

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

**CONSECUENCIAS SOCIOCULTURALES QUE PROVOCA LA ADOPCIÓN
Y LA ADAPTACIÓN EN UN HOGAR EXTRANJERO DE LOS MENORES
ADOPTADOS EN GUATEMALA**

MARÍA ALEJANDRA ARDÓN GALINDO

GUATEMALA, JUNIO DE 2012

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

**CONSECUENCIAS SOCIOCULTURALES QUE PROVOCA LA ADOPCIÓN
Y LA ADAPTACIÓN EN UN HOGAR EXTRANJERO DE LOS MENORES
ADOPTADOS EN GUATEMALA**



LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2012

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. Avidán Oritz Orellana |
| VOCAL II: | Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi |
| VOCAL III: | Lic. Luis Fernando López Díaz |
| VOCAL IV: | Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez |
| VOCAL V: | Br. Pablo José Calderón Gálvez |
| SECRETARIO: | Lic. Marco Vinicio Villatoro López |

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

| | |
|-------------|---|
| Presidente: | Lic. Victor Manuel Soto Salazar |
| Secretaria: | Licda. Waleska Romelia García Contreras |
| Vocal: | Lic. Emilio Gutierrez Cambranes |

Segunda Fase:

| | |
|-------------|--|
| Presidente: | Lic. Enma Salazar Castillo |
| Secretario: | Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz |
| Vocal: | Licda. Rosalba Corsantes Zúñiga de Muñoz |

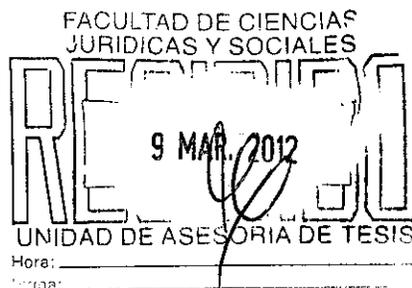
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Milton Renè Sandoval Recinos
Abogado y Notario
Colegio 5536



Guatemala, 09 de marzo de 2012

Lic. Luis Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a la providencia de esa Unidad con fecha veinte de febrero de dos mil doce, se me nombra Asesor de Tesis de la señorita **MARÍA ALEJANDRA ARDÒN GALINDO** quien se identifica con el carnè estudiantil: 200511141, quien elaborò el trabajo de tesis intitulado **“CONSECUENCIAS SOCIOCULTURALES QUE PROVOCA LA ADOPCIÒN Y LA ADAPTACIÒN EN UN HOGAR EXTRANJERO DE LOS MENORES ADOPTADOS EN GUATEMALA”**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicaciòn con la señorita **María Alejandra Ardòn Galindo**, con quien procedi a efectuar la asesoría de los planes de investigaciòn y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema, se decidiò sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboraciòn de tesis, tuvo el empeño y atenciòn cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando el ponente un lenguaje altamente tècnico acorde al tema desarrollado; y haciendo uso en forma precisa del contenido tècnico sobre la metodologìa y tècnicas de investigaciòn utilizadas, siendo estos: el analítico que determinò la importancia de las Consecuencias Socioculturales que provoca la Adopciòn y la Adaptaciòn en un hogar extranjero de los menores adoptados en Guatemala, el sintético confirmo la necesidad que existe de una ley que regule las Consecuencias Socioculturales que Provoca la Adopciòn y la Adaptaciòn en un hogar extranjero de los menores adoptados en Guatemala.



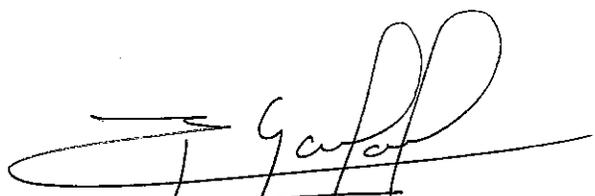
Lic. Milton René Sandoval Recinos
Abogado y Notario
Colegiado 5536

Las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo son congruentes con el contenido de la tesis, utilizando la bibliografía correcta y actualizada con relación al tema elaborado.

Se estima favorable y considero que el presente trabajo de investigación es de mucha importancia, puesto que trata de la regulación Legal para las Consecuencias Socio Culturales que Provoca la Adopción y la Adaptación en un hogar extranjero de los menores adoptados en Guatemala.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,



LIC. MILTON RENÉ SANDOVAL RECINOS
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintinueve de mayo de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **ERNESTO ROLANDO CORZANTES CRUZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **MARÍA ALEJANDRA ARDÓN GALINDO**, CARNÉ NO. **200511141**, intitulado: **“CONSECUENCIAS SOCIOCULTURALES QUE PROVOCA LA ADOPCIÓN Y LA ADAPTACIÓN EN UN HOGAR EXTRANJERO DE LOS MENORES ADOPTADOS EN GUATEMALA”**

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

M. A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
LEGM/jrvch.



Guatemala, 01 de junio de 2012

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De conformidad con el nombramiento de fecha veintinueve de mayo de dos mil doce, procedí a revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller **MARÍA ALEJANDRA ARDÓN GALINDO**, quien se identifica con el carnè número 200511141, intitulado **"CONSECUENCIAS SOCIOCULTURALES QUE PROVOCA LA ADOPCIÓN Y LA ADAPTACIÓN EN UN HOGAR EXTRANJERO DE LOS MENORES ADOPTADOS EN GUATEMALA"**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla, manifestándose la Bachiller **MARÍA ALEJANDRA ARDÓN GALINDO** de acuerdo.

En relación al contenido científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, la recolección de información realizada por la Bachiller **MARÍA ALEJANDRA ARDÓN GALINDO** que fue de gran apoyo en el desarrollo de su investigación.

La estructura formal de la tesis se realizó en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de la información pendiente y actualizada. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.



Es de relevante importancia la contribución científica del trabajo, además cuenta con la adecuada validez, debido a que el sustentante enfoca con propiedad durante todo el desarrollo de la investigación criterios objetivos positivos, certeros y actuales relacionados con el tema de "**CONSECUENCIAS SOCIOCULTURALES QUE PROVOCA LA ADOPCIÓN Y LA ADAPTACIÓN EN UN HOGAR EXTRANJERO DE LOS MENORES ADOPTADOS EN GUATEMALA**".

En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece de interés jurídico-social y en medida de espacio, conocimiento e investigación, estimo estar apegado a las pretensiones del autor, por ello, el presente trabajo de investigación reúne los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público, en consecuencia, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,



LIC. ERNESTO ROLANDO CORZANTES CRUZ
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

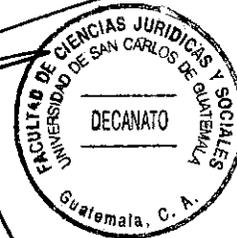
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA ALEJANDRA ARDÓN GALINDO, titulado CONSECUENCIAS SOCIOCULTURALES QUE PROVOCA LA ADOPCIÓN Y LA ADAPTACIÓN EN UN HOGAR EXTRANJERO DE LOS MENORES ADOPTADOS EN GUATEMALA.

Artículos: 31, 33 y 34 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.

CEHR/iyc





DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien ha derramado sabiduría, inteligencia, entrega y fortaleza; así como la Paz Física y Espiritual que necesita esta profesión, y que a pesar de los momentos de flaqueza que he tenido como ser humano ellos siempre ha estado a mi lado.
- A MI MADRE:** Mayra Galindo Quiñonez, por ser una mujer valiente, con fe en Dios, que se esmera día a día, gracias a sus consejos, por ser mi mejor amiga y por su trabajo con el cual me ha brindado su apoyo incondicional, para llegar hasta este momento, de todo corazón muchas gracias.
- A MI PADRE:** Francisco Ardòn Dietz, por sus consejos y apoyo, muchas gracias.
- A MIS HERMANOS:** Alejandro y Francisco por su amor, amistad y apoyo, hemos compartido momentos de bendición para nuestras vidas.
- A MI FAMILIA:** Hortencia Quiñonez y Oscar Galindo, quienes son mis abuelos maternos y forman parte de mi vida, gracias por su amor y paciencia. A mis tíos y primos que me han dado tantos momentos de felicidad y fraternidad, gracias por su apoyo y muestra de amor .
- A:** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala por la formación Profesional.
- A:** Todos, mis amigos que de una u otra manera me han brindado su apoyo.



ÍNDICE

| | Pág. |
|--|-------------|
| Introducción | i |
| CAPÍTULO I | |
| 1. La adopción | 1 |
| 1.1 Historia | 1 |
| 1.2 Concepto | 5 |
| 1.3 Clases de adopción | 6 |
| 1.4. Efectos..... | 10 |
| 1.5. Regulación legal | 12 |
| 1.6. Consejo Nacional de Adopciones..... | 14 |
| CAPÍTULO II | |
| 2. Derecho de familia..... | 17 |
| 2.1. Antecedentes | 19 |
| 2.2. Concepto | 22 |
| 2.3. Ámbito de conocimiento | 24 |
| 2.4. Autonomía | 27 |
| 2.5. Características del derecho de familia..... | 31 |
| 2.6. Regulación legal | 34 |
| CAPÍTULO III | |
| 3. La niñez | 39 |
| 3.1. Aspectos generales | 39 |
| 3.2. Historia | 40 |
| 3.3. Derechos | 47 |
| 3.4. Políticas públicas | 51 |
| 3.5. Normas nacionales e internacionales | 54 |
| CAPÍTULO IV | |
| 4. Derecho internacional privado | 59 |



| | Pág. |
|---|-------------|
| 4.1. Concepto | 60 |
| 4.2. Origen..... | 61 |
| 4.3. Naturaleza jurídica | 72 |
| 4.4. Fuentes | 73 |
| 4.5. Relaciones con otras ramas del derecho..... | 74 |
| 4.6. Elementos..... | 78 |
| 4.7. Clasificación | 79 |
| 4.8. Regulación legal..... | 83 |
| CAPÍTULO V | |
| 5. Consecuencias socioculturales que provocan la adopción internacional efectuada en Guatemala | 89 |
| 5.1. Aspectos generales | 90 |
| 5.2. Consecuencias sociales | 94 |
| 5.3. La transculturización | 95 |
| 5.4. Seguimiento de la adopción | 96 |
| CONCLUSIONES | 101 |
| RECOMENDACIONES | 103 |
| BIBLIOGRAFÍA | 105 |



INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala al referirse a la familia como un derecho social, establece la adopción como una función del Estado en reconocerla y protegerla, además que declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados. La institución del derecho de familia denominada adopción, es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante, toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona. Dicha normativa tiene una finalidad esencial que es, que el menor que será adoptado tenga un mejor futuro, además, que los padres adoptantes tengan ciertas cualidades que exige la institución jurídica.

El cambio social y los problemas socioculturales que afronta un menor que es adoptado incide en su desarrollo físico y mental ya que es sometido a una transculturización, objeto por el cual se hará la presente investigación con la finalidad de conocer las causas y efectos que producen en el ámbito cultural la adopción internacional.

La finalidad esencial de la institución de la adopción es buscar una mejor vida para el menor que por alguna circunstancia no cuenta con las condiciones necesarias para su existencia. En Guatemala, son múltiples los casos de adopción tramitados ante el Consejo Nacional de Adopciones y tiene como preferencia la adopción nacional y en segundo lugar la adopción internacional con la finalidad que dicha institución cumpla



con los fines para lo cual fue creada, como lo es brindar protección a un menor que no la tiene.

El objetivo general de la presente investigación es identificar las distintas teorías acerca de la institución denominada adopción. Los métodos que se utilizaron en la presente investigación fueron el analítico, en relación a lo que establece la legislación nacional relativa a la adopción y las consecuencias socioculturales de la misma y sintético, como lo son los efectos que produce la adopción internacional efectuada en Guatemala en materia social y cultural, y dentro de las principales técnicas, utilizadas fueron las bibliográficas, para la recopilación de documentos relacionados a la adopción en libros de texto, disposiciones legales, tanto de autores nacionales como de extranjeros, así como la utilización de tecnología como internet.

El presente trabajo de investigación se divide en cinco capítulos, mismos que se describen a continuación: iniciando con el primer capítulo el que se refiere a la adopción, su historia, algunos conceptos, los tipos de adopción, los efectos de la adopción y la regulación legal, así como lo relacionado al Consejo Nacional de Adopciones; el segundo capítulo trata del derecho de familia, los antecedentes, los conceptos mas importantes, el ámbito de conocimiento, la autonomía, las características del derecho de familia y la regulación legal; el capítulo tercero inicia con la niñez, los aspectos generales, la historia, los derechos, las políticas públicas y las normas nacionales e internacionales; el cuarto capítulo contiene el Derecho Internacional Privado, el origen, los concepto del mismo, la naturaleza jurídica, así



como las fuentes, las relaciones con otras ramas del derecho, los elementos y la regulación legal; el capítulo quinto hace referencia a las consecuencias socioculturales que provocan la adopción internacional efectuada en Guatemala, los aspectos generales, las consecuencias sociales, la transculturización y el seguimiento de la adopción.



CAPÍTULO I

1. La adopción

1.1. Historia

La adopción desde la antigüedad ha sido concebida de manera distinta atendiendo el ámbito o territorio donde la han tratado en los diferentes países. “En las leyes de Manú decían que los que no tienen hijos pueden adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres.”¹

La adopción es una de las instituciones más antiguas y se inicio porque los pueblos primitivos necesitaban de la continuidad de la estirpe, principalmente en aquellas familias que carecían de hijos, la misma contribuyo a darles vigor y vida y con ello asegurar la supervivencia de la humanidad y consecuentemente el culto de los antepasados, por lo tanto, perpetuar el culto doméstico.

La adopción es un recurso que las leyes y la religión han dotado desde la antigüedad. También es conocida en Mesopotamia, Egipto, en el Derecho Preislamita, en Grecia, en Roma y en la India, la adopción responde al mismo pensamiento religioso. Es posible que por razones sociales se haya motivado, la permanencia de la adopción en el Derecho Romano a través de su dos formas: de arrogación y adopción propiamente dicha, para optar a ciertos cargos un plebeyo tenía que ser adoptado por un plebeyo, es aquí donde alcanza la adopción un desarrollo importante ya que se comienzan a notar perfiles más

¹ Brañas, Alfonso. **Manual del derecho civil**. Pág. 219.

directos provenientes como efectos principales de la adopción en cuanto al Derecho de Familia.

En la Biblia también se encuentran algunos antecedentes por ejemplo: Éxodo capítulo 2, versículo 10, señala cuando Moisés fue adoptado por la hija del Faraón, como hijo suyo y lo llamo Moisés "porque su nombre significa sacado del agua."²

Los Germanos conocieron la adopción también en diversas maneras para obtenerla; siendo la más antigua de ellas la *perpellium et indusium*, procedimiento simbólico imagen de generación presunta con carácter primitivo bien marcado, en diversos casos la adopción se consideraba un beneficio para el adoptado y más adelante la ley se preocupó de adoptar medidas destinadas a exigir y comprobar ese beneficio, por ello la finalidad esencial era la que se estipulaba.

Haciendo una referencia del derecho francés el cual tuvo tanta influencia en los países americanos, Planiol y Ripert escriben que en la época romana su objeto era asegurar la continuación de las familias y por consiguiente la perpetuidad del culto doméstico; pero nuestro antiguo Derecho presencié la decadencia y hasta la desaparición de la adopción.

La adopción en la época antigua, medieval y actual es de suma importancia en varias etapas, iniciándose con la continuación de la estirpe, supervivencia de culto, paliación de la aflicción familiar hasta llegar a una etapa en la que se pensó en la supresión definitiva.

² Torres Amat, Felix. **La sagrada biblia**. Pág. 71

Como decían los romanos la adopción es la imagen o imitación de la naturaleza en lo que a filiación nos concierne, de esa cuenta la adopción se le ha denominado prohijamiento que significa: acto de recibir como hijo propio según efectos legales a quien no lo es por naturaleza, aún cuando en cierto modo se utilizara la institución para legitimar a los hijos nacidos fuera del lazo conyugal, como adoptivos a los naturales ilegítimos.

Desde la antigüedad la adopción ha sido considerada como un recurso que las leyes y la religión han dotado a la sociedad para aliviar la pena o desgracia de no tener hijos por negación natural y para asegurar la continuación de la estirpe. Posteriormente a esto la aristocracia tuvo la necesidad de dotar a sus miembros que carecían de herederos para la continuación de la estirpe, supervivencia del culto doméstico, en consecuencia se toma de carácter familiar, en beneficio de la familia y no del adoptado. Lo que es totalmente contrario en la actualidad ya que la adopción es en beneficio del adoptado ya que posee una gran influencia del derecho romano que es filial.

En la actualidad la adopción se debate en tres corrientes:

- a) La que considera a la adopción como un remedio, tanto para las parejas o personas sin descendencia como para los niños que por múltiples razones, pueden ser beneficiados con un hogar que le proporcione lo que a un niño le corresponde por derecho.
- b) La que considera la adopción como parte de un tráfico o negocio de niños.
- c) Teoría ecléctica, la que aboga por una regulación estricta que evite la comercialización y tráfico de menores pero que permita a la adopción, cumplir con la función de ser una institución jurídica de asistencia social.

Se considera que la teoría más acertada en cuanto a los límites y fines de la adopción es la teoría ecléctica, ya que esta permite que la adopción se realice en un ámbito de plena legalidad y protección a los menores de edad, evitando el tráfico ilegal de los mismos y aboga por una regulación objetiva, clara y concisa tutelar de los menores.

La institución de la adopción fue regulada en Guatemala por primera vez en el Código Civil de 1877 y se definió de la siguiente manera: “la adopción ó prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante.”

