

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



**REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES, ADICIONANDO LA CONTINUACIÓN
DE LA ADOPCIÓN POR MUERTE DEL ADOPTANTE**

YENI CARMELINA BERGANZA ORELLANA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2015.

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

**REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES, ADICIONANDO LA CONTINUACIÓN
DE LA ADOPCIÓN POR MUERTE DEL ADOPTANTE**

TESIS

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

por

YENI CARMELINA BERGANZA ORELLANA

Previo a conferírsele el grado académico de:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2015

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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 la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

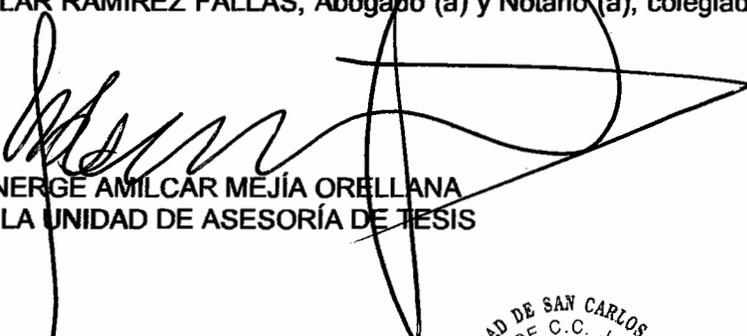
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 17 de septiembre de 2012.

ASUNTO: YENI CARMELINA BERGANZA ORELLANA, CARNÉ No. 200141822, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20121036.

TEMA: "REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES, ADICIONANDO LA CONTINUACIÓN DE LA ADOPCIÓN POR LA MUERTE DEL ADOPTANTE".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a) Licenciado (a) KELLY DEL PILAR RAMÍREZ FALLAS, Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 10,54.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.





LICDA. KELLY DEL PILAR RAMIREZ FALLAS

6ª. Avenida 1-75 Zona 1, Jalapa

Tel. 79222045/56137405



Guatemala, 02 de Septiembre de 2014.

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.



Estimado Doctor:

En atención a la providencia de fecha diecisiete de septiembre del año dos mil doce, con la cual se hace constar mi nombramiento, acerca de la asesoría del trabajo de tesis de la Bachiller **YENI CARMELINA BERGANZA ORELLANA**, quien se identifica con carné 200141822, quien elaboró bajo mi dirección la investigación titulada **“REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES, ADICIONANDO LA CONTINUACIÓN DE LA ADOPCIÓN POR MUERTE DEL ADOPTANTE”**, de lo anterior, emito la siguiente disposición:

DICTAMEN

1. El trabajo de tesis se denomina: **“REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES, ADICIONANDO LA CONTINUACIÓN DE LA ADOPCIÓN POR MUERTE DEL ADOPTANTE”**.
2. En el trabajo asesorado, se discutieron algunos puntos, realizándose los cambios y correcciones que la investigación requirió.



3. La estructura y contenido del trabajo de tesis realizado por la sustentante, reúne y satisfacen plenamente todos los requisitos reglamentarios y de aportación científica a las ciencias jurídicas, tratando un tema de importancia, actualidad y valor para la práctica jurídica, esgrimiendo justificaciones y argumentos validos, siendo la base para formular las conclusiones y recomendaciones concretas que convierten el trabajo de tesis en material dable a la discusión para reformas normativas especificas que pueden traducirse en cambios notorios.

4. En el desarrollo y preparación del trabajo de tesis, la sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son los métodos: deductivo, inductivo, analítico, sintético y científico, asimismo utilizó variedad de técnicas de investigación y se apoyó en extensa bibliografía, tuvo el agrado de corroborar la utilización correcta y docta del lenguaje y el léxico técnico de las ciencias jurídicas, cumpliendo con los requisitos plasmados en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de nuestra facultad de lo expuesto me permito extender DICTAMEN FAVORABLE al trabajo de mérito y se continúe con la revisión de la misma.

i. Concluyo INFORMANDO Y DICTAMINANDO a usted, que es procedente ordenarse su revisión y en su oportunidad su discusión en Examen Público de Tesis en nuestra gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciendo su atención, atentamente,



