



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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA IMPROCEDENCIA DE LA APLICABILIDAD DEL
ARTÍCULO 64 DE LA LEY DE ADOPCIONES, DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA, DENTRO DE LOS PROCESOS DE PÉRDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD Y ADOPCIÓN TRAMITADOS EN GUATEMALA**

LUIS CARLOS OVALLE OVALLE

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013



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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA IMPROCEDENCIA DE LA APLICABILIDAD DEL
ARTÍCULO 64 DE LA LEY DE ADOPCIONES, DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA, DENTRO DE LOS PROCESOS DE PÉRDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD Y ADOPCIÓN TRAMITADOS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS CARLOS OVALLE OVALLE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2013



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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Olga Rubilia Monzón Soto
Vocal: Licda. Ingrid Coralia Miranda
Secretaria: Licda. Ana Elvira Polanco Tello

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Eloísa Mazariegos Herrera
Vocal: Lic. José Luis de León Meigar
Secretaria: Licda. Ana María Ramírez Mejía

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



BUFETE JURÍDICO
LICDA. DORA JUDITH ZALDAÑA GARCÍA
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala, 24 de junio de 2013

Doctor

Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Mejía Orellana:

De conformidad con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis el 22 de febrero de 2013, procedí a asesorar el trabajo de tesis del estudiante **LUIS CARLOS OVALLE OVALLE**, el cual, luego de realizar mi revisión y asesoría se titula "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA IMPROCEDENCIA DE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 64 DE LA LEY DE ADOPCIONES, DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, DENTRO DE LOS PROCESOS DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y ADOPCIÓN TRAMITADOS EN GUATEMALA".

El trabajo de tesis del estudiante **LUIS CARLOS OVALLE OVALLE**, enfatiza respecto al contenido técnico y científico de la inaplicabilidad del artículo 64 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, en virtud que el mismo adiciona una causal para perder la patria potestad; pero por un descuido de los legisladores, este artículo adiciona dicha causal al artículo 258 del Código Civil, no teniendo ninguna relación con la norma que se pretendía adicionar, es decir, al artículo 274 del Código Civil, Decreto Ley 106.



BUFETE JURÍDICO
LICDA. DORA JUDITH ZALDAÑA GARCÍA
ABOGADA Y NOTARIA



Al hacer referencia al trabajo realizado por el Bachiller LUIS CARLOS OVALLE OVALLE, es necesario destacar que el contenido de la tesis fue realizado con dedicación, esmero, diligencia y esfuerzo. Así mismo, la metodología empleada y las técnicas de investigación cumplen las perspectivas del trabajo realizado, aplicando el método inductivo-deductivo, el cual se basó con un lenguaje jurídicamente adecuado.

Además de tomarse en cuenta las técnicas de investigación previamente establecidas en el plan de investigación, se revisaron las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía, llenando las mismas con todos los requisitos respectivos, así como utilizando una redacción ajustada a derecho; siendo el presente trabajo una contribución a la legislación guatemalteca, en virtud de que propone una solución a un problema que fue estudiado y analizado en la presente tesis.

Al emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, me satisface presentarle el siguiente trabajo de mérito, que llena cada uno de los requisitos del normativo contenido en el artículo 32 para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo cual queda debidamente facultado para someterse al Examen General Público. Sin otro particular me suscribo a usted atentamente.

Licda. Dora Judith Zaldaña García de Estrada

Asesora de Tesis
Colegiada No. 3602

Licda. Dora Judith Zaldaña G. de Estrada
ABOGADO Y NOTARIO



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

eff

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 24 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS CARLOS OVALLE OVALLE, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA IMPROCEDENCIA DE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 64 DE LA LEY DE ADOPCIONES, DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, DENTRO DE LOS PROCESOS DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y ADOPCIÓN TRAMITADOS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh

eff


Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario





DEDICATORIA

A DIOS: Por darme la vida y la sabiduría para poder alcanzar mis metas y ser mi soporte en todo momento.

A MIS PADRES: Lesvia Esperanza Ovalle Villatoro, por su incondicional amor, así como todas las atenciones y gran apoyo a lo largo de este camino y de toda mi vida, y Carlos Ronaldo Ovalle Escobar, por todo el apoyo y ser ejemplo de lucha, profesionalismo, carácter y responsabilidad.

A MIS HERMANAS: Lesbia Maricela, María de los Ángeles y Ana Cecilia, por todo su amor, comprensión, apoyo, por ser mi influencia y estar a mi lado en todo momento.

A MIS SOBRINOS: María Jimena, Ana Fernanda, María José, José Fernando, Adriana Sofía y Mariana, los quiero muchísimo.

A MIS ABUELOS: Por su cariño tan especial, gracias por siempre creer en mí, los llevo en mi mente y en mi corazón.

A MIS TÍOS Y PRIMOS: Con mucho cariño.



A MIS AMIGOS:

Mauricio, Cinthia María, Angélica Paola, Ana Gabriela, Pedro Estuardo, Silvia María, Alejandra María, Josué y Abigail García, por acompañarme a lo largo de mi carrera y especialmente a Zully Abigail Acevedo Cadenas, con todo mi corazón, por su apoyo, amor y confianza.

A LOS LICENCIADOS:

Edgar Castillo, Estuardo Castellanos, Dora Judith Zaldaña y Consuelo Velásquez. Profesionales a los que siempre estaré agradecido por su apoyo.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a la Universidad de San Carlos de Guatemala, por su enseñanza.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La adopción.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Evolución histórica.....	4
1.3. Clasificación.....	14
1.3.1. Adopción plena.....	14
1.3.2. Adopción simple, semiplena o relativa.....	15
1.3.3. Adopción internacional.....	16
1.3.4. Adopción nacional.....	16
1.4. Naturaleza jurídica.....	17
1.4.1. La adopción es un contrato.....	17
1.4.2. La adopción es una institución jurídica.....	19
1.4.3. La adopción como acto jurídico.....	21
1.5. Características.....	23
1.6. Efectos.....	24
1.7. Elementos.....	25
1.7.1. Elemento personal.....	25
1.7.2. Elemento formal.....	29
1.8. Procedimiento de adopción de conformidad con la Ley de Adopciones.....	31
1.8.1. Procedimiento administrativo.....	31
1.8.2. Procedimiento judicial.....	36
1.9. Regulación legal de la adopción.....	39
1.9.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	39
1.9.2. Convención Sobre los Derechos del Niño.....	39
1.9.3. Código Civil.....	40



	Pág.
1.9.4. Ley de Adopciones.....	40
1.9.5. Ley de protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	40
1.10. Competencia: Juzgados de la Niñez y Adolescencia.....	40
1.10.1 Integración.....	43
1.10.2. Funciones.....	44
1.10.3. Estadística.....	46

CAPÍTULO II

2. La patria potestad.....	47
2.1. Definición.....	47
2.2. Antecedentes históricos.....	50
2.3. Características.....	52
2.4. Efectos.....	53
2.5. Separación, suspensión y pérdida de la patria potestad.....	55
2.5.1. Separación de la patria potestad.....	55
2.5.2. Suspensión de la patria potestad.....	56
2.5.3. Pérdida de la patria potestad.....	56
2.6. Restablecimiento de la patria potestad.....	57
2.7. Elementos.....	58
2.7.1. Elemento personal.....	58
2.7.2. Elemento formal.....	58
2.8. Regulación legal.....	63

CAPÍTULO III

3. La adoptabilidad.....	65
3.1. Definición.....	65



	Pág.
3.2. Objetivos de la declaratoria de adoptabilidad.....	67
3.3. Clasificación de adoptabilidad.....	69
3.4. Procedencia de la declaratoria de adoptabilidad.....	70
3.5. Regulación legal.....	74
3.5.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	74
3.5.2. Convención sobre los Derechos del Niño.....	74
3.5.3. Código Civil.....	75
3.5.4. Ley de Adopciones.....	75
3.5.5. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	75

CAPÍTULO IV

4. La inaplicabilidad del Artículo 64 de la Ley de Adopciones e imposibilidad de interpretación del Artículo 258 del Código Civil, en casos de adopción y pérdida de la patria potestad.....	77
4.1. La inaplicabilidad de las normas jurídicas.....	77
4.2. Efectos de la inaplicabilidad de una norma legal.....	78
4.3. La interpretación de las normas jurídicas.....	79
4.3.1. Definición.....	79
4.3.2. Clasificación.....	80
4.4. La inaplicabilidad del Artículo 64 de la Ley de Adopciones en casos de adopción y pérdida de la patria potestad.....	85
4.5. La imposibilidad de interpretación del Artículo 258 del Código Civil, en casos de adopción y pérdida de la patria potestad.....	87
4.6. Solución concreta a la inaplicabilidad del Artículo 64 de la Ley de Adopciones en casos de adopción y pérdida de la patria potestad.....	87
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis justifica la imposibilidad de aplicar el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, dentro de los procesos de pérdida de la patria potestad y adopción tramitados en Guatemala, así como la importancia de reformar el Artículo 274 del Código Civil, adicionando una sexta causal de la pérdida de la patria potestad, es decir, la declaratoria de adoptabilidad dictada por el Juez de la Niñez y la Adolescencia.

Por lo tanto, la hipótesis debidamente comprobada del presente trabajo de investigación, radica en la necesidad de incluir dentro de nuestra legislación, como causales de la pérdida de la patria potestad, la declaratoria de adoptabilidad emitida por un juez de primera instancia de la niñez y la adolescencia, a través de una iniciativa de ley que deberá presentar la Universidad de San Carlos de Guatemala ante el Congreso de la República de Guatemala, para cumplir a cabalidad con los casos de adopción y pérdida de la patria potestad tramitados en Guatemala.

Tomando en cuenta todo lo analizado, estudiado e investigado se tiene como objetivo el evidenciar que existe imposibilidad de incluir, la declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y adolescencia, como causal de pérdida de la patria potestad, por discrepancia entre el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República y el contenido del Artículo 258 del Código Civil, Decreto Ley 106.



Dentro del abordaje de este tema tan controversial en nuestro medio, es necesario desarrollar temas como la adopción, la patria potestad y la adoptabilidad, en virtud que es necesario modificar un artículo de la Ley de Adopciones la cual tiene que ver con la adoptabilidad de un menor de edad y por ende, que la misma adicione una causal para perder la patria potestad establecida dentro del Código Civil guatemalteco.

Para desarrollar la investigación se utilizó el método analítico, ya que al consultar la bibliografía y legislación necesaria, se realizó un análisis de cada una de las normas legales y definiciones doctrinarias que sustentan cada una de las instituciones jurídicas que se desarrollan dentro de la presente tesis; y el método inductivo-deductivo, puesto que se estudió una norma en particular que llevó a deducir la necesidad de reformarla, con la finalidad de cumplir con los objetivos de la creación de la Ley de Adopciones y beneficiar a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad guatemalteca, la niñez y adolescencia. Dentro de las técnicas de investigación, se utilizó la observación y el fichaje, ya que se analizó, observó, estudió y consultó, todo lo relacionado a la norma legal que se pretende reformar con el presente trabajo de tesis.

Y, por lo tanto, estimo de suma importancia, que el Congreso de la República rectifique el error cometido en la norma legal objeto de estudio, con la finalidad de que la niñez y adolescencia vulnerada en su derecho de familia, vea la posibilidad de que sea restituido su derecho de una manera pronta, sin que sean objeto de revictimización por parte del mismo sistema judicial y Estado guatemalteco.

CAPÍTULO I

1. La adopción

1.1 Definición

En principio, la adopción se define como “el acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política, a quien no lo es por naturaleza; sin excluir el resquicio que esto consiente para legalizar ciertas ilegitimidades. Es recibir legalmente como hijo a quien, biológicamente no lo es”.¹

Jurídicamente se dice que es aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos o más personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.

Según Puig Peña puede definirse la adopción como “aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tiene lugar en la filiación legítima”.² Denominada también ahijamiento y prohijamiento en lenguaje familiar, constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad. Esta denominación ha sido muy discutida, por no originarse por naturaleza humana, no todas las legislaciones la admiten, ni en todos los tiempos se ha considerado en igual forma.

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 174.

² Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Pág. 475.

El jurista Planiol considera que "la adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. De todas maneras, el parentesco ficticio que resulta de la adopción no imita, sino de manera muy imperfecta, el verdadero parentesco. Sus efectos son mucho menos extensos, y todavía menos numerosos; y, en la práctica su único resultado sería dar un heredero, con todos los derechos de hijo, a las personas sin descendientes. La adopción no destruye las relaciones de filiación que el adoptado tiene por el nacimiento, y el parentesco ficticio queda sobrepuesto a esas relaciones, sin sustituirlas".³

Según las distintas definiciones anteriormente citadas, pude establecer que la adopción es una institución jurídico-social, creada con la finalidad de que las personas con imposibilidad de concebir hijos propios, puedan adquirirlos por medio de dicha institución jurídica.

Una de las objeciones fundamentales a la adopción, se encuentra en que, si los padres eligen al niño, niña o adolescente que tomará el papel del hijo adoptivo, no existe ni probabilidad siquiera, sobre todo cuando éste último es recién nacido o muy niño, de que corresponda al afecto de los adoptantes y que supere la auténtica paternidad y maternidad renunciadas o desconocidas por el menor de edad; dejando a un lado el interés superior, las necesidades y el bienestar del niño, niña o adolescente objeto de adopción.

³ Castro Lucini, Francisco. **Notas sobre la nueva regulación de la adopción**. Págs. 64 y 65.



Sin embargo, esta idea de lo que en sí se considera como adopción, ha sido modificada, puesto que, actualmente, la prioridad es el bienestar e interés superior de los menores de edad y es por ello que la adopción modernamente es considerada una institución jurídico-social cuya finalidad es la protección de un menor de edad (en la mayoría de los casos), así como el restituir el derecho de familia del mismo, tomando en cuenta las necesidades de éste, y no exactamente los requerimientos de una persona con intenciones de adoptarlo.

La adopción produce parentesco entre el adoptante, por una parte y el adoptado por la otra y sus descendientes legítimos, por otra parte, y aparece irrevocable en principio, produciendo plenamente sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de la adopción en la partida de su nacimiento, ordenada por el órgano jurisdiccional competente.

Atribuye al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad, adquiriendo en consecuencia, tanto el adoptante como el adoptado, los derechos y obligaciones que la ley regula dentro de la paternidad y la patria potestad; por ejemplo, uno y otro se deben recíprocamente alimentos y también que los derechos sucesorios del adoptado son irrevocables.

Según el Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106 en su Artículo 228, indicaba que la adopción era "el acto jurídico de asistencia social por el cual, el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona".

Sin embargo, es factible legalizar la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoría de edad.

1.2 Evolución histórica

La institución jurídica de la adopción es una figura que tuvo en la vida de los pueblos primitivos y antepasados, una significación totalmente distinta de la que tiene en la actualidad; y así, tanto en las primeras etapas de la civilización, predominaba en ella el interés objetivo de la familia, el interés de la continuación de la estirpe para la supervivencia del culto de los antepasados, acusa en las más recientes legislaciones como puede establecer el jurisconsulto Piñar López, “un profundo aspecto sentimental, llamado a proporcionar los beneficios de la filiación y la paternidad a personas que, por la naturaleza, carecían de ellos, a la par que un aspecto benéfico, resolviendo agudos problemas materiales, ya que constituye el medio más adecuado para paliar la suerte de los niños huérfanos”.⁴

Era en efecto, la adopción en los pueblos primitivos, un recurso ofrecido por la religión y por las leyes a aquellas personas que carecían de heredero para la continuación de la estirpe y para la supervivencia del culto doméstico, cuya extinción significa según las creencias antiguas vigentes en el mundo romano, una catástrofe que a toda costa, era preciso evitar. Por eso, cuando la naturaleza negaba descendencia natural, se acudía a la adopción como medio de continuar el grupo.