El Código Civil de 1926 suprimió la institución de la adopción por considerar que no era necesaria y se prestaba a una gran cantidad de abusos y crímenes. El Código Civil de 1932 mantuvo el mismo criterio que el Código Civil de 1926. Fue restablecida en la Constitución de la República de Guatemala de 1945, y se estableció que la adopción se instituyó en beneficio de los menores de edad y no se reconocen desigualdades legales entre los hijos naturales y los adoptivos. Posteriormente se emite la primera ley especial en materia de adopciones, Decreto Legislativo 375, el cual fue publicado en 1947.

El actual Código Civil, Decreto-Ley 106, contenía la normativa sustantiva respecto a la adopción y la misma era una adopción simple o semi plena puesto que era revocable y además no generaba un vínculo extendido sino que limitado al adoptante y adoptado (parentesco civil) El procedimiento de adopción era voluntario y se tramitaba ante Notario. Sin embargo, en virtud del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional suscrito por Guatemala, se emite la nueva ley de Adopciones (decreto 77-2007) que no regula sustantivamente la adopción y deroga de

forma expresa la normativa contenida en el Código Civil por lo que deja un vacío legal y una incertidumbre frente a la naturaleza de la adopción en el país. La nueva ley, en armonización con la de otros países, establece un ente autónomo (Consejo Nacional de Adopciones) el cual es el encargado de escoger a la familia y establecer los parámetros para establecer la mejor familia para el adoptado. La ley es de carácter administrativo y procedimental pero no contiene normas de carácter sustantivo.

1.2. Concepto

Se entiende por adopción o filiación adoptiva al acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad.

Al respecto el tratadista Guillermo Cabanellas, define a la adopción de la siguiente manera: "Acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial, a quien no lo es por naturaleza; sin excluir el resquicio que esto consiente para legalizar ciertas ilegitimidades."³

El autor Diego Espín Cánovas señala: "La Adopción es un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima."⁴ También considera a la adopción como un contrato para lo cual manifiesta que: "La controversia se centra en la doble intervención judicial y

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

⁴ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil**. Pág. 384.

notarial, así como más recientemente en el carácter contractual o de negocio jurídico familiar que reviste la adopción.”⁵

Al respecto Federico Puig Peña, indica: “La adopción es aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejante a las que tiene lugar en la filiación legítima.”⁶

Manuel Ossorio define a la adopción como: “La acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.”⁷

Finalmente, el Artículo 2 inciso a) de la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República define a la adopción de la siguiente manera: Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.

1.3. Clases de adopción

Existen tres clases de adopción las cuales se mencionan y se desarrollan de la siguiente manera:

- Plena
- Simple
- Legal

⁵ Ibid. Pág. 384

⁶ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 473

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 797.

Plena: El tratadista Puig Peña, Federico en su obra Compendio de Derecho Civil Español tomo V, indica que en derecho español se establece la distinción entre las dos clases de adopción, en cuanto a la que norma a la adopción plena, expone que solamente podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de común acuerdo y lleven más de cinco años de matrimonio. Igualmente podrán hacerlo las personas en estado de viudez, el cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoría de separación legal, las personas solteras, uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado o natural, reconocido o adoptivo de su consorte, y el padre o madre, al propio hijo natural reconocido. Únicamente podrán ser adoptados los menores de catorce años y los que siendo mayores, estuvieren viviendo antes de alcanzar dicha edad en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos y aunque no medie esta circunstancia, también podrán ser adoptados plenamente los mayores de edad, unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos que el juez valorará conforme a la ley.

En la doctrina como en algunas legislaciones que la adopción plena confiere al adoptado los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo, no sólo respecto del adoptante si no que mas bien de toda la familia.

El hijo adoptivo deja de pertenecer a la familia de sangre natural, y se extingue el parentesco con los integrantes de su familia consanguínea con la sola excepción de los impedimentos matrimoniales, crea vínculos sumamente sólidos entre adoptado y adoptante, el parentesco que nace de su constitución jurídica se extiende a los parientes consanguíneos y a fines de la nueva familia a la cual se integra el adoptado, y la filiación

natural que le era propia se extingue, de ahí la adopción plena tenga carácter irrevocable todo ello por disposición de la ley asentada en esta doctrina.

Simple: El adoptante adquiere la patria potestad del adoptado y este tiene derecho de usar el mismo apellido de aquél, en la mayoría de edad del adoptado no es causa justificativa para extinguir la adopción, pero si la patria potestad.

En cuanto, a la herencia del adoptado, el adoptante no es heredero legal del adoptado pero este si lo es de aquél, aquí lo que se evita es que se mueva un interés pecuniario que coaccione el consentimiento de la adopción por parte del adoptante. Si el adoptado no es heredero, tendrá derecho a ser alimentado hasta la mayoría de edad y en caso de herencia testamentaria, los alimentos sólo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista alcancen a satisfacer sus necesidades.

Lo que se tutelaba en este párrafo era el bienestar del adoptado por reconocérsele como hijo y otorgarle derechos hereditarios, en lo referente a sus necesidades se otorga en proporción de sus necesidades básicas e inherentes como persona, hasta que el pueda cuidarse solo o dicho en otras palabras alcance plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.

Si el adoptado falleciere antes que el adoptante o renunciare a la herencia o fuere excluido de ella, los hijos de aquél no tienen derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante. Como nos damos cuenta la regulación se inclina por el bienestar del adoptado y como es lógico si este renuncia o fuere excluido de ella sus hijos no pueden heredar

ningún beneficio que sea de carácter patrimonial y si el adoptado falleciere antes que el adoptante, la legislación libera al adoptante de responsabilidad legal pero no moral de alimentar a los hijos de este por haberse constituido un lazo familiar entre el adoptado y el adoptante pero no esté con los hijos del adoptado porque la obligación de proporcionar alimentos cesara con la muerte del alimentista. El adoptado que sea menor de edad, en caso de muerte del adoptante, vuelve a la su familia original o a la institución de asistencia social que corresponda.

Además, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Adopciones, decreto número 77-2007, del Congreso de la República, la adopción podrá ser:

- a. Nacional;
- b. Internacional.

La adopción nacional tendrá siempre derecho preferente a la adopción internacional, la cual procederá subsidiariamente, sólo después de haberse constatado y examinado adecuadamente las posibilidades de una adopción nacional.

De conformidad con lo establecido en el Convenio de la Haya sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, cualquier autoridad competente que intervenga en el proceso de adopción deberá actuar apegada al principio de celeridad, en beneficio del interés superior del niño.

Legal: La adopción es la fórmula legal para adquirir pertenencia. Esto significa que un hijo pertenece legalmente al progenitor que lo adopta, es por ello que la adopción es una figura

legal permanente e irreversible. La adopción es un trámite legal y estatal, esto significa que requiere de figuras acreditadas que determinan la idoneidad del solicitante y, también, de un juez que ratifica o rechaza la adopción

Dentro de la Ley de Adopciones Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentra la definición de adopción la cual indica lo siguiente:

“ARTICULO 2. Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a. Adopción: Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.”

1.4. Efectos

Los efectos de la adopción pueden ser:

- Personales
- Patrimoniales

a) Personales

a.1) Cuando ya existe la adopción o la misma ya ha sido otorgada en consecuencia el adoptante o los adoptantes y el adoptado, pasan de ser extraños a constituir una familia y en el caso de los adoptantes a ser padres del adoptado y en consecuencia adquieren la patria potestad sobre él. Esta es una disposición tomada de la ley francesa.

a.2) Al constituirse la adopción el adoptado tiene derecho a usar el apellido del adoptante, porque se le traslada el derecho a utilizar el mismo ya que es un efecto importante porque



utilizar el apellido no es una obligación sino que mas bien un derecho adquirido por la constitución de la adopción.

a.3) Otro efecto importante es el que se estipula que el adoptado al cumplir la mayoría de edad no termina la adopción, sino que termina la patria potestad que sobre él ejerce el adoptante. Como nos damos cuenta está es una disposición muy importante porque el lazo familiar nunca se extingue solamente el dominio que se ejerce sobre aquél pero el vínculo de padre o padres e hijo siempre se encuentra presente aunque este tenga plena capacidad de ejercicio y ya no dependa del adoptante.

b) Patrimoniales: Entre los efectos patrimoniales se establecen los que son exclusivamente de carácter patrimonial o económico a diferencia de los personales que son los que utilizará el adoptado en relaciones sociales y familiares. El adoptante tiene sobre la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos y el adoptado tendrá para con la persona del adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto de sus padres. En el Artículo 1076 del Código Civil Decreto Ley 106, se regula que los hijos biológicos y adoptivos heredan por partes iguales, sean o no de matrimonio, heredan a sus padres por iguales partes. El hijo adoptivo hereda a su padre adoptivo en igual grado que los hijos que lo son por naturaleza; pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante. Artículo 1078 del Código Civil Decreto Ley 106 se regula que la ley llama a sucesión intestada, en primer lugar a los hijos, incluyendo a los adoptivos, y el cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales, quienes heredaran por partes iguales. Si el adoptado falleciere antes que el adoptante o renunciare

a la herencia o fuere excluido de ella, los hijos de aquél no tienen derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante.

La regulación se inclina por el bienestar del adoptado y como es lógico si este renuncia o fuere excluido de ella, sus hijos no pueden heredar ningún beneficio que sea de carácter patrimonial y si el adoptado falleciere antes que el adoptante, la legislación libera al adoptante de responsabilidad legal pero no moral de alimentar a los hijos de este por haberse constituido un lazo familiar entre el adoptado y el adoptante, pero no esté con los hijos del adoptado porque la obligación de proporcionar alimentos cesara con la muerte del alimentista.

1.5. Regulación legal

a) Constitución Política de la República de Guatemala: En esta normativa encontramos regulada la figura jurídica de la adopción en el Artículo 54, donde se reconoce y se protege a la misma y otorga la calidad de hijo al adoptado y declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y los niños abandonados; incentivando y promoviendo la adopción para su plena realización en el ámbito legal no solamente por la protección que se le brinda a un menor si no que por el reconocimiento del título de hijo propio con todas las facultades, derechos y deberes que esta figura conlleva y por ende el reconocimiento de la paternidad como consecuencia de tan noble acto de asistencia social.

Aunado a ello la Constitución Política de la República de Guatemala también protege a la familia en sus diferentes ámbitos sociales, económicos, jurídicos y culturales instituyéndola a través de la base legal del matrimonio e igualdad de derechos de los cónyuges y lo que

es muy importante que estas dos figuras legales conllevan diversas responsabilidades las cuales se desarrollan a través de la paternidad responsable como por ejemplo: el derecho de alimentación, salud, educación, seguridad etc.

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce y promueve la adopción como la solución de los diversos problemas de orfandad y niñez abandonada otorgándoles no solamente la oportunidad de realizarse dentro de un seno familiar si no que también la protección necesaria que los mismos necesitan como menores desvalidos para desarrollarse plenamente dentro de la sociedad y realizarse plenamente como personas, protegiendo y promoviendo el desarrollo de la familia y del menor.

b) Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007, del Congreso de la República: En el Artículo 1 de la citada Ley se regula el objeto y el ámbito de aplicación: “El objeto de la presente ley es regular la adopción como institución de interés nacional y sus procedimientos judicial y administrativo.”

En el Artículo 3 se indica que la tutelaridad y protección corresponderá al Estado de Guatemala, la obligación de proteger y tutelar a los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción para garantizar el pleno goce de sus derechos y especialmente para evitar su sustracción, venta y tráfico, así como cualquier otra forma de explotación o abuso.

El Artículo 4 regula que: “El interés superior del niño, en esta ley, es el principio que persigue asegurar la protección y desarrollo del niño, en el seno de su familia biológica o en caso de no ser esto posible en otro medio familiar permanente.”

Y en el Artículo 5 regula la igualdad en derechos: “Cuando una persona o una familia extranjera inicie trámite de adopción de un niño guatemalteco, la Autoridad Central deberá asegurarse que el niño adoptado gozará de los mismos derechos que un niño dado en adopción nacional en ese país.”

1.6. Consejo Nacional de Adopciones

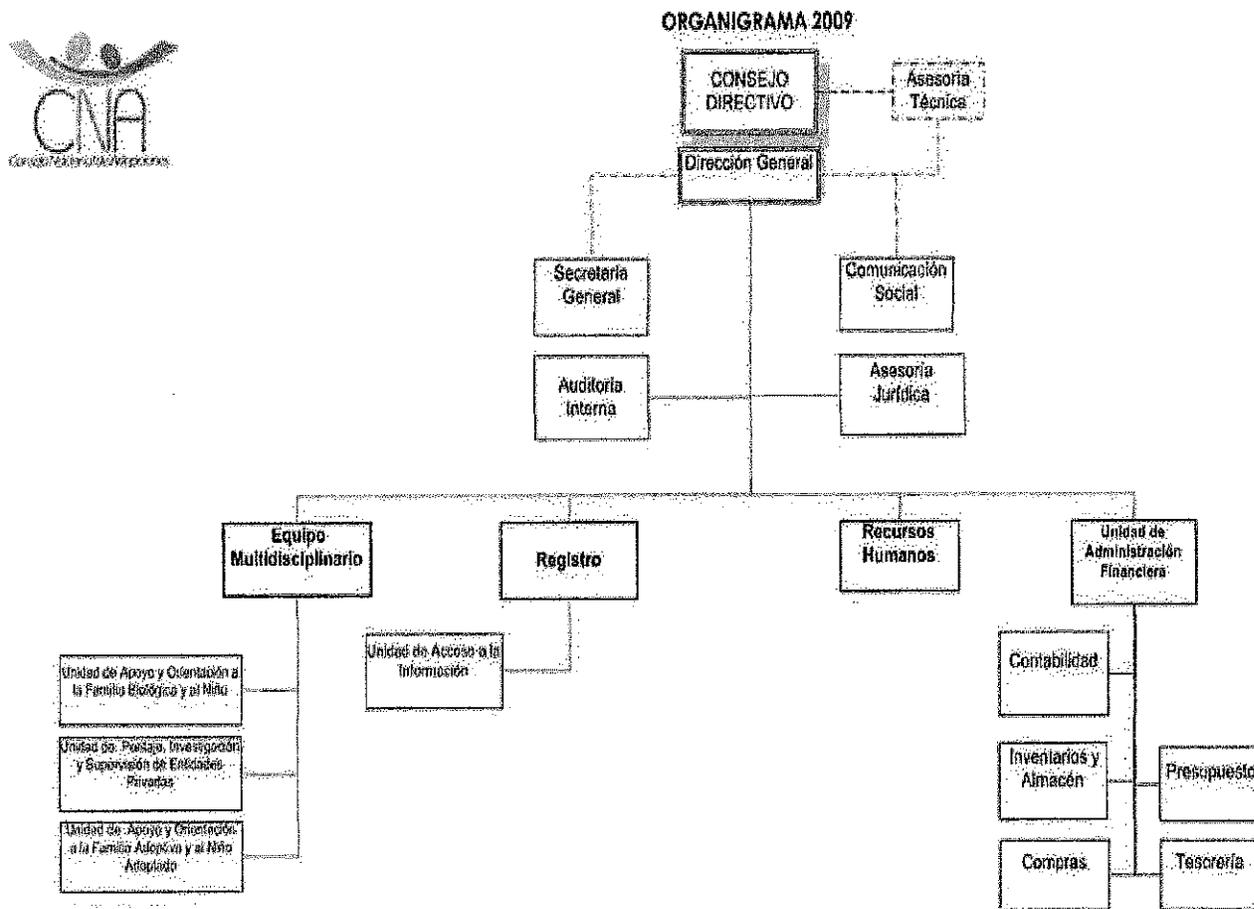
Se crea el Consejo Nacional de Adopciones (CNA), como una entidad autónoma, de Derecho Público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. El Consejo Nacional de Adopciones será la Autoridad Central de conformidad con el Convenio de la Haya.

La visión del Consejo Nacional de Adopciones es ser una institución reconocida nacional e internacionalmente por innovar el sistema de adopciones, a través del diseño, aplicación y promoción de procedimientos de adopción transparentes y ágiles, que reconocen y garantizan la ubicación del niño, niña o adolescente con una familia idónea, atendiendo primordialmente su interés superior. Así como, contribuir al fortalecimiento del sistema de protección integral, garantizando la restitución del derecho de la niñez y adolescencia a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, mediante políticas y programas que cumplan con los principios y procedimientos establecidos en la Ley de Adopciones.

La sede del Consejo Nacional de Adopciones está en la Avenida Reforma 6-64 Zona 9 Edificio Plaza Corporativa Torre Uno, Nivel Dos de la ciudad capital de la República de Guatemala, sin embargo, para el cumplimiento de sus funciones, podrá establecer oficinas

en los departamentos que se haga necesario y será la institución encargada de velar por el fiel cumplimiento de los tramites administrativos de todos los expedientes de adopción.

La Autoridad Central es el Consejo Nacional de Adopciones, que para el cumplimiento de sus funciones se organizara de la siguiente manera:



Fuente: Internet Pagina www.cna.gob.gt/portal/Organigrama.html

Se describe su organización de la siguiente manera:

- a) Consejo Directivo, integrado en la forma que señala el artículo 19 de la ley de Adopciones;
- b) Dirección General;
- c) Equipo Multidisciplinario;
- d) Registro;
- e) Otros que sean establecidos en el reglamento de la Ley de Adopciones.

El Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones, estará integrado en la forma siguiente:

- a) Un integrante designado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia;
- b) Un integrante designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores;
- c) Un integrante de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

Cada representante de las instituciones indicadas, durará en funciones un período de cuatro años. Además del representante titular, cada una de las instituciones aludidas deberá designar junto a éste, a un suplente que hará sus veces en casos de ausencia. Únicamente se podrán ejercer las designaciones establecidas en este artículo, por un solo período.