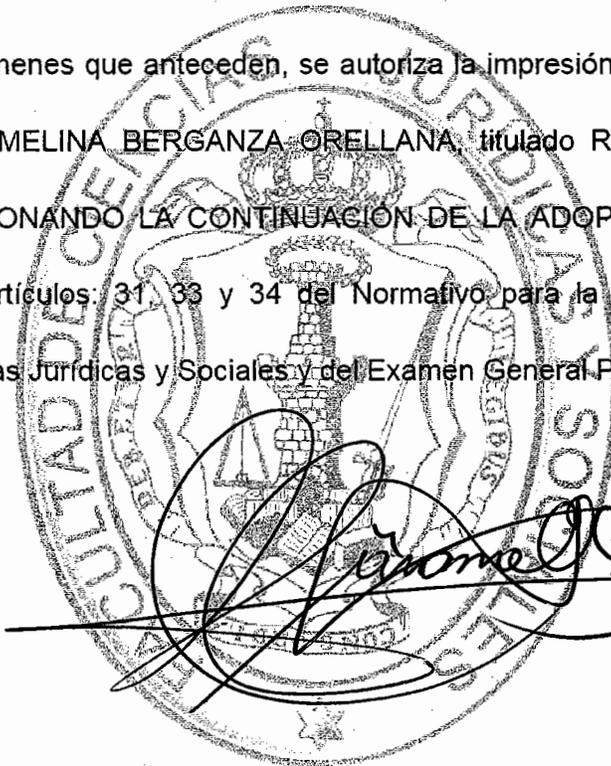
Licda. Kelly del Pilar Ramírez Fallas
Abogada y Notaria
Colegiada 10054

Licda. Kelly del Pilar Ramírez Fallas
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de septiembre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante YENI CARMELINA BERGANZA ORELLANA, titulado REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES, ADICIONANDO LA CONTINUACIÓN DE LA ADOPCIÓN POR LA MUERTE DEL ADOPTANTE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



BAMO/srrs



Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo por darme el soplo de vida y por ser grandemente bendecida.
- A MIS PADRES:** Carmelina Orellana y Orellana, por sus años de dedicación, amor, sacrificio, paciencia, trabajo y porque por muchos años ha sido padre y madre, que Dios le pague mamá; a Cesar Augusto Berganza Sandoval (+), por sus sabios consejos, cuidados y todo su legado.
- A MI ESPOSO:** Rodolfo Estuardo Chavarría Moreno, mi agradecimiento por su apoyo incondicional en todo momento, por tanto sacrificio día con día para que no nos falte nada; por inculcarme con su ejemplo que siempre tengo que continuar y que por nada debo detenerme y por estar a mi lado durante nueve años. A ti con especial amor.
- A MI HIJO:** Estuardo José Chavarría Berganza, a quien amo con todo el amor que puedo dar, la alegría más grande y el regalo de Dios más esperado.
- A TODA MI FAMILIA:** Por su cariño, consejos y mucha ayuda. Los quiero mucho.
- A LOS PROFESIONALES:** Kelly del Pilar Ramírez Fallas y Rodolfo Estuardo Chavarría Moreno, por su ayuda en mi preparación.
- A MIS AMIGAS:** Por su amistad y apoyo durante mucho tiempo.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la prestigiosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por permitirme adquirir conocimientos para mi superación.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La Adopción	1
1.1. Antecedentes generales.....	1
1.2. Evolución de la adopción	1
1.3. Fines de la adopción.....	5
1.4. Figuras jurídicas afines a la adopción	6
1.5. Fundamentos afines a la adopción.....	13

CAPÍTULO II

2. La adopción en la legislación guatemalteca.....	15
2.1. Definición de adopción	15
2.2. Avances legislativo en el proceso de adopción comparación con la anterior legislación.....	16
2.3. El rol notarial en el trámite de adopciones.....	21
2.4. El proceso de adopción según el Decreto 77-2007 del Congreso de la Republica	22
2.5. El Consejo Nacional de Adopciones	29
2.5.1 Función del Consejo Nacional de Adopciones.....	30
2.6. Tipo de adopciones.....	33
2.7. Conceptos importantes en el proceso de adopciones.....	33
2.8. Las condiciones de adopciones en Guatemala.....	36
2.9. Los impedimentos en la adopción.....	37
2.10. Obligaciones de la familia adoptante hacia el adoptado.....	41
2.11. Las principales ventajas y desventajas del instituto de la adopción.....	42