⁴ Puig Peña, Federico. *Ob. Cit.* Pág. 473.

Pero al modificarse, con el tiempo, las costumbres y creencias y al momento de desaparecer esa finalidad primaria fundamental, la adopción fue perdiendo ese pasado esplendoroso, cayendo poco a poco en una situación de olvido. Al llegar la época de la codificación, se planteó incluso el problema de su supresión definitiva.

En notable contraste con la época actual, en la antigüedad y durante la época medieval se consideraba verdadera aflicción familiar la del matrimonio carente de hijos, por no haberlos tenido, no poderlos tener o por haberlos perdido. No resultó difícil encontrar el medio sustitutivo, consistente en recibir como hijo propio a uno ajeno, sobre todo desde edad temprana para mayor afirmación del afecto.

Pudieron así declarar los romanos: *Adoptio imago naturae*, frase que significa que la adopción es imagen o imitación de la naturaleza, en lo que a la filiación concierne.

Según el Diccionario de Derecho Usual la adopción "tanto quiere decir como prohijamiento; que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente".⁵

En Roma, esta institución tuvo mucho auge, en virtud que la adopción se consideraba necesaria para los siguientes fines: "a) continuar el culto doméstico; b) perpetuar el nombre; c) obtener beneficios en razón a los concedidos por el número de hijos que se tenían; d) legitimar a los hijos ilegítimos".⁶

⁵ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 175.

⁶ Puig Peña, Federico. *Ob. Cit.* 460



Los romanos distinguían dos clases de adopción, la adopción propiamente dicha y la denominada arrogación. La primera recaía sobre las personas alieni iuris, es decir, la persona sin derechos, o más literalmente como bajo el derecho de otro, ésta es una denominación del derecho romano para aquellos que se encuentran sometidos a la patria potestad de otra persona.

Concretamente en el derecho romano se entendía alieni iuris a la persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, comprendiéndose entre ellas al filius familias, descendiente legítimo o adoptivo del pater familia viviente; a la mujer sujeta a la manus de su propio marido o la del páter (papá) bajo cuya potestad se encontrara y la persona in causa mancipi, que era el hombre libre dado en evicción por los delitos que hubiere cometido o en garantía de las obligaciones del pater familia de quién dependía.

Los alieni iuris tenían la capacidad restringida debido a la situación de dependencia en que se encontraban respecto al páter, ya que tenían un estado parecido al de los esclavos, pues lo que adquirían se incorporaba al patrimonio del páter. Esta incapacidad patrimonial fue modificándose paulatinamente, especialmente a partir del otorgamiento de los peculios que posibilitaban al filius, en algunos supuestos, a realizar negocios de disposición tanto inter vivos como mortis causa.

La segunda recaía sobre las personas sui iuris, lo cual es una frase latina que literalmente significa de propio derecho. En la ley, la frase sui iuris representa capacidad jurídica para manejar sus propios asuntos.



También comprende a alguien que es capaz de demandar o ser demandado en procedimientos legales en su propio nombre sin la necesidad de un ad ítem, un representante legal.

En el derecho romano, se denominó *sui iuris*, a aquel que no se encuentra sometido al mando de otros, de cualquier potestad familiar; el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la patria potestad mediante un acto jurídico llamado emancipación. Las *sui iuris* tenían poder de decisión sobre sus actos, a diferencia de los *alieni iuris*, que eran personas sometidas al mandato de otras.

Luego de considerar a la adopción como un hecho social, durante la época romana, fue incluida en el Código Civil, por instigación de Napoleón. Sin duda, aun cuando no se haya observado en el ánimo del emperador, debió de pesarle el llevar seis o siete años casado con Josefina, sin tener descendencia. La señalaba como institución filantrópica destinada a ser "el consuelo de los matrimonios estériles y una gran protección para socorrer a los niños pobres".⁷

En el conflicto mundial de 1914, dio ocasión a un cambio total de dirección de la institución de la adopción, que determina un desarrollo insólito e inicia la tercera vida de la misma: los huérfanos de la guerra eran numerosos, muchos eran también los hogares en los que se sentía la falta de hijos y la adopción fue considerada un medio adecuado para reparar esas desgracias ocasionadas por la guerra.

⁷ Cabanellas, Guillermo, *Ob. Cit.* pág. 174

Ahora bien, en Guatemala, la adopción inicia en su aspecto sustantivo en el año de 1960, en cuanto a la legislación que en la actualidad fue desfasada por el derecho positivo internacional; ésta legislación rigió aún antes del movimiento y encauzamiento de los derechos humanos en Guatemala, incluso antes de nuestra nueva Constitución Política de la República. En cuanto a la legislación adjetiva, la adopción fue regulada al dar paso a la intervención notarial en asuntos no litigiosos.

En cuanto a la política estatal, fue en tiempo de la Democracia Cristiana, en el gobierno del presidente Vinicio Cerezo, cuando dio inicio la apertura a una nación más civilizada y la entrada en auge de los tratados internacionales al territorio nacional, sobre derechos humanos, entre ellos uno de los más importantes, el Convenio sobre los Derechos de la Niñez, por las Naciones Unidas y aprobado en 1989.

Este convenio recopila o sintetiza la dispersión normativa existente en materia de derechos humanos ya positivizada en declaraciones no vinculantes y hasta en la misma convención, dirigidas o encaminadas a diferentes grupos vulnerables, sintetizándose en Artículos referidos a derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales siempre relacionados con los menores de edad, en especial a la protección de la niñez y la adolescencia, marcando la diferencia esencial en cuanto a dos aspectos fundamentales, el primero a la exigibilidad de presentar informes periódicos por parte de los comités de derechos de los niños; y, el segundo a la naturaleza del tratado, de ser vinculantes para cada Estado, obligándose a realizar acciones administrativas, judiciales y legales en materia de protección, y garantía de los derechos de la niñez y adolescencia.



En 1993 fue creado el Convenio de La Haya, el cual es un instrumento de Derecho Internacional Privado que tiene principalmente por objeto, el organizar la cooperación entre los Estados miembros para los procedimientos que se refieran a la adopción internacional.

Sin embargo hubo muchos Estados que no ratificaron dicho convenio por lo que fue necesario abrir un debate dirigido a los Estados no miembros, como Guatemala, denominado Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya; debido a que es principalmente de éstos de donde proceden niños, niñas y adolescente que son dados en adopción internacional.

Y siendo que la Convención de la Haya, en materia de derechos humanos y protección de los derechos de la niñez y adolescencia, es la primera de aplicación mundial en materia de adopción internacional que tiene valor ejecutivo para los Estados que lo ratifican, es de suma importancia que existiera un mayor número de Estados que se suscribieran al mismo.

El Convenio de La Haya se inspiró en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y bienestar de los niños en materia de adopción y colocación familiar nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986. Este instrumento internacional fue adoptado en la 17ava. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 29 de mayo de 1993, sin que el Estado de Guatemala lo suscribiera pues no estaba presente.

Es hasta el 1 de marzo de 2003 que la Convención de la Haya, en materia de derechos humanos y protección de los derechos de la niñez y adolescencia, entró en vigencia en Guatemala, dándole así un soporte legal trascendental a las adopciones internacionales tramitadas.

Los objetivos básicos del Convenio de La Haya pueden resumirse en tres: a) Afianzar la protección de los derechos de la niñez en el contexto de la adopción internacional; b) Instituir mecanismos de cooperación entre Estados en ese ámbito específico; y, c) Garantizar el reconocimiento de las adopciones pronunciadas de conformidad con la convención.

Un número ya importante de Estados han ratificado o se han adherido a la Convención de la Haya. El Servicio Social Internacional (abreviado SSI), considera que esta Convención es un paso importante hacia un mejor respeto de los derechos del niño, niña o adolescente, cuando se considera la adopción.

El rápido incremento de adopciones internacionales y la falta de regulación de la adopción en nuestro país, han sido unos de los factores decisivos para la creación de normas a través de las cuales el Estado de Guatemala cumpla con el compromiso internacional adquirido y más importante aún, que garanticen la protección y el derecho a una familia a los menores de edad, evitando así la potenciación de determinadas prácticas, como la compraventa o tráfico de niños, niñas y adolescentes, convirtiendo a la adopción, en un negocio cuasi-mercantil, donde los menores de edad pasan de ser sujetos de la adopción a ser considerados mercancías.

La situación irregular del niño, niña o adolescente fue establecida como, la negación de sus derechos y de su condición de ser humano, para gozar de garantías, protección estatal y derechos fundamentales, la cual fue sustituida por el advenimiento de la Convención de la Haya, con la doctrina de protección integral, la cual establece criterios para la realidad del menor de edad y como finalidad, su interés primordial sobre la base de sus principios y garantías.

Es en este momento, que la adopción adquiere cambios estructurales, desde ese advenimiento de la doctrina de protección y la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, aunado a ello la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por lo que la adopción deja de ser la institución típica que provenía del derecho romano y se convierte en una institución de restitución del derecho de familia, la cual pasa de la esfera del derecho privado a la esfera del derecho público.

El procedimiento de la adopción de carácter judicialista, sufre importantes modificaciones hasta llegar a ser considerado como un proceso en el cual se puede y se debe intervenir, a la luz de nuestra norma constitucional tomando las consideraciones finales sobre el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1993, el cual es ambicioso en la amplitud de su aplicación material, pues es susceptible de ser aplicado a cualquier adopción transnacional, siendo irrelevante, a estos efectos, el contenido de la institución adoptiva salvo la exigencia de creación de un vínculo de filiación, los sujetos susceptibles de ser adoptantes y adoptados, el procedimiento previsto para su constitución e incluso, la intervención de autoridades públicas en todo el proceso y en la etapa post-adoptiva o de fiscalización posterior.

En el año 1979 fue creado el Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República de Guatemala, con la finalidad de que la familia y la niñez fueran especialmente protegidos y orientados por parte del Estado, las instituciones privadas de bienestar social y de la comunidad en general, mismo que fue derogado por el Decreto 78-96 del Congreso de la República de Guatemala, Código de la Niñez y la Juventud, en virtud que el Código de Menores, había dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la juventud, necesarias para una transformación profunda de la ley y proveer a los distintos órganos del Estado y a la sociedad en su conjunto, de un cuerpo jurídico que orientara adecuadamente el comportamiento y acciones en favor de tan importante sector social, conforme lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala y los convenios internacionales en materia de derechos humanos suscritos por Guatemala.

En el año 2002 entra en vigencia el Decreto 50-2002 del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que fue creada con la finalidad de garantizar y proteger la salud física, mental y moral de la niñez y adolescencia, así como regular la conducta de adolescentes que violan la ley penal, ley que derogó el Código de la Niñez y la Juventud.

En la actualidad, siguiendo vigente el compromiso internacional de cumplir el Convenio de la Haya antes indicado, se ha superado la limitación del derecho interno al contar ya con el marco jurídico que permite su aplicación y observancia en lo relativo a la adopción, con base a la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

La Ley de Adopciones, surge como marco jurídico sustentable en dar cumplimiento al Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño, niña o adolescente y a la cooperación entre Estados en materia de adopciones internacionales, la cual entró en vigencia el 31 de diciembre del año 2007.

Esta legislación modificó la estructura legal que enmarca los procesos de adopción nacionales e internacionales, así como el papel del Estado como ente de protección integral a los menores de edad en Guatemala, con observancia en lo que establece el Artículo 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El objeto de la ley es regular la adopción como institución de interés nacional, la forma y el procedimiento a seguir judicialmente como administración estatal encargada de proteger y fiscalizar el interés primordial del niño, niña o adolescente.

A su vez se sustenta en los principios siguientes:

- De supremacía constitucional
- De legalidad
- De desarrollo y protección familiar
- De primacía del interés superior del niño
- Conservación de la nacionalidad de origen
- Igualdad de derechos
- Identidad cultural social
- Estabilidad (familiar y emocional)

1.3 Clasificación

Según la doctrina y nuestra legislación vigente, la adopción se clasifica de la siguiente manera:

1.3.1 Adopción plena

La adopción plena confiere al adoptado una filiación en la cual se sustituye a la de origen, y el adoptado deja de pertenecer a su familia, rompiéndose todo vínculo legal con su familia natural, extingue sus efectos jurídicos salvo los impedimentos matrimoniales y el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico.

Se crea otro tipo de filiación como si fuera el que se desprende de una manera natural y su característica esencial es su irrevocabilidad, cuyo rasgo principal marca una diferencia esencial con la adopción simple; en ella no se crea un vínculo civil entre el adoptado y la familia del adoptante, siempre conservándose los lazos sanguíneos tomando en cuenta que es la que ha tenido una mayor aceptación, en virtud de que ésta rompe el vínculo del menor con su familia natural.

Dicho carácter irrevocable no limita la protección del adoptado en cuanto a si él o los adoptantes dejaren de cumplir con sus responsabilidades, pierdan o suspendan la patria potestad del menor de edad, tal como lo establecen los Artículos 273 y 274 del Código Civil, Decreto Ley 106.

Uno de los principales efectos de la adopción plena es cortar los vínculos de pertenencia del adoptado con su familia biológica y como consecuencia de ello se produce la extinción de todos los efectos jurídicos por parte de los padres biológicos.

1.3.2 Adopción simple, semiplena o relativa

La adopción simple confiere a la persona del adoptado la calidad o posición de hijo como si fuere natural, sin embargo no crea un vínculo de parentesco del adoptado para con la familia biológica del adoptante, si no solamente en cuanto a los efectos determinados por la ley.

En el caso de Guatemala, se regulaba esta clase de adopciones, siendo característico de ella "el hecho de transferir la patria potestad del padre o padres al adoptante sobre el adoptado, subsistiendo la relación consanguínea con la familia biológica o de origen del adoptado".⁸

En el caso de sus efectos, es esencial de la adopción simple y rasgo diferencial con la adopción plena, el hecho de ser susceptible la revocación por las causales establecidas por la ley aplicable anterior a la Ley de Adopciones; como se puede observar lo establecía el Código Civil, Decreto Ley 106, en los Artículos 247, 248 y 249; así también el apellido del adoptante, podía ser agregado al suyo en cuanto al adoptado, como mera facultad.

⁸ Belluccio, Augusto C. **Adopción e Integración familiar**. Pág.165.

Los efectos jurídicos nacen solamente entre el adoptante y adoptado recíprocamente así como respecto al parentesco civil, el cual no se extiende a parientes de uno ni del otro, según lo establecía el Artículo 229 del Código Civil, Decreto Ley 106.

1.3.3 Adopción internacional

La adopción internacional es una clase de adopción por medio de la cual una persona o una pareja son declarados padres legales de un niño, niña o adolescente nacido en otro país, mismos que deben cumplir con los procedimientos legales de adopción tanto de su país de origen como del país de origen del menor de edad. Las leyes en cuanto a la adopción, varían sobre la admisibilidad de adopciones internacionales. Algunos países, tienen procedimientos relativamente establecidos para las adopciones internacionales, mientras que otros países la prohíben.