Las funciones fundamentales del Consejo Directivo consisten en el desarrollo de políticas, procedimientos, estándares y líneas directivas para el procedimiento de adopción.

CAPÍTULO II

2. Derecho de familia

El derecho civil, nace en el Derecho Romano, ya que dicha civilización aportó a la humanidad los avances de su aplicación en una época determinada, constituyó el derecho de familia como el estudio de la relaciones entre las personas, básicamente de carácter particular. El derecho de familia comprende instituciones como, el matrimonio, la unión de hecho, la adopción, la tutela, la patria potestad, el patrimonio familiar, la ausencia entre otros.

El proceso histórico de la familia demuestra "cada día esta más acentuado el signo negativo de su debilitamiento y descomposición. La comunidad familiar carece hoy de la importancia y significado que tuvo en la antigüedad. Por ello se dice insistentemente que esta generación asiste a una fuerte crisis de la familia, que ha perdido la extensión, cohesión y estabilidad que tuvo en otras épocas."⁸

Las causas que han determinado esta crisis de la familia son múltiples y complejas y su estudio corresponde, más que a civilistas, sociólogos y moralistas. Lo cierto es que la familia actual ha quedado reducida, en términos generales, a una mera relación entre padres e hijos, sin más lazos que exclusivamente personales, psicológicos y fisiológicos.

Ante esta situación de precaria consistencia del vínculo familiar, el Estado consiente de la importancia que en la sociedad moderna debe reconocerse a la familia, tiende a

⁸ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 28

establecer una mayor intervención para asegurar y fortalecer la vida familiar, con el propósito de evitar en lo posible, su descomposición. De ahí que el signo más acusado del Derecho Moderno sea este: Protección de la familia por el Estado, manifestándose, principalmente en los hechos siguientes:

- a) Estimula la celebración del matrimonio mediante la simplificación de formalidades o el establecimiento de préstamos nupciales y otras ventajas tributarias.
- b) Restringe en algunos casos o rechaza en otros el divorcio vincular.
- c) Sanciona penalmente el abandono de familia, el aborto y las practicas anticonceptivas.
- d) Procura el acceso de la familia a la vivienda decorosa y digna, dictando normas encaminadas a tal fin.
- e) Reconoce la función familiar del derecho de propiedad y crea el llamado patrimonio familiar.
- f) Fomenta y facilita la adopción.
- g) Deja que los padres eduquen y formen a sus hijos, pero cuando aquellos incumplan sus deberes, atribuye a Organismos especiales el ejercicio de la patria potestad.
- h) Protege a la familia en el orden económico, estableciendo subsidios familiares y ayuda familiar y dispensa un trato especial a las familias numerosas.

Esto es en la legislación española, esta muy acentuado el signo proteccionista de la familia, tanto desde el punto de vista moral como económico y jurídico. "Las Leyes pragmáticas o fundamentales de España proclaman sin reservas la preponderancia dentro del Estado de la Institución natural de la familia."⁹

⁹ Ibid. Pág. 29

Para Guatemala, el Código Civil regula unitariamente la familia, dedicándoles el título II del Libro I, que en los respectivos capítulos trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad, la filiación matrimonial y extramatrimonial, la patria potestad, alimentos, tutela y el patrimonio familiar.

En general, el Derecho de Familia comprende “el conjunto de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción y todo lo referente al Estado Civil de las Personas.”¹⁰

2.1. Antecedentes

En la evolución histórica del derecho de familia, siempre a estado situado entre las ramas fundamentales del Derecho Civil, formando con los derechos reales, de crédito y sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. “Pero en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este derecho como poco correcta y fuera de los principios generales de la técnica del derecho.”¹¹

En la Doctrina extranjera, se puso de manifiesto la poca precisión del punto de vista tradicional, poniendo reparos a la concepción iusprivatista del derecho de familia. Fue sin embargo el famoso tratadista italiano Antonio Cicu quien presentó una construcción sistemática del problema, obteniendo por ello (y por sus finas consideraciones en otros conceptos) un lugar preeminente entre los tratadistas jurídicos extranjeros.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.* Pág. 23

Para Cicu citado por Federico Puig Peña "es indispensable verificar un reajuste de conceptos en la distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, para centrar el problema en el mismo punto de partida. La familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus integrantes, de ahí surge la existencia de un interés familiar, que debe distinguirse del individual o privado y del estatal o público; hay además una voluntad familiar, esto es una voluntad vinculada al fin de la satisfacción del interés familiar."¹²

Destaca Cicu el papel que juega en el Derecho de Familia la voluntad privada, y llega a sentar la afirmación de que aquella no es eficaz, en esa materia para constituir modificar o disolver vínculos. Todo ello explica que en las relaciones de familia, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, el centro de gravedad sea el deber y no el derecho. En total la clásica división bipartita del Derecho Público y Derecho Privado debe ser abandonada por una clasificación tripartita, de que cabida, como categoría intermedia, pero independiente al Derecho de Familia.

Toda construcción tiene su apoyo falso, parte de la distinción entre interés privado, familiar y público. Pero aun admitiendo sus puntos de partida, son muchas las objeciones que sugiere, si bien es exacto que existe un interés familiar que puede estimarse distinto del particular de los individuos que la forman y del estatal o público, ello no autoriza a crear una rama del derecho público autónomo, quebrando la antigua y límpida clasificación del derecho público y derecho privado. También en las asociaciones el interés de estas es

¹² Ibid.

distinto al de los asociados y al del Estado, también ellas tienen un interés propio y superior al de los integrantes y una voluntad encaminada a satisfacerlo.”¹³

Tampoco se puede aceptar la existencia de una voluntad familiar distinta de quien la expresa y ejerce su derecho. La distinción entre el hombre como individuo y como miembro y vocero de la familia es contra natura.

Para concluir, la teoría de Cicu ha tenido una fría acogida en la doctrina, y que, salvo en los aludidos países comunistas, no ha trascendido a la legislación comparada, en la que el derecho de familia se mantiene como parte integrante del derecho civil, pudiendo por consiguiente, afirmarse:

- a) Ante todo no se debe conceder demasiada importancia a la catalogación del derecho de familia dentro de la división fundamental del Derecho, pues que la distinción entre el derecho público y el derecho privado, sufre una grave crisis, que impide establecer con absoluta precisión la diferencia cardinal entre uno y otro, sobre todo teniendo en cuenta el trasiego constante que entre ambos campos se observa en los modernos ordenamientos.
- b) Desde el punto de vista teórico, es extraordinariamente sugestiva la posición del maestro italiano Cicu, no esta sin embargo carente de reparos, pues el propio aspecto preceptivo de las normas familiares se observa en otras muchas instituciones del Derecho Privado, y a la par, existen derogaciones de ese principio en el mismo

¹³ *Ibíd.* Pág. 24

Derecho de Familia, que mantiene una posición de libertad en muchas de sus relaciones y especialmente, en la faceta patrimonial.

- c) Desde un punto de vista práctico, quizá no fuera conveniente, como afirma Castán citado por Federico Puig Peña¹⁴, separar el Derecho de Familia de las demás ramas del Derecho Privado, rompiendo la actual unidad científica del Derecho Civil, pues las relaciones familiares van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial.

2.2. Concepto

Derecho de familia, es aquel que se produce como consecuencia de las relaciones en que el sujeto se encuentra en el grupo familiar en relación a las demás integrantes de él.

Guillermo Cabanellas define al Derecho de Familia como: “La parte del Derecho Civil que se ocupa de las relaciones jurídicas entre personas unidas por vínculos de parentesco.”¹⁵

Rafael De Pina da la siguiente definición: “Conjunto de las normas del Derecho Positivo referentes a las instituciones familiares”¹⁶.

Bonnecase citado por Federico Puig Peña lo define de la siguiente manera: “El conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto de una manera

¹⁴ Ibíd. Pág. 25

¹⁵ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 642

¹⁶ Rafael de Pina. **Diccionario de Derecho.** Pág. 183

exclusiva o principal, accesoria o indirecta es regular la organización, vida y disolución de las familia¹⁷”

Entonces el Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas que se ocupan de las relaciones jurídicas familiares con el objeto de proteger a la persona y las instituciones establecidas tales como el matrimonio, la unión de hecho, la patria potestad, la adopción, la tutela, alimentos, patrimonio familiar.

El Derecho de Familia tiene un sentido predominantemente ético. De esto se concluye:

- a) Que la organización de la familia solo adquirirá verdadera solidez, cuando este fundada en una moral rigurosa.
- b) El Derecho de Familia, no puede desplegar toda la eficacia de condición. En los derechos familiares se observa a diferencia de otras ramas jurídicas mayor cantidad de preceptos, que carecen de una sanción o no tienen una sanción específica.
- c) Que las normas del Derecho de Familia son ante todo norma de moral.
- d) Que por su relación constante con la moral, las relaciones familiares tienen evidentemente un profundo valor religioso.

¹⁷ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 14

- e) El basamento natural de la familia, hace que las relaciones personales de la misma sean superiores a las patrimoniales derivadas de ella.

2.3. **Ámbito de conocimiento**

Gautama Fonseca, citado por Alfonso Brañas, al referirse a la división del Derecho de Familia, escribe: "El Derecho de Familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, puede dividirse en Derecho de Familia objetivo y Derecho de familia Subjetivo.

En sentido subjetivo Derecho de Familia es el conjunto de facultades y poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. El Derecho de Familia Objetivo se divide a su vez, en Derecho de Familia Personal y Derecho de Familia Patrimonial. El primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; el segundo ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia.

Se divide también el Derecho de Familia en Derecho Matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de los cónyuges, y en Derecho de Parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad), o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción), las tutelas y curatutelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del Derecho de Familia."¹⁸

¹⁸ Brañas. **Ob. Cit.** Págs. 108 y 109

En sentido objetivo se entiende por Derecho de Familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares.”¹⁹

Los derechos subjetivos y objetivos familiares, según Fonseca, constituyen distintas facultades jurídicas que se originan del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la patria potestad y otras instituciones derivadas de la familia, por medio de las cuales el sujeto esta autorizado para intervenir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica y el patrimonio, lo cual no es contemplado específicamente en el Código Civil guatemalteco, donde se regula unitariamente la familia en los Artículos del 78 al 441, como afirma Alfonso Brañas.”²⁰

Federico Puig Peña al definir el Derecho de Familia, lo hace en dos sentidos. “Así, en sentido objetivo por el conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. Los derechos de familia son facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.”²¹ Y sostiene además, señalándolo resumidamente que comprende: las relaciones familiares propiamente dichas (la relación conyugal, nacimiento del vínculo matrimonial, las relaciones matrimoniales, la extinción del vínculo y la relación paterno-filial); las relaciones familiares en sentido amplio y las relaciones cuasi-familiares.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 22

²⁰ *Ibíd.* Pág. 110

²¹ Puig Peña. **Ob. Cit.** Págs. 26 y 27

Castán Tobeñas, citado por Federico Puig Peña, manifiesta en un largo análisis que, resumido, estipula que “el Derecho de Familia trata del reconocimiento y amparo de la familia como institución natural, de fondo moral y base de la sociedad y el Estado; la protección de la familia en la esfera moral, respecto al matrimonio o la unión de hecho y las relaciones jurídicas que de ellos se desprenden y respecto a la filiación y patria potestad; la protección de la familia en el orden económico y la protección de la familia en la esfera de la propiedad.”²²

En esta definición aparecen estimaciones acerca de la familia contempladas en la Constitución Política de la República de Guatemala en los siguientes artículos:

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

En el Artículo 48 de la Constitución Política de la República, establece que: “Unión de hecho. El Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma.”

Y en el Artículo 49 de la Constitución Política de la República establece que: el matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente.”

²² Ibid.

El ámbito de conocimiento del Derecho de Familia guatemalteco, en esos sentidos, puede resumirse en tres probabilidades: la vinculada con la persona, la referida a la familia y las relaciones de familia.

2.4. Autonomía

Se tiene que ver cual ha sido el desarrollo del principio de la autonomía, si se analiza se encontrará en primer término la escuela del Derecho Natural cuyo principal expositor fue Kant en la obra "Crítica a la Razón Pura"²³ donde se ve que influenciado por una cantidad de ideas que están vinculadas al liberalismo económico, a considerar al hombre como centro del sistema.

El Derecho de Familia, se encuentra con varias normas que son de orden público, inderogables y surgen las interrogantes ¿que es lo que sucede con el principio de autonomía?. Entonces ¿no se es enteramente libre como en la teoría clásica y después tampoco?.

Esta bien que la ley permita, pero la ley pone ciertas restricciones y llega a otro concepto que esta vinculado con lo que se tiene que ver en el Derecho de Familia que es el concepto de la libertad de iniciativa.

El tratadista Manuel Ossorio define a la autonomía de la siguiente manera: "Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia política. Condición del individuo

²³ Kant, Immanuel. **Crítica de la razón pura**. Pág. 123

que de nadie depende en ciertos aspectos. Potestad de que, dentro del Estado, pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios.”²⁴

Por otra parte, el concepto antes indicado hace referencia de la autonomía de carácter político, sin embargo en el campo del derecho se habla de la autonomía de cada una de las disciplinas jurídicas y para el efecto se entiende por autonomía la actividad desarrollada dentro de un proceso independiente de una rama del saber y de esa cuenta, el derecho de familia ha sido analizado, estudiado y estructurado de tal manera que en los tiempos presentes se ha caracterizado por ser una disciplina propiamente dependiente del derecho civil y de allí su importancia jurídica, social y política.

También tiene consecuencias de orden patrimonial el estado de hijo o de madre, los alimentos etc. y esas consecuencias patrimoniales también están regulados por un estatuto. Cuando se encuentra con estos distintos estados de familia vemos que el papel de la autonomía es mucho mas restringida que en otras áreas del Derecho Privado.²⁵

Las normas que rigen el estado de familia son normas de orden público que no pueden ser derogadas por los particulares.

Los derechos de familia o que surgen de los estados de familia se caracterizan por ser irrenunciables, yo podré tener sanciones por no cumplir deberes emergentes de los

²⁴ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 112

²⁵ *Ibíd.* Pág. 259

estados de familia, pero yo no puedo renunciar a ellos. Con respecto de mis hijos que nacen del matrimonio o fuera de él, yo voy a ejercer la patria potestad que se regula de tal manera. Yo no puedo decir "me cansé y renunció al ejercicio de la patria potestad". Esos derechos están fuera del comercio de los hombres.

Cuando se está hablando de que son irrenunciables "no quiere decir que yo no pueda por ejemplo, perder los derechos emergentes del derecho de familia, si incumplo con las obligaciones que la ley me marca, por ejemplo patria potestad, la misma se puede perder, limitar, pero no es consecuencia de un acto que se vincule a un querer personal a que yo halla acordado la limitación, la renuncia, sino que la ley lo organiza como consecuencia de un incumplimiento de los deberes que tengo a mi cargo."²⁶ Esto es, que voy a perder, como castigo la patria potestad, pero no voy a poder renunciarla. De la misma manera los derechos de familia son inalienables, esto es que no puedo ponerles un valor económico y no puedo ceder por un precio el estado de familia de que se trate.

No obstante hay muchas situaciones que la ley prevé que se pueda llegar a un acuerdo de voluntades respecto de determinadas situaciones patrimoniales vinculadas al derecho de familia que no implican una abdicación de los derechos ni tampoco que los derechos sean o no inalienables por ejemplo el Código Civil establece que en materia de alimentos, los mismos son irrenunciables no obstante, esta característica le permite acordar respecto de las pensiones alimenticias devengadas, pero no pagas.

²⁶ *Ibíd.* Pág. 262

También hay otras disposiciones que “permiten a los padres acordar respecto de la administración de los bienes de los hijos, y también en las capitulaciones matrimoniales se establece que régimen matrimonial van a adoptar los cónyuges en cuanto a los bienes de estos.”²⁷

Este sistema en materia de sociedad conyugal solamente permite la modificación del régimen durante la vigencia del matrimonio cuando existe un régimen de comunidad a través de la separación judicial de bienes.

Los derechos emergentes del Derecho de Familia son imprescriptibles, esto significa que no se adquieren por el uso y no se pierden por el no uso. Ejemplo: Por más que se viva 50 años en un concubinato que tenga la absoluta apariencia de un estado de matrimonio no se adquiere por el uso de un estado de matrimonio, el estado de matrimonio. Puedo tener la apariencia, pero no se adquiere el estado de familia.

De la misma manera que el no uso del estado de familia tampoco va a implicar que lo pierda. Esto no significa que se quede congelado el estado de familia sino que la ley va a permitir cambiar el estado de familia, mediante el ejercicio de acciones de estado que específicamente preceptúa y regula el Código y que en algunos casos se han visto enriquecidas por importantes aportes doctrinarios.

El estado de familia es imprescriptible, pero la norma establece que el ejercicio de la acción esta sometida a un plazo y que ese plazo sea de caducidad. En materia de derecho

²⁷ *Ibíd.*

de familia le son inaplicables al estado de familia los elementos accidentales del negocio jurídico. Yo no voy a poder por acuerdo de voluntades someter un estado de Familia a modo, plazo, condición. Si me caso no voy a poder pactar que por ejemplo el matrimonio sea a plazo, renovable cada 5 años.

Esto demuestra que si bien es una rama donde la voluntad tiene en general un amplísimo marco para moverse y las normas que son de orden público en general son al menos, en materia de Derecho de Familia, nos encontramos con la situación opuesta, las normas son en su mayoría de orden público, inderogables por la voluntad de las partes y donde la autonomía queda constreñida porque no se puede modificar los estados de familia salvo el derecho de iniciativa de poder acceder a un determinado estatuto.