CAPÍTULO III

3.	Conflicto de la Ley de Adopciones.....	45
3.1.	La protección de la infancia el interés superior del niño.....	45
3.2.	El rol de la igualdad en el pronunciamiento jurisdiccional en la protección del hijo adoptivo ante la muerte de su padre adoptante.....	49
3.3.	El rol judicial para la aplicación efectiva de la igualdad en la designación de mecanismos de protección para el resguardo del hijo adoptivo con la familia del padre adoptante que haya fallecido.....	53
3.4.	La protección del menor de edad en resguardo de los derechos Fundamentales ante el pronunciamiento judicial.....	55
3.5.	Procedimiento de niñez y adolescencia amenazada o violentada en sus derechos en caso de fallecimiento del padre adoptivo ante los Juzgados de Niñez y adolescencia.....	59
3.6.	El marco normativo de la niñez y adolescencia para evitar que riesgos en el proceso de protección ante muerte del padre adoptivo.....	59

CAPÍTULO IV

4.	Soluciones a la problemática del fallecimiento del padre adoptivo y la situación del hijo adoptado.....	63
4.1.	La situación de la muerte de la muerte del padre adoptivo y la repercusión del vicio legal en la Ley de Adopciones.....	63
4.2.	El impacto a la niñez y adolescencia si se aplica una resolución judicial que los aparte de su familia adoptiva	64
4.3.	La muerte del padre adoptiva y sus efectos es la legislación comparada	66
4.4.	La situación de la legislación guatemalteca en materia de adopciones ante la muerte del padre adoptivo	68



	Pág.
CONCLUSIONES.....	71
RECOMENDACIONES.....	73
Anexos	75
Anexos B: Estructura del Consejo Nacional de Adopciones.....	87
Anexos C: Trabajo de campo.....	89
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN

La adopción establece un conjunto de mecanismos en su proceso donde destaca como valor insoslayable el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia sin familia. La Ley de Adopciones de Guatemala, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República focaliza un proceso de adopciones que propicia a la reflexión fue motivo del trabajo desarrollado en cuanto a la adopción como un mecanismo de protección para la niñez y adolescencia con viabilidad dPe ser adoptados, la idoneidad psicosocial de los padres adoptantes; el generar conciencia en los futuros padres adoptivos en torno a que la paternidad por medio de la adopción conlleva obligaciones y funciones que se encuentran por encima de la paternidad biológica, lo relativo a los padres biológicos en particular, mecanismos para establecer que quienes se presentan efectivamente son los padres y que su consentimiento ha sido libre (por ejemplo, que no ha habido coacción ni pago).

El problema fue enfocado desde los puntos de vista jurídico, económico y social. Por ello, los objetivos alcanzados fueron la evaluación para la inclusión de un artículo a la Ley de Adopciones, para llenar el vacío legal de la misma y regular la situación del fallecimiento del padre adoptivo y la situación en queda el menor adoptado.

Otro objetivo cumplido fue el análisis de la problemática que presenta la Ley de Adopciones al no regular la muerte del padre adoptivo y la situación en que queda el menor adoptado. Así mismo otro objetivo cumplido fue el análisis de la obligación del Estado de brindar protección al menor luego que fallece el adoptante. Por último, se estableció que se debe evitar que niños adoptados sufran una nueva adaptación con adoptantes nuevos y desconocidos. En el capítulo IV, se exterioriza una propuesta a la problemática del fallecimiento del padre adoptivo y la situación del adoptado, desarrollada con legislación comparada.

La hipótesis comprobada en la investigación fue que la Ley de Adopciones Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala no regula la situación del menor cuando fallece el adoptante, en consecuencia se debe reformar la Ley de Adopciones y adicionar el Artículo 14 Bis, para que en este caso específico el menor pueda optar al mismo ambiente familiar en el cual ha permanecido y pase a formar grado de parentesco con la persona más idónea, en el sentido que sea más afín con el menor y económicamente solvente. Asimismo se demostró que se debe proteger al menor para que continúe la adopción a favor de uno o más familiares del adoptante fallecido.