Según nuestra legislación, es aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción (Artículo 2 literal b. del Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Adopciones).

1.3.4 Adopción nacional

A diferencia de la adopción internacional, la adopción nacional es el acto jurídico mediante el cual se crea un lazo de parentesco entre dos o más personas, cuyo origen proviene de un mismo país, y su vínculo no descende por consanguinidad, sino por una declaración judicial, luego de tramitar un procedimiento de adopción.

Según nuestra legislación vigente, la adopción nacional es aquella en la que el adoptante y el adoptado son residentes legales habituales en Guatemala (Artículo 2 literal c. del Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Adopciones).

1.4 Naturaleza jurídica

Actualmente hay varias teorías que tratan de sustentar la naturaleza jurídica de la adopción, las cuales son:

- a) La adopción es un contrato;
- b) La adopción como una institución;
- c) La adopción como un acto.

1.4.1 La adopción es un contrato

En principio es importante definir el término contrato. Según Antonio Guillón, el contrato es “un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más personas con capacidad, que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral”.⁹

⁹ Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. **Sistema de derecho civil**. Pág. 136

Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos, es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes. Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega o exigen ser formalizados en documento especial, de modo que, en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad.

De todos modos, el contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, incluso parcialmente en aquellos celebrados en el marco del derecho de familia, y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. Es función elemental del contrato originar efectos jurídicos, de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual.

Los principales exponentes que consideran a la adopción como un contrato son: Planiol, Colin y Capitant, los cuales definen la adopción como un contrato solemne, concluido entre el adoptante y el adoptado. En esta concepción domina el espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades, del consentimiento y el concepto de dominio de la estructura familiar.

Entre las legislaciones anteriores a dicha postura ubicamos a la española, misma que hace una notoria diferencia entre los negocios de orden patrimonial y los negocios puramente de derecho familiar, dentro de los cuales se reconoce la adopción, considerándose ésta como un negocio familiar y no como un negocio eminentemente patrimonial.

La adopción, según esta concepción es el objeto de un contrato, como mero interés del negocio jurídico, siendo la condición y el resultado esperado de la materialización del mismo y no como medio necesario para sustentar legalmente la condición familiar, social e incluso material del adoptado.

Dentro de esta teoría se puede observar la cierta frialdad de considerar la adopción como un simple contrato jurídico sin que importe la voluntad de una de las partes interesadas en el contrato jurídico, en este caso, la del menor de edad.

Al hacer el análisis con respecto a esta tesis y tomando en cuenta el espíritu y fines de la adopción, no necesariamente (en su deber ser) ella responde a presupuestos bilaterales de un negocio jurídico en sí, ya que estaríamos frente a un contrato cuyo objeto es el colocar a una persona, el adoptado, en el seno de una familia; existiendo la ausencia de voluntad del mismo, en caso de ser menor de edad, lo que hace que la adopción se aleje de ser un negocio jurídico en sí.

1.4.2 La adopción como institución jurídica

Como estructuras y mecanismos de orden social en la especie humana, las instituciones son uno de los principales objetos de estudio en las ciencias sociales como la antropología, la sociología, la filosofía, las ciencias jurídicas, la ciencia política, la economía y la administración, entre otras. Las instituciones son también un tema de estudio central para el derecho, el régimen formal para la elaboración e implantación de reglas.

La palabra institución “se relaciona con todos los mecanismos de orden social y de cooperación que procuran normalizar el comportamiento de un grupo de individuos. Las instituciones en dicho sentido trascienden las voluntades individuales al identificarse con la imposición de un propósito en teoría considerado como un bien social común.”¹⁰

Esta concepción es la que coincide con el ordenamiento legal guatemalteco, puesto que la Ley de Adopciones la define como una “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”, por lo que, tomando en cuenta que esta definición desarrolla ampliamente su esquema jurídico, deja de ser meramente un acto de voluntad contractual.

En consecuencia, según nuestra legislación, la naturaleza jurídica de la adopción es el ser una institución de derecho público y además de protección estatal, proceso que inicia por actos de voluntad de quienes deciden dar en adopción a su hijo o hija, o bien, en casos especiales.

Los casos especiales por los cuales se tramita una adopción son, de quienes son declarados sujetos adoptables, menores de edad que previamente han sido declarados en estado de abandono o bien han sufrido de violencia intrafamiliar y que producto de ello, sus progenitores han perdido la patria potestad de los mismos, debiendo el Estado a través de sus centros de abrigo, encargarse de su tutela y cuidado, quedando en manos de la Procuraduría General de la Nación, su representación legal.

¹⁰ García Máynes, Eduardo. **Teoría general del derecho y Estado**. Págs. 68 y 69.

La regulación de la adopción dentro del derecho, es palpable en la mayor parte de legislaciones, y en ellas la postura respecto a considerar la naturaleza de la adopción como una institución, prevalece, tomando en cuenta sus efectos, fines, principios, requisitos, deberes, derechos y obligaciones así como los elementos que en ella intervienen, todo ello predeterminado en la ley; en virtud de lo cual, determinan su naturaleza como una institución sobre la cual descansan las bases que sustentan su búsqueda de integración y protección familiar, dentro del marco legal e institucional.

Al entrar en contacto con las garantías, principios, condiciones, efectos, derechos, obligaciones e incluso características, estamos frente a una institución cuyas bases descansan en el principio de legalidad.

La naturaleza jurídica de la adopción radica en ser una institución protegida y tutelada por el Estado y ser de derecho público, investida de principios generales, específicos, de naturaleza tutelar y de carácter internacional, para la tramitación de adopciones en las cuales se proteja al menor de edad como sujeto principal de la adopción.

1.4.3 La adopción como acto jurídico

Todo acto jurídico es considerado como el hecho humano, voluntario o consciente y lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El acto jurídico produce una modificación en las cosas o en el mundo exterior porque así lo ha dispuesto el ordenamiento jurídico.

“La doctrina alemana distingue el acto del negocio jurídico, siendo este último una especie de acto jurídico, caracterizado por tener una declaración de voluntad, a diferencia del acto jurídico como concepto más amplio que abarca los hechos voluntarios”.¹¹

Para que sea considerado como un acto jurídico, no basta con que haya un sujeto y un objeto con capacidad, se necesita algo que los ponga en relación, estableciendo un lazo o un vínculo que los una, haciendo pasar la relación jurídica, del estado de posibilidad al estado de existencia.

Tomando como base dicha definición, estimo procedente tomar en cuenta que todo acto lo es solo en la medida que se derive la voluntariedad expresa de quien lo realiza, por lo tanto los resultados de dicho acto serán efecto directo del interés que le dio origen. Por ello cuando se refiere a la adopción como acto, esta teoría se sustenta y materializa legalmente al ser un acto eminentemente declarativo de voluntad revestido de todas las formalidades esenciales para poder nacer al mundo jurídico y social.

Ahora bien, se debe entender como actos jurídicos familiares, “los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares...emplazamiento significa, el acto creador del vínculo jurídico, eventualmente, hasta su modificación”.¹²

¹¹ González Blanco, Ernesto. **Conceptos de derecho civil**. Pág. 24.

¹² Díaz de Guíjarro, Enrique. **Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar**. Pág. 3.

Por ejemplo, legitimar un hijo nacido extra matrimonialmente, concebido dentro del matrimonio o por medio de un proceso de adopción.

Tras el estado de familia, emergen necesariamente determinados derechos, los cuales para su ejercicio dependen de la voluntad humana en la cual se les da vida, tanto en el orden personal como en el orden patrimonial y que dichos actos devienen admitidos por la ley.

El estado jurídico familiar se refiere a una determinada situación permanente de una persona, la cual es regulada por el derecho y se refiere ya sea a su edad, capacidad, relaciones familiares, filiación, o estado civil.

1.5 Características

Tomando en consideración todos los aspectos propios de la adopción se establecen las siguientes características:

- a) La adopción es una institución jurídica de orden público e interés social, que protege primordialmente el derecho a la familia, según lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- b) La institución jurídica de la adopción tiene como característica que se establece entre dos personas las cuales son extrañas y conforma relaciones de paternidad y filiación entre ellas.

- c) La adopción imita a la naturaleza. Al analizar la institución de la adopción, aparecen en escena niños, niñas y adolescentes que por razones excepcionales pasan a ser hijos e hijas de otros padres y madres que no son por parentesco biológico; Sin embargo, a pesar de que naturalmente no existe ese lazo, la adopción ha sido el vínculo perfecto para garantizar y proteger el derecho a la familia, cuando se trata especialmente en menores de edad.
- d) La institución jurídica de la adopción es un acto jurídico de forma determinada y de naturaleza irrevocable.

1.6 Efectos

- a) Derechos del adoptante: La formalización de la institución jurídica de la adopción produce determinados derechos derivados de la patria potestad, ya que la adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado el cual es menor de edad.
- b) Deberes del adoptante: Son, por consiguiente, los derivados de la patria potestad, es decir, representar legalmente al menor de edad, administrar sus bienes y aprovechar sus servicios, atendiendo a su edad y condición.
- c) Derechos del adoptado: La adopción produce a favor del hijo adoptivo, los derechos de un hijo legítimo, en general. La adopción causa parentesco entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes.

d) Deberes del adoptado: El adoptado cumplimenta la relación derivada de la adopción, dando realidad a las obligaciones de un hijo legítimo.

1.7 Elementos

1.7.1 Elemento personal

El adoptado: Es aquel que siendo por naturaleza hijo de una persona es recibido como tal por otra, mediante resolución judicial o notarial. El adoptado conserva en cuanto a su familia natural el derecho a la identidad familiar, cultural y nacional.

Específicamente respecto al derecho de sucesión recíproca, la legislación civil establecía el caso que si el adoptado falleciere antes que el adoptante, renunciare o fuere excluido de ella, los hijos de éste no tienen derecho a suceder por representación ni tampoco a ser alimentados por el adoptante.

En el caso que si falleciere el adoptante durante la minoría del adoptado, éste volvía al poder de sus padres naturales, tutor o institución de asistencia social en su caso. Pero la Ley de Adopciones establece en sus disposiciones finales que los hijos biológicos o adoptivos, heredan a sus padres por partes iguales, mas no conservan los derechos sucesorios con su antigua familia. El niño, niña o adolescente que sea adoptado, o el mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento, tiene derecho al apellido del adoptante, a recibir alimentos de él y a heredarlo así como a prestarle alimentos, llegado el caso, al padre adoptivo.

Durante la minoría de edad, el adoptado debe obediencia al adoptante y, por similitud filial plena, le deberá siempre respeto y reverencia. Deberá asimismo solicitar su autorización para contraer matrimonio, conjuntamente a su padre y madre, o bien, el que de él ejerza la patria potestad derivado del proceso de adopción del cual fuere objeto el menor de edad.

Por último, la institución de la adopción crea un impedimento matrimonial entre el adoptado y el adoptante; así como entre cada uno de ellos y el cónyuge viudo del otro. Además, mientras subsista la adopción, tampoco tienen capacidad para contraer matrimonio los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, hermano adoptivo de aquellos.

Los sujetos que podrán ser adoptados son:

- a) El niño, niña o adolescente declarado en estado de adoptabilidad por un juez competente;
- b) El hijo o hija menor de edad de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad;
- c) El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento. De igual forma podrá ser sujeto de adopción el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quien ejerza sobre él la tutela.

En todo caso se procura que los hermanos susceptibles de ser adoptados no sean separados antes ni durante el proceso de adopción y que sean adoptados por la misma familia.

Adoptante: El adoptante es aquella persona que adopta como hijo, a otra que biológicamente no lo es; el adoptante contrae más obligaciones que derechos. En general ejerce los derechos y obligaciones de la patria potestad, tiene que alimentar al menor de edad o incapaz que haya adoptado, tiene la facultad de dar el consentimiento para que su hijo adoptado contraiga matrimonio. En caso de invalidez y a falta de recursos, tiene derecho a recibir alimentos del hijo adoptado, si estuviere en situación económica de proporcionárselos.

El Artículo 2 literal e. de la Ley de Adopciones define al adoptante como “la persona que por medio de los procedimientos legales adopta una persona hijo de otra, con la finalidad de otorgarle todos los derechos y beneficios que nuestra Constitución Política otorga a los hijos biológicos”.

Los sujetos que pueden adoptar son:

- a) 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;
- b) 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 totalmente las cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley de Adopciones.

La ley no dispone sobre causas que dificulten o impidan el derecho de una persona de adoptar a otra como hijo suyo, sin embargo, se considera que, según las disposiciones que tratan sobre la moral y tomando en cuenta el principio de interés superior del niño, tienen dificultad para tramitar dichas diligencias:

- a) Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y enfermedades de la personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del niño, niña o adolescente;
- b) Así como lo que padezcan de dependencia física o psicológica de determinado medicamento que no haya sido prescrito por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;
- c) Quienes hayan sido condenados por los delitos que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas, que estén establecidos en la ley penal;
- d) Uno de los cónyuges o unidos de hecho legalmente sin el consentimiento expreso del otro;

- e) El tutor y el protutor, además de los requisitos del Artículo 13 del Código Civil, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña, adolescente o incapaz;
- f) Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o se les hubiese declarado separados o suspendidos de la misma, mientras ésta no haya sido restablecida por juez competente.

1.7.2 Elemento formal

La doctrina nacional acostumbra dividir las formalidades en judicial y voluntaria o administrativa.

El trámite de adopción en todos los casos deberá iniciar con una solicitud. En caso de una adopción nacional, los interesados deben presentar su respectiva solicitud cumpliendo con todos los requisitos ante la Autoridad Central, para los efectos de realizar los estudios que correspondan y si es procedente, dictar la declaratoria de idoneidad respectiva.

En caso de una adopción internacional, las personas interesadas en adoptar a un niño, niña o adolescente, deberán iniciar sus diligencias de adopción ante la Autoridad Central de su país de residencia, la que remitirá la solicitud con los certificados correspondientes a la Autoridad Central de Guatemala, la que declarará la idoneidad debidamente certificada.

Declarada la adoptabilidad del menor de edad por juez de primera instancia de niñez y adolescencia y dictaminada la idoneidad de los solicitantes por la Autoridad Central, se realiza la selección de personas idóneas para el niño, niña o adolescente, tomando en consideración sus necesidades, en un plazo de diez días contados a partir de la solicitud de adopción, dando prioridad a las adopciones nacionales y subsidiariamente a las internacionales.

La selección de los padres que pretenden adoptar a un menor de edad, debe realizarse considerando los siguientes criterios:

- a) Interés superior del niño, niña o adolescente;
- b) Derecho a la identidad cultural;
- c) Aspectos físicos y médicos;
- d) Aspectos socioeconómicos;
- e) Aspectos psicológicos.

Sin embargo, en ciertos casos se puede acudir directamente ante un Notario y únicamente con el dictamen favorable de la Autoridad Central, podrán formalizar la adopción mediante la autorización de la escritura pública respectiva, siendo los siguientes:

- a) El hijo o hija menor de edad de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad; o,

b) El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; de igual forma, podrá ser adoptada la persona que cuenta con la mayoría de edad, aunque con incapacidad civil declarada de conformidad con la ley, con el expreso consentimiento de quien ejerza sobre él la tutela.

