinión de la Procuraduría General de la Nación puede ser optativa, si existe alguna duda por parte del notario y requiere de dicha opinión y la misma resulta desfavorable, deberá remitirlo al juzgado competente para que resuelva en definitiva; porque para el juez dicha opinión, no es vinculante.

Debe oírse a la Procuraduría General de la Nación, cuando la solicitud afecte intereses públicos o que se refieran a personas incapaces o ausentes. De conformidad con el artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil.



- **Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite:**

El Artículo cinco del Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala establece el ámbito de aplicación de la ley por la vía voluntaria, que son todos aquellos asuntos regulados en la misma, sin perjuicio que pueden tramitarse también ante notario algunos de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil. La opción del trámite notarial o judicial corresponde a los interesados según lo estimen conveniente; y en cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial y viceversa.

- **Inscripción en los registros:**

Al dictarse la resolución final en cualquier asunto de jurisdicción voluntaria, el notario o el juez puede expedir certificación la cual se elaborara en duplicado, esto por medio de la transcripción de la resolución, o reproducida por medio de fotocopias, salvo que la ley mande otro medio, debido a que el duplicado queda en los archivos de los registros públicos y el original se devuelve razonado por el registrador, quien debe hacer constar la operación efectuada en los libros.

- **Remisión al Archivo General de Protocolos:**

Los expedientes fenecidos ante notario, deben de ser entregados al Archivo General de Protocolos, dependencia del Organismo Judicial que lleva el control de los notarios,



pero en virtud que la ley no establece plazo ni sanción para esa entrega, varios notarios los conservan en su poder y por ende no los entregan a dicho archivo.

3.2. Clases de trámite de jurisdicción voluntaria

En la jurisdicción voluntaria de Guatemala, los interesados, tienen opción ya sea de utilizar el trámite notarial o el judicial, según lo estimen conveniente para sus intereses, iniciando y terminándolo por cualquiera de ambos trámites; sin embargo, en cualquier momento del procedimiento pueden convertir la tramitación notarial en judicial o viceversa. En el primer caso, el notario debe enviar el expediente completo, al tribunal competente.

A continuación se hace una descripción de ambos procedimientos

3.2.1. Judicial

La jurisdicción voluntaria judicial se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107 del Jefe de Estado, en el Artículo 401, se refiere a “un proceso que comprende todos aquellos actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.



Comprende también, aquéllas informaciones que las leyes exigen para la realización de determinados actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificación de partidas, etcétera y, todos los que no estuvieren especialmente reglamentados, aplicándose además, lo que particularmente establecen como requisito especial las leyes respectivas.

Las solicitudes se formulan por escrito ante el Juez de Primera Instancia y, las mismas deben contener lo regulado en la ley para todo escrito inicial. Si dentro del procedimiento fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que, dentro de tercer día, la evacue. Dentro de estas personas se incluye a la Procuraduría General de la Nación de Guatemala, que interviene cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y se refiere a personas incapaces o ausentes.

Si a la solicitud, se opone alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto se declara contencioso, con el objeto que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos. Si la solicitud se hiciera por quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará de oficio.

Se distingue de la jurisdicción en que el juez puede variar o modificar las providencias que dicte, sin sujetarse a los plazos, términos y formas preestablecidas para ella.



3.2.2. Notarial

La jurisdicción voluntaria notarial se encuentra en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.

Se basa en que siendo la actividad de los notarios bastante diversificada y, teniendo puntos de contacto con actividades jurisdiccionales, pueden desempeñar muy bien la tarea procesal, por lo que también al ser considerados en la ley como auxiliares del órgano jurisdiccional, pueden tramitar cualquier asunto de los regulados en la ley, para ello cumplen con principios fundamentales, sin los cuales no puede llevarse a cabo la jurisdicción voluntaria, entre ellos: existir previamente el consentimiento unánime de todos los interesados, esto conlleva a que si alguna de las partes, en cualquier momento manifiesta su oposición; el notario, debe abstenerse de seguir conociendo, remitiendo todo lo actuado al juzgado correspondiente. Las actuaciones en torno a la jurisdicción voluntaria, el notario las hace constar en acta notarial, salvo las resoluciones que son de redacción discrecional.