Los métodos utilizados fueron el deductivo, el inductivo, el analítico, el sintético, y el científico. Mediante el desarrollo de técnicas de investigación documentales, análisis y resúmenes de la bibliografía sugerida al desarrollo del tema. Las técnicas de la investigación que se presenta fueron fichas para el cotejo de datos analizados en la investigación, asimismo, cuestionarios especializados para los sujetos de campo entrevistados.

Por ello, en el capítulo I, se desarrolló los elementos doctrinarios de la adopción: Antecedentes, evolución de la adopción, fines de la adopción, así como figuras afines Y fundamentos esenciales. En el capítulo II, se abordó la adopción en la legislación guatemalteca, definiéndola, se estableció avances en el proceso de adopción, se desarrolló las funciones del Consejo Nacional de Adopciones, tipos de adopciones, conceptos importantes en el proceso de adopciones, condiciones importantes en el proceso adopciones, condiciones para la adopción e impedimentos. En el capítulo III, se presentan los conflictos que posee la Ley de Adopciones en la protección del adoptado, en lo que respecta a los mecanismos de protección para el resguardo del hijo adoptado con la familia del padre adoptante que ha fallecido, a su vez, el marco normativo de la niñez y adolescencia para evitar riesgos en el proceso de protección ante la muerte del padre adoptivo.

CAPÍTULO I

1. La adopción

1.1 Antecedentes generales

“La familia es una institución fundamental para la vida humana que no solo es antigua, son permanente; tiene una misma esencia, un mismo carácter, aun cuando hayan variado sus aspectos, la extensión de sus relaciones y aun su misma naturaleza durante el tiempo. Toda vez que la familia representa el aprendizaje básico que toda persona lleva en su origen, ejerce una clara influencia en sus miembros, se desarrollan roles que acompañan al individuo a lo largo de toda su vida los cuales lo llevan a ejercitan comportamientos en los diversos ámbitos sociales”.¹ Ante la vital importancia que tiene la familia como instituto fundamental de la sociedad, a continuación se aborda la evolución histórica de la adopción, institución que constituye una figura social ante el desamparo la niñez y adolescencia sin familia.

1.2 Evolución de la adopción

Al referirse a la historia de la adopción destaca que los pueblos antiguos escogían para proveer la falta de hijos, está la adopción que nació para perpetuar el culto de los dioses familiares. El levirato del derecho hebreo que en la India toma el nombre de nigoya, tienen el mismo origen. Las leyes de Manú decían, que los que no tienen hijos pueden adoptar hijos para que no cesen las ceremonias fúnebres.²

¹ Calderón de Buitrago, Anita y otros autores. **Manual de derecho de familia**. Pág. 11.

² Bossert Gustavo y Eduardo A. Zannoni. **Manual de derecho de familia**. Pág. 448.



La institución, en forma embrionaria, habría sido conocida en Babilonia y también en las primeras prácticas del pueblo de Israel; la hija del faraón de Egipto habría adoptado a Moisés. En Atenas, la institución estuvo organizada para conferir derechos sucesorios a las personas adoptadas, que así se sumaban a los parientes legítimos en la sucesión del causante.³

En Roma la importancia de la adopción se debió, en primer lugar, a que hacía surgir un parentesco agnaticio y no meramente cognaticio. Como consecuencia, extinguía todo vínculo civil entre el adoptado y su anterior familia de sangre. Ahora bien, dentro del concepto genérico de adopción, había dos especies: La adrogación, que fue la más antigua y tenía lugar cuando el adoptado era un *sui iuris*, razón por la cual el Estado y la religión estaban interesados en el acto, ya que todo un grupo familiar, representado por su *pater familias* iba a ser absorbido por otro, y como consecuencia se requería, además del consentimiento del adoptado, el de ciertas instituciones públicas, como el colegio de pontífices y los comicios curiados luego reemplazados por otras formas que de todos modos garantizaban la intervención de los poderes públicos. A su vez estaba regulada la *alieni iuris*, por lo cual se concretaba simplemente entre los particulares intervinientes.⁴

Así mismo, en Grecia, y en la India, la adopción responde al mismo pensamiento religioso. Probablemente después, razones de índole social, motivaron la permanencia de la adopción en el derecho romano, en sus dos formas de adrogación y adopción

³ Brañas Alfonso, **Manual de Derecho Civil**, Pág.149.