1.8 Procedimientos de adopción de conformidad con la Ley de Adopciones

1.8.1 Procedimiento administrativo

Al momento que sea declarada la adoptabilidad del niño, niña o adolescente, la Autoridad Central debe dar inicio al proceso de adopción, el cual se conforma de varias etapas:

Proceso de orientación: La orientación tiene como finalidad el proporcionar información y asesoría a los interesados en tramitar la adopción, sobre los principios, derechos y consecuencias derivadas de las decisiones tomadas. Dicho proceso es necesario e indispensable, además debe constar materialmente dentro del expediente.

El Artículo 38 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República señala: "Proceso de orientación a los padres biológicos. Los padres biológicos del niño que voluntariamente deseen darlo en adopción, solamente después de que haya cumplido seis semanas de nacido su hijo o hija, podrán acudir ante la Autoridad Central para expresar su voluntad de darlo en adopción y someterse al proceso indicado en esta ley y su reglamento.

Si después de haberse sometido al proceso de orientación, los padres continúan con la intención de dar en adopción a su hijo o hija, comparecerán ante la Autoridad Central, para continuar con el procedimiento".

Pruebas científicas: Finalizado el proceso de orientación, es el momento oportuno para recabar las pruebas científicas idóneas y necesarias, específicamente la de Ácido Desoxirribonucleico -ADN-.

El ácido desoxirribonucleico es un ácido nucléico que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y el funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos y algunos virus.

Las moléculas del Ácido Desoxirribonucleico -ADN- son el ser portador y transmisor entre generaciones de información genética, para construir otros componentes de las células, como moléculas y proteína, tanto de los padres biológicos como plantares y palmares del niño, niña o adolescente sujeto al proceso de adopción. En virtud de ello y de su relevancia dentro de todo proceso de adopción es necesario informarse sobre la definición y relación en el proceso que nos atañe.¹³

Impresiones dactilares y palmares: Tiene como finalidad el identificar de manera precisa y única a una persona por medio de su impresión digital y/o palmar, siendo estas únicas e inconfundibles entre un ser humano y cualquier otro del mundo, lo cual conlleva a tener un archivo personalizado y de origen de cada ser humano.

¹³ Drew H. Wolfe. **Química general, orgánica y biológica**. Págs. 214 y 215.

Las impresiones dactilares y palmares deben ser debidamente certificadas para que se pueda establecer la autenticidad de las personas de manera única e inconfundible por medio de un dispositivo electrónico que captura la impresión digital y de un programa que realiza la verificación, origen, marcas y rasgos únicos, lo que hace que en los procesos que se utilice un respaldo de este tipo de información, sea eminentemente fiable

Proceso de selección de personas idóneas como potenciales adoptantes: Declarada la adoptabilidad por el juez de la niñez y adolescencia, la Autoridad Central debe seleccionar a las personas que pretendan adoptar a un menor de edad, las cuales deben ser idóneas para el niño, niña o adolescente adoptable, ello dentro del plazo de diez días a partir de la solicitud de adopción, con base en el principio de prioridad nacional, el cual consiste en dar oportunidad, de preferencia, a padres adoptivos nacionales; si no fuere posible, es entonces cuando se llevará a cabo la adopción internacional, de forma subsidiaria y siempre cuando prevalezca el interés superior del menor de edad.

Es importante establecer la diferencia y evolución que ha tenido la institución de la adopción en el transcurso de los años, con respecto a las personas que pueden adoptar a un menor de edad, ya que en las primeras épocas de la civilización lo único que predominaba era el interés objetivo de la familia y se consideraba un problema familiar, el matrimonio carente de hijos, por no haberlos tenido, por no poderlos tener o por haberlos perdido; viéndose obligados a acomodar a cualquier niño, niña o adolescente a la familia carente de linaje.

Por otro lado, actualmente existe un ente especializado para seleccionar las personas idóneas para un menor de edad adoptable, siempre respetando el principio del interés superior del niño, con la finalidad de reforzar la protección del mismo, como pleno sujeto de derechos humanos, y además, como beneficiario de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable.

“El interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los menores de edad, conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de, si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros”¹⁴.

Cuando se habla del interés superior del niño no me refiero a lo que nosotros pensamos que le conviene al menor de edad o de lo que el juez cree que es lo mejor para él, sino que, del interés primordial de decidir sobre los derechos humanos del mismo.

Resolución de selección: Con base a los estudios realizados y pruebas recabadas, la Autoridad Central, dentro de los cinco días siguientes dictamina la procedencia de la adopción. Para el efecto, ha de emitir una resolución de selección de personas idóneas, haciendo constar el interés superior del niño, niña o adolescente, el derecho a su identidad cultural, tomando en cuenta aspectos físicos, médicos, socioeconómicos y psicológicos de los futuros adoptantes, y especialmente el derecho a una familia.

¹⁴ Freedman, Diego. **Funciones normativas del interés superior del niño**. Pág. 21.



Notificación de selección a los potenciales adoptantes: Dicha resolución ha de notificarse a los interesados. Practicada la notificación, los futuros adoptantes han de emitir, dentro de los siguientes 10 días de su notificación, la aceptación expresa y por escrito de la asignación que les hicieren del niño, niña o adolescente, ante la Autoridad Central.

Período de socialización y convivencia personal: La Autoridad Central autorizará un período de convivencia y socialización personal, el cual consiste en un tiempo, relativamente corto de convivencia entre los adoptantes y el menor de edad adoptivo, con el objeto de comprobar la aceptación y adaptación recíproca en virtud de la cual se dé lugar a una unión e integración familiar posterior, período que nunca será menor a cinco días.

Consentimiento del menor de edad: Dos días después de finalizado el período de socialización, la Autoridad Central solicitará al menor de edad su opinión, si fuera procedente, con base a su edad y madurez, lo cual debe hacerse constar por escrito en dicho expediente, denominándose como el consentimiento del niño, lo cual se encuentra debidamente regulado en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Informe de empatía: Concluido el período de convivencia y socialización, así como recabada la opinión del niño, niña o adolescente en su caso, el Equipo Multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes, un informe de empatía, el cual versará sobre la calidad de relación entre los potenciales adoptantes y el menor de edad.



El informe de empatía ha de ser certificado, con base al Artículo 46 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece: "Informe de empatía. Al concluir el proceso de socialización y tomando en cuenta la opinión del niño, el Equipo Multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes, contados a partir del período de socialización un informe de empatía que señalará la calidad de la relación establecida entre los potenciales adoptantes y el adoptado".

Dictamen final administrativo: La Autoridad Central, dentro de cinco días siguientes de concluido el proceso administrativo, ha de dictaminar la procedencia o improcedencia de la adopción, tomando en consideración, los exámenes correspondientes, dictámenes, estudios, evaluaciones y prohibiciones que contempla la Ley de Adopciones. Así como también ha de emitir certificación e informe de todo lo relacionado al expediente a los interesados, con el objeto de iniciar la etapa judicial de la adopción.

1.8.2 Procedimiento judicial

En este momento del proceso de adopción y para dar conclusión al mismo, procede homologar el proceso, lo cual significa, validarlo y autorizarlo por parte de juez competente, ello a su vez conlleva a declarar con lugar la adopción para que esta adquiera validez estatal y certeza jurídica.

Este procedimiento se conforma de las siguientes etapas:



Remisión de las diligencias administrativas al Juzgado de Primera Instancia del Ramo de Familia: Se inicia con la recepción de la solicitud de adopción, por parte del juez de familia, siendo el momento de verificar el cumplimiento estricto del procedimiento de adopción, tanto en su parte administrativa, como la observancia de los requisitos legales y el estricto cumplimiento del Convenio de la Haya.

Resolución de homologación y declaratoria favorable de la adopción nacional o internacional: Sin más trámite y como establece la Ley de Adopciones, el juez de Familia ha de homologar y declarar con lugar la adopción, en un plazo no mayor a tres días de recibido el expediente. En virtud de lo cual, ha de emitir la resolución judicial correspondiente, que ordene su inmediata inscripción en el registro respectivo, para el efecto debe adjuntar certificación de la resolución de homologación y certificación del dictamen emitido por la Autoridad Administrativa.

Dicho registro competente, es el Registro Nacional de las Personas RENAP, con base en lo que establece la ley de la materia, Decreto 90-2006 del Congreso de la República de Guatemala. En dicha resolución el juez otorga la patria potestad y por ende, la guarda y custodia del niño, niña o adolescente a los padres adoptantes, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero, en su caso.

Por ser una resolución de carácter meramente judicial, si no se está de acuerdo con su contenido, es procedente impugnarla a través de los recursos y remedios procesales establecidos por ley. La resolución del juez de familia es apelable dentro del plazo de tres días de notificada, ante el mismo juez que la dictó.

Notificación y restitución del derecho de familia: Una vez autorizada la adopción, debe notificarse la resolución a la Autoridad Central, para tenerse la restitución material del derecho de familia del adoptado por medio del acto de apersonamiento de los adoptantes y él o la adoptada; con base al Artículo 54 de la Ley de Adopciones que señala: "Restitución del derecho de familia. Autorizada la adopción por el juez, la deberá notificar a la Autoridad Central, verificará que se restituya el derecho de familia del adoptado, por medio de acto en el que personalmente comparecen los adoptantes y el adoptado".

Certificado de adopción y reconocimiento estatal: La Autoridad Central, luego de concluida la etapa administrativa y judicial con éxito y estando firme la resolución declarando con lugar la adopción, ha de emitir un certificado de adopción, indicando y probando, que dicho procedimiento ha sido realizado con éxito, en virtud de haberse cumplido con las etapas del proceso de acuerdo a los preceptos legales en la materia, desde la perspectiva nacional y con observancia del derecho internacional aplicable; dicha certificación debe dictarse en un plazo no mayor de ocho días de notificada la resolución judicial.

En virtud de la certificación emitida por el Consejo Nacional de Adopciones como Autoridad Central, siempre y cuando se haya llevado a cabo a cabalidad el proceso judicial de adopción, el Estado de Guatemala reconocerá la adopción, en cuanto a su realización de acuerdo a normas de derecho y como Estado miembro del Convenio de la Haya, cumpliendo así, con el compromiso a nivel internacional adquirido dentro de dicho Convenio, en materia de adopción internacional.

El Artículo 23 del Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño, niña o adolescente y a la cooperación en materia de adopción internacional, establece sobre el reconocimiento y efectos de la adopción que: “Una adopción certificada conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes...”.

1.9 Regulación legal de la adopción

1.9.1 Constitución Política de la República de Guatemala. El Artículo 54 de dicho cuerpo legal, reconoce y protege la institución de la adopción, reconociendo además que e hijo adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante y declarando de interés nacional la protección de niños, niñas y adolescentes huérfanos y abandonados.

1.9.2 Convención Sobre los Derechos del Niño. En el preámbulo de dicho Convenio se establece: “... Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional...”.

El Artículo 21 de Convención Sobre los Derechos del Niño indica: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”. De igual manera también establece todas las obligaciones pertinentes con respecto a la relación existente entre el adoptado y adoptante.

1.9.3 Código Civil. El Artículo 228 de dicho cuerpo legal establece: “Todos los aspectos relativos a la adopción se regirán por la ley de Adopciones”; el cual fue derogado por el Artículo 63 del Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones.

1.9.4 Ley de Adopciones. El Artículo 2 literal a. del Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones indica: “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”.

1.9.5 La Ley de Protección Integral De La Niñez y Adolescencia. El Artículo 22 del Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República establece: “Adopción. El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y adolescentes debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior y conforme a los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala”.

1.10 Competencia: Juzgados de la Niñez y Adolescencia

Inicialmente todos los casos en materia de niñez y adolescencia eran puestos de conocimiento a los jueces de los Juzgados de Menores. Posteriormente fueron creados los siguientes Juzgados: dos Juzgados de la Niñez y Adolescencia, dos Juzgados de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y un Juzgado de Ejecución, el cual estaba integrado por dos jueces.

Sin embargo, por ser insuficientes los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, fue creado un tercer Juzgado para conocer de dichos casos.

La mora judicial hacía que las audiencias, dentro de los procesos de protección, se celebraran hasta diez meses después de la denuncia presentada, pese a que se tratara de casos de niños, niñas o adolescentes víctimas de maltrato, así como de trata, abuso sexual, abandono, mendicidad, falta de educación o registro.

Ante la necesidad de readecuar la gestión, organización y conocimiento de los casos en materia de la niñez y adolescencia, la Corte Suprema de Justicia, mediante el Acuerdo Número 25-2011, creó el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, el cual entró en vigencia el tres de octubre de 2011.

El Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana conocerá, tramitará y resolverá los casos de amenaza y violación de los derechos humanos de niños niñas y adolescentes, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; dicho Juzgado, se encuentra ubicado en la sexta avenida "A" veinte guión veintisiete, zona uno de la ciudad de Guatemala y tiene competencia exclusiva en el departamento de Guatemala, con excepción de la competencia territorial atribuida al Juzgado de la Niñez Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del municipio de Mixco, quienes conocen sobre los casos con relación a menores de edad objeto de protección y a menores de edad transgresores de la ley penal, en el municipio de Mixco, departamento de Guatemala.

De conformidad con el Artículo 104 del referido cuerpo legal, "Son atribuciones de los juzgados de la Niñez y Adolescencia las siguientes: a) Conocer, tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio, que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia y que, a través de una resolución judicial, se restituya el derecho violado o cese la amenaza o violación al mismo. b) Cuando sea necesario conocer, tramitar y resolver todas aquellas conductas que violen la ley penal, atribuibles a los niños o niñas menores de trece años, dictando las medidas de protección adecuadas que, en ningún caso, podrán ser de privación de libertad. c) Conocer y resolver de los casos remitidos por las Juntas Municipales de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia. d) Remitir, a quien corresponda, los informes estadísticos mensuales. e) Realizar el control judicial de la medida o medidas decretadas en forma provisional. f) Las demás funciones y atribuciones que esta ley u otras leyes le asignen".

La nueva judicatura de la Niñez y Adolescencia en el departamento de Guatemala, está equipada con los mecanismos necesarios que permiten establecer las condiciones idóneas para efectuar una labor beneficiosa y favorable para la administración de justicia en Guatemala, optimizando y perfeccionando la labor que realiza dicho órgano jurisdiccional.

Esta medida forma parte de las acciones de modernización impulsadas por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, para garantizar un adecuado funcionamiento de cada una de las judicaturas, al mismo tiempo promueve una gestión eficaz, eficiente y mejora el acceso a la justicia.

1.10.1 Integración

Según el Artículo 2 del Acuerdo 25-2011 de la Corte Suprema de Justicia: “INTEGRACIÓN. El Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana estará integrado con el número de jueces que la Corte Suprema de Justicia designe, en el que los diferentes jueces mantendrán coordinación entre sí, con el propósito de optimizar los recursos y el desarrollo de una gestión eficiente de las causas judiciales que conozcan”.

Es decir, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, fue creado por la fusión de los Juzgados Primero, Segundo y Tercero, de la Niñez y Adolescencia del municipio de Guatemala del departamento de Guatemala.

El objetivo del cambio, radica en que las judicaturas de la niñez y adolescencia al ser un solo centro metropolitano con cinco jueces, esperan minimizar la mora judicial en este tipo de casos, en tres meses, a partir de su modificación.