Siendo la labor de los notarios una función pública, pueden requerir de las autoridades toda la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener datos e informes indispensables en la tramitación de los expedientes y, aun cuando no le fueren proporcionados, después de requerirlos tres veces, puede acudir al Juez de Primera Instancia de su jurisdicción, para apremiar a la institución requerida.



Dentro de estos requerimientos a las autoridades, el notario antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado, está obligado a dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación, cuando la ley lo dispone quien debe evacuarla en el plazo de tres días. Puede a su vez, recabar la opinión de la Procuraduría en casos de duda o cuando, lo estime necesario y, si ésta fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, debe enviar el expediente al tribunal competente para su resolución.

Teniendo el notario la característica de ser depositario de la fe pública, para la inscripción de cualquiera de sus resoluciones en los registros públicos, basta con una certificación notarial de la misma, mediante fotocopia o fotostática autenticada. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado. Una vez concluido el trámite, el notario debe enviar el expediente al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive.

3.3. Procedimiento de las diligencias voluntarias judiciales

Las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante el Juez de Primera Instancia; y, cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que dentro de tercero día, la evacúe. Artículo 403 Código Procesal Civil y Mercantil.



Los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación. Se oirá al Ministerio Público:

- a) Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos.
- b) Cuando se refiere a personas incapaces o ausentes.

Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos. Artículo 404 Código Procesal Civil y Mercantil.

Si la solicitud se hiciera por quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará de oficio.

El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción. Artículo 405 Código Procesal Civil y Mercantil.

3.4. Juez competente

El juez competente para conocer los asuntos de jurisdicción voluntaria de conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil, es el de Primera Instancia que para el caso de estudio corresponde conocer de los mismos, al juez de familia, tal como lo rige la ley, es el encargado de administrar justicia.



3.5. Requisitos de la primera solicitud

El Artículo 403 del Código Procesal Civil y Mercantil estipula: “**Solicitud y audiencia:** Las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia, y cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que, dentro del tercero día, la evacue. Los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación. Se oirá al Ministerio Público: 1º. Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y, 2º. Cuando se refiera a personas incapaces o ausente.”

Como se trata de jurisdicción voluntaria judicial, la primera solicitud deberá llenar los requisitos del Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, asimismo, se aplican los Artículos 62 y 63 del citado cuerpo legal.

Artículo 61. “**Escrito inicial.** La primera solicitud que se presente a los Tribunales de Justicia contendrá lo siguiente:

1. Designación del juez o Tribunal a quien se dirija.
2. Nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones.
3. Relación de los hechos a que se refiere la petición.
4. Fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas.



5. Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho; si se ignorare la residencia se hará constar.
6. La petición, en términos precisos.
7. Lugar y fecha.
8. Firmas del solicitante y del abogado colegiado que lo patrocina, así como el sello de éste. Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por él otra persona o el abogado que lo auxilie”.

Artículo 62. “**Requisitos de las demás solicitudes** Las demás solicitudes sobre el mismo asunto no es necesario que contengan los datos de identificación personal y de residencia del solicitante ni de las otras partes, pero deberán ser auxiliadas por el abogado director. Si éste cambiare, deberá manifestarse expresamente tal circunstancia; en casos de urgencia, a juicio del Tribunal, podrá aceptarse el auxilio de otro abogado colegiado”.

Artículo 63. “**Copias.** De todo escrito y documento que se presente, deben entregarse tantas copias claramente legibles, en papel común o fotocopia, como partes contrarias hayan de ser notificadas, a cuya disposición quedarán desde que sean presentadas. Para el efecto de este artículo, se considerarán como una sola parte los que litiguen unidos y bajo una misma representación. Los litigantes presentarán una copia adicional, debidamente firmada, que utilizará el Tribunal para reponer los autos en caso de extravío. En los escritos se hará constar el número de copias que se acompañen”.