⁴ Bossert Gustavo y Eduardo A. Zannoni. *Ob.Cit.* Pág. 449.

propriadamente dicha. Los germanos conocieron la adopción y varias formas para obtenerla; la más antigua, era la *perpellium et indusium*, procedimiento simbólico, imagen de generación presunta con carácter primitivo bien marcado.⁵

Durante la Edad Media la institución perdió prestigio en Europa, ya que se redujo considerablemente la posibilidad de heredar del adoptado cuando el causante tenía descendientes legítimos. Sólo en España la adopción perduró regulada con detalle mediante los siglos, siguiendo, según puede verse en las partidas, el molde romano, manteniendo, entonces, la originaria distinción entre la simple adopción y la adrogación.⁶

En Francia, al tiempo de redactarse el Código de Napoleón trató de influir en la regulación de la adopción, para que se estructurara una institución que no guardara diferencias con la filiación por naturaleza. Sin embargo, el Código organizó la adopción para mayores de edad, y también de ese modo fue regulada en los restantes países europeos en el siglo XIX. Era, entonces, un contrato y no un medio de protección a la infancia.⁷

En España fue hasta el Fuero Real que se mencionó la adopción, así como en las Partidas, que la organizaban bajo la inspiración del derecho romano, sin que se

⁵ *Loc. Cit.*

⁶ *Loc. Cit.*

⁷ *Brañas Alfonso. Ob. Cit. Pág. 150.*

reglamento posteriormente más que de un modo parcial, para fijarse los derechos sucesorios de los hijos adoptivos, en las leyes de Toro.⁸

La historia de la moderna adopción empieza recién con la Primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los países europeos el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar.⁹

En Guatemala, el Código Civil de 1877 reguló la adopción en el libro 1, título VII, Artículo 267 al 284, sin que la exposición de motivos del mismo se ocupase de la materia, la adopción o prohijamiento –disponía del artículo 267 – es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. El código de 1933 no admitió la adopción, guardando silencio en relación a la materia.

La exposición de motivos del proyecto del Código Civil se hace la siguiente reseña del desarrollo de la materia en el campo legislativo del país: “La adopción es una institución jurídica que ha tenido sus alternativas en la legislación de Guatemala. Aceptada en el Código Civil de 1877, quedó suprimida en el libro 1º. Del Código Civil sancionado por el decreto del Ejecutivo número 921, de fecha 30 de junio de 1926, supresión que se confirma en el Código Civil contenido en el decreto número 1932 de la Asamblea Nacional Legislativa, de 13 de mayo de 1933. La Junta Revolucionaria de Gobierno

⁸ *Loc.Ci.*

⁹ Bossert Gustavo y Eduardo A. Zannoni. *Ob.Cit.* Pág. 550.



restableció la adopción por medio del decreto número 63, de 24 de febrero de 1945, disposición que el congreso aprobó el 5 de mayo de 1947, emitiendo el decreto número 375. Las constituciones de 1945 y 1954, establecieron la adopción en beneficio de los menores de edad, consagrándola definitivamente como institución que debía incorporarse a la legislación guatemalteca.

La constitución Política de la República de Guatemala de 1985, en su artículo 54 in fine establece: Artículo 54. Adopción. “El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de niño huérfanos y de los niños abandonados”.

En la actualidad la Ley de Adopciones, Decreto Numero 77-2007 derogó la normativa en materia de adopciones, estableciendo un régimen especializado en cuanto a este instituto el cual se desarrolló dentro de este trabajo investigativo.