Se ha discutido mucho sobre cual es la naturaleza del derecho de familia, si constituye una rama del derecho privado o no, si en realidad no se compadece más con el derecho público, en razón de restringir la autonomía de los particulares.

2.5. Características del Derecho de Familia

Las principales son las siguientes:

1. Contiene un sustrato de carácter eminentemente moral, derivado fundamentalmente del Derecho Canónico. Tomando en consideración que el derecho canónico aportó a la comunidad jurídica diversos estudios relacionados a diversas disciplinas jurídicas y de esa cuenta el carácter religioso fue fundamental y de allí la importancia y énfasis

de las diferentes actitudes morales de las personas principalmente en el derecho familiar.

2. Predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales. Las relaciones sociales y culturales de las personas a través de la historia siempre han prevalecido inclusive de índole político y de allí su importancia que las relaciones interpersonales son de mayor énfasis que las de carácter patrimonial pues en estas el Estado crea instituciones para su resguardo.
3. Primacía del interés social sobre el interés individual, y una más frecuente intervención del Estado para proteger al más débil en la familia. Todo individuo dentro de su participación dentro de la sociedad debe aportar y colaborar para su desarrollo sin embargo, existen diversas decisiones que es necesario determinar para lo cual se utiliza el procedimiento de la consulta y se debe tomar en consideración que la mayoría que ha tomado determinada decisión debe ser respetada por la minoría aunque esta no comparta dicho criterio. En materia de familia prevalece la protección y el interés que decida la mayoría aun en contra de la minoría.
4. Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes. La convivencia humana dentro y fuera del núcleo familiar es fundamental para el desarrollo de la sociedad tomando en consideración que en todas las relaciones sociales políticas o jurídicas se tienen derechos y se contraen obligaciones.

5. Los derechos de la familia son inalienables e intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Son diversos los estudios que se han presentado con respecto a las características que prevalecen dentro del derecho de familia, siendo los mas importantes que ninguna persona puede renunciar a ser parte de un núcleo familiar, y el otro aspecto es que el Estado protege a la sociedad en su conjunto y en particular a la familia por lo tanto ese derecho de los individuos a integrarla no prescribe.

6. Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término. En la actualidad, prácticamente todos los Estados implementan normas de convivencia, de relaciones y de protección entre los integrantes de una misma colectividad para garantizar su cumplimiento pueden en determinadas ocasiones fijar algunos plazos para ciertas acciones o cumplimientos.

7. Carácter obligatorio o de orden público de las leyes relativas a la familia. Como se dijo anteriormente, el Estado garantiza y protege a la familia desde su integridad física, hasta la patrimonial lo cual representa una garantía para todo habitante de Guatemala, sin embargo, cuando se dictan normas de orden público es para restringir los derechos y atribuciones que tienen dichos individuos frente al Estado y frente a la sociedad y de allí su importancia de estudio.

Por la naturaleza de las características anotadas se ha pretendido considerar el Derecho de Familia como Derecho Público.

2.6. Regulación Legal

El Derecho español en las Indias, tuvo un carácter supletorio ya que se aplicaron las fuentes castellanas, teniendo relevancia los fueros municipales, el Fuero Real, Las Siete Partidas, el ordenamiento de Alcalá de Henares, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla y la Novísima Recopilación de Leyes de España, en las que se trata todo lo relativo al ordenamiento jurídico de los territorios conquistados.

Justo Rufino Barrios, en su calidad de Presidente de la República de Guatemala, emitió el Decreto Número 176 del 8 de marzo de 1877 que aprueba y pone en vigencia el Código Civil guatemalteco, con lo que las relacionadas disposiciones dejan de tener vigencia en Guatemala.²⁸

a) Código Civil:

En el Libro I del Código Civil guatemalteco de 1877, comprende las instituciones relacionadas con las personas, el matrimonio, la paternidad y filiación, la legitimación, la adopción, la patria potestad, la emancipación, la tutela y las guardas; estas formas fueron absorbidas del Derecho Español y códigos civiles extranjeros, habiéndose propuesto la ampliación de algunas, ya creadas, o creando otras que no existían.

Por la insuficiencia e ineficiencia las normas del Código Civil guatemalteco de 1877 y las que fueron derogadas, modificadas y agregados, en 1932 se emitió un nuevo Código Civil, donde se regulan las mismas instituciones del código derogado, pues lo único que se hizo

²⁸ Julián Guerrero y Lola Soriano de Guerrero. **Derecho aborigen en Centro América y el Caribe**. Pág. 106

fue aclarar conceptos y reducir espacios varios en las formas instituciones de familia, persistiendo las anteriores.

Sin tener una compleja justificación, el Código Civil de 1932 fue derogado en 1963 por el Decreto-Ley 106, en el cual lo que se hizo fue depurar lo que contenía y agregar algunas disposiciones relacionadas con la familia y las personas que se hallaban dispersas en otras leyes; pero sustancialmente, son sostenidas las mismas normas de los anteriores códigos y se regula en los siguientes artículos 78 y 173:

Artículo 78. El matrimonio, una institución social. "El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí"

Artículo 173. "La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco."

b) Código Procesal Civil y Mercantil:

El Código Procesal Civil y Mercantil, simultáneamente al Código Civil de 1877, se emitió el Código de Procedimientos Civiles de la República, en el cual se instituyeron algunas



disposiciones procesales para el trámite de las cuestiones propias de la familia que en el curso del tiempo fueron mejorados e insertadas en los sistemas procesales civiles posteriores: “Ley de Enjuiciamiento Civil y Mercantil y Código Procesal Civil y Mercantil, ahora vigente en el que se tratan aspectos relativos a la familia, como: el divorcio y separación, el reconocimiento de preñez y parto, ausencia y otros.”²⁹

c) Ley de Tribunales de Familia:

Una de las cuestiones relacionadas con el Derecho de Familia de mucha discusión en países de Europa y América es la posibilidad de atribuir a una jurisdicción privativa o especializada el conocimiento de los asuntos que pertenecen al Derecho de Familia. El criterio se inclinó por crearla y hoy existen, coexistiendo con los órganos judiciales comunes, los Tribunales de Familia.

El espíritu de la Ley se encuentra en los considerandos que justifican su emisión, trascendental para el Derecho guatemalteco, porque señala no sólo la creación de los Tribunales de Familia, Decreto-Ley 206 para conocer y resolver en todo los asuntos relativos a la familia. Los considerandos de la Ley establecen:

“Que la familia, como elemento fundamental de la Sociedad, debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una Jurisdicción posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes”

²⁹ *Ibíd.* Pág. 109

“Que para la eficacia de esa protección al núcleo familiar, debe establecerse un sistema procesal actuado e impulsado de oficio, con suficiente flexibilidad y esencialmente conciliatorio;”

“Que las Instituciones de Derecho Civil que regulan lo relativo a la familia, de acuerdo con una filosofía profundamente social, obliga al Estado a protegerla en forma integral, por lo que es urgente e inaplazable instituir Tribunales Privativos de Familia.”

Sustanciosos y cortos los conceptos vertidos del porque en Guatemala se instituyen la Jurisdicción Privativa de Familia y los Tribunales de Familia.

Es más, “si la pretensión del Estado era proteger en forma integral, urgente e inaplazable, al núcleo familiar, lo correcto era elaborar un completo y total proceso de familia, apartado de cualquier injerencia del proceso civil.”³⁰

El Artículo 1 de la Ley enuncia que los Tribunales de Familia son instituidos para conocer los asuntos relativos de familia y se aclara conceptualmente por el 8º., en lo relativo a que la resolución de las cuestiones sometidas a la jurisdicción de familia se rigen por el juicio oral. Este tipo de juicio era el importante, urgente e inaplazable, para convertirse en el instrumento por medio del cual fueran resueltos los conflictos de intereses familiares. Sin embargo, el final fue otro, pues se insertan además, los procesos civiles y formalismos engorrosos.

³⁰ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español**. Pág. 59



Como consecuencia de los defectos y errores insertos en la Ley de Tribunales de Familia, la Corte Suprema de Justicia, se vio obligada a emitir su opinión interpretativa y de aplicación de los preceptos relacionados con la familia.

CAPÍTULO III

3. La niñez

Niñez es un término amplio aplicado a los seres humanos que se encuentran en fases de desarrollo comprendidas entre el nacimiento y la adolescencia o pubertad.

3.1. Aspectos generales

La niñez es aquel período de la vida humana que se extiende desde el nacimiento del individuo hasta llegada la pubertad, entre los 11 y 12 años de edad, cuando se da paso a esta otra etapa de la vida.

La niñez es el momento de la vida de las personas en la cual se crece más, ya que son constantes los cambios físicos que se van desarrollando durante la misma y se encuentra conformada por tres etapas: lactancia, primera infancia y segunda infancia.

Como se menciona, el desarrollo, tanto físico, motor, como cognitivo, irán con mucha celeridad, observándose diferentes cambios:

- a) En cuanto a la parte física, el aumento del peso será de aproximadamente dos kilos por año, con lo cual el peso aproximado será de entre 12 y 15 kilos. La talla aumenta

entre 7 y 13 cm. cada año. Si bien la postura será recta, todavía no se han desarrollado los músculos del abdomen, entonces, este permanece con aspecto de globo aún.

- b) La frecuencia con la que respira un niño es más lenta y regular que la de un adulto y su temperatura corporal dependerá del ambiente en el cual se halle, sus emociones y la actividad que esté realizando. El cerebro todavía no alcanzó su máximo desarrollo, encontrándose en un 80 %.
- c) Respecto de los movimientos que ya es capaz de hacer el individuo en la niñez se cuentan: caminar alrededor de obstáculos, disponerse en cuclillas por más tiempo, subir escaleras, balancearse en un pie, lanzar objetos sin perder el equilibrio, trepar a ciertas alturas.
- d) Y en la parte concerniente a su disposición cognitiva y de habla, en esta etapa, el niño, ya empleará los objetos con un propósito, hará clasificaciones simples, disfruta de la lectura de historias, reconoce que con el lenguaje capta la atención de sus mayores, imita las palabras que escucha, posee un vocabulario de entre 50 a 100 y palabras y juega.

3.2. Historia

La idea de crear los derechos del niño circuló en algunos medios intelectuales durante el siglo XIX. Un ejemplo de ello fue la referencia que hizo el escritor francés Jules Vallés en

su obra *El niño* (1879), y más claramente la reflexión sobre los derechos del niño que realizó Kate D. Wiggin en "*Children's Rights*"(1892).

En este ambiente receptivo, en las dos primeras décadas del siglo XX circularon varias declaraciones de los derechos del niño, a veces en forma literaria o bien como resoluciones de organizaciones científicas y pedagógicas de carácter sistemática, fue la Declaración de Ginebra de 1924, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la Organización de Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924.

Las Naciones Unidas aprobaron en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño, sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento que las particulares necesidades de los niños y niñas debían estar especialmente enunciados. Antes se había decidido que el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los niños (UNICEF) continuara sus labores como organismo especializado y permanente para la protección de la infancia (denominándolo oficialmente Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).

A partir de 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño, se comenzó a discutir una nueva declaración de derechos del niño, fundada en nuevos principios. A consecuencia de este debate, en 1989 se firmó en la ONU la Convención sobre los Derechos del Niño y dos protocolos facultativos que la desarrollan: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

El segundo protocolo facultativo trata sobre la participación de los niños en los conflictos armados establece los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento obligatorio y exige a los Estados que hagan todo lo posible para evitar que individuos menores de 18 años participen directamente en las hostilidades

Al respecto se puede indicar que en los derechos humanos existen diversas disposiciones dirigidas a proteger los derechos de la niñez. Estas normas otorgan un marco respetuoso de los derechos humanos, a la luz del cual los Estados debe legislar e implementar sus políticas públicas. Este apartado presenta un marco internacional y analiza la adecuación de la normativa interna en Guatemala a los criterios internacionales que prevén la especial protección de la niñez. Tanto el Artículo VII, de la Declaración Americana, como el Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen normas relacionadas con la protección especial de los derechos de los niños y niñas. También deben considerarse el Artículo 1 de la Convención, que prevé la obligación del Estado de respetar los derechos y su Artículo 2, que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno; los cuales deben concordar con el Artículo 29, que consagra la interpretación de las normas a través del principio de la aplicabilidad de la norma más favorable al individuo. De conformidad con el Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la obligación de brindar protección especial a los niños y niñas no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia, en vista de la especial vulnerabilidad de la niñez.

La Convención Americana, antes mencionada incluye además, disposiciones expresas para su protección también con relación a derechos específicos, por ejemplo, en

Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 4 habla sobre el derecho a la vida, la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 5 habla sobre el derecho a la integridad personal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Artículo 17 habla sobre la protección a la familia y el Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla sobre el derecho al nombre. La Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza cómo debe implementar el Estado estos y otros estándares.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", suscrito en noviembre de 1988, del cual Guatemala es parte desde octubre de 2000, dispone en el Artículo 16 los derechos de la niñez, en el Artículo 7 la necesidad de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, en el Artículo 12 el derecho a la alimentación y en el Artículo 13 el derecho a la educación.

El Estado guatemalteco, ha creado diversas instituciones a favor de la niñez y de esa cuenta también ha participado en diversidad de convenciones a nivel mundial en temas relacionados a la niñez y adolescencia y tomando en consideración los compromisos adquiridos ha incorporado a la legislación interna diversos instrumentos internacionales, que sirven de marco de referencia para el cumplimiento de dichos compromisos principalmente son normas de carácter protectoras con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los mismos mediante un hecho coercitivo, es decir, la fuerza principalmente las actividades que desarrollan los padres a favor o en contra de los hijos.

Guatemala ratificó la Convención de los Derechos del Niño (CDN), el 6 de junio de 1990. El Artículo 2(1) de esta Convención establece que las Partes se comprometen a respetar el conjunto global de derechos reconocidos en ese instrumento con respecto a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. El Artículo 3 define el principio supremo universal del interés del niño, lo cual implicaría la transversalidad de las políticas públicas dirigidas a la protección del niño por parte del Estado parte de la Convención. La Comisión recibió información sobre la ratificación por Guatemala de los Protocolos Facultativos de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) el 9 de mayo del 2002.

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) implica un cambio sustancial en materia de infancia, se hace necesario la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de protección integral”. Ello implica pasar de una concepción de los “menores” como objeto de tutela y represión, a considerar niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho. En la Convención de los Derechos del Niño (CDN) se establecen dos ámbitos de protección: a) el de los derechos de los niños y niñas en general y b) el de los niños y niñas que han cometido un delito. En este último, los niños y niñas no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino además una protección especial. El Estado, incluido el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales en esta materia.

El Estado de Guatemala también es parte en una serie de convenciones de la Organización Internacional Mundial del Trabajo (OIT), como son el Convenio Número 138 que define las categorías básicas de empleo, y el Convenio Número 182 de Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil. Este último fue ratificado por Guatemala el 11 de

octubre del 2001. Guatemala Ratifico el primer Convenio Relacionado con el Trabajo el 3 de mayo de 1988 y se llama Convenio No. 1 Sobre las Horas de Trabajo Industrial.

A su vez, para la elaboración de las normas internas, Guatemala debe considerar las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de Menores -Reglas de Beijing- del 28 de noviembre de 1985; las Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia (Reglas de Riad) del 14 de diciembre de 1990; y las Reglas Mínimas para la Protección de Menores Privados de Libertad, adoptadas el 14 de diciembre de 1990.

Al respecto, la Constitución Política de la República de Guatemala establece en sus Artículos 1 y 2 que el Estado está organizado para proteger a la persona y a la familia y deberá garantizar los derechos a la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. En el ámbito penal, el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que los menores de edad que transgredan la ley son inimputables, y su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y juventud. Deben ser atendidos por instituciones y personal especializado, y no pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. El título II, capítulo II, establece medidas de protección para la familia. El Artículo 47 prevé la protección social, económica y jurídica de la familia. El Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que todos los niños y niñas son iguales ante la ley, y el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala menciona que el Estado deberá proteger la "salud física, mental y moral" de los niños y niñas. La cuarta sección del capítulo establece el derecho a la educación y dispone específicamente que la educación primaria es obligatoria y gratuita.

En relación con el ámbito laboral, el Artículo 102(I) estipula que: “los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas por ley. Está prohibido ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral.

A pesar de la ratificación de los tratados internacionales mencionados y de las normas constitucionales existentes, Guatemala no contó durante mucho tiempo con un marco normativo interno adecuado para proteger los derechos de los niños y niñas. El régimen jurídico para ellos se basó durante años en el Código de Menores de 1979, que definía a los niños y niñas como “menores”, siendo éstos, todos los menores de 18 años. Dado que dicho Código se basaba en la doctrina de “la situación irregular”, contravenía la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y la Constitución Política, que prevé la supremacía de los tratados internacionales sobre derechos humanos sobre las leyes internas.

Mediante Decreto 78-96 del 11 de septiembre de 1996 el Congreso de la República aprobó un nuevo texto, el Código de la Niñez y la Juventud, el cual en su Artículo 287 estableció que su entrada en vigencia se verificaría un año después de su publicación.

Sin embargo, este Código no entró en vigencia conforme a lo previsto. El 24 de marzo de 1999, el Congreso emitió una norma con el propósito de seguir escuchando a los sectores interesados y arribar a una norma de consenso relacionada con la niñez guatemalteca. Según la información recibida, para dar oportunidad a las distintas fuerzas que habían manifestado desacuerdos se constituyó en el seno del Congreso la Comisión del

seguimiento al Código de la Niñez y la Juventud, constituida por Decreto 12-99. La Comisión de la Mujer, el Menor y la Familia alcanzó un consenso con los sectores de la sociedad Civil que participaron en la discusión, quienes entregaron un documento final. La Convención Interamericana de Derechos Humanos observó con interés la presentación del Código de Consenso el 24 de octubre del 2002.