3.6. Tramitación

Los trámites de jurisdicción voluntaria judicial, se llevan en los juzgados de Primera Instancia Civil. El mismo se encuentra regulado en el LIBRO CUARTO. Procesos especiales. TÍTULO I, Jurisdicción voluntaria. Capítulo I, del Artículo 401 al 405. Del Código Procesal Civil y Mercantil, los cuales ya fueron estudiados.

3.7. Resolución

Para resolver, los jueces de Primera Instancia del Ramo de Familia, aplican lo dispuesto en la Ley del Organismo Judicial, la cual se aplica supletoriamente para emitir las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

El Artículo 141. Regula las resoluciones judiciales que son: "a) Decretos, que son determinaciones de trámite. b) Autos, que deciden materia que no es de simple trámite, o bien resuelven incidentes o el asunto principal antes de finalizar el trámite. Los autos deberán razonarse debidamente. c) Sentencias, que deciden el asunto principal después de agotados los trámites del proceso y aquellas que sin llenar estos requisitos sean designadas como tales por la ley".

Artículo 142. "Plazo para resolver. Las providencias o decretos deben dictarse a más tardar al día siguiente de que se reciban las solicitudes; los autos dentro de tres días; las sentencias dentro de los quince días después de la vista, y ésta se verificará dentro de los quince días después de que se termine la tramitación del asunto, salvo que en



leyes especiales se establezcan plazos diferentes, en cuyo caso se estará a lo dicho en esas leyes...”.

Artículo 143. “Requisitos. Toda resolución judicial llevará, necesariamente, el nombre del tribunal que la dicte, el lugar, la fecha, su contenido, la cita de leyes y las firmas completas del juez, del magistrado o de los magistrados, en su caso, y del secretario, o sólo la de éste cuando esté legalmente autorizado para dictar providencias o decretos de puro trámite”.

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

Dentro de las deficiencias del procedimiento, de la autorización para obtener el pasaporte de un menor de edad, deben tomarse en cuenta las causas justificativas que puede invocar la madre a un juez de familia, para avalar su petición de obtención de pasaporte para un niño o niña bajo su Patria Potestad; asimismo, puede afirmarse que el procedimiento actual que se lleva en los Tribunales de Familia para otorgar la autorización judicial solicitada al respecto, el juez de familia al resolver otorgar dicha autorización, no toma en consideración la incomparecencia del padre del niño, la cual puede tener consecuencias que se pueden suscitar en perjuicio del futuro del niño que saldrá del territorio nacional hacia el exterior.



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

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

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



3.8.1. Intervención obligada a la Procuraduría General de la Nación

En la tramitación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria judicial, en los cuales se solicita la autorización para la obtención de pasaportes para menores de edad por las madres que tienen la patria potestad, los jueces de familia que conocen de los mismos, no conceden audiencia a la Procuraduría General de la Nación, omisión ésta que debe enmendarse en la práctica, porque corresponde a dicha Institución velar por la defensa de los derechos de los niños/as.

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



3.8.2. Ausencia de publicación de edictos de la resolución de trámite

Del estudio de expedientes de jurisdicción voluntaria judicial, en los cuales se tramitan las solicitudes de autorización para la obtención de pasaportes de menores de edad, se puede apreciar la ausencia de edictos, los cuales permiten que la parte que desea presentar la oposición a la solicitud, puedan enterarse del trámite que se lleva a cabo en los Tribunales de Familia, toda vez que los mismos se publican en el Diario Oficial y en uno de los de mayor circulación en el país.

Con la publicación de edictos, se estaría dando oportunidad a la otra parte a apersonarse dentro del procedimiento y presentar así su oposición en caso de desacuerdo con el trámite para obtener los pasaportes de los menores de edad, que para el presente caso, correspondería al padre a quien asiste el derecho de defensa.