1.3 Fines de la adopción

Citando a Raúl Fermín Merchate los principales fines de la adopción son:

- 1) Los niños huérfanos, abandonados, o hijos de padres imposibilitados para proveer a las necesidades de la subsistencia, y, sobre todo, de la educación y de la formación moral de esos menores, requieren un marco hogareño en el cual disfruten mediante esta figura.

- 2) Posee beneficios para los padres adoptivos. La presencia del hijo o hijos adoptivos, contribuye a consolidar la unión matrimonial.
- 3) La comunidad también recibe considerables beneficios de la adopción: Al mejorar las condiciones y las *calidades* de gran número de personas que son esos menos, ellos tendrán más aptitudes y mayor jerarquía humana.
- 4) Se disminuye la carga que significa el mantenimiento de asilos y otras instituciones benéficas, destinadas a alojar niños abandonados.
- 5) Puede considerarse por separado la ventaja que representa lo que algunos denominan adopción de integración. Tal sería el caso de la adopción, por uno de los cónyuges, del hijo del otro cónyuge viudo, pero proveniente de un matrimonio anterior.¹⁰

1.4 Figuras jurídicas afines a la adopción

Para atender la dinámica y funcionamiento de la adopción es importante entender las figuras afines con la adopción, caso concreto de la patria potestad toda vez que bajo el contexto de la legislación de adopciones actual en Guatemala el parentesco civil que nace entre adoptante y adoptado se convierte en consanguíneo, por ello, destaca de esta figura legal los siguientes aspectos:

¹⁰ Merchante, Fermín Raúl. **La adopción**. Págs. 12-14.

- A) La autoridad paterna tiene su fundamento en la propia naturaleza; es pues, tan vieja como la sociedad humana. En el derecho Romano primitivo, el *pater familias* tenía sobre sus hijos poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, disponer de sus bienes, tenía derechos a juzgarlos y condenarlos en *judicia privata*.¹¹ Las potestades del padre subsistían hasta la muerte, cualquiera, fuera la edad de los hijos.
- B) En el derecho Romano clásico la relación paterna filiales encuadradas en la potestad del *pater familias*, poder que alcanza no solo hijo sino también a los descendientes de los hijos y a la esposa propia y de los, la patria potestad se caracteriza por su carácter patriarcal, absoluto y perpetuo.¹²
- C) En el derecho germánico predominaba también la idea de protección del incapaz, siendo los poderes paternos de carácter temporal, hoy está definitiva triunfante implica no sólo derechos sino también deberes, y más aún; lo que importa primordialmente es la protección de los menores. Igualmente, en el Derecho Visigodo, y pese a continuar la tradición legislativa del bajo imperio, comienza a hablarse de *naturalis pietas*, se procura la protección de los intereses del hijo y se sanciona la muerte de hijo, su exposición, el infanticidio y el *ius vendendi*.¹³
- D) Las Partidas suponen la recepción en el Derecho Castellano de la concepción justiniana de la patria potestad, esto es la patria potestad concedida con carácter

¹¹ Borda A. Guillermo. **Manual de derecho de familia**. Pág. 403.

¹² Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de Familia**. Pág. 219.

¹³ *Ibidem*. Pág. 219.

perpetuo, solo suavizada en el plano personal, por la pietas, y las limitaciones a los *iura vitae ac necis y vedendi*; y en su plano patrimonial por la doctrina de los peculios. No obstante, las Leyes 47 y 48 de Toro la emancipación por el matrimonio del hijo.¹⁴

- E)** La legislación moderna a la inversa que la antigua ha puesto el acento en los deberes y no en los derechos de los padres. De ahí el control cada vez mayor del Estado sobre la forma en que se ejerce la autoridad paterna de los hijos y la admisión de sanciones inclusive del orden penal, para que los padres que no cumplen debidamente con sus obligaciones.¹⁵
- F)** El término patria potestad proviene de la acepciones latinas que corresponden a dos ideas claramente definidas: patria, que quiere decir padre, y potestad, que equivale a decir poder, consecuentemente patria potestad equivale al poder del padre.¹⁶
- G)** La patria potestad es la autoridad que normalmente están sometidos los menores dentro y fuera del hogar, integrando una de las instituciones más complejas del Derecho, tanto por la variedad de relaciones jurídicas y económicas que la informan como por la frecuencia con que se manifiestan, puesto que la vida en familia constituye una fuente permanente e inagotable de facultades y obligaciones en las que actuamos como protagonistas.¹⁷

¹⁴ *Loc. Cit.*

¹⁵ Borda A Guillermo. *Ób. Cit.* Pág. 404.