Importante es hacer notar la relación interinstitucional que se crea para optimizar el servicio, tomando en consideración la vulnerabilidad de la cual se revisten los menores de edad, por lo que, el Organismo Judicial firmó un convenio con la Procuraduría General de la Nación, con el fin de agilizar los trámites relacionados con los menores de edad, cuyos derechos han sido objeto de violación o se encuentren en peligro de ser violentados, para lo cual, esta última Institución aumentó el personal en la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, contando actualmente con 31 investigadores.

Los servicios de apoyo a la función jurisdiccional del Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana se dividen en las siguientes secciones:

- a. Atención al público y archivo;
- b. Comunicaciones y notificaciones;
- c. Audiencias y resoluciones;
- d. Equipo técnico;

1.10.2 Funciones

El Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, tiene como finalidad readecuar la gestión y organización del despacho judicial de la niñez y adolescencia del municipio y departamento de Guatemala, para garantizar el acceso a la justicia, propiciar el efectivo interés superior del niño, niña y adolescentes otorgando una respuesta oportuna e integral a los casos de amenaza o violación a sus derechos humanos.

Dicho Juzgado se organiza en atención al principio de exclusividad de la función jurisdiccional de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes de la materia. Además, observará el principio de flexibilidad y autonomía progresiva del niño, niña y adolescente, con base a lo siguiente:

- a) En todos los casos, los jueces que integran el referido órgano jurisdiccional, resolverán y notificarán en audiencia oral los requerimientos escritos o verbales que les sean formulados.

- b) Si de la realización de una audiencia se genera una posterior, ésta se fijará y notificará en el mismo acto.

- c) El niño, niña o adolescente deberá ser escuchado directamente en audiencia, a través de medios audiovisuales auxiliados por psicólogo, psiquiatra o personal especializado.

- d) Uso obligatorio del Sistema de Gestión de Tribunales -SGT- según el Acuerdo número 20-2011 de la Corte Suprema de Justicia, como el único sistema informático para el registro, gestión y seguimiento de cada uno de los casos judiciales, en el que se incluye el ingreso de las audiencias programadas en la Agenda Única de Audiencias, el cual, se constituye como el sistema de registro y publicación de la calendarización de audiencias programadas en los distintos órganos jurisdiccionales, a nivel nacional.

- e) La división de funciones jurisdiccionales y administrativas. Los jueces que integren el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana conocerán todas las solicitudes que hubieren ingresado durante la jornada ordinaria laboral, sin postergar su conocimiento, ni remitirlo a otro órgano jurisdiccional. Las solicitudes que surgieren en horario inhábil, en prevención, conocerá el Juzgado de Paz Penal de Turno con sede en la Torre de Tribunales.

1.10.3 Estadística

Según reporte de asignaciones por tipo de proceso, emitido por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Área Metropolitana, de acuerdo con el Sistema de Gestión de Tribunales -SGT-, del 01 de enero de 2012 al 11 de abril del mismo año, fueron presentadas, realizadas y tramitadas, 20 exhibiciones personales, 2 amparos, 4 localizaciones, 3 actos de investigación, 3 denuncias por violación al derecho a la vida, 189 denuncias por violación al derecho a la familia, 561 denuncias por violación al derecho al respeto y protección a la integridad personal, 17 denuncias por violación al derecho a la identidad, 1 denuncia por violación al derecho a la libertad, 14 denuncias por violación al derecho a la salud, 1 denuncia por violación al derecho a la educación, 1 denuncia por violación al derecho a la igualdad o protección contra la discriminación, 11 denuncias por violación al derecho de protección contra la explotación o abuso sexual, 2 denuncias por violación al derecho al impulso del desarrollo integral, 12 denuncias por violación al derecho de protección en casos migratorios y 1 denuncia por violación al derecho a la protección a la explotación económica, haciendo un total de 842 denuncias presentadas ante el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Área Metropolitana.

CAPÍTULO II

2. La patria potestad

2.1 Definición

En todo grupo humano, más o menos articulado, en toda relación jurídica en la que se asocien varias personas para cumplir un cometido que se sale de las más puras situaciones del derecho privado, siempre tiene que haber un poder de dirección que dé armonía y dé unidad a la variedad que el mismo supone.

En el grupo matrimonial la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar. Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común.

Este principio rector está representado por la patria potestad, que en los primeros tiempos suponía soberanía perfecta, dada la configuración de la familia; después representa soberanía imperfecta, dada la prepotencia del Estado y lo inoperante de la vida familiar dentro del cuadro político, si bien se desprende del mismo un complejo de derechos instituidos en beneficio del padre; y, finalmente, supone mero designio funcional, pues las facultades que todavía le restan se conceden y consagran solo por el fin exclusivo de atender a la asistencia y protección de los hijos menores de edad, completando su capacidad.

El jurista Guillermo Cabanellas la define como: "Conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados"¹⁵.

Domina en esta materia, el principio fundamental de que la patria potestad ha de concebirse y ejecutarse como una función que el Estado reconoce a los padres respecto de los hijos menores de edad, en beneficio de éstos, para proveer de su asistencia y protección en la medida reclamada por las necesidades de los mismos.

Resulta, por ende, equivocado el término de patria potestad, porque no hay ya tal potestad; no hay poder, sino función; no hay complejo de facultades, sino suma de deberes; no hay señorío, como decían nuestras antiguas leyes, sino una misión sagrada a cumplir con las miras puestas en el bien de los menores de edad.

De este principio general se deriva, como consecuencia indeclinable, la desaparición de la potestad correctiva, que queda reducida a su mínima expresión, y solo en los límites que la educación reclama. Más allá se incurre en sanción y en el reproche de la ley hacia el poder que se ha excedido.

"Según las modernas concepciones del mundo civilizado, la patria potestad es la institución por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores de edad, en la medida reclamada por las necesidades de éstos"¹⁶.

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. *Ob.Cit.* Pág. 148



De esta definición se infieren las consideraciones siguientes:

- a) La patria potestad es una institución jurídica: La naturaleza jurídica de la patria potestad es el ser una institución de derecho público y de protección estatal hacia los menores de edad con respecto a sus padres biológicos o adoptivos.

- b) En virtud de la existencia de esa institución jurídica, se ratifica el derecho de los padres de la asistencia y dirección de sus hijos menores de edad. Se trata de una facultad natural de dirección, asentada como tal en la propia naturaleza y exaltada por el amor y la abnegación que nadie como los padres pueden tener respecto de sus hijos y que como tal, es avalada por las costumbres y el respeto universal.

- c) La patria potestad es flexible y se adapta a las circunstancias de personas y tiempo. Por ella los padres tienen la dirección y asistencia de los hijos menores de edad, en la medida reclamada por las necesidades de éstos últimos. De ello se deduce, naturalmente, que cuando los hijos son mayores de edad no existe patria potestad, salvo aquellos que sean declarados en estado de interdicción.

La facultad de dar consejo para el matrimonio, la reverencia que éstos deben a sus padres y otras conductas morales y más o menos jurídicas, estarán conectadas con la condición de los padres, pero no con la institución jurídica de la patria potestad que en el moderno derecho termina cuando el hijo alcanza la mayoría de edad.

¹⁶ Puig Brutau, José. **Fundamentos de derecho civil, la familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela.** Págs. 128 y 129.

Con base a lo establecido en el Código Civil, Decreto Ley 106, "La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente con el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarado en estado de interdicción" (Artículo 252 del Código Civil).

2.2 Antecedentes históricos

El concepto de patria potestad ha sufrido una completa evolución desde la época del Derecho Romano hasta la actualidad. Para los antiguos romanos, la patria potestad era "el conjunto de derechos que tenía el jefe sobre las personas que formaban parte de la familia"¹⁷.

No había pues, solamente una relación entre el padre y los hijos sino que aún los descendientes de éstos, estaban sometidos al pater familia. Por otro lado, se parte de la base que se trataba de un conjunto de derechos. Este conjunto de derechos era tan amplio, que los romanos se vanagloriaban de ser el pueblo que había reconocido una mayor autoridad al jefe de familia.

Los derechos de los padres sobre los hijos eran ilimitados. Tenían derecho de vida y muerte sobre ellos, la facultad de venderlos, y la prerrogativa de pertenecerles todo lo que adquirirían los hijos.

¹⁷ Bravo G. Agustín. **Libro de derecho romano**. Pág. 34.

Este poder se extendía aún más allá de la mayoría de edad de los sometidos, y terminaba solamente, por el fallecimiento del jefe, por haber perdido éste o el hijo, la libertad o la ciudadanía, por la emancipación del hijo o por haberlo dado en adopción.

La pérdida de la libertad o la ciudadanía del padre o del hijo implicaban también la pérdida de la patria potestad, puesto que ésta solo se le reconocía a los ciudadanos romanos y podía recaer solo sobre individuos de la misma condición.

Esta organización de la patria potestad fue sufriendo modificaciones a través del tiempo. El derecho de vida y muerte que el pater familia tenía sobre sus hijos, fue pasando a un régimen muy distinto. Este derecho absoluto se fue debilitando.

Constantino llegó a castigar con la pena establecida para el parricida, al pater familia que diera muerte a un hijo sin la autorización del magistrado. Lo mismo sucedió con respecto a la venta de los hijos.

En la ley de las XII Tablas se estableció que tres ventas consecutivas de los hijos, por parte del pater familia, traían por consecuencia liberar al hijo del poder del padre. Posteriormente la jurisprudencia llegó a más, al punto de establecer que la primera venta producía la libertad del hijo.

Ahora bien, en la época de Justiniano, el derecho del pater familia se ve tan modificado, que queda reducido a la corrección moderada y bajo la vigilancia de la autoridad.; en virtud de lo anterior se pudo llegar a establecer una perfecta distinción entre los derechos del padre sobre sus hijos y el poder sobre los esclavos y las cosas.

Dentro del Derecho Romano y según el tratadista Eugenio Petit, “Durante esta evolución comienza a introducirse el reconocimiento de los peculios. Primeramente el profecticio. Se trata de una simple concesión paterna. Se entregaba al hijo una cantidad determinada de bienes para que los administrara, aunque seguían siendo propiedad del padre. Es recién, la creación del peculio castrense lo que traerá un reconocimiento de la personalidad jurídica del alieni juris o sometido”¹⁸.

El mismo autor establece que, “Se reconoció a los alieni juris el derecho de disponer por testamento de los bienes adquiridos en servicios militares. Este es el origen del peculio castrense, conjunto de bienes que pertenecían al hijo. Luego surgió el peculio adventicio, sobre el que el padre tenía el usufructo de los bienes que eran propiedad del menor de edad”¹⁹.

2.3 Características

La institución jurídica de la patria potestad tiene los caracteres o notas singulares siguientes:

- a) Constituye ante todo, un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que está asignada a los padres, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado, que la articulan ellos como sujetos a quienes corresponde con exclusividad.

¹⁸ Petit Eugenio. **Tratado elemental de derecho romano**. Pág. 127

¹⁹ Ibid. Pág. 245

- b) Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero; solo la madre puede ejercer, como asociada, determinadas funciones propias de la patria potestad en el área particular de la familia; esto no obsta sin embargo, para que el padre pueda encomendarlos a un tercero, valiéndose para ello de auxiliarse de cumplimiento, como por ejemplo, entregar al hijo a un mentor o a un internado, o enviarle a un aprendizaje o a un maestro que le dé enseñanza.
- c) Además es intransferible, no puede el padre transmitir a un tercero en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos; solamente puede entrar en juego la institución de la adopción.
- d) Finalmente, representa una obligación positiva de trato continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad. No es factible, en efecto, asumir la patria potestad y mantenerse en una situación negativa.

2.4 Efectos

Los efectos pueden distinguirse en dos relaciones: con respecto a las personas y con respecto a los bienes.

- a) Efectos con relación a las personas: Respecto a los sometidos a la patria potestad, los hijos cuales quiera sea su estado, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Este deber ético, no se extingue con la emancipación.

Mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o en virtud de resolución judicial; tampoco puede comparecer en juicios ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del que, o de los que la ejerzan, resolviendo el juez en caso de irracional desacuerdo.

Estas prescripciones tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quienes se encuentran sometidos a los efectos de esta institución, podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin autorización a contraer obligaciones que pudieran comprometer su patrimonio.

Respecto a las personas que la ejercen, la obligación de educar convenientemente al menor de edad o mayor de edad declarado en estado de interdicción, incumbe a las personas que le tienen bajo su patria potestad y su incumplimiento entraña responsabilidad.

Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de castigar y corregir a sus hijos, moderadamente. La obligación de dar alimento, a los hijos se acentúa en el caso de que se halle sometido a la patria potestad.

b) Con relación a los bienes de los menores de edad o mayores de edad, sujetos a la patria potestad, los padres de éstos, tienen el derecho de administrarlos y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición; sin embargo, no pueden disponer ni gravarlos, ni contraer en nombre de sus hijos, obligaciones, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización de juez competente.

De la misma manera, no podrán celebrar contratos de arrendamiento cuyo plazo sea mayor a 3 años, recibir la renta anticipada por más de 1 año, ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona, todo sin la autorización judicial respectiva, a través de un procedimiento de disposición de bienes de menores de edad o diligencias de utilidad y necesidad, en la vía de jurisdicción voluntaria judicial o notarial.

El que ejerza la patria potestad no puede adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor de edad, salvo el caso de sucesión intestada.

2.5 Separación, suspensión y pérdida de la patria potestad

2.5.1 Separación de la patria potestad

De conformidad con el Artículo 269 del Código Civil, Decreto Ley 106, "Si el que ejerce la patria potestad disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, será separado de ella, a solicitud de los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o del Ministerio Público".

Es necesario tomar en cuenta que la mala administración en este caso, comprende el derroche, el despilfarro y el desperdicio de los bienes de un menor de edad.



2.5.2 Suspensión de la patria potestad

La patria potestad se suspende:

- a) Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente;
- b) Por interdicción, declarada en la misma forma;
- c) Por ebriedad consuetudinaria; y,
- d) Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.

2.5.3 Pérdida de la patria potestad

La patria potestad se pierde:

- a) Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares en su calidad de padres;
- b) Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles ejemplos corruptores;
- c) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;



- d) Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado;
- e) Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito;
- f) Cuando el hijo es adoptado por otra persona.

2.6 Restablecimiento de la patria potestad

El juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos:

- a) Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos;
- b) Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes;
- c) Cuando dicha rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso a) anteriormente relacionado.

En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los 3 años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva.

2.7 Elementos

2.7.1 Elemento personal

- a) Los hijos que están bajo la patria potestad: Respecto a los hijos, éstos se hallan bajo la patria potestad de sus padres, siendo menores de edad, o bien, mayores de edad declarados en estado de interdicción, de conformidad con lo regulado en el Artículo 252 del Código Civil.
- b) Los padres a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad: Respecto a los padres, el Artículo 252 del Código Civil establece que la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente, en el matrimonio y en la unión de hecho, o por uno solo en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso.

2.7.2 Elemento formal

La patria potestad es una institución jurídica que nace con el solo hecho de ser padre o madre de una persona menor de edad o mayor de edad declarada en estado de interdicción. Sin embargo, la separación, suspensión, pérdida y/o restablecimiento de la patria potestad, son objeto de un juicio tramitado en un juicio oral, regulado en el Decreto Ley 107.