CAPÍTULO IV



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

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

4.1. La función judicial

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

4.2. La jurisdicción

La jurisdicción tiene relación con la función judicial, como una facultad del Estado. Por eso, debe decirse, que la jurisdicción no es exclusiva de la Corte Suprema de Justicia y



del Organismo Judicial, sino que existen otras clases de jurisdicción, como por ejemplo, la jurisdicción privativa, la jurisdicción administrativa, la jurisdicción militar, etc.

La jurisdicción es una facultad que otorga el Estado para su ejercicio. “La función jurisdiccional se traduce en la potestad conferida a los órganos encargados de administrar justicia, para ello, en el régimen de separación de poderes, dicha función corresponde al poder judicial”.¹²

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

El vocablo jurisdicción deviene de la locución latina *jurisdictio*, se traduce por decir o declarar el derecho. Sin embargo, es conveniente advertir que en las primeras épocas de la humanidad, la tutela de los derechos individuales estaba a cargo del propio individuo quien reivindicaba sus derechos por mano propia, a lo que se denominó defensa privada. Esta tutela pasa a ser ejercitada por un tercero en su carácter de

¹² Aguirre Godoy, Mario. *Ob. Cit*; pág. 123.



árbitro primero y luego como Juez decide los conflictos que se suscitan, momento que señala aunque en forma embrionaria la génesis del Estado y por ende de la jurisdicción. En adelante la tutela de los derechos individuales queda a cargo del órgano público no obstante, la existencia de jueces que por delegación de las personas nombradas, ejercitan tal potestad. Pero aún se está frente a un poder despótico lo que perfila la estructura del Estado moderno que ejercita entre otras, la función jurisdiccional, con el advenimiento del mismo y con la consagración de la separación de poderes, surge la noción de la función jurisdiccional, que se contrapone a las otras funciones estatales legislativa y administrativa, adquiriendo caracteres propios, independientes y autónomos.

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



4.3. División de la jurisdicción

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

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



4.3.1. **Jurisdicción ordinaria**

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

4.3.2. **Jurisdicción privativa**

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

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



4.3.3. Poderes de la jurisdicción

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

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



e) **Executivo:** Se define como el poder de ejecutar lo acordado directamente por el juez".¹³

4.4. Competencia

Al determinar qué es la jurisdicción, como lo afirma el Doctor Aguirre Godoy, la competencia viene a ser el límite de la jurisdicción. Alsina, citado por el doctor Aguirre Godoy, indica que "la facultad y el deber de un órgano para conocer de determinado negocio o como la aptitud de un juez para ejercer jurisdicción en un determinado caso".¹⁴

4.4.1. División de la competencia

Alsina, citado por el Doctor Aguirre Godoy, sostiene que "la multiplicidad de cuestiones y conflictos de orden jurídico determina que cada vez resulte mayor la necesidad de establecer una división en la tarea judicial. Ante este cúmulo de conflictos jurídicos, el Estado se ha visto en la necesidad de estructurar y planificar la función jurisdiccional sobre la base de una distribución de los distintos órganos, ya que resulta casi imposible concebir que la función jurisdiccional se encuentra concentrada en un sólo órgano investido de la facultad de administrar justicia".¹⁵

¹³ **Ibid.** pág. 87

¹⁴ **Ibid.** pág. 89.