Guatemala, luego de un impulso importante de la Sociedad Civil, aprobó el 4 de junio de 2003 la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, a través del Decreto 27-03, bajo el número de registro 2767, la cual protege los derechos de la niñez de una manera más adecuada que la normativa vigente con anterioridad. En sus observaciones al informe, el Estado informó que con posterioridad a la aprobación de la ley, los Ministerios y Secretarías de Gobierno han desarrollado jornadas de trabajo para unificar criterios de aplicación para la elaboración de los respectivos reglamentos derivados de la misma.

3.3. Derechos

Los derechos del niño son aquellos derechos que poseen los niños y adolescentes. Todos y cada uno de los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia. Varios documentos consagran los derechos de la infancia en el ámbito internacional, entre ellos la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir de la promulgación de la Convención de 1989 se ha ido adecuando la legislación interna a los principios contemplados en la Declaración. Aunque la legislación y el sistema

jurídico de cada país suele ser diferente, casi la totalidad de los países han ido consagrando medidas especiales para su protección, a nivel legislativo e incluso derechos constitucionales. Entre los Derechos del niño se encuentran los siguientes:

- a) Los niños tienen derecho a la vida.
- b) Los niños tienen derecho al juego.
- c) Los niños tienen derecho a la libertad y a compartir sus puntos de vista con otros.
- d) Los niños tienen derecho a dar a conocer sus opiniones y manifestar sus ideas.
- e) Los niños tienen derecho a una familia.
- f) Los niños tienen derecho a la protección durante los conflictos armados.
- g) Los niños tienen derecho a la libertad de conciencia.
- h) Los niños tienen derecho a la protección contra el descuido o trato negligente.
- i) Los niños tienen derecho a la protección contra el trabajo infantil.
- j) Los niños tienen derecho a la información adecuada.
- k) Los niños tienen derecho a la protección contra la trata y el secuestro.
- l) Los niños tienen derecho a conocer y disfrutar de nuestra cultura.
- m) Los niños tienen derecho a la protección contra las minas terrestres.
- n) Los niños tienen derecho a la protección contra todas las formas de explotación.
- o) Los niños tienen derecho a crecer en una familia que les dé afecto y amor.
- p) Los niños tienen derecho a un nombre y una nacionalidad.
- q) Los niños tienen derecho a la alimentación y la nutrición.
- r) Los niños tienen derecho a vivir en armonía.
- s) Los niños tienen derecho a la diversión.
- t) Los niños tienen derecho a la libertad.

- u) Los niños tienen derecho a la paz mundial.
- v) Los niños tienen derecho a la salud.
- w) Los niños tienen derecho a no ser discriminados por sexo, credo, etnia o ideología.

La Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña fortalece la tesis de que el niño y la niña son portadores de una palabra que debe ser tenida como información válida. En ese sentido, deja atrás las antiguas creencias sobre: a) la escasa credibilidad que se le otorgaba a las palabras del niño y la niña; b) la falta de objetividad de la palabra del niño y la niña, basada en el fundamento de que su decisión puede estar influida, no sólo por la edad sino por terceros y c) la creencia de que el niño y la niña carecen de la experiencia necesaria para realizar juicios racionales sobre sus intereses, entre otros. En ese contexto, los jueces son los responsables de que el interés superior del niño y la niña no sea un concepto pasivo y vacío, sino un mecanismo que fortalezca el derecho de autodeterminación de la niñez, que garantice el desarrollo de su personalidad y que les haga sentir que su palabra tiene un significado que es, puede y debe ser tomado en cuenta.

Muchas de las actividades y comportamientos propios de la niñez se manifiestan en las relaciones sociales o educativas del menor. Sin embargo, se debe tomar en consideración que dichos comportamientos corresponden básicamente a fenómenos sociales o culturales. Por lo tanto, es necesario e importante que el juez en toda resolución tenga conocimiento amplio del derecho de menores para que sus fallos sean congruentes a la forma de actuar y de pensar del menor y no en forma arbitraria pues de esta manera perjudicará el desarrollo moral y social del menor. Asimismo, existen diversos criterios con

respecto al comportamiento de los menores. Algunos identifican las actitudes por rasgos familiares, otros geográficos y otros climáticos. Sin embargo de lo anterior no es generalizada la diversidad de estudios con respecto a este tema, por lo tanto, autodeterminación directa y principalmente de los menores cuyos aspectos son propios de la evolución del ser humano.

a) Sistemas de protección

Los diferentes sistemas de protección a los derechos del niño se pueden dividir en dos: los sistemas de protección social y los sistemas de protección jurídica.

a.1) Los sistemas de protección social

Están por una parte muy amplia a cargo de la comunidad y por otra a cargo de la iglesia, que cuida la moral de las personas para proteger al niño y proporcionarle todo lo que necesite hasta de sea mayor de edad, lo cual en nuestra legislación es a los dieciocho 18 años.

El niño forma parte de la comunidad y ésta comunidad tiene con él una responsabilidad natural, derivada de la propia solidaridad que el grupo siente. Primero, de una manera intuitiva y, después, de un modo más racional. La sociedad considera al niño como un ser que requiere protección social especial pues él no puede hacerlo por sí sólo. Dejar sólo e indefenso al niño en la sociedad genera sentimientos agresivos y de soledad en el niño. El

niño no puede ni tiene la madurez aún para tomar decisiones correctas y para su beneficio futuro.

En la actualidad, lo más importante es que todos los seres humanos tengan la oportunidad de nacer sin importar sus defectos, dejarlos desarrollarse y progresar cada día más. La sociedad tiene un compromiso de primer orden en cuanto a la protección de la niñez, de carácter integral, encaminada no sólo a considerarla como seres humanos desvalidos y desprotegidos, sino como sujetos con derechos.

a.2) Los sistemas de protección jurídica

Están a cargo del Estado imponiendo una política en pro de los derechos del niño. Partiendo de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado protege al ser humano aún antes de nacer. Existen muchas disposiciones que dan a los niños defensa legal como los códigos de menores, leyes de tribunales de familia, normas penales y laborales.

3.4. Políticas públicas

Las políticas públicas "reflejan la decisión del gobierno, ya sea central o municipal, de atender y solucionar las necesidades de la población. Las políticas públicas, entonces, promueven la acción de la administración pública para solucionar un problema."³¹

³¹ Promover el Cambio: Cómo construir una Política Pública a favor de la Niñez y Adolescencia. Pág. 7

Pero los problemas que tiene la población se solucionan únicamente si la política pública se implementa efectivamente. “Algunos Artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes, acuerdos gubernativos y municipales se refieren específicamente al cuidado, defensa y bienestar de los niños, niñas y adolescentes guatemaltecos y son el respaldo legal para la formulación de una Política Pública a favor de la Niñez y Adolescencia.”³²

A estos documentos se une la ratificación del gobierno guatemalteco de convenios internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño y el Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil. Además, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, el Código Municipal y la Ley General de Descentralización facultan a las municipalidades para promover y facilitar la participación de la población en la búsqueda del desarrollo integral.

El desarrollo humano puede lograrse a través de la formulación de políticas, planes, programas y proyectos, pero para el cumplimiento de los mismos es necesario:

1) Fortalecer la democracia local por medio de la creación de mecanismos que promuevan la participación de diversos actores de la sociedad y, especialmente, de niños, niñas y adolescentes. La sociedad y el gobierno deben asumir la responsabilidad conjunta y establecer compromisos para llevar a cabo las acciones necesarias para solucionar los problemas de la niñez y adolescencia.

³² Ibid. Pág. 8

2) Asignar los recursos humanos y económicos necesarios para llevar a cabo las acciones planificadas. Como es sabido muchos niños, niñas y adolescentes en el país afrontan serios problemas para tener una vida sana y plena. La creación de una Política Pública Municipal a favor de la niñez y adolescencia puede ayudar a solucionar esos problemas; para lograrlo sus padres, sus maestros y las autoridades locales deben llevar a cabo acciones. Esto requiere esfuerzo y, sobre todo, compromiso. Sin embargo, no se producirá ningún cambio si las comunidades y la sociedad civil no se organizan para que su voz sea escuchada por aquellos que toman las decisiones.

Al respecto se indica que, Guatemala promulgó la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el 2003 y estableció la Política Pública Integral a Favor de la Niñez y Adolescencia en el 2004 y el Plan de Acción Nacional para la Niñez y Adolescencia de 2004 a 2015. Ha conformado también la Comisión Nacional de Niñez y Adolescencia (CNNA), como instancia responsable de incorporar las políticas, velar por su cumplimiento y adoptar las acciones necesarias para garantizar la eficiencia y eficacia de la protección.

De igual manera, se regula la conformación de Comisiones Municipales de Niñez y Adolescencia, para que funcionen en el ámbito de los gobiernos locales. Sin embargo, en ambas instituciones, con representación del gobierno y la Sociedad Civil, se requiere que además de financiamiento, se incremente la eficiencia institucional de los municipios, principalmente en la gestión de los planes locales.

Con relación a la atención a la primera infancia, tanto la ley, como la política y el plan operativo tienen enormes desafíos. Por lo tanto, el país debe efectuar los esfuerzos

necesarios para colocar la atención y protección de la Primera Infancia en el centro de las políticas públicas para la niñez. El gobierno nacional y los gobiernos municipales deberán destinar los recursos financieros, humanos e institucionales necesarios para asegurar programas y acciones sustentables para este sector de la población. La iniciativa privada, a través del ejercicio de su responsabilidad social, debería destinar recursos y apoyo hacia la atención a la primera infancia, mientras que la Cooperación Internacional acompañará técnica y financieramente la atención integral a este grupo de edad.

La política en favor de la niñez debe aprovechar eficaz y eficientemente todos los recursos, independientemente de su fuente y de los niveles sectoriales o territoriales en que se localicen. Para lo anterior, el modelo de gestión que debe proponerse supone instancias de coordinación en red de todos los recursos (institucionales, humanos y financieros) públicos, privados, comunitarios y familiares disponibles para el sistema en todos los ámbitos sectoriales y territoriales que lo componen. Es indispensable que estos programas trasciendan los períodos de gobierno y se conviertan en políticas y planes reales de Estado.

3.5. Normas nacionales e internacionales

Para que las normas que protegen a la niñez y la adolescencia sean aplicadas adecuadamente, el Estado ha creado a los órganos necesarios para dicho efecto, en ese sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado es quien tiene que velar por el estricto cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia, no obstante y con el objeto de evitar que estos derechos sean vulnerados,

por mandato constitucional se creó la Procuraduría General de la Nación, que es el ente encargado de velar por los derechos de todos los habitantes de la república, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, en tal sentido la misma tiene una sección encargada para esta función.

Además de la Procuraduría General de la Nación, hay que recordar la existencia del Procurador de los Derechos Humanos, quien es un comisionado del Congreso de la República, para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza, tiene como funciones, promover el respeto de los derechos fundamentales de las personas, desde la niñez, hasta la edad adulta, por parte de la administración pública, también debe investigar cualquier violación a estos, censurar públicamente los actos contrarios a los derechos humanos y además puede ejercer las acciones legales para la defensa de ellos.

a) Constitución Política de la República de Guatemala

Guatemala ha incorporado un número de Artículos en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, con el propósito de fomentar el respeto por los derechos humanos. Por ejemplo, el Artículo 2 declara que: “es obligación del Estado garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo personal a todos los habitantes de la República.”

Y se ha introducido en la Constitución Política de la República de Guatemala el puesto de Procurador, quien será el responsable de investigar todo tipo de demandas sobre abusos de derechos humanos hechas por cualquier persona (Artículo 275 de la Constitución

Política de República de Guatemala). Además, los Artículos del 203 al 205 inclusive, reconocen la independencia del sistema judicial.

**b) Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto Número 27-2003
Del Congreso de la República de Guatemala**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece en su Artículo 2 que niño es toda persona “desde su concepción hasta que cumple trece años, y adolescente a toda aquella desde los trece años hasta que cumple los dieciocho”, que de acuerdo con el Código Civil, es la edad en que los adolescentes pasan a ser legalmente mayores de edad.

En el Artículo 3 se establece que: “El Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la presente Ley y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva.”

El Artículo 4, indica: “Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad,

paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.”

Y el Artículo 52 de la citada ley establece lo siguiente: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra el consumo, uso y abuso de sustancias que produzcan dependencia, para lo cual el Estado creará y apoyará las condiciones apropiadas para los programas correspondientes.”

c) Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña

La Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña en el Artículo 34 insta a los Estados Parte “a tomar todas las medidas apropiadas para impedir: a) La iniciación o la coacción para que un niño/a se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación de un niño/a en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación de un niño/a en espectáculos o materiales pornográficos.” En su Artículo 35, pide a los Estados Parte que tomen las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta y el tráfico infantil para cualquier propósito y de cualquier forma.

d) Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta Declaración establece lo siguiente en su Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”



Y en su Artículo 2, establece: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía."

CAPÍTULO IV

4. Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado es aquella rama del Derecho que tiene como finalidad dirimir conflictos de jurisdicción internacionales; conflictos ley aplicable y los conflictos de ejecución y determinar la condición jurídica de los extranjeros.

Esta rama del Derecho analiza las relaciones jurídicas internacionales ya sea entre privados, o donde existe un interés privado. Esta relación jurídica tiene la particularidad de tener un elemento extraño al derecho local, que suscita ya sea conflictos de jurisdicción o de ley aplicable, y su fin es determinar quien puede conocer sobre el tema y que derecho debe ser aplicado.

Cabe recalcar que el Derecho internacional privado *no* soluciona los conflictos, simplemente determina la norma o ley de qué país se debe utilizar en la solución de conflictos internacionales, así como el juez que resolverá esta controversia. Modernamente la doctrina esta cambiando hacia una posición sustancialista, en donde dentro del Derecho Internacional Privado se incluyen Normas que resuelven directamente los casos que se puedan plantear, y centra el estudio de esta rama del derecho, no ya en la "Norma indirecta o de conflicto" sino en las relaciones Jurídicas Privadas Internacionales que es donde realmente radican las controversias de las que se hará cargo el Derecho Privado Internacional.

4.1. Concepto

El Derecho Internacional Privado, es la rama del derecho que se ocupa del estudio del llamado derecho de gentes o derecho que regula la situación jurídica de las personas en el ámbito internacional.

El objeto de estudio del Derecho Internacional Privado son las normas internas de los Estados en materia civil, los tratados internacionales, los convenios y acuerdos entre las naciones, así como el papel que desempeñan los organismos internacionales en materia de regulación del derecho de las personas.

Algunas de las definiciones del Derecho Internacional Privado que reúnen los elementos fundamentales para poder conceptualizarlo, son las siguientes:

- a) Es el conjunto de principios que determinan los límites a la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a aquellas relaciones de la vida real que pueden estar sometidas a más de una legislación estatal.
- b) Conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cual es la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más leyes, en el espacio, que reclaman su observancia.
- c) Conjunto de principios que determinan los límites a la competencia legislativa de los Estados cuando ha de aplicarse a relaciones de la vida real que pueden estar sujetos a más de una legislación estatal.

d) Bustamante: "el conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que puedan estar sometidas a más de una legislación."³³

Son diversos los puntos de vista que presentan los autores antes citados, unos lo consideran desde el punto de vista político, otros de carácter social y otros lo comprenden de la esfera del derecho privado, sin embargo de acuerdo al aspecto social y cultural de cada una de las naciones así es la importancia que reviste el derecho internacional privado no solo para su estudio sino para su aplicación practica dentro de la esfera de las relaciones entre los Estados y entre los individuos de diversos Estados.

4.2. Origen

La existencia misma del derecho internacional privado se basa en la aplicación extraterritorial del derecho. Para que el derecho pueda ser aplicado extraterritorialmente, es decir, que un tribunal pueda aplicar derecho de otros Estados, debe tratarse de derecho privado.

Labor privada individual

Nació cuando "cesaron de existir las sociedades de vocación universalista, cuando aparecen la república, Estados, etc., cuando se principió a respetar la personalidad de los Estados."³⁴

³³ Larios Ochaita, Carlos. **Manual de derecho internacional privado**. Pág. 9

³⁴ *Ibíd.* Pág. 1

a) El Derecho Internacional Privado en el Derecho Romano:

Fue una sociedad respetuosa de las costumbres y tradiciones de los extranjeros, no existió un verdadero Derecho Internacional, pero sí una rama interna especial del derecho llamado *ius gentium* aplicable a los extranjeros. (*ius gentium*: conjunto de reglas que la razón natural ha dictado en todas las legislaciones, aplicado por el *index recuperator* y el *praetor peregrinus*.)

b) El Derecho Internacional Privado en la Edad Media:

Idea de territorialidad de la ley. Bajo influencia del feudalismo se confundió soberanía con Derecho de Propiedad. Los germánicos no impusieron sus leyes a los pueblos conquistados sino que las preservaron, conservando la territorialidad de las leyes de los pueblos conquistados. Pero ellos consideraron que sus leyes eran personales y las invocaban originando verdaderos conflictos en caso de problema.

c) Teoría de los Estatutos:

En el siglo XIII florecieron grandes ciudades por su comercio principalmente en Italia. Cada una de ellas tenía autonomía y estaba sometida a un doble cuerpo legal: en un plano se regían por el Derecho Romano (la ley: de portada y aplicación amplia) y en otro por sus propias disposiciones (estatutos: ley particular, local, municipal, aplicable dentro de un territorio pequeño bien determinado).