Esto en virtud de lo regulado en el Artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia que preceptúa: “En las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, rige el procedimiento del juicio oral”, que está establecido del Artículo 199 al 210 del Código Procesal Civil y Mercantil”, el cual se desarrolla de la siguiente manera:

Presentación de la demanda: De acuerdo con el Artículo 201 del Código Procesal Civil y Mercantil, la demanda puede presentarse verbalmente, en cuyo caso el secretario del tribunal de familia correspondiente, autorizará el acta respectiva. Asimismo podrá hacerse por escrito; en ambos casos se deberá de cumplir con los requisitos establecidos en los Artículos 61, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil, debiendo el actor acompañar a su demanda los documentos en que funde su derecho y si no los tuviere a su disposición los mencionará con la individualidad posible, designando el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales.

La demanda puede ser ampliada entre el emplazamiento y la primera audiencia, o al celebrarse esta. Aunque la ley no menciona la modificación, existe la posibilidad, no solo porque la ampliación es ya de por sí una modificación de la demanda sino por la aplicación supletoria del Artículo 110 del Código Procesal Civil y Mercantil, pues de conformidad con lo que establece el Artículo 200 del cuerpo legal referido, son aplicables al juicio oral todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a las normas generales de dicho juicio oral. Si esta circunstancia ocurre antes de la primera audiencia, debe emplazarse nuevamente al demandado por tres días y si se lleva a cabo durante la primera audiencia, el demandado podrá contestar la demanda en el mismo acto o de acogerse al plazo que la ley le otorga.



Emplazamiento: Si la demanda correspondiente se ajusta a las prescripciones legales, el juez señalará día y hora para que las partes comparezcan a juicio oral, previniéndolas a que presenten sus pruebas en la audiencia que se señale para el efecto, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía de la parte que no compareciere. Entre el emplazamiento del demandado y la audiencia, deben mediar por lo menos tres días, término que será ampliado en razón de la distancia. El demandado debe disponer de por lo menos tres días para preparar su defensa, atendiendo a la naturaleza del juicio oral, ya que las partes deben presentarse con todos sus medios de prueba.

Conciliación: En la primera audiencia que señale el juez de familia, al iniciarse la diligencia, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuanimes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren las partes, siempre que no contraríe las leyes;

Es importante resaltar que en caso de existir arreglo entre las partes, el juez debe verificar que dicho arreglo no implique menoscabo al interés superior del menor de edad, en los casos relacionados a la patria potestad. Si la conciliación fuere parcial, el juicio continuará en cuanto a las peticiones no comprendidas en el acuerdo.

Esta etapa del juicio oral tiene como característica principal la obligatoriedad del mismo y se debe realizar al comienzo de la audiencia respectiva, con el propósito primordial que si las partes llegaren a un convenio, el trámite del juicio oral se deberá tener por finalizado.



Excepciones: Al haberse verificado la conciliación, sin resultado positivo, y si el demandado no se conforma con las pretensiones del actor, debe expresar con claridad en la primera audiencia, los hechos en que funda su oposición. Todas las excepciones se opondrán en el momento de contestar la demanda o la reconvencción, pero las nacidas con posterioridad y las de cosa juzgada, caducidad, prescripción, pago, transacción y litispendencia, se podrán interponer en cualquier tiempo, mientras no se haya dictado sentencia en segunda instancia. El juez debe resolver en la primera audiencia las excepciones previas que pudiere, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 121 del Código Procesal Civil y Mercantil, pero puede también resolverlas en auto separado. Las demás excepciones se resolverán en sentencia.

Todos los incidentes que por su naturaleza no puedan o no deban resolverse previamente, se decidirán en sentencia. En igual forma se resolverán las nulidades que se planteen. En todo caso se oirá por 24 horas a la otra parte, salvo que el incidente o nulidad que se plantee deba resolverse inmediatamente. La prueba se recibirá en una de las audiencias que señale el juez de familia.

Contestación de la demanda: La contestación de la demanda debe llenar los mismos requisitos establecidos para la demanda y puede hacerse oralmente en la primera audiencia. Sin embargo puede presentarse por escrito hasta, o en el momento de la primera audiencia. Con la contestación de la demanda verificada antes o en la audiencia, quedan determinados los hechos sobre los cuales va a versar el juicio oral, por lo que ya no es posible ninguna ampliación o modificación de la demandada, puesto que la demanda puede ser modificada o ampliada antes de que haya sido contestada.

Reconvención: En el juicio oral, la reconvención puede presentarse por el demandado, por escrito antes de la primera audiencia o bien durante la celebración de la misma, puede hacerse en la audiencia oralmente y debe plantearse al momento de contestar la demanda. Los efectos que produce son los mismos de la demanda, ya que el juez a menos que el actor reconvenido desee contestarla en la misma audiencia, deberá suspenderla.

Audiencias: Las partes tienen la obligación de concurrir con sus respectivos medios de prueba, a la primera audiencia que se señale para el efecto. Si en esta audiencia no fuere posible diligenciar todos los medios de prueba, se señalará nueva audiencia dentro de un término que no debe exceder de 15 días. Extraordinariamente y siempre que por circunstancias ajenas al Tribunal o a las partes, no hubiere sido posible diligenciar todas las pruebas, el juez podrá señalar una tercera audiencia exclusivamente para ese objeto. Esta audiencia se practicará dentro del término de 10 días. Cuando se proponga la prueba de declaración de la parte, el juez determinará la audiencia en que deba practicarse si no estuviere apercebido para comparecer a la audiencia en forma personal y no por medio de apoderado. De igual forma se procederá para el reconocimiento de documentos.

Si el demandado se alianare a la demanda o confesare los hechos expuestos en la misma, el juez dictará sentencia dentro del tercer día. Cuando el demandado no comparezca a la primera audiencia, sin causa justificada, el juez fallará, siempre que se hubiere recibido la prueba ofrecida por el actor. Dentro de los cinco días a partir de la última audiencia, el juez dictará sentencia.



h) Recursos: En este tipo de proceso sólo será apelable la sentencia.

2.8 Regulación legal

La patria potestad actualmente está regulada en el capítulo VII del Título II del Libro I del Decreto Ley 106, Código Civil, que comprende del Artículo 252 al Artículo 277 del mismo cuerpo legal.

El Artículo 252 del Decreto Ley 106, Código Civil establece: "La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción".

El Artículo 253 del mismo cuerpo legal señala: "El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral y materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad".

El Artículo 254 del Decreto Ley 106, Código Civil establece: "La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición".



CAPÍTULO III

3. La adoptabilidad

3.1 Definición

Como punto de partida, considero que un menor de edad siempre necesita una familia. Es decir, que para cualquier niño, niña o adolescente, la privación de un cuidado adulto, de una relación estable que le proporcione seguridad, tiene efectos devastadores que le pueden llevar al estancamiento en su desarrollo y que esto viene a repercutir en el desarrollo de una sociedad.

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce la protección social, económica y jurídica de la familia, por ser ésta la base de la sociedad. De igual manera, dicho ordenamiento constitucional establece en el Artículo 54: "El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional, la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados".

Por ende, es necesario recordar que la adopción es una institución que representa la acción de recibir como hijo propio, a una persona que, biológicamente no lo es, cumpliendo con los requisitos y solemnidades que establece la ley. En la actualidad se trata de una institución jurídico-social que tiene por objeto, brindarle una familia a un niño, niña o adolescente que carezca de ella.

Para que la adopción pueda ser legalmente reconocida, es necesario realizar el trámite regulado en el ordenamiento jurídico en materia de adopción de cada país; en Guatemala la adopción se encuentra normada en el Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones.

En nuestro país, la adopción se puede llevar a cabo voluntariamente o bien, cuando un menor de edad sea objeto de violación a su derecho de familia. En este último caso, previo a que el Consejo Nacional de Adopciones como Autoridad Central, tramite la adopción respectiva, es necesario que se lleve a cabo un procedimiento de medida de protección a favor del niño, niña o adolescente violentado en su derecho a la familia.

Luego de evidenciarse la violación, el juez de la niñez y adolescente debe dictar la sentencia que en derecho corresponde, declarando la violación del derecho a una familia a un menor de edad y ordenará la restitución del mismo a través de la adopción. En consecuencia, en la misma resolución se debe declarar la adoptabilidad de un menor de edad.

El Artículo 2 literal d. del Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones establece: "... Adoptabilidad. Declaración judicial, dictada por un juez de la niñez y la adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño".

Por su parte el Artículo 2 literal e) del Acuerdo Gubernativo Número 182-2010 del Ministerio de Gobernación, Reglamento de la Ley de Adopciones señala: "... Estado de Adoptabilidad. Situación jurídica de un niño establecida por un Juez de la Niñez y Adolescencia, luego de haber examinado y valorado los aspectos familiares, médicos, sociales y psicológicos del niño, y en la cual determina que este niño puede beneficiarse de una adopción".

En virtud de lo anterior, considero que la adoptabilidad es el estado en que se encuentra un menor de edad que ya ha atravesado un proceso de medidas de protección a su favor y en contra de sus progenitores, y que revela la posibilidad que éste tiene de ser objeto de un proceso de adopción.

3.2 Objetivos de la declaratoria de adoptabilidad

El Estado tiene la obligación de proteger la salud física, mental y moral de los menores de edad, garantizándoles su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social, de conformidad con la Constitución Política de la República, debiéndose tomar las medidas adecuadas para permitir que los niños, niñas y adolescentes, permanezcan bajo el cuidado de su familia.

Para que el Estado lleve a cabo dicha función tan importante y elemental, es necesario que el mismo proteja a los menores de edad a través de un procedimiento de adopción transparente y legal, y para ello es necesario cumplir a cabalidad con cada etapa de dicho proceso.

La base de cualquier medida a tomar, con respecto a un menor de edad, especialmente aquel que sufre la violación al derecho de familia, es el principio de interés superior de la niñez, el cual no hace referencia a un interés particular o individual, sino que es un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y en la práctica social de cada uno de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescente.

El interés superior de los menores de edad es una garantía que se debe aplicar en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. De igual forma, establece la necesidad de determinar en qué medida, en cualquier acción que se tome, por parte de instituciones públicas o privadas, ésta contribuye a fortalecer el desarrollo físico, mental, educativo, cultural, moral, espiritual y social, para lograr el pleno desarrollo de su personalidad de un menor de edad.

En virtud de lo anteriormente argumentado, se resume que los objetivos de la declaratoria de adoptabilidad son:

- a) Establecer el hecho de que el menor de edad es legalmente adoptable.
- b) Instituir el hecho de que el niño, niña o adolescente tiene la necesidad de una familia adoptiva, en virtud de que no puede ser cuidado o reinsertado en su familia de origen o biológica.

- c) Establecer que la niña, niño o adolescente está en capacidad afectiva y médica de beneficiarse de una adopción. Debido a sus vivencias previas, algunos menores de edad pueden no tener ya la aptitud y el deseo de establecer un vínculo de apego con una familia adoptiva o presentan limitaciones serias para adaptarse a un nuevo entorno familiar. Sin embargo, la gran mayoría es apta para obtener el beneficio de un entorno familiar permanente.
- d) Procurar el no discriminar a los niños, niñas y adolescentes que exteriorizan características más difíciles, como retraso físico o mental, graves traumatismos psicológicos, enfermedad, entre otros, ofreciéndoles un medio familiar adoptivo con características particulares para permitir su recuperación física, emocional o psíquica.
- e) Evitar la institucionalización de la niñez y la adolescencia, en virtud que, ésta es considerada una violación a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, porque le separa de su familia, les priva de la libertad y les despersonaliza.

3.3 Clasificación de la adoptabilidad

Según los preceptos jurídicos y la doctrina, la adoptabilidad se divide en judicial y voluntaria.

- a) Judicial: Se realiza a través de sentencia dictada por juez competente, declarando la violación del derecho de un menor de edad, a una familia y la adoptabilidad del mismo, ordenando a la Autoridad Central inicie el respectivo proceso de su adopción.

b) Voluntaria: Los padres biológicos que deseen dar a su hijo en adopción siempre que haya cumplido seis semanas de nacido deben acudir a la Autoridad Central que ordenará el proceso de orientación para los padres biológicos haciendo saber en el mismo las consecuencias de la adopción. Si después del proceso de orientación y realizadas las diligencias que ordena la ley de la materia ratifican su deseo, el Consejo Nacional de Adopciones como Autoridad Central deberá presentar al niño, niña o adolescente, ante el juez de la niñez y la adolescencia para que declare su adoptabilidad.

3.4 Procedencia de la declaratoria de adoptabilidad

Como se ha analizado anteriormente, un menor de edad puede ser objeto de adopción y por lo tanto, declarar su adoptabilidad, cuando los padres biológicos voluntariamente deciden darlo en adopción, o bien cuando la niña, niño o adolescente sufren de abuso, maltrato o violación a su derecho de familia, en cuyos casos, es necesario tramitar el proceso de protección respectivo.

En el caso en que los padres biológicos manifiesten voluntariamente su deseo de dar a un hijo en adopción, siempre que éste haya cumplido 6 semanas de nacido, deberán acudir a la Autoridad Central para recibir el proceso de orientación correspondiente. Si ratifican su deseo de darlo en adopción, la Autoridad Central deberá presentar al menor de edad inmediatamente, ante el juez de niñez y adolescencia, para que éste inicie el proceso de protección de la niñez y la adolescencia y declare la adoptabilidad del mismo.



Ahora bien, si el menor de edad sufre de abuso, maltrato o violación a su derecho de familia, es necesario que se presente la denuncia correspondiente ante la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría de los Derechos Humanos, el Ministerio Público, Policía Nacional Civil o ante un juzgado de la niñez y la adolescencia y en su defecto, a un juzgado de turno y tramitarse el proceso de protección que en derecho corresponde.

Concluido el referido proceso de la niñez y adolescencia y habiéndose realizado las diligencias señaladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el juez según proceda, dictará la sentencia que declare la violación del derecho a una familia de un menor de edad y ordenará la restitución de dicho derecho a través de la adopción. El juez de la niñez y la adolescencia en la misma resolución deberá declarar la adoptabilidad del niño, niña o adolescente, ordenando en consecuencia a la Autoridad Central, que inicie el proceso de adopción.

Entonces, la declaratoria de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, procede al establecerse que:

- a) El niño, niña o adolescente tiene la necesidad de una familia adoptiva, en virtud de que no puede ser cuidado por su familia biológica.

Por diversas razones, en algunos casos, ningún integrante de la familia biológica del menor de edad, les es posible cuidar y mantener al mismo. Y siendo que, es esencial como parte del desarrollo de toda persona, el crecer dentro de una familia, el Estado tiene el deber de garantizar el derecho a la familia, a través de la adopción.

b) El niño, niña o adolescente está en capacidad afectiva y médica de beneficiarse de la adopción.

Tomando en cuenta, que el niño, niña o adolescente que ha sido objeto de abuso, maltrato físico o psicológico o violación al derecho de familia, sufre, por evidentes razones, inestabilidad psicológica o padece de alguna enfermedad o impedimento físico, es necesario, en principio que, concluido el trámite de protección y respetando el principio de interés superior del niño, que se prepare de alguna manera al mismo para el cambio que sufrirá al convivir en familia con personas que hasta ese momento desconoce y quienes además, deben tener la capacidad plena para mantener, cuidar y proteger a su hijo adoptivo, cubriendo con las necesidades del menor de edad.