¹⁵ **Ibid.** pág. 90



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

a) Competencia por razón del territorio:

El doctor Aguirre Godoy, indica que “Es la más ostensible, pues por la razón de la extensión territorial de los Estados resulta más cómoda la administración de justicia dividiendo el territorio estatal en jurisdicciones que por lo general coinciden con las divisiones político-administrativas”.¹⁶

b) Competencia por razón de la materia:

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

c) Competencia por razón de grado:

Originalmente tuvo su fundamento en lo político, pero en las legislaciones modernas, se genera en factibilidad humana, considerándose que la resolución de los distintos

¹⁶ Ibid. pág. 90.



procesos por tribunales de diferente grado de conocimiento evita la posibilidad de error y a la vez asegura una mejor justicia. La Ley del Organismo Judicial, establece diferentes jerarquías para el conocimiento de los asuntos, así es que existen jueces menores y jueces con mayor jerarquía, que comprenden a los jueces de paz, jueces de paz móviles, jueces de primera instancia, jueces magistrados de las Salas de Apelaciones, Magistrados.

d) Competencia por razón de la cuantía:

Esta competencia se encuentra determinada por el monto a que asciende la demanda que se plantee. Por ello, el doctor Aguirre Godoy señala a este aspecto que “la importancia económica de los litigios determina mayores formalidades procesales, para unos juicios y conocimiento diversos, en cuanto a los tribunales jerárquicos. Esta necesidad motiva esta clase de competencia”.¹⁷

4.4.2. Principios generales de la competencia

El doctor Aguirre Godoy, indica que “entre ellos, se citan los siguientes:

- a. Por regla general, las normas relativas a la competencia son de orden público y su aplicación no puede ser apartada por voluntad de los interesados.

¹⁷ Ibid. pág. 97.



- b. El Tribunal o el litigante que haya reconocido la competencia de un juez o tribunal, no puede promover cuestión alguna relativa a la misma, que la contradiga.
- c. Las cuestiones de un juez declarado incompetente, son nulas de pleno derecho, o lo que es igual, no es necesaria una sentencia que declare su nulidad, por lo que puede afirmarse que son inexistentes, pero siempre que el juez haya sido declarado incompetente.
- d. La competencia es uno de los presupuestos procesales sin los que el proceso que se lleve a cabo no es válido.
- e. La incompetencia de un tribunal no puede ser atacada por medio de un amparo directo sino tan sólo impugnarse la resolución inferior relativa a la propia competencia¹⁸.

4.5. El juez de familia y sus funciones

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

¹⁸ Ibid. pág. 97



interpuesto contra las sentencias de los órganos formados por un juez o un grupo de jueces.

Todos ellos integran el poder judicial, uno de los tres grandes poderes en que se estructura el Estado de derecho y tienen por función el juzgar los litigios presentados a su consideración o los delitos y faltas castigados en el Código Penal, y vigilar el cumplimiento de la sanción, todo ello con arreglo estricto a lo dispuesto en la ley y con total independencia, que debe ser respetada por los demás órganos del Estado y ciudadanos en general, cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones.

“En muchos países las autoridades judiciales constituyen un cuerpo de altos funcionarios del Estado al que se accede por examen de oposición entre licenciados en derecho, y van ascendiendo por categorías hasta llegar a los grados y tribunales superiores. Un porcentaje de ellos se elige entre juristas profesionales de reconocido prestigio que lleven ejerciendo un cierto número de años, en casi todos los casos superior a 10. Su régimen es el de absoluta incompatibilidad con el ejercicio de cualquier tipo de profesión o negocios, toda vez que no debe ejercerse sobre ellos influencia o presión alguna que atente a su imparcialidad en el cumplimiento de su deber, que consiste en fallar, sin pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, aplicando las fuentes del derecho consideradas por el ordenamiento jurídico, y de acuerdo con el orden en el que se hallen establecidas.”¹⁹

¹⁹ *Ibid.* pág. 466



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

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

Artículo Uno. Se instituyen los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la Familia.

Artículo Dos. Corresponden a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

Artículo Nueve. Los juicios relativos a reconocimiento de preñez y parto, paternidad y filiación, separación y divorcio, nulidad del matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, se sujetarán a los procedimientos que les correspondan según el Código Procesal Civil y Mercantil.

Artículo 13. Los jueces de Familia estarán presentes en todas las diligencias que se practiquen en los casos que conozcan. Deberán impulsar el procedimiento con la mayor rapidez y economía, evitando toda dilación o diligencia innecesaria, e impondrán, tanto



a las personas renuentes como al personal subalterno, las medidas coercitivas y sanciones a que se hagan acreedores de conformidad con la ley.