Época Moderna:

- a) Se caracteriza por el convencimiento de que el Derecho Internacional Privado es una rama especial del derecho en general (Story, Burge, Shaffner...)
- b) Primeros intentos de codificación.
- c) Se enuncian los sistemas de solución consistentes en doctrinas formuladas por estudiosos que pretenden aportar soluciones a todos los conflictos de leyes.

Escuelas:

1. Angloamericana: Introducen la idea de comity of nations (Cortesía de las naciones) o cortesía bajo la influencia de la Escuela Holandesa, aceptando la extraterritorialidad de las leyes en ciertos casos. "Debido a que esta noción es muy vaga y subjetiva, está siendo reemplazada por la de los vested rights (derechos adquiridos) de Véale y Dicey."³⁵
2. Italiana: Las leyes son personales, siguen y acompañan a la persona. La ley aplicable en caso de conflicto es la personal que se considera ser la de la nacionalidad y rige la capacidad, el estado, los bienes pertenecientes a dichas personas y los actos jurídicos de las mismas.
3. Alemana (Savigny): Planteamiento: las reglas están destinadas a regir las relaciones de Derecho. ¿Cuáles son sus límites territoriales? ¿Qué relaciones le están sometidas? Las reglas de derecho positivo pueden dirigirse a las personas en sí mismas o a las relaciones de derecho, siendo estas últimas sobre un patrimonio

³⁵ *Ibíd.* Pág. 12

(sucesión), obligaciones y la familia. Siempre es la persona el objeto directo e inmediato de la regla de derecho, primero en sí misma y/o en sus diferentes relaciones. En caso de conflicto, procede buscar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación. Si se trata de la persona misma, deberá aplicarse el derecho positivo perteneciente de su domicilio; si se trata de contratos u obligaciones se aplicará la autonomía de la voluntad y el lugar donde se cumplirá y si se trata de bienes, el lugar de la situación o el domicilio del propietario. Destruyó el principio absoluto de la territorialidad de la ley y lo sustituye por la "comunidad del derecho" como punto central para la solución de conflictos. Introdujo "puntos de conexión en la norma de conflicto."³⁶

4. Francia: Pillet: a) Introdujo distinción entre leyes que se dirigen a la persona (extraterritoriales) y leyes que se dirigen a la sociedad (territoriales). b) Lainé: Sostiene un regreso a la Escuela Italiana.

d) Doctrina Estatuaria o Teoría de los Estatutos

En el curso del siglo XIII florecieron grandes ciudades caracterizadas por su comercio, su influencia intelectual, etc, estas ciudades se destacaron principalmente en Italia: Génova, Pisa, Milán, Florencia, Venecia, Bolonia. Cada una de estas ciudades adquirió bastante autonomía; cada una de ellas estaba sometida a un doble cuerpo legal: en un plano se regían por las disposiciones del Derecho Romano, disposiciones que eran comunes a todas las ciudades, a todo el territorio italiano; en otro plano se regían por sus propias disposiciones. A las primeras se les llamo simplemente La Ley, a las segundas se les

³⁶ *Ibíd.* Pág. 12

llamó Estatutos; el estatuto es pues, una ley particular, local, municipal, aplicable dentro de un territorio pequeño bien determinado, mientras que la Ley es de portada y aplicación muy amplia. Esta duplicidad de ordenamientos jurídicos así como la multiplicidad de estatutos llevo a conflictos entre los estatutos y la Ley común, y entre los estatutos de diferentes ciudades, debido a que los ciudadanos de cada una de dichas ciudades, con el auge del comercio y la facilidad de comunicación, se desplazaban de una ciudad a otra con bastante frecuencia y efectuando en cada una de dichas ciudades actos jurídicos. Los problemas generados por la multiplicidad de estatutos y su conflicto con la Ley común, llevo a tratar de encontrar soluciones; éstas, dependiendo del lugar donde fueron propuestas, recibieron los nombres de soluciones de la Escuela Italiana, de la Escuela Francesa, de la Escuela Holandesa.

e) Escuelas Estatuarias Italianas (Glosadores y Post-glosadores):

Dos son los juristas que caracterizaron, con los máximos exponentes de la Escuela Italiana: Bartolo de Saxoferrato y Charles Dumoulin. Bartolo de Saxoferrato: inició sus estudios preguntándose: ¿El Estatuto de un territorio, se aplica a quienes no son súbditos? Si la respuesta es afirmativa, entonces el estatuto es de portada extraterritorial; si la respuesta es negativa, entonces el estatuto es territorial. Bartolo se dio cuenta que era imposible proceder por medio de reglas generales, opto por la aplicación del método escolástico de distinguir y subdistinguir. Distinguió entre estatutos que se refieren a contratos, a sucesiones y otros. En cuanto a los contratos, debe subdistinguirse entre la forma, el proceso y los efectos. La forma se regirá por el principio de Locus Regit actum; el proceso por el principio de la Lex Fori y los efectos dependerán de si estos son naturales o

accesorios; los naturales se rigen por la regla del Locus Regit Actum, los accesorios por la regla de Lex Executionis. Bartolo procedió pues a la disección de las relaciones jurídicas, buscando en esta forma una solución justa a las mismas. Charles Dumoulin: "Su principal mérito consiste en haber enunciado el principio de la autonomía de la voluntad."³⁷

1. Bártolo de Saxoferrato (1314-1357)

Preguntas: ¿el estatuto de un territorio se aplica a quienes no son súbditos? Si es afirmativa, el estatuto es de portada extraterritorial; si es negativa, es territorial. Procedió a la disección de las relaciones jurídicas, buscando una solución justa. Se dio cuenta que era imposible proceder por reglas generales y optó por la aplicación del método escolástico de distinguir y subdistinguir. Distinguió entre estatutos que se refieren a contratos, proceso y efectos, sucesiones, y capacidad.

2. Charles Dumoulin (1500-1566)

Dio más importancia a la territorialidad, dicho mérito fue enunciar el principio de la autonomía de la voluntad. Distinguió entre estatus que se refieren a la forma de los actos, sentencias y al fondo (los que reconocen la soberanía de las partes al manifestar su voluntad en la elección de la ley que desean los rija y los que dependen enteramente de la ley). Si se refieren a cosas serán territoriales y a personas extraterritoriales.

³⁷ Zenteno Barillas, Julio Cesar. **Apuntes de Derecho Internacional Privado**. Pág. 78

f) La Escuela Estatuaria Francesa del Siglo XVI:

Su máximo exponente fue Bertrand D. Argentre. Su idea fundamental fue que los estatutos son territoriales, para D. Argentre todos los estatutos son reales, y excepcionalmente personales. La tendencia de esta escuela contrariamente a la Escuela Italiana, es un esfuerzo por elaborar unas pocas normas de carácter general que dieran solución a los conflictos.

Caracterizó por mayor énfasis en el estatuto personal y por haber abandonado la idea central de la clasificación de los estatutos entre personales y reales como punto de partida.

g) Escuela Holandesa y Belga de la Cortesía:

Sus máximos exponentes fueron Paulo Voet y Juan Voet. En general siguieron la Escuela Francesa, e innovaron en dos aspectos: 1. Introdujeron la idea de los estatutos mixtos (entre los reales y personales); y 2) la idea de que las leyes extranjeras se aplican excepcionalmente, por pura cortesía o comitas.

h) Escuela Francesa del Siglo XVI:

Sus máximos exponentes fueron Boullenois, Bouhier y Froland. Boullenois se pronunció así: 1) todos los estatutos son personales o reales; 2) el carácter personal o real de los estatutos se determina por su propio objeto o por la intención del legislador; y 3) son

personales aquellos estatutos cuyo objeto es legislar el estado y capacidad; estos últimos pueden ser de carácter universal y entonces son extraterritoriales, o de carácter particular y entonces serán extraterritoriales solamente cuando no hayan bienes en litigio. Bouhier añadió que en caso de duda, debe pronunciarse por el carácter personal de los estatutos.

Froland insiste sobre el valor de la persona, afirma que los bienes fueron creados para la persona y no esta para aquellos. Froland tiene el mérito de haberse dedicado sobre todo a examinar los casos de sucesiones.

Se puede afirmar que la Escuela Francesa de la segunda época se caracterizó por un mayor énfasis en el estatuto personal y por haber abandonado la idea central de la clasificación de los estatutos entre personales y reales como punto de partida.

Mérito de las Escuelas, son los principios que son axiomas del Derecho Internacional Privado:

1. la ley del domicilio para regular el estado y la capacidad de las personas
2. la *lex rei sitae* para los bienes inmuebles
3. el *locus regit actum* para las formas de los actos jurídicos
4. la autonomía de la voluntad para los efectos de los contratos
5. la *lex fori* para regular aspectos procesales
6. la territorialidad de la ley penal
7. movilizar el derecho al establecer la extraterritorialidad en ciertos asuntos.

i) Doctrinas Intermedias

Escuela de la Comunidad Jurídica Internacional:

Para resolver los conflictos de leyes, se debe analizar con exactitud el carácter y la naturaleza de la relación jurídica que haya suscitado el conflicto de que se trate, una vez determinada la naturaleza de la relación jurídica, debe buscarse la ley que más se adapte al caso, no importando que ésta sea o no extranjera. Una distinción hace Savigny, entre el derecho de la persona y el que se aplica a cada relación jurídica en particular. Expliquemos el contenido de esta división. En todo lo que concierne al derecho de la persona en sí misma, a su capacidad jurídica, se aplica la ley del domicilio; pero, cuando una persona entra en las diversas relaciones de la vida jurídica, su derecho debe ceder ante la ley que es aplicable para cada relación en particular. De manera que, dicho en otros términos, los problemas derivados de la concurrencia de distintas leyes, en el espacio, se simplifican y resuelven buscando la conexión natural que hay entre el carácter de una relación jurídica determinada y cierto territorio o cierta legislación.

Escuela del Fin Social del Derecho (Pillet):

Antonio Pillet, ha formulado una teoría nueva para la solución de los conflictos de leyes, bastante personales e ingeniosos. Sus trabajos datan de 1893, cuando empezó a publicar un trabajo sobre la materia en la Revista de Derecho Internacional Privado y su legislación comparada. Pero su sistema no quedó definitivamente expuesto, sino hasta la publicación de su obra "Principios de Derecho Internacional Privado."

Parte del principio de que esta rama del Derecho reposa sobre el respeto a la soberanía. la soberanía es el ejercicio de la autoridad que reside en un pueblo y que se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos. Las distintas soberanías del orbe son independientes unas de otras, y, entre más lo sean, más necesidad habrá de que se respeten.

En seguida, afirma que las leyes son un instrumento de autoridad indispensable al poder social en sus relaciones con los miembros de la agrupación cuyos destinos gobierna y sus preceptos generales deben ser obligatorios para todos los que habitan un Estado. Dice él suponiendo que nace una relación de Derecho que tiene puntos de contacto con diferentes países y surge naturalmente la duda acerca de la legislación que debe regular esa relación. La solución perfecta del problema en esa clase de conflictos, consistiría en asegurar a la ley, en las relaciones internacionales de orden privado, la misma plenitud de efectos que posee en las relaciones interiores entre ciudadanos, y como juzga tal solución casi imposible, estima que el ideal a que debemos acercarnos, será considerar como mas satisfactorio, la que conserve a la ley, en aquella clase de relaciones, la mayor suma de efectos de los que surte en las relaciones entre nacionales de un mismo Estado. Para llegar a esta conclusión, conviene desde luego fijar los caracteres indispensables de la ley, que para ser eficaz, debe reunir dos de gran importancia, que son: la continuidad o permanencia y la generalidad de su aplicación.

a) "Permanencia significa que una ley quiere ser aplicada a todas las personas a las que se dirige (las incluidas en su ámbito de eficacia personal); lo que conlleva una nota extraterritorial intrínseca: para que se realice su vocación es necesario que pueda seguir a

los sujetos a los que se refiere aunque se encuentren fuera de la esfera territorial del Estado.

b) Generalidad quiere decir que las leyes tienen vocación de ser aplicadas, sin distinción, a todas las personas que se encuentren sometidas al poder de su autoridad portadora.”³⁸

j) Doctrinas Contemporáneas

Escuela de la Habana (Bustamante y Sirvén):

Bustamante resume los problemas de los conflictos de leyes en tres grandes preguntas: 1) ¿Por qué se aplican las leyes extranjeras en territorios que no son aquellos para los cuales fueron emitidas? Y responde que varias han sido las respuestas; algunos sostienen que es por la interdependencia de los Estados; otros que es por cortesía; otros que se fundamentan en la naturaleza humana como una de sus principales exigencias y finalmente, otros, que es debido a la Comunidad Internacional que tiene necesidad de coexistir jurídicamente y proteger la naturaleza cosmopolita del hombre. Bustamante se inclina por esta última razón como lo más conforme a los intereses de los pueblos. 2) ¿Qué clase de leyes tienen o no eficacia extraterritorial y cuál es el motivo determinante de la diferencia?; respondiendo a esta pregunta, Bustamante distingue entre leyes de orden privado, las cuales se aplican dependiendo de la interpretación que se haga de la voluntad de las partes; leyes de orden público internacional que obligan a todos aquellos que se encuentren en su territorio, nacionales o no y de carácter absoluto e imperativas en el mismo. 3) ¿Qué instituciones o relaciones jurídicas corresponden a cada uno de los

³⁸ Paz Mesa, María. **Génesis y formación del derecho internacional privado**. Pág. 314

grupos de leyes antes mencionadas? Responde así: al orden privado pertenece la autonomía de la voluntad, los contratos, las instituciones procesales como la sumisión a la competencia de los tribunales y procedimiento arbitral. Al orden público interno pertenecen el Estado, la capacidad, el Derecho de Familia, las sucesiones, algunas leyes penales como la que castiga la traición. Al orden público internacional pertenece el Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal general, el Derecho de los bienes, la moral y las buenas costumbres.

Escuela Angloamericana o de la Territorialidad:

En principio los tribunales ingleses sólo aplicaban las leyes inglesas a los conflictos de leyes, bajo la influencia de la Escuela Holandesa introdujeron la idea de la Comity of Nations o cortesía, aceptando así la extraterritorialidad de las leyes en ciertos casos.

4.3. Naturaleza jurídica

Rama del Derecho Internacional en general. Por una parte puede dirigirse a los Estados en sus relaciones recíprocas o dentro de la Comunidad Internacional, o dirigirse a los particulares en su calidad de ciudadanos de Estados diferentes, sometidos a sus propias leyes y eventualmente en conflictos cuando cada uno reclama la aplicación de su propia ley o de su propia jurisdicción o de una ley o jurisdicción diferente a la que normalmente le sería aplicable.

a) Características

a) Es internacional, en relación con el medio que se desenvuelve

- b) Es un Derecho predominantemente estatal, ya que sus normas son esencialmente jurisdiccionales y lleva a cabo una función supranacional con medios predominantemente internos, estatales.
- c) Es privado porque su intención es regular la vida internacional de las personas y regular las relaciones privadas individuales en el plano internacional.

b) Causas de su existencia

- a) La variedad legislativa: entre los países que conforman la situación y existencia geopolítica del mundo. Los Estados han legislado de forma diferente para las mismas situaciones.
- b) La naturaleza cosmopolita del ser humano: el ser humano es un ser sociable que se relaciona con sus semejantes tanto dentro como fuera de su territorio de origen, estableciendo relaciones jurídicas que tocan diferentes jurisdicciones. Los derechos adquiridos sea donde fuere, permanecen y son respetados en todas las jurisdicciones.

4.4. Fuentes

Las fuentes del Derecho Internacional Privado son las siguientes:

- a) La ley interna o legislación propia de cada Estado.
- b) La costumbre: que es el actuar o la repetición uniforme y prolongada en el tiempo de ciertos usos o actos de contenido jurídico en la esfera de las relaciones privadas de carácter internacional.

- c) Los tratados: son todos los acuerdos entre varios Estados relacionados a asuntos políticos o económicos.
- d) La jurisprudencia: es la interpretación que de la Ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción, son el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada.
- e) La doctrina: resultado de la labor intelectual científica de estudiosos.
- f) Otras: En este renglón se incluyen la tradición, los estatutos, el derecho romano, el derecho natural, los cuales ayudan a comprender nuestras normas actuales, iluminan sobre el porqué de su existencia, y en algunos casos, sobre su significado exacto.

4.5. Relación con otras ramas del Derecho

El Derecho Internacional Privado se relaciona con las siguientes ramas del Derecho:

- a) **Derecho Civil:** Es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones personales o patrimoniales entre personas privadas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado, empresarial y público, o incluso entre las últimas, siempre que actúen desprovistas de imperium. Se le puede definir también, en términos generales, como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones más generales y cotidianas de la vida de las personas, considerando a las personas en cuanto a tal, como sujeto de derecho, o como aquel que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando este actúa en su

carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humanas. El Derecho Civil es tal vez la más constante y frecuente: (Ej. capacidad civil, bienes, matrimonio, obligaciones, contratos, sucesiones).