Posteriormente a la declaratoria de adoptabilidad y como parte del trámite de adopción, el niño, niña o adolescente, tomando en cuenta su edad y grado de madurez y los padres biológicos, los que desean adoptar a un menor de edad o las instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción, deben:

- Recibir asesorías y estar debidamente informados de las consecuencias de su consentimiento con respecto a la adopción, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el menor de edad y su familia biológica;
- Dar su consentimiento libremente, en la forma que la ley establece y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito;



- Establecer que el consentimiento respectivo no se ha obtenido mediante pago, indemnización o compensación alguna y que tal consentimiento no ha sido revocado o anulado;

- Ratificar el consentimiento de la madre, el cual se ha dado únicamente después del nacimiento del niño, niña o adolescente.

En el caso de se realice una manifestación voluntaria de adopción por parte de los padres biológicos del menor de edad, además de ordenar la investigación que corresponde conforme a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, el órgano jurisdiccional correspondiente, ordenará a la Autoridad Central la práctica de las siguientes diligencias:

- a) Realizar el proceso de orientación a los padres biológicos;

- b) Recabar las respectivas pruebas científicas idóneas y necesarias para establecer la filiación, entre ellas la más importante es la prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN-;

- c) Tomar las impresiones dactilares de los padres biológicos e impresiones palmares y plantares del niño, niña o adolescente;

- d) Evaluar los aspectos que el Equipo Multidisciplinario, como unidad asesora de la Autoridad Central, estime convenientes.

3.5 Regulación legal

3.5.1 Constitución Política de la República de Guatemala. El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “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”.

Además dicho ordenamiento constitucional regula en el Artículo 51: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social”.

3.5.2 Convención sobre los Derechos del Niño. El Artículo 3 de dicha Convención regula: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él, ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o protección cumplan las normas establecidas...”.

3.5.3 Código Civil. El Artículo 258 del Decreto Ley 106, Código Civil estipula: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. “6. Por declaratoria de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y la adolescencia”.

3.5.4 Ley de Adopciones. El Artículo 2 literal d. del Decreto 77-2007 del Congreso de la República establece: “... d. Adoptabilidad: Declaración judicial, dictada por un juez de la niñez y la adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño”.

El Artículo 64 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República, adicionó el numeral 6. al Artículo 258 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual se refiere al hijo adoptivo, no teniendo ninguna relación con el artículo que los legisladores al momento de crear la ley, pretendían modificar, es decir el Artículo 274 del mismo cuerpo legal, quedando así: “Artículo 64. Se reforma el artículo 258 del Decreto Ley Número 106, Código Civil, adicionándole el numeral 6 el cual queda así: 6. Por declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y la adolescencia”.

3.5.5 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. El Artículo 18 de dicha ley indica: “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia”.



CAPÍTULO IV

4. La inaplicabilidad del Artículo 64 de la Ley de Adopciones e imposibilidad de interpretación del Artículo 258 del Código Civil, en casos de adopción y pérdida de la patria potestad

4.1 La inaplicabilidad de las normas jurídicas

En un sentido jurídico, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define la palabra inaplicable como: "...que carece de aplicación, por haber perdido su energía o vigencia, o debido a que no se adapta a la situación, al caso. Cuando la ley resulte inaplicable a un acto, contrato o proceso, en lo civil se recurre a las fuentes legales supletorias; en lo penal, por no haber tipificación, o por faltar más rara vez la sanción, corresponde absolver. Derogada la ley expresamente, no cabe aplicarla ni como precepto supletorio. Ha de recurrirse a una ley genérica, a la analogía, proceder como ante una laguna legislativa. (v. APLICABLE.). No oída la otra parte. Esa situación vulnera el principio por el cual el juez no puede acceder o denegar la pretensión de un litigante sin oír a su contrario; salvo que, citado éste, no quiera comparecer a defender su derecho...".²⁰

En el Derecho Civil de determinados países de América, invoca en distintos casos el Recurso de Inaplicabilidad de la Ley, siendo el único ejemplo jurídico de la palabra inaplicable dentro del ordenamiento jurídico latinoamericano.

²⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Pág. 675.



“El Recurso de Inaplicabilidad de Argentina tiene por efecto el evitar la discrecionalidad jurídica, o sea, evitar que una Sala pueda decidir una cuestión alejada de una correcta interpretación del texto legal, y distinta de las demás Salas que componen la Cámara de Apelaciones. Además se aplica cuando las palabras son ambiguas y vagas pero de igual manera debe tenderse a cierta uniformidad en las decisiones judiciales para que la idea de justicia sea una sola dentro del ámbito de determinado Estado y no, la que impone cada juez en su sentencia”²¹.

Por otra parte, la palabra aplicable o aplicabilidad, es un término que proviene del vocablo latino applicatio y que hace referencia a la acción y el efecto de aplicar o aplicarse (poner algo sobre otra cosa, emplear o ejecutar algo, atribuir)²².

Según el Diccionario de la Real Academia Española: “Aplicar: Emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo”²³.

4.2 Efectos de la inaplicabilidad de una norma legal

El objeto fundamental del Derecho es regular la conducta humana, sus relaciones interpersonales, mismo que se encuentra estructurado por normas jurídicas, las cuales nacen a través de un proceso legislativo teniendo como objeto a su vez ordenar al Estado.

²¹ Diez Picazo, Luis Y Antonio Guillón, **Ob. Cit.** Pág. 156.

²² Guillermo Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 146

²³ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Pág. 698.

Sin embargo, nuestro país por su limitado desarrollo en todo aspecto, lleva a cabo un proceso legislativo que carece de efectividad y eficacia, dando como resultado, normas jurídicas deficientes, inaplicables, creando incertidumbre y poca seguridad jurídica a toda la sociedad.

Es importante mencionar que existen diversas razones por las que es imposible aplicar una norma legal: por estar alejada de la realidad nacional, por su ámbito temporal de validez o bien, porque su contexto es vago, incomprensible que hace que una norma legal nazca sin tener sentido.

Por lo tanto, el principal efecto de la inaplicabilidad de una norma jurídica, es que exista en nuestro ordenamiento jurídico pero con deficiencias que hacen imposible su aplicación a un caso concreto.

4.3 La interpretación de las normas jurídicas

4.3.1 Definición

En sentido general, la interpretación se entiende como la acción y efecto de interpretar, de explicar, revelar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad.

Por su parte, la interpretación de una norma jurídica se define como la aprehensión del significado de la misma, con el fin de aplicarla a la realidad social a la cual se refiere.

La interpretación jurídica “es una actividad que consiste en establecer el significado o alcance de las normas jurídicas y de los demás estándares que es posible encontrar en todo ordenamiento jurídico y que no son normas, como por ejemplo, los principios y la doctrina.”²⁴

4.3.2 Clasificación

La interpretación de normas jurídicas se clasifica de la siguiente manera:

a) Atendiendo a la persona que la realiza:

Auténtica: Es la interpretación que el propio legislador realiza en la ley, es decir, que el creador de ésta define expresamente en el cuerpo de la misma el significado que debe darse a una o varias palabras o instituciones.

Judicial: Es la interpretación que realiza el juez al aplicar la norma jurídica a un caso concreto. Esta interpretación es de observancia obligatoria solamente para el caso específico.

Doctrinaria: Es la interpretación que realizan los estudiosos del Derecho o jurisconsultos, respecto a una disposición contenida en una ley. Esta interpretación no es de observancia obligatoria, pero contribuye para la formación de jurisprudencia.

²⁴ Cardona Vásquez, Brenda Adela. **Análisis jurídico del nombramiento de juez de asuntos municipales realizado por el concejo municipal desde la perspectiva del derecho constitucional guatemalteco.** Págs. 20, 21, 22 y 23.

Formal: Es la interpretación que realiza cualquier persona que no esté incluida dentro de las anteriores y por ende carece de toda obligatoriedad.

b) Atendiendo al orden en que se realiza: El Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece reglas específicas para realizar la interpretación de la ley y para ello debe seguirse el siguiente orden:

Conforme a su texto: Según el sentido propio de sus palabras.

Conforme a su contexto: Si lo anterior no fuere suficiente se atenderá a su contexto, entendido éste como: "el entorno lingüístico del cual depende el sentido y el valor de una palabra, frase o fragmento considerados; entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, social, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se considera un hecho.

De acuerdo con las disposiciones constitucionales: Ya sea que la interpretación se realice atendiendo a su texto o a su contexto debe observarse que siempre debe estar acorde a las disposiciones constitucionales. Es importante hacer notar que cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

Utilizando el método hermenéutico: El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, lo cual quiere decir que la interpretación debe ser integral tomando como base todo el contenido de la ley y no de una manera aislada como muchas veces se pretende realizar.



c) Atendiendo a su alcance:

Restrictiva: Es la interpretación que no permite que se entienda más de lo que el legislador dejó plasmado en la norma, es decir que no se puede aplicar la analogía.

Extensiva: Esta interpretación sí permite que se entienda más de lo que el legislador dejó plasmado en la norma, precisamente porque él mismo otorgó tal facultad.

d) Atendiendo al método que se utilice para realizarla:

- **Gramatical:** Esta interpretación trata de buscar el significado exacto que se pretendió dar a una palabra y para ello el Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial establece el siguiente orden: Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española en la acepción correspondiente; si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate; las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, al menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto.

- **Conceptual o lógica:** Es una modalidad hermenéutica que no repara en el tenor literal de los vocablos usados en la ley, sino que busca cuál es el mandato, hacia dónde se orienta la imperatividad de la norma, tomando como índice el aspecto conceptual. Interesa determinar qué conceptos o ideas generales tratan de reflejar las palabras del texto para integrar, sobre esa base, el sentido general de la norma.

La justificación de esta modalidad metodológica se ha sustentado en algo que no pocas veces acontece en la realidad: cuando el legislador elabora las leyes, no siempre utiliza las palabras en su verdadera dimensión literal o etimológica.

Sistemática: Esta interpretación parte de la idea que todo conjunto, el cual por estar integrado por elementos diversos, es un sistema. Una norma está interrelacionada con otros preceptos dentro de un título o capítulo y también con todos los preceptos conformadores de un texto normativo o una ley.

El texto normativo en su conjunto, constituye un sistema normativo en relación con cada uno de sus preceptos, pero también todas las leyes de un país, incluyendo el texto constitucional, integran un sistema normativo nacional. De esa cuenta, la sistemática consiste en que para encontrar en forma precisa el contenido de una norma, hay que interrelacionarla con los demás preceptos de la ley, incluso, con reglas de otros textos normativos hasta constitucionales, pues todas las reglas jurídicas forman un sistema normativo e interdependientes entre sí.

Histórica o causal-teleológica: Es la interpretación que busca la finalidad que se tuvo para la creación de la norma jurídica, en el momento en que la misma fue implantada a un ordenamiento jurídico, la cual se fundamenta en la doctrina de las causas finales ya que el ser humano cuando actúa individual o colectivamente siempre persigue objetivos, metas y fines en última instancia, en otras palabras todo actuar del ser humano tiene una explicación teleológica porque lleva implícito un por qué y un para qué.

Esta interpretación consiste en que para interpretar un precepto, como recurso importante, es aconsejable auxiliarse con la determinación de cuáles fueron las circunstancias, factores o condicionantes de la realidad (históricos, coyunturales, regionales, sociales, culturales, etc.) que precedieron, influyeron o fueron determinantes en la emisión de la ley a interpretar, y en todo caso, cuál fue la finalidad última perseguida con su promulgación o para qué fue creada.

Ésta es complementaria en buena medida a la interpretación sistemática, porque para implementarla requiere apreciar los preceptos como un sistema normativo, insertos, a su vez, dentro de un contexto de cuestiones fácticas, generadas dentro del grupo social.

El Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial en su último párrafo establece que los pasajes de la ley se pueden aclarar, atendiendo al orden siguiente: A la finalidad y al espíritu de la misma; a la historia fidedigna de su institución; a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas (integración de normas jurídicas); al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

Es de suma importancia acotar lo siguiente en cuanto a la utilización de principios jurídicos en la interpretación de normas jurídicas, especialmente de la Constitución Política de la República de Guatemala. El profesor y catedrático Raúl Canosa comenta que "El Derecho Constitucional, es sobre todo, Derecho por principios"; ya que éstos tratan de evitar la interpretación silogística porque marcan orientaciones de valor imposibles de inferir con ese método.

Más que interpretación, los principios exigen desarrollo y esto corresponde al legislador. Al intérprete supremo no le compete fijar los principios sino mantenerlos abiertos a desarrollos alternativos de las mayorías sucesivas. La interpretación constitucional, en su parte esencial: la interpretación de los principios, es función política, pues de su resultado depende el mayor o menor margen para la discrecionalidad del legislador. Al partir la interpretación constitucional de los principios, su dimensión axiológica no puede negarse. No son necesarias las proclamaciones expresas de valores, lo decisivo es la proliferación de principios constitucionales para forzar una interpretación inexorablemente axiológica pues, a la postre, lo decisivo es dar contenido a esas orientaciones de valor.

Aquí radica la libertad del intérprete que debe rellenar esos preceptos, incluidos los derechos fundamentales que operan también como encarnaciones de los valores. Lo delicado entonces estriba en rellenar sin acotar indebidamente las posibilidades de las sucesivas mayorías para desarrollar en la ley las orientaciones de valor constitucionales.

4.4 La inaplicabilidad del Artículo 64 de la Ley de Adopciones en casos de adopción y pérdida de la patria potestad

La Ley de Adopciones fue creada por el Congreso de la República de Guatemala con la finalidad de reconocer y proteger la institución de la adopción, declarándola de interés nacional, así como también para proteger a los niños huérfanos y abandonados en Guatemala.

Dicho ordenamiento jurídico debe tomar en cuenta que la familia constituye la base de la sociedad y por lo tanto, su conservación es vital para el crecimiento integral del desarrollo del niño, niña o adolescente. Su base es proteger el principio del interés superior del niño frente a cualquier otro. Es por ello que, la intención del legislador al momento de crear las normas, fue implementar un procedimiento ágil y eficiente en donde el beneficiado fuera el menor de edad.

En el caso concreto del Artículo 64 de la Ley de Adopciones, el legislador al crear dicha norma, pretendía adicionar un numeral al Artículo 274 del Código Civil, que regula las causas de la pérdida de la patria potestad, evitando con ello que, posteriormente a llevar a cabo el proceso de medidas de protección a favor de un menor de edad, se tuviera que tramitar un juicio oral de pérdida de la patria potestad, cuando se evidenciaba claramente los vejámenes que eran objeto los menores de edad por parte de su o sus progenitores y la necesidad de que un niño, niña o adolescente fuera protegido a través de la familia. Trayendo como consecuencia, el poner en movimiento otro órgano jurisdiccional y que se revictimice al menor de edad, dejando que transcurra al menos otros seis meses más, por lo regular, institucionalizado, violando con ello, su derecho a la familia.

Sin embargo, el artículo objeto de estudio de la presente tesis establece: “Se reforma el Artículo 258 del Decreto Ley Número 106, Código Civil, adicionándole el numeral 6 el cual queda así: 6. Por declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y la adolescencia”. Es decir, no se adicionó el numeral respectivo al artículo que se pretendía modificar y a su vez, lesionó jurídicamente otra norma legal.