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

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

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

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



con mayor detenimiento dicha justificación, la cual puede poner en peligro la seguridad y derechos de los menores que viajarán al exterior.



CAPÍTULO V

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

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

- a) La justificación insuficiente de parte de la madre de los menores a los cuales se pretende su salida del país al exterior, debido a que se invocan razones no familiares, sino con motivo de vacaciones. Este aspecto es importante debido a que la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el Artículo 10 numeral 1; que toda solicitud hecha por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él, debe ser para efectos de **reunión familiar**.

- b) La ausencia de intervención de la Procuraduría General de la Nación, en los diligencias de jurisdicción voluntaria que se tramitan en los Tribunales de Familia, a la que corresponde por disposición legal, defender los derechos de los menores, por lo que su dictamen ayuda a la decisión que se tome dentro de las mismas por parte del juez de familia.



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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

Con ello, se pierde información acerca del niño, pues no se da ningún seguimiento, únicamente se atiende el hecho de que va a salir con su madre, lo que es suficiente para declarar la procedencia de las diligencias.

En estos casos, el juez debe ser sumamente cuidadoso en su resolución al declarar la procedencia de las diligencias.

Se puede pensar, que por tratarse de una jurisdicción privativa de familia, los jueces de familia toman en cuenta la cuestión familiar de la madre, por lo que se debe considerar que dicho trámite sea diligenciado en los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia.



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

Conviene para comprender la importancia de la publicación de edictos señalar aspectos doctrinarios importantes al respecto:

Para la Fundación Tomás Moro: señala que “Edicto es el escrito o aviso que se fija y expone en los parajes públicos para noticia de todos. Esta aceptación tiene trascendencia dentro del campo hipotecario puesto que en ciertos casos se utiliza para notificar determinadas inscripciones o como requisito de determinados expedientes o procedimientos”.²⁰

Para Cabanellas, señala que edicto proviene: “Del verbo latino “*edicere*”, con múltiples significados, pero con el de orden o disponer y el publicar o hacer saber como más útiles etimológicamente ahora. Edicto es el mandato, orden o decreto de una autoridad”.²¹

“Hasta el siglo XVIII equivalió con frecuencia a ley. Actualmente se reduce a un llamamiento o notificación de índole pública hecha por un juez o tribunal, mediante escritos ostensibles en los estrados del juzgado, audiencia o corte, y en ocasiones, publicado asimismo en periódicos oficiales o de gran circulación, con objeto de citar personas inciertas o de domicilio desconocido. También significa bando, y entonces

²⁰ Fundación Tomás Moro, *Diccionario jurídico Espasa*, pág. 366.

²¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*. Tomo II, pág. 22.



constituye una disposición, por lo general transitoria y severa, que se fija por escrito en parajes públicos. Comunicación de alguna noticia o hecho cuya divulgación interesa a la autoridad. Según aquella de la cual emanan, los edictos se denominan administrativos, eclesiásticos, gubernativos, judiciales, de policía. Las principales especies y algunos de significado histórico se insertan en las voces inmediatas”²²

En otros preceptos procesales se ordenan la fijación de edictos, para los juicios verbales, en el lugar donde se tramiten y el de la última residencia del citado, en el juicio para adjudicar bienes a personas llamadas en testamento y sin designación de nombres, se harán también publicaciones de edictos, igual providencia se tomará para convocar a los acreedores cuyo domicilio se ignore, en caso de concurso, idéntica medida se dispone para el juicio de quiebra, y para el apremio, en esto, en cuanto a los bienes que salgan a subasta.

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

Como puede apreciarse, el edicto es utilizado en los procedimientos civiles para citar a personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. Siendo así, conveniente la publicación dentro del juicio voluntario de estudio. La ausencia de seguimiento al destino del menor de edad cuando sale del territorio nacional.