- b) **Derecho Penal:** Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica. Por ejemplo con los delitos cometidos por extranjeros en territorio ajeno y que afectan a un Estado o personas de diferente Estado al del autor del delito.
- c) **Derecho Procesal:** se refiere a aspectos como naturaleza de las acciones judiciales, competencia internacional, naturaleza y aceptación de la prueba, ejecución de sentencias extranjeras, valor de cosa juzgada.
- d) **Derecho Notarial:** Validez de los documentos extendidos por los registros civiles, requisitos para que los documentos adquieran validez y fuerza probatoria en los diferentes Estados, exigencia de la protocolización, formas externas de los documentos.
- e) **Derecho Laboral:** La protección del trabajo de los nacionales en el extranjero y el de los extranjeros fuera de su patria. Dicha rama de la Ciencia jurídica que tiene su raíz en los derechos internos privados, establece las normas aplicables cuando una

misma relación jurídica se ha originado o desarrollado bajo distintas soberanías. Su objeto es el estudio de aquellas relaciones que interesan a más de una regla jurídica nacional, para resolver los conflictos surgidos por la diferencia de legislación entre los distintos países.

- f) **Derecho Marítimo:** El Derecho Marítimo es un cuerpo normativo que rige los problemas que puedan surgir a raíz de las relaciones entre entidades de Derecho Privado dedicadas al tráfico marítimo. Además, es una rama del Derecho Internacional que define los espacios marítimos y los derechos y obligaciones de los Estados en relación con los mismos. Se diferencia del Derecho Marítimo, que regula las relaciones privadas en el transporte marítimo. Regulado en el Código de Comercio, decreto gubernativo número 2946 Libro III, Comercio Marítimo Vigente
- g) **Derecho Aéreo:** normas relativas a la navegación aérea, a las aeronaves y al espacio aéreo como elementos indispensables de tal navegación.
- h) **Derecho Espacial:** conjunto de principios y reglas que ordenan las condiciones en que debe desenvolverse la exploración, uso y explotación del espacio y de los cuerpos celestes, los vehículos que por ellos circulan, el personal responsable de su tripulación y las relaciones jurídicas que surjan como consecuencia de tales actividades.
- i) **Derecho Administrativo:** contiene las normas que rigen las actividades y el funcionamiento del Estado y de los órganos creados para su ejecución. Es el conjunto de normas jurídicas que regula la organización, funcionamiento y

atribuciones de la Administración pública en sus relaciones con los particulares y con otras Administraciones Públicas (personificadas en una diversidad de órganos). En cuanto a normas de organización, el Derecho administrativo establece los órganos e instituciones a través de los que actúan la Administración Pública, desde los servicios centrales, los órganos desconcentrados, descentralizados y organismos autónomos dependientes de otras instituciones y, en su caso, los Consejos de Ministros, los Ministerios, Secretarías Generales, Direcciones generales, Subsecretarías, órganos representativos de las entidades que componen la administración local, de empresas públicas, entre otros.

- j) **Derecho Fiscal:** evitar la doble tributación y atraer la inversión extranjera. El Derecho Fiscal es una rama del Derecho Público que estudia las normas jurídicas a través de las cuales el Estado ejerce su poder tributario con el propósito de obtener de los particulares ingresos que sirvan para sufragar el gasto público en aras de la consecución del bien común.
- k) **Derecho Mercantil:** es el conjunto de normas relativas a los comerciantes en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos; en términos amplios, es la rama del Derecho que regula el ejercicio del comercio. Uno de sus fundamentos es el comercio libre.
- l) **Derecho Internacional Público:** El Derecho Internacional es la colección de razones jurídicas internacionales que regulan las leyes de los estados, y otros

sujetos de derecho internacional, y que son representados por sus cortes supremas. Está integrado por acuerdos entre estados –tales como tratados internacionales (denominados tratados, pactos, convenios, cartas), memorándum o memoranda (según el caso), intercambio de notas diplomáticas, enmiendas, anexos y protocolos de tratados, entre otros– como también por la costumbre internacional, que se compone a su vez de la práctica de los Estados que éstos reconocen como obligatoria, y por los principios generales del derecho. De lo anterior se puede indicar que regula la actividad del Estado y de los entes públicos entre sí, así como sus relaciones cuando actúan de forma oficial con los particulares.

4.6. Elementos

Los principales elementos de estudio del Derecho Internacional Privado, son la persona jurídica individual, la persona jurídica o colectiva; acto jurídico como elemento extranjero.

a) Concepto de persona

Persona es “sinónimo de ser humano; el hombre y la mujer, de cualquier edad y situación, son seres humanos, personas.”³⁹ En opinión muy generalizada, persona en sentido jurídico, es todo ser capaz de contraer derechos y ejercer obligaciones. De lo anterior se puede indicar que, se es persona, no porque se es capaz, sino porque el derecho concede, o reconoce la calidad de persona al ser humano y a ciertos entes que este forma, para fijar el polo de las relaciones jurídicas denominado sujeto de derecho.

³⁹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 25

Etimología:

Persona es un vocablo integrado del verbo latino sonare, sonar, y del prefijo per, que le acentúa. En los albores del teatro griego personas eran las mascaradas utilizadas en las representaciones. Prestaban un doble oficio: reconocer o distinguir a los actores y amplificar el sonido de la voz de los mismos. Con el transcurso del tiempo se operó el fenómeno idiomático del olvido del sentido etimológico, hasta aplicarse tal término (persona) a los seres o miembros de la humanidad, punto final de las connotaciones jurídicas, gramatical o de otra índole que también tiene o puede tener.

En el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. El término persona es más amplio que sujeto de derecho, ya que todo sujeto de derecho será persona; pero no toda persona será sujeto de derecho, porque la actuación supone la aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa.

4.7. Clasificación

A continuación se describe el contenido de cada uno de ellos de la siguiente manera:

a) Persona individual:

Todo ser capaz de adquirir o ejercer derechos y contraer obligaciones. Todo ser humano, distinto de los demás seres vivos, por sus atribuciones intelectuales y morales. El tratadista Puig Peña ha definido la persona como "todo ser o entidad susceptible de figurar

como término subjetivo en una relación jurídica.”⁴⁰ El citado autor entiende por relación jurídica toda relación de vida, reconocida y sancionada por el Derecho.

Manuel Ossorio define a la persona jurídica individual, indicando que es: “todo hombre y mujer como sujeto jurídico, con capacidad para ejercer derechos y contraer y cumplir obligaciones. Las persona individuales también llamadas naturales se dividen según su enfoque jurídico en: a) por el sexo: en hombre y mujer, aparte la discutida condición de los hermafroditas; b) por su realidad corporal externa, en nacidos y concebidos; c) por la capacidad de obrar: en mayores y menores de edad; d) por el estado civil: solteros y casados; e) por la nacionalidad o ciudadanía: en nacionales y extranjeros, con la especie intermedia de los naturalizados en un país; f) Por lo administrativo o municipal en: vecinos, residentes y transeúntes.”⁴¹

El artículo 4 del Código Civil, regula que la persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio del apellido de sus padres casados, o el de sus padres no casados que lo hubieren reconocido. (Regulación en el Código Civil del artículo 1 al 14).

b) Persona jurídica colectiva

Las personas jurídicas colectivas han recibido varias denominaciones: personas morales, colectivas, sociales e incorporables, o simplemente entidades. Savigny es el creador del término persona jurídica.

⁴⁰ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 747

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 749

La persona jurídica, es el resultado de una ficción de la ley, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas nacen por creación o autorización de la ley. El artículo 15 del Código Civil establece quienes son personas jurídicas dentro de nuestra legislación:

“1. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, La Universidad de San Carlos y las demás instituciones de Derecho Público, creadas o reconocidas por la ley;

2. Las funciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley.

3. Las asociaciones sin finalidades lucrativas, que se proponen promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva. Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones; y

4. Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes.

Las asociaciones no lucrativas a que se refiere el inciso 3º del Código Civil, Decreto-Ley 106 podrán establecerse con la autorización del Estado, en forma accionada, sin que, por ese solo hecho, sean consideradas como empresas mercantiles. Las personas jurídicas

pueden dividirse en dos grupos: de derecho público: el Estado, municipalidades, entre otros; de derecho privado: las asociaciones, fundaciones, sociedades.”

c) Existencia legal y natural de la persona

La existencia legal de las personas jurídicas individuales comienza con el nacimiento. Desde entonces inicia la personalidad civil del ser humano y se extingue con la muerte. (Artículo 1 del Código Civil de Guatemala). Las personas individuales de existencia natural o visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. La existencia natural de las personas jurídicas individuales principia desde su concepción en el seno materno. Es evidente que todos los seres concebidos requieren protección en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan llegar a obtener, si nacieren vivos. Es la protección de los derechos eventuales del que está por nacer. Sobre este particular el Código Civil en el Artículo 1, regula que al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad. De nacer vivo los derechos eventuales se convierten automáticamente en derechos adquiridos.

La existencia o vida de las personas individuales termina con su muerte natural. Se entiende, por muerte natural la cesación de la vida por cualquier causa o medio. De conformidad con la Constitución Política de la República en su artículo 3 el cual establece que: El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.



4.8. Regulación legal

El Derecho Internacional Privado se encuentra diseminado en diferentes cuerpos legales; los cuales se pueden clasificar en dos grandes grupos:

- a) aquél contenido en nuestras disposiciones internas; y
- b) aquél que se deriva de los tratados multilaterales y/o bilaterales firmados y ratificados por Guatemala.

Disposiciones Internas:

Se encuentran todas aquellas normas contenidas en las leyes internas, aquellas que proceden de su espíritu, de la equidad y de los principios generales de nuestro derecho. Son todas aquellas normas internas conocidas como normas de conflicto; por su importancia, dichos cuerpos legales los catalogamos jerárquicamente en el siguiente orden: 1) La Constitución Política de la República de Guatemala; 2) Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República La Ley del Organismo Judicial (artículos 24 al 35 y del 37 al 44); 3) Ley de Nacionalidad; 4) Ley de Migración y Extranjería; 5) todas las otras leyes que en una u otra forma regulan a las personas individuales y jurídicas.

a) Código de Derecho Internacional Privado, Decreto número 1575, Asamblea Legislativa de la República de Guatemala

Por algunos llamado "Código de Bustamante" en honor a su autor Dr. Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén; luego otros tratados referentes a recepción de pruebas en el



extranjero, exhortos o cartas rogatorias, conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero.

El actual código cristalizó una preocupación mantenida por medio de todas las Conferencias Panamericanas de la primera a la sexta. En su preparación participaron además, el guatemalteco José Matos y europeos, así como el Instituto Americano de Derecho Internacional.

El código no sustituye a la legislación interior de los Estados americanos, se limita simplemente a sancionar reglas de Derecho Internacional Privado que armonizan aquellas leyes interiores y les permiten conservar sus diferencias...” (LD Bonaparte). Sólo 15 de 21 Estados participantes lo ratificaron y muy pocos lo hicieron sin reservas, muchas de ellas fundamentales, lo que hacía inaplicables sus principios para esos países.

La revisión del código se inició en 1950 cuando el Comité Jurídico Interamericano, en su primera reunión, encargó a su Comité Permanente realizar un estudio de dicho Código para fines de revisión, lo cual hizo, estudiando los tratados sudamericanos de Derecho Internacional Privado (Montevideo 1888-9 y 1939-40), el Restatement of the Law of Conflict of Laws elaborado por el American Law Institute de Estados Unidos de América y las Convenciones aprobadas en la Conferencia de la Haya.

En 1965, en la 5ª. Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en San Salvador, recomendaba el Consejo de la Organización de Estados Americanos



convocar a una Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado. La revisión se decidió hacerla por convenciones especiales según la urgencia de los temas.

La Conferencia de Panamá en 1975, se conoce hoy como la "Primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado" y en la misma se aprobó seis convenciones sobre los siguientes temas: 1) conflicto de leyes en materia de cheques; 2) régimen de poderes para utilizarlos en el extranjero; 3) letras de cambio, pagarés y facturas; 4) arbitraje comercial internacional; 5) exhortos o cartas rogatorias; 6) recepción de pruebas en el extranjero.

La segunda conferencia se celebró en Montevideo en 1979 y aprobó ocho instrumentos sobre los siguientes temas: 1) conflictos de leyes en materia de cheques; 2) medidas cautelares; 3) eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; 4) domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado; 5) sociedades mercantiles; 6) prueba e información respecto del derecho extranjero; 7) normas generales de derecho internacional privado; 8) protocolo adicional a la convención relativa a exhortos y cartas rogatorias (firmada en Panamá anteriormente).

La tercera Conferencia se celebró en La Paz, Bolivia, en 1984 y aprobó cuatro convenciones sobre los siguientes temas: 1) competencia en la esfera internacional para la eficiencia de las sentencias extranjeras; 2) protocolo adicional a la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero; 3) adopción de menores; 4) personalidad y capacidad de las personas jurídicas.

La cuarta conferencia se celebró en Montevideo en 1989 y aprobó tres convenciones sobre los siguientes temas: 1) restauración internacional de menores; 2) obligaciones alimenticia, 3) transporte internacional por carretera.

La quinta se celebró en México en 1994 y aprobó dos convenciones sobre los siguientes temas: 1) derecho aplicable a los contratos internacionales; 2) tráfico internacional de menores.

Muñoz Meany citado por Carlos Larios Ochaita, indica que: "únicamente la Constitución tiene mayor jerarquía que el Código de Bustamante. Formalmente, se encuentra al mismo nivel que cualquier decreto; materialmente se encuentra en jerarquía superior por ser un tratado."⁴²

La Constitución Política vigente en Guatemala, establece la preeminencia del derecho internacional, pero únicamente en materia de derecho humanos, es decir, prevalece sobre la Constitución y una vez ratificado por el Congreso de la República un instrumento internacional queda dentro del derecho interno como ley ordinaria y allí se marca el ámbito jurídico de que la Constitución es superior a las leyes ordinarias de acuerdo, a la jerarquía de las normas. En materia de derecho internacional el Código de Derecho Internacional privado rige fuera del territorio guatemalteco, especialmente para guatemaltecos en sus relaciones particulares o privadas con extranjeros o viceversa y de esa cuenta el Código de Bustamante no es superior a la Constitución Política de la República.

⁴² Ibid. Pág. 29



Contenido: El Código de Derecho Internacional Privado consta de cuatro libros: el primero se refiere al Derecho Civil Internacional, el segundo al Derecho Mercantil Internacional, el tercero al Derecho Penal internacional y el cuarto al Derecho Procesal Internacional.





CAPÍTULO V

5. Consecuencias socioculturales que provocan la adopción internacional efectuada en Guatemala

En los últimos años y específicamente a partir de la Convención de los derechos del niño, se consideró a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar que permite a los niños o niñas huérfanos o abandonados, beneficiarse de una familia permanente. Se considera que una adopción es internacional cuando la figura constituye una relación jurídica internacional, por tratarse de un vínculo que incluye elementos que pertenecen a más de un orden jurídico nacional.

Las adopciones internacionales traen aparejadas diversas situaciones que tanto los niños adoptados como los padres adoptantes deberán enfrentar; en el aspecto jurídico, el niño y los adoptantes se encuentran sometidos a estatus jurídicos diversos y en algunos casos la legislación del país de recepción del menor no reconoce la adopción celebrada en el país de origen. En el aspecto social, en múltiples ocasiones se enfrenta el problema de adaptación del niño o niña a su nuevo entorno, posiblemente al idioma, religión, costumbres, etcétera que dificulta su plena integración, así también la falta de preparación de los padres adoptivos les impide satisfacer los requerimientos y necesidades específicas del niño o niña.

5.1. Aspectos generales

Desde el punto de vista sociocultural una función importante del adulto es la de ser padres, con hijos biológicos, así los niños desde edades tempranas se preparan para asumir este rol.

La familia se inicia con el acuerdo de la pareja de vivir juntos, procrear y proyectarse hacia el futuro con hijos biológicos. En el caso de la pareja infértil, la adopción surge como una solución para la construcción de la familia y este fenómeno se ve matizado por las características socioculturales de esa sociedad en concreto.

La dificultad de los matrimonios para reproducirse sea involuntaria o no, genera disfuncionalidad a nivel individual y se considera como una desviación de las normas aceptadas. Esto se ha demostrado, es causa de la estigmatización social de la familia. Muchos padres para cumplir con lo socialmente establecido recurren a la adopción, sin embargo, no pocas veces existe una sanción social para ellos y la sociedad siempre insiste en señalar a los padres adoptivos como no reales. Esto confirma la importancia que se le adjudica a los lazos biológicos que además se patentiza en el temor de no conocer el pasado genético del adoptado.

El artículo 13 de la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República indica quienes pueden adoptar: Podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado.

Podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño. Cuando el adoptante sea el tutor del adoptado, únicamente procederá la adopción cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en esta ley.

La normativa antes citada vigente en Guatemala, hace referencia a las personas capaces para iniciar y tramitar un proceso de adopción en Guatemala.

Aunque la causa del secreto de la adopción es fundamentalmente psicológica es importante hacer referencia a la preferencia de las familias por ocultar este hecho y la avidez social de hacerlo manifiesto lo cual crea contradicciones y temores tanto a la familia como al adoptado. Son frecuentes los casos de ocultamiento de la maternidad real y de la procedencia del niño que cambia de familia y que llega a sospechar o a conocerlo por comunicación de otros niños e incluso de adultos que interfieren con las decisiones que ha tomado la familia adoptiva. Esto le hace poner en dudas su verdadera identidad.

Otro problema es el referido a la aceptación por toda la familia de la adopción de un nuevo miembro, el desacuerdo en esto genera dificultades en las relaciones interpersonales e influyen negativamente sobre el desarrollo de la familia y sobre el estado emocional de sus integrantes y del hijo adoptado.

En muchos países es frecuente recurrir a la adopción como una alternativa de separar al niño de su medio familiar consanguíneo por constituir este un medio desfavorable para su cuidado y desarrollo, sobre todo en la literatura se hace referencia al abuso y maltrato

infantil por parte de los padres, en cuyos casos los niños son llevados a hogares provisionales que cumplen las funciones correspondientes a la familia de modo provisional hasta tanto son adoptados por una familia definitiva si así se decide en los tribunales.