4.5 La imposibilidad de interpretación del Artículo 258 del Código Civil, en casos de adopción y pérdida de la patria potestad

El Artículo 258 del Código Civil fue reformado por el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, por lo que a partir del 31 de diciembre de 2007 señala: "Hijo adoptivo. La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. 6. Por declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y la adolescencia".

Dicho artículo no contiene numerales a adicionar a través de la reforma aludida, por lo que es de considerar, fue un error por parte del Congreso de la República, el realizar tal reforma.

Siendo en consecuencia, imposible interpretar la norma legal en mención, en virtud que nada tiene de lógico, claro y comprensible su contenido, por el contrario, es ambiguo.

4.6 Solución concreta a la inaplicabilidad del Artículo 64 de la Ley de Adopciones en casos de adopción y pérdida de la patria potestad.

El Congreso de la República es el encargado de la creación, modificación y derogación de las leyes en nuestro país. Las normas legales, son creadas a través de un procedimiento legislativo con diversas etapas, las cuales se llevan a cabo por algunos actos de revisión, por parte de las Comisiones designadas para el efecto, debiendo establecer que el contenido de cada artículo, cumple a cabalidad con su cometido.

Sin embargo y por diferentes motivos, lamentablemente dentro de nuestra sociedad y más específico, dentro del Estado de Guatemala, muchas veces surgen errores u omisiones que perjudican en gran medida a la población guatemalteca, trayendo como consecuencia injusticias, inquietudes y hasta ilegalidades por falta de cuidado de los encargados de legislar en Guatemala.

Es el caso del error cometido por los congresistas, al redactar el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, mismo que adiciona de manera incorrecta, el numeral 6 al Artículo 258 del Código Civil.

El Artículo 258 del Código Civil, establecía antes de entrar en vigencia la Ley de Adopciones: "Hijo adoptivo. La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado".

Por su parte, el Artículo 274 del Código Civil regula: "La patria potestad se pierde: 1º. Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2º. Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3º. Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4º. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y 5º. Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona."

En base a todo lo expuesto y estudiado a través de este trabajo de tesis, es evidente e incuestionable el error cometido por el Congreso de la República al adicionar un numeral a un artículo que, en inicio, no contiene numerales; siendo además que éste no tiene ninguna relación con el contenido del numeral que se adicionó al Artículo 258 del Código Civil.

Por el contrario, y tomando en cuenta el contenido del Artículo 274 del Código Civil, así como el objeto de la Ley de Adopciones, se concluye que la pretensión del legislador fue evitar que se revictimizara a un menor de edad que, a través de un proceso de medidas de protección, se haya comprobado que fue objeto de maltrato, abuso o en alguna medida se le vedare su derecho a la familia, por parte de su o sus progenitores, promoviendo un juicio oral de pérdida de la patria potestad, por considerarse innecesario y sobreabundante, respetando así el principio de interés superior del niño, y con ello, lograr restituirle al menor de edad, sin más trámite que el de la adopción, el derecho a la familia.

Dentro de las facultades que posee el Congreso de la República, está el de subsanar los errores cometidos por el Organismo Legislativo, a través de la reforma de una norma legal en base a una iniciativa de ley.

Según nuestra legislación, tienen iniciativa de ley: Los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral (Artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala).



Guillermo Cabanellas define a la iniciativa de ley como "el acto mediante el cual se da origen a al proceso de elaboración de una ley"²⁵. Es por ello que existe lo que la Teoría Constitucional Clásica reconoce como derecho de iniciativa, que de manera específica, es potestad del Presidente de la República y de los diputados del Congreso de la República de Guatemala.

Manuel Osorio, cita que, "la iniciativa en la formulación de leyes se refiere como expresión en el Derecho Político, no a quienes pertenece dictarlas sino a quienes corresponde proponerlas. En lo que se refiere a la manera de gestarse las leyes, en su sentido estricto, resulta imposible establecer una norma general ni siquiera generalizada, porque se trata de cuestión relacionada con la organización del Estado"²⁶.

La ley es una prescripción dictada por el órgano competente del Estado, según las formas prescritas en la Constitución, que manda, prohíbe o autoriza algo en consonancia con la justicia y para el bien de todos los miembros de una comunidad. La prescripción legal es dictada sobre la base de la descripción social. Sin embargo, la ley como norma de conducta de carácter obligatorio aparece mucho antes que el hombre descubriera la función legislativa.

Para que se pueda decretar, reformar o derogar una norma jurídica, se debe cumplir con un procedimiento legislativo, el cual es un conjunto de pasos ordenados que tienen como fin la formulación de leyes, que se lleva a cabo de la siguiente manera:

²⁵ Guillermo Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 569

²⁶ Osorio, Manuel, **Ob. Cit.** Págs. 76 y 77



Elaboración de la iniciativa de ley y presentación al Congreso de la República. Para proponer una iniciativa de ley, quienes tienen la facultad de hacerlo deben estudiar profundamente el tema y redactar la misma, con la ayuda de expertos y la participación de la sociedad civil.

Las iniciativas deben contener una exposición de los motivos por los cuales es necesaria, los considerandos que en pocas palabras indican la razón por la que se está legislando, el articulado principal, las derogatorias a otras normas y las disposiciones sobre vigencia u otras que se estimen pertinentes, a las que también se les denomina disposiciones finales.

Una vez que el proyecto está elaborado se presenta al Congreso de la República, específicamente a la Dirección Legislativa, quien le asigna un número de registro.

Posteriormente se le da lectura en el Pleno del Congreso y, según el tema, éste asigna la iniciativa de ley a una o varias comisiones de trabajo para su estudio y respectivo dictamen.

Estudio y dictamen en Comisión: Cuando la Comisión de Trabajo recibe la iniciativa de ley, los diputados que la integran la estudian, la discuten y pueden recomendar cambios al articulado para mejorarla y perfeccionarla. En un plazo máximo de 45 días la Comisión de Trabajo respectiva debe presentar al Pleno un informe sobre la conveniencia o no de aprobar el proyecto estudiado; a este informe se le denomina dictamen.



Discusión en el Pleno: El Pleno recibe el dictamen de la Comisión de Trabajo, junto con el proyecto de decreto que le corresponderá aprobar. Éste deberá ser discutido en el Pleno en tres sesiones celebradas en días distintos, lo que se conoce como discusión en primero, segundo y tercer debate.

Una vez que el proyecto de decreto se tiene por suficientemente discutido, luego del tercer debate, el Pleno procede a la discusión del mismo por artículos. Es en este momento donde los diputados, de forma escrita, pueden sugerir cambios a cada uno de los artículos, ya sea para suprimir, sustituir o adicionar el contenido de los mismos. A estos cambios se les denomina enmiendas y estas deben votarse para aceptarlas o rechazarlas.

Cuando el proyecto de decreto es aprobado por artículos, se procede a dar lectura al proyecto de ley en su redacción final, el cual también es sometido a aprobación por parte del Pleno del Congreso. Una vez aprobado, por la mitad más uno del total de los diputados, y en casos excepcionales, por el voto de dos terceras partes del total de diputados, se le asigna un número correlativo seguido por el año en el que fue aprobado el decreto. La Junta Directiva lo envía seguidamente a la Comisión de Estilo para que el nuevo decreto aprobado sea revisado exclusivamente en cuanto al estilo del texto.

Posteriormente, en un período no mayor a diez días, la Junta Directiva del Congreso de la República debe enviarlo al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.



Sanción, promulgación y publicación por parte del Organismo Ejecutivo: Una vez recibido el Decreto por el Organismo Ejecutivo, éste tiene 15 días para estudiarlo; si está de acuerdo con su contenido lo sanciona, es decir acepta que está conforme con su contenido y lo envía a publicar en el diario oficial denominado “Diario de Centro América”. Una vez publicado, el decreto entra en vigencia en la fecha que se haya dispuesto o en un plazo de 8 días calendario, posteriores a su publicación.

Veto y primacía legislativa: En el caso de que el Organismo Ejecutivo (el Presidente de la República de Guatemala) no esté de acuerdo, parcial o totalmente, con el contenido del decreto enviado por el Congreso de la República, lo devuelve al Organismo Legislativo ejerciendo su derecho de veto.

El Congreso de la República recibe el decreto vetado y el Pleno debe proceder a aceptar o rechazar el veto. Si lo rechaza debe contar con el voto de las dos terceras partes del total de los diputados. En este caso el Ejecutivo deberá obligadamente sancionar y publicar el decreto, si el Organismo Ejecutivo no lo hace la Junta Directiva ordenará su publicación. A este proceso se le conoce como “Primacía Legislativa”.

Urgencia Nacional: Excepcionalmente, el Congreso de la República puede aprobar una iniciativa de ley sin que ésta cumpla con los procesos ya referidos. Para ello se requiere que el trámite de aprobación sea declarado de “Urgencia Nacional” con el voto de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala. En este caso la iniciativa de ley puede ser aprobada en un solo debate.



Este es el recorrido que tiene una iniciativa de ley para llegar a ser parte del ordenamiento jurídico de Guatemala.

En conclusión, el objeto primordial del presente estudio es: a) Resaltar la importancia que tiene la institución jurídica de la adopción y la patria potestad, así como la adoptabilidad, como parte del proceso previo a iniciar el trámite de la adopción; b) Destacar el error cometido por los congresistas al momento de redactar el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, lo cual perjudica en gran medida a la población más vulnerable del país: los menores de edad; y, c) En virtud del error cometido, promover una solución al problema creado por el Congreso de la República, a través de la presentación de una iniciativa de ley, por parte de la Universidad de San Carlos de Guatemala, la cual pretenda reformar el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, mismo que deberá establecer lo siguiente:

Artículo 64: Se reforma el artículo 274 del Decreto Ley número 106, Código Civil, adicionándole el numeral 6 el cual queda así: “6. Por declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y la adolescencia”.

CONCLUSIONES

- 1) La adopción es una institución jurídico-social que ha sufrido diversos cambios doctrinarios y legales, con la finalidad de superar las condiciones que garantizan el pleno bienestar y desarrollo de los menores de edad, que no se encuentran sujetos a representación alguna; a pesar de ello, el Estado de Guatemala ha tardado en cumplir con los compromisos nacionales e internacionales adquiridos, con respecto a dicha institución.

- 2) El Estado de Guatemala ha protegido a los niños, niñas o adolescentes que gozan de la presencia de sus progenitores, a través de las normas legales que definen claramente, la patria potestad, sus efectos, su procedimiento para la separación, suspensión, pérdida y restitución de la misma, más no, a los menores de edad que carecen de representante legal.

- 3) Para que Guatemala cumpla con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y Convenciones Internacionales, es necesario que el menor de edad sea declarado en estado de adoptabilidad para poder establecer el estado en que se encuentra el mismo, en virtud de haber atravesado un proceso de medidas de protección a su favor, ante un juez de la niñez y la adolescencia, y que revela la posibilidad que éstos tienen de ser objeto de un proceso de adopción y así sea restituido su derecho a la familia.



- 4) Al crear el legislador, el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, pretendía adicionar un numeral al Artículo 274 del Código Civil, evitando con ello que, posteriormente a llevar a cabo el proceso de medidas de protección a favor de un menor de edad, se tuviera que tramitar un juicio oral de pérdida de la patria potestad, cuando se evidencia claramente los vejámenes de que son objeto los menores de edad por parte de sus progenitores y la necesidad de que un niño, niña o adolescente fuera protegido a través de la familia.



RECOMENDACIONES

- 1) Plantear ante la Universidad de San Carlos de Guatemala, el problema con relación al Artículo 64 de la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, quien deberá solicitar ante el Congreso de la República de Guatemala, que se estudie y rectifique el problema ocasionado al redactar la norma legal objeto de estudio del presente trabajo de tesis.

- 2) A través de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por medio de sus asesores legales, estudien las normas legales involucradas en el problema relacionado a la adoptabilidad como causal de pérdida de la patria potestad y presente una iniciativa de ley, ante el Congreso de la República de Guatemala, que pretenda rectificar el error cometido por los diputados de dicho organismo.

- 3) Que a través de la iniciativa de ley presentada por parte de la Universidad de San Carlos de Guatemala ante el Congreso de la República de Guatemala, se reforme el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, adicionando el numeral 6, al Artículo 274 del Código Civil, con la finalidad de que la adoptabilidad declarada por juez de la niñez y la adolescencia sea una causal de pérdida de la patria potestad.



- 4) Se reforme el Artículo 64 de la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República, incluyendo como causal de la pérdida de la patria potestad, la adoptabilidad, con el objeto de que se cumpla con garantizar y proteger el derecho a la familia a un menor de edad que carece de representación legal, a través de un procedimiento eficaz y rápido que impida la revictimización del mismo.



BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**, Tomo III, Guatemala: Editorial Académica Centroamericana, 1982.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**, Tomo V, Tercera Edición, Madrid, España: Ediciones Pirámide, S.A., 1973.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**; Quinta Edición, España: Editorial Del Prado, 1992.

GONZÁLEZ, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil**, Sexta Edición, México: Editorial Trillas, 1976.

CASTRO LUCINI, Francisco. **Notas sobre la nueva regulación de la adopción**, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, España, 1988.

BELLUCIO, Augusto. **Adopción e integración familiar, sobre la Ley de Adopciones 24779**, Buenos Aires, Argentina, (s.e), (s.f.).

DIEZ PICAZO, Luis y Antonio Guillón. **Sistema de derecho civil**, Volumen III, Sexta Edición, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1997.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Teoría general del derecho y del Estado**, segunda edición, Universidad Autónoma de México, México, 1988.

FREEDMAN, Diego. **Funciones normativas del interés superior del niño**, en Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, Argentina, 2007.

PUIG BRUTAU, José. **Fundamentos de derecho civil**, Tomo II, España: Editorial Bosch, 1999.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. **Libro de derecho romano**, Primer Curso, México, 1994



CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo I y II, décima cuarta edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1979.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1994.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, vigésima segunda edición, Madrid, España: 2001

CARDONA VÁSQUEZ, Brenda Adela. **Análisis jurídico del nombramiento de juez de asuntos municipales realizado por el concejo municipal desde la perspectiva del derecho constitucional guatemalteco**, Guatemala, Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009.

AJIATAS AGUILAR, Nancy Elizabeth. **La patria potestad y su comparación entre el derecho romano y el derecho civil guatemalteco**. Guatemala, Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011.

DREW H., Wolfe. **Química general, orgánica y biológica**, México: Editorial Continental, 1978.

CHOW, Napoleón. **Técnicas de investigación social**. Segunda Edición, Centroamérica: Editorial Universitaria Centroamericana, (EDUCA), 1977.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso de postgrado introducción a la investigación científica**, Guatemala: Estudiantil Fenix, 2000.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Argentina: Editorial Heliasta. 1984.

BALLEJO, Felipe. **Principio de interés superior de un niño**. Pág. 65, www.gdca.com.mx, (Consultado: 12-06-2013).

PINIOT, Jean-Paul. **Definición de aplicación**. <http://definicion.de>, (Consultado: 16-06-2013).



Legislación:

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

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Congreso de la República de Guatemala. Decreto de Ratificación número 27-90. 1990.

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

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89. 1989.

Ley de Adopciones, Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 77-2007. 2007.

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