²² *Ibid.*



Con la autorización para la obtención del pasaporte de menores de edad, se permite la salida del territorio del mismo, sin mayores complicaciones; no obstante ello, no existe seguimiento de su destino en el extranjero, lo que hace pensar que si bien pueden tener un futuro beneficioso para ellos, también lo es, que pueden ser objeto de otros fines.

Actualmente, se tiene conocimiento público de actos reñidos con la ley que han permitido poner en riesgo la seguridad personal de menores de edad, que son objeto de venta en el extranjero, por lo que no escapa el hecho, que se puede tramitar una autorización de obtención del pasaporte de un menor de edad por la propia madre, o que en aras de solucionar problemas de índole personal, pueden atentar contra la seguridad de sus menores hijos. Es por ello que se insiste en que los jueces de familia deben tener mucho cuidado al resolver este tipo de diligencias.

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

Con la autorización para la obtención del pasaporte de menores de edad, se permite la salida del territorio del mismo, sin mayores complicaciones, no obstante ello, no existe seguimiento de su destino de los mismos en el extranjero, lo que hace pensar que si bien pueden tener un futuro beneficioso para ellos, también lo es, que pueden ser objeto de otros fines.

No existe en Guatemala ninguna institución pública que vele y de seguimiento al proceso establecido para que un menor pueda salir del país, y que verifique que las



causa invocadas en su solicitud de autorización de pasaporte de un menor de edad, son fehacientes, asimismo que compruebe que ha regresado al país, con lo cual se velaría por la protección integral del menor,

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

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

La Procuraduría General de la Nación, reviste especial importancia en la jurisdicción voluntaria, su intervención es imprescindible, ya que representa intereses y derechos de los particulares dentro de la sociedad y del Estado, y por ende, debe velar por que se cumpla con lo establecido en la ley.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, regula la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en los asuntos de jurisdicción voluntaria,



estableciendo que debe de oírse la opinión de dicha institución, en los casos que la solicitud promovida afecte los intereses del Estado y cuando se refiera a personas incapaces o ausentes.

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

5.6. Comentario final

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

El punto principal, es enfocar la atención en el menor de edad, que va a salir del país en tales circunstancias. Las madres que tramitan este tipo de diligencias voluntarias, si bien pueden invocar diversas justificaciones para la obtención de la autorización,



también lo es, que los jueces de familia no se percatan de muchas circunstancias que pueden suceder a futuro y que pueden afectar los intereses de los menores de edad, lo que hace pensar, que efectivamente, en los tribunales de familia se resuelven cuestiones relacionadas con el grupo familiar, de conformidad con el Decreto Ley 206, por lo que debe considerarse la posibilidad de que este tipo de diligencias sean tramitadas en los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia, pues a ellos corresponde velar por la aplicación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, y con ello, la protección de los derechos de los niños. Correspondería entonces a la Corte Suprema de Justicia el traslado de la competencia a los mencionados Juzgados.



CONCLUSIONES

- 1) La madre en el ejercicio de la patria potestad, solicita la autorización judicial para obtener el pasaporte de su menor hijo, por medio del procedimiento establecido en la Jurisdicción Voluntaria, se establece que dentro de estos tipos de procedimiento no se vela por la protección integral del menor.
- 2) En las diligencias voluntarias para la obtención del pasaporte de un menor de edad, se observa que las justificaciones invocadas o argumentadas por la madre son insuficientes, y permiten al menor de edad salir del país por medio de dicha autorización judicial.
- 3) La audiencia que se le confiere a la Procuraduría General de la Nación como tercero interesado, dentro de los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria como no es obligatoria, su opinión es tomada en consideración solo en casos de intereses públicos, incapaces o ausentes; dejando desprotegidos a los menores en los tramites de obtención de pasaporte de un menor de edad.
- 4) El trámite de jurisdicción voluntaria judicial, referente a la solicitud de obtención de autorización para menores de edad, no contiene publicación de edictos en el diario oficial, mucho menos en uno de mayor circulación, para los efectos de oposición del padre o un tercero interesado.