Ala respecto se puede indicar que la aprobación por parte del Congreso de Guatemala, del decreto 77-2007 de 11 de Diciembre, denominado Ley de Adopciones ha supuesto un hito importante para comenzar a corregir la situación producida por la anterior legislación en la materia. Se ha establecido un sistema que se guía por el principio de defensa del interés superior del niño y de la niña creando un entramado institucional encaminado a proteger dicho interés.

Se trata de un sistema judicializado, homologado con el Convenio de la Haya de 1993, en el que la Adopción Internacional es subsidiaria de la local. Comienza con la sentencia de adoptabilidad por parte del Juez de la Niñez y continúa con la remisión de esta sentencia a la Autoridad Central, el Consejo Nacional de Adopciones (CNA), que se encarga de seleccionar a la familia según los certificados procedentes de los países de residencia de los solicitantes. Finalmente, se produce la homologación judicial del proceso por parte del Juez de Familia y se inscribe la adopción en el Registro Civil Local. La Procuraduría General de la Nación (PGN) hace labores de supervisión durante todo el proceso.

Destaca el aumento del nivel de protección de los menores que supone el establecimiento de vínculos interinstitucionales entre la Secretaría de Bienestar, la cual depende del Consejo Nacional de Adopciones, el Organismo Judicial y la Procuraduría General de la

Nación. Estos vínculos han permitido, por ejemplo, el desarrollo de un programa de familias sustitutas para la protección de niños víctimas de abusos.

En el primer año de la puesta en práctica de la ley sólo se ha autorizado el trámite de expedientes de adopción nacionales, se han tramitado 18 casos de adopciones nacionales y existen otras 150 solicitudes de familias guatemaltecas.

Cabe señalar que, incluso con la buena aplicación de la Ley, persistirían riesgos importantes con respecto a las adopciones en Guatemala:

- a) El primer riesgo se deriva de la inseguridad jurídica reinante en el país, comenzando por la falta de rigor y la dispersión con que se regula el Registro Civil.
- b) Otro problema surge en lo relativo al otorgamiento de pasaportes y en control de salida y entrada de menores dados en adopción. Existen numerosas sospechas que tras la entrada en vigor de la ley han continuado las irregularidades antes existentes.
- c) Finalmente, queda por ver la, respuesta que las potentes redes de adopciones ilegales existentes en este país puedan dar a las restricciones que la nueva ley impone y que terminan con sus posibilidades de negocio. La gran disponibilidad de niños fuera del circuito registral y jurídico que existe en Guatemala, podría tentar a estas redes a desviar parte de esos niños a la explotación sexual, el tráfico de órganos o a las adopciones ilegales en países con las mismas facilidades registrales y administrativas que existen en Guatemala.

5.2. Consecuencias sociales

En adopción nacional los efectos de la adopción son la ruptura de vínculos con la familia biológica y la creación de éstos con la familia adoptiva, equiparando de manera absoluta la filiación adoptiva y la filiación biológica. Efectos que son irrevocables.

En adopción internacional, hay que distinguir entre adopción simple o plena, atendiendo al tipo de adopción admitida por la legislación del país ante el cual se solicita la adopción internacional. La adopción plena produce los mismos efectos que la adopción nacional.

Al respecto, se indica que la adopción simple tiene lugar cuando no resulta conveniente destruir la relación de parentesco entre el adoptado y su familia de origen, y la plena es aquella que le da al adoptado una filiación que sustituye a la de origen.

En efecto, como queda dicho, mediante la adopción se ha pretendido tradicionalmente la integración de una persona en una familia distinta a la de origen. Los efectos son dos: uno positivo, por un lado en tanto que integra al adoptado en la familia del adoptante y otro negativo, ya que permite, por regla general, la extinción de vínculos con la familia anterior.

La radicalidad de este segundo efecto, que admite que dos personas biológicamente vinculadas se convierten legalmente en extrañas, se está cuestionando. Se considera que la regla general es excesiva, innecesaria en muchos supuestos y se apunta que hay que pensar en soluciones menos absolutas, que hagan compatible la integración familiar en la familia adoptiva con el respeto al vínculo familiar biológico.

Por lo que aquí interesa, nos centraremos en el estado de la cuestión en la legislación española, en concreto, en el derecho que tiene el adoptado a conocer e investigar su filiación biológica, siempre en su aspecto jurídico, sin entrar a contemplar, obviamente, otros aspectos, como pudieran ser los sociológicos ó psicológicos.

El proceso de adopción requiere de varios aspectos, siendo el principal el de adaptabilidad del adoptado, sin embargo, es importante señalar que es necesario una evaluación periódica por un profesional de la psicología ya que el niño o niña como consecuencia de la transculturización puede ser objeto de temores, extrañeza derivado del aspecto social y cultural o del entorno en que viven sus padres adoptivos y de allí la importancia de atender dicho aspecto.

5.3. La transculturización

El término transculturación se generó en "el terreno de la antropología a partir del año 1940; el concepto lo ideó Fernando Ortiz (En Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar) con el fin de clasificar el estudio del contacto cultural entre grupos socioculturales diferentes."⁴³ Sin embargo, su definición ha ido modificándose para delimitar más claramente su campo de acción. Se ha definido a la transculturación como un proceso gradual por el cual una cultura adopta rasgos de otra hasta culminar en una aculturación. Generalmente se ha supuesto que la enseñanza o intercambio de rasgos va desde una cultura "más desarrollada" (por ejemplo en cultura tecnológica) a otra "menos desarrollada" y que esto puede ocurrir sin conflicto. Sin embargo, se observa que la

⁴³ Herskovits, Melville J. **El hombre y sus obras**. Pág. 25

mayoría de las transculturaciones son conflictivas, en especial para la cultura "receptora", máxime cuando los rasgos culturales son impuestos.

Describe los cambios culturales que representan los cambios de época. La cultura de la sociedad agraria evolucionó hacia la cultura de la sociedad industrial y así hasta la cultura de la sociedad del conocimiento. La transculturación producida por los cambios de época lograron enriquecer el contenido cultural de las personas que se ven inmersas en este fenómeno antropológico.

A nivel más general, puede decirse que la transculturación es la adaptación de los rasgos de una cultura ajena como propios. La transición se produce en diversas fases donde, inevitablemente, se pierden ciertos elementos de la cultura original. Algunos expertos notan que el conflicto se produce en la primera fase de la transculturación, cuando la cultura ajena comienza a imponerse sobre la originaria.

5.4. Seguimiento de la adopción

El seguimiento post adoptivo en la adopción internacional tiene generalmente gran importancia para los Estados de origen que exigen su realización en el país de acogida. Es razonable considerar que si este Estado requiere un seguimiento post-adopción para las adopciones internacionales, debe realizarlo también en las adopciones nacionales. Hay que tener presente que los riesgos de disfuncionamiento y de fracaso existen también en las adopciones nacionales.

De conformidad con la ley de adopciones vigente en Guatemala, dicha normativa regula dos clases siendo la primera a nivel nacional y la segunda a nivel internacional. Con respecto a la segunda la misma normativa si establece la obligatoriedad del seguimiento de la adopción a través de los representantes consulares y diplomáticos guatemaltecos en el país donde resida el adoptado quienes deberán informar periódicamente de dicha situación. En cuanto a la adopción nacional no se encuentra normado dicho seguimiento posiblemente porque se considera que la adopción interna se les encomienda el cuidado la protección, y la guarda a los mismos parientes del niño adoptado y como consecuencia de ello es la familia la que se encarga de darle seguimiento, por esa razón considera la investigadora que la ley delega a la familia dicha responsabilidad.

a) Apoyo profesional

Los primeros momentos de la vida en común pueden necesitar un apoyo profesional de las ciencias psicológicas, en el interés superior del niño, y también como un apoyo a los padres adoptivos y en respeto a los padres de origen. Un control del acogimiento pre-adoptivo puede ser útil, incluso necesario hasta la finalización jurídica de la adopción, momento en que los adoptantes se convierten oficial y definitivamente en padres. La verificación de la creación real de un vínculo de tipo padres – hijo suficientemente armonioso permite además al juez, encargado de declarar la adopción, tomar su decisión en función del interés superior del niño. Por otra parte, si este vínculo no se crea, el desplazamiento precoz del niño a otra familia ha resultado en la práctica frecuentemente positivo para el niño.

Después de la finalización jurídica de la adopción, la situación es totalmente diferente puesto que los adoptantes ya son reconocidos como los padres del niño. En el interés de toda la familia adoptiva y en particular del niño, que necesita estabilidad emocional e integrarse, convendría que las autoridades y los organismos se abstuvieran, en principio, de toda forma de intervención en la familia. La familia adoptiva se convierte en una familia como las otras, en este sentido debe beneficiar de la misma protección y de las mismas propuestas de apoyo que cualquier otra familia, sin ser sospechosa de tener más problemas que otra.

La familia adoptiva puede necesitar un apoyo específico, idealmente accesible previa petición. Estos servicios pueden ser ofrecidos por entidades gubernamentales, no gubernamentales o por asociaciones de padres adoptivos. Se están actualmente organizando asociaciones de este tipo en diversos países, por ejemplo España, así como redes nacionales y regionales.

Desde mi punto de vista, el seguimiento debería ser concebido como un apoyo, no como un control social. Es fundamental brindar este apoyo en los primeros momentos de la convivencia para solucionar los pequeños problemas cuando surgen y antes de que se hagan eventualmente graves. El apoyo consiste más que nada en ayudar a los padres adoptivos a interpretar los comportamientos y las reacciones del niño en base a su personalidad, sus experiencias anteriores y el tipo de apego que ha elaborado hasta entonces. Sin este apoyo, muchos padres interpretan mal estos comportamientos y los ven cómo falta de amor, de reconocimiento o de deseo de integración en el seno de la familia adoptiva, más bien estas conductas reflejan la falta de seguridad del niño y las

tentativas correlativas de poner a prueba la capacidad de los adultos a protegerle de una manera estable y cálida. Muchas veces, después de haber sido defraudado en varias experiencias anteriores, el niño termina dudando de la permanencia del proyecto de vida que se le está presentando.

Por otra parte es importante hacer referencia, que los inconvenientes de orden social, cultural y jurídico se presentan cuando el niño o niña adoptado tiene su primera experiencia fuera del núcleo familiar, es decir, la convivencia con sus futuros padres, lo cual requiere, además, de una protección especial tomando en consideración que s en algunas oportunidades su primer núcleo familiar.

b) La formación del personal en contacto con los niños

Para hacer que esta propuesta de apoyo específica sea eficaz, varios países velan por la formación del personal en contacto con los niños (profesores, asistentes sociales, psicólogos, médicos, etc) subrayando las características específicas de la situación adoptiva y la necesidad de proponer formas de apoyo adaptadas a los adoptados y a su familia. Este apoyo puede ser asegurado por servicios post-adopción especializados, ofrecidos por los organismos de adopción acreditados y/o por los organismos psicosociales especializados. Se pueden desarrollar diferentes tipos de servicios, preferentemente complementarios: líneas de llamadas telefónicas; consultas individuales, grupos o encuentros de familias adoptantes y adoptados, información, documentación, conferencias, viajes al país de origen, entre otros.

En el transcurso de la preparación de la adopción o durante cualquier otro momento del itinerario que conduce a la adopción, los candidatos adoptantes son en varios países expresamente informados de la necesidad, en ciertas situaciones, de un apoyo post-adoptivo, e informados de los servicios disponibles.

c) Herramientas para prevenir los fracasos

Los servicios post-adoptivos constituyen el último eslabón de una cadena de servicios profesionales y pluridisciplinarios indispensables para garantizar que el proceso global de la adopción se realice lo mejor posible, en el interés superior del niño y respetando todas las partes. La existencia de esta cadena de servicios constituye probablemente una de las mejores herramientas de prevención de los fracasos de la adopción.

Por otra parte, es importante señalar que la ley vigente en Guatemala en materia de adopciones responde a una necesidad social, tomando en cuenta la diversidad de niños y niñas desprotegidas derivado de otros problemas de carácter familiar. En algunas oportunidades el trámite se complementa, sin embargo, los resultados no son los esperados lo que se puede considerar como un fracaso en materia de adopciones, sin embargo, es necesario tener en cuenta algunos mecanismos entre los cuales se encuentran: a) proceso administrativo y judicial transparente, b) Conocimiento pleno de la actividad que desarrollan los padres adoptivos y c) la necesidad de ellos de adoptar a un menor, d) Seguimiento a nivel internacional de la adopción y e) lograr el desarrollo físico, social y cultural del adoptado y f) minimizar la transculturización.



CONCLUSIONES

1. La adopción como institución del derecho de familia surgió hace muchos años, con un objetivo primordial que una familia pueda recibir a un hijo de otra persona como propio, para cubrirle las necesidades básicas, el mal uso de dicha institución en Guatemala, generó múltiples denuncias e irregularidades mismas que fueron planteadas a nivel nacional como internacional, pues los niños y niñas fueron objeto de la adopción y no sujetos de la misma.
2. La Constitución Política de la República de Guatemala, contiene dentro de los derechos sociales a la familia, como núcleo fundamental de la sociedad y éste se debe fortalecer mediante el estudio del derecho de familia como una ciencia auxiliar del derecho civil, sin embargo, en el pensum de la carrera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales se estudian ligeramente algunas instituciones de dicha disciplina jurídica.
3. La niñez guatemalteca, constituye la base de la nueva generación en Guatemala, sin embargo, no todos y todas tienen acceso a la educación estatal por diversos motivos lo que constituye una desigualdad social que afectará directamente a éstos en sus desarrollo intelectual y emocional, por consiguiente el Estado no facilita ni garantiza el derecho a la educación establecido en la Constitución Política de la República.



4. El derecho internacional privado tiene como propósito de estudio, las relaciones que se determinan entre personas particulares pero de diferentes Estados y abarca, todos los ámbitos en materia jurídica y su aplicación se deriva de múltiples tratados bilaterales o multilaterales entre los mismos, para el caso de Guatemala, no se divulgan los instrumentos internacionales en dicha materia, lo que perjudica ponerlos en práctica.

5. Como consecuencia de la tramitación y conclusión del proceso de adopción en Guatemala, para el niño o niña que es objeto de la misma, se presentan una serie de cambios para lo cual no está preparado y la transculturización que provoca la adopción internacional tendrá como consecuencia la adaptabilidad o inadaptabilidad, misma que puede beneficiar o perjudicar al adoptado.



RECOMENDACIONES

1. La Organización de las Naciones Unidas, a través de los diferentes programas a favor de la niñez, debe tener un control permanente en Guatemala para establecer el grado de cumplimiento de los instrumentos internacionales ratificados por dicho país, y sancionar en caso de incumplimiento pues la adopción tiende a ayudar a la niñez y en ese sentido la legislación vigente en Guatemala le da preferencia a la nacional y posteriormente a la internacional.
2. Las Universidades constituidas legalmente en Guatemala, que tengan Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, deben analizar e implementar un curso específico denominado de derecho de familia, con el propósito que los estudiantes profundicen en dicha materia, para conocer aspectos teóricos y prácticos desde el origen de la misma, su aplicación anterior y las tendencias modernas, para una efectividad en el ejercicio de la profesión.
3. El Organismo Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, deben coordinar con la comunidad internacional a efecto de solicitar asistencia técnica y financiera con el propósito de implementar una política nacional en materia educativa que tenga como finalidad esencial facilitar el acceso a la educación a todos y a todas sin ninguna discriminación, preferentemente, en forma bilingüe, para que tengan la oportunidad de estudiar el idioma español y ampliar sus conocimientos en la lengua materna.

4. El Ministerio de Relaciones Exteriores, debe de crear un portal virtual para que los estudiantes de derecho, abogados litigantes y habitantes en general tengan la oportunidad de conocer los diferentes tratados, convenios e instrumentos internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, con el propósito de facilitar su aplicabilidad.

5. El Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe implementar un programa de seguimiento de adopciones, a efecto que los Cónsules y Embajadores como representantes del Estado de Guatemala, en los países receptores de los niños adoptados en Guatemala, determinen si los menores presentan consecuencias socioculturales, debiendo tomar las medidas que sean necesarias.



BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1977.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho Civil Español**. Madrid: Ed. Reus, 1976.
- DE PINA, Rafael. **Diccionario de Derecho**. México: Ed. Porrúa, 1987.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. **Estudios de Derecho Civil**. Argentina: Ediciones Depalma, 1968.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Compendio de derecho civil**. España: Ed. Selecciones Gráficas, 1975.
- GUERRERO, Julián y Lola Soriano de Guerrero. **Derecho Aborigen en Centro América y el Caribe**. Managua: Ed. Managua, 1989.
- HERSKOVITS, Melville J. **El hombre y sus obras**. México: Ed. FCE, 1952.
- KANT, Immanuel. **Crítica de la razón pura**. Madrid: Ed. Alfaguara, 1978.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Manual de derecho internacional privado**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1994.
- MUÑOZ MEANY, Enrique. **Derecho internacional privado**. Guatemala: Ministerio de educación Pública, 1953.
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.
- Promover el Cambio: Cómo construir una Política Pública a favor de la Niñez y Adolescencia. Guatemala: Visión Mundial, 2010.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Madrid: Ed. Pirámide, 1975.
- TORRES AMAT, Félix. **La sagrada biblia**. Argentina: Ed. Sopena, 1959.



ZENTENO BARILLAS, Julio Cesar. **Apuntes de Derecho Internacional Privado**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2002.

Legislación:

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1990.

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

Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, 2007

Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de Naciones Unidas, 1948