- 5) Las solicitudes de autorización judicial para la obtención del pasaporte de un menor de edad en poder de la madre cuando ejerce la patria potestad, actualmente son competentes para conocer los Juzgados de Primera Instancia de Familia, pero tienen la limitante de no poder velar por la protección integral del niño.



RECOMENDACIONES

- 1) Tomando en cuenta que los jueces de familia tramitan las solicitudes de autorización para la obtención de pasaportes para menores de edad, éstos deben analizar el procedimiento actual, ya que presenta deficiencias como la facilidad con que se otorgan las autorizaciones solicitadas, debe darse audiencia a la Procuraduría General de la Nación, y así ordenar publicaciones de edictos.
- 2) Las justificaciones que se invoquen ante el juez de familia por parte de las madres que tienen la patria potestad de los menores de edad que desean salir del país, deben ser probadas mediante documentos, declaraciones testimoniales y la elaboración de un estudio socioeconómico que acrediten la necesidad de salir del país para ser válidas y acorde a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 3) La Procuraduría General de la Nación, en la actualidad cuenta con Abogados encargados de comparecer a los juicios, por lo que deberá correrseles audiencia obligatoria en los juicios voluntarios judiciales de solicitud de autorización para la obtención de pasaporte de menores de edad. Su intervención, por medio del dictamen, puede coadyuvar a dictar una resolución jurídicamente acertada.
- 4) La publicación de edictos en el Diario Oficial y otro de mayor circulación, es la forma de hacer pública la solicitud que la interesada promueve, la parte que se encuentra ausente o no ha sido localizada, tiene la oportunidad legal de



enterarse de dicha pretensión, permitiéndole ejercer su derecho de defensa.

- 5) La corte Suprema de Justicia debe reformar la competencia para que los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia conozcan las solicitudes de autorización de obtención de pasaporte de los menores de edad, tomando en consideración que se ventilan sus derechos, los que deben protegerse de conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I y II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, Ed. Vile, Guatemala. 1981.
- BONNECASE, Julian. **Elementos de derecho civil**, Puebla, Ed. José M. Cajica, Jr., 1946.
- BOSSERT, Gustavo y Zannoni, Eduardo. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1991.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2003.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.
- DIDEROT, Dennis. **La enciclopedia**. Traducida al español por Jesús Torbado; Madrid, España: Ed. Guadarrama, 1969.
- Diccionario de la real academia de la lengua española**, 26ª. ed.; www.rae.es: 2007 (revisado el 10 de agosto de 2007).
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil**. 2ª. ed.; España: Ed. Derecho privado, 1959.
- Fundación Tomas Moro, **Diccionario jurídico espasa**. España: Ed. Espasa, Calpe, S. A., 1996
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco. Aspectos generales de los procesos de conocimiento**, 2ª. ed.; corregida y aumentada; Guatemala: Ed. Praxis, 2004.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 23ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. 3ª. ed.; España: Ed. Derecho Privado, 1957.
- RIVERO HERNANDEZ, Francisco. **Interés del menor**. Ed. Dykinson, S. L. España 1999.



Salvat, **La enciclopedia**. Revisada, corregida y aumentada; Madrid, España: Ed. Salvat, 2004.

VERÓN. **Diccionario de sinónimos y antónimos de la lengua española**. Revisada, corregida y aumentada; Barcelona España: (s.e.), 1994.

Visor. **Diccionario enciclopédico ilustrado visor**. Revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Anselmo Morvillo, 2000.

Legislación

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

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

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

Código de Menores. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 78-79, Guatemala, 1979.

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

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

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 6-78, Guatemala, 1978.

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

Declaración de Derechos Humanos. Congreso de la República de Guatemala, Decretos 54-86, 54-87, Guatemala, 1986 y 1987.