¹⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Óp. Cit.* pág. 221.

¹⁷ Gómez Morán Luis. **La posición jurídica del menor de edad en el derecho comparado.** Pág. 168.

- H) La patria potestad es la autoridad a que normalmente están sometidos los menores dentro y fuera del hogar, integrando una de las instituciones más complejas del Derecho, tanto por la variedad de las relaciones jurídicas y económicas que la informan como por la frecuencia con que se manifiestan, puesto que la vida en familia constituye una fuente constante e inagotable de facultades y obligaciones.¹⁸
- I) A su vez es definida como el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre los hijos menores de edad, incapacitados a efectos de su protección y formación. La patria potestad es un derecho (los padres tienen el derecho de ostentar la patria potestad de los hijos) y a la vez, constituye a la vez una obligación.¹⁹
- J) La patria potestad ha quedado ha quedado enmarcado en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad.²⁰

La patria potestad conlleva a dos tipos de relaciones entre los padres y los hijos: personales o patrimoniales, las primeras constituyen la potestad paterna, y las segundas la institución de la patria potestad. Las cuales son iguales en la relación entre hijo adoptado y padres adoptivos. El padre y el hijo constituyen una unidad activa.²¹

¹⁸ Gómez Moran Luis. *Ób. Cit.* pág. 167.

¹⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *Ób. Cit.* pág. 222.

²⁰ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho Civil.** Tomo I. Pág. 232.

²¹ Fernández Márquez, Julio. **Algo sobre patria potestad.**

La patria potestad impone asimismo a los padres una serie de deberes y obligaciones.

Estando integrada de los siguientes aspectos:

- a) Guarda y vigilancia del hijo (deber).
- b) Prestación de alimentos (en todo el alcance jurídico del vocablo) (es un deber);
- c) Corrección y disciplina (es un derecho y un deber);
- d) Educación (derecho y un deber);
- e) Representación legal, (derecho y deber);
- f) Administración de los bienes (derecho y deber);
- g) Aprovechamiento de sus servicios atendiendo a su edad y condición).²²

Otra figura a fin en las relaciones filiales con la adopción es la tutela, en la familia se da todo el aprendizaje básico que toda persona lleva a cabo en su vida desde sus orígenes, el control social por medio de una clara asignación de poder e identidad que

Consulta: <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/90760/brblaa30140.pdf>. 6 de junio de 2012.

²² Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de Derecho Civil**. Pág. 226.

ejercen sus miembros. El desempeño de roles familiares por el individuo a lo largo de toda su vida, siendo este acompañado recíprocamente durante todo su ciclo de vida.²³

“La tutela es cargo que la ley impone a una persona jurídicamente capaz para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados, es un cargo de interés público y de ejercicio obligatorio.²⁴ Sara Montero considera a la tutela como la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad”.²⁵

La tutela es una institución que tiene por objeto la custodia y protección de la persona y sus bienes, tanto de los menores no sujetos a patria potestad, como de los mayores que se encuentren temporal o definitivamente incapacitados para regir su persona y sus bienes.²⁶ La tutela supone un carácter de protección, es un medio de asistencia a los estados de incapacidad natural o jurídica. Da verdaderos poderes que suponen una subordinación de la persona a un fin superior del que pueden perseguir las voluntades que se encuentran subsumidas en la misma. Estos poderes tutelares son una imitación de los familiares, por lo que ha de apreciarse en ellos el doble aspecto: el de relaciones exclusivamente personales y el de las patrimoniales, originándose ante estos una serie de obligaciones entre la persona incapaz y aquella ante quien se confía su protección.²⁷

²³ Buitrago de Calderón Anita y otros autores. Op. Cit. Pág. 6.

²⁴ Chávez, Asencio. **La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales.** Pág. 332.

²⁵ Buitrago de Calderón Anita y otros autores. *Op. Cit.* Pág. 676.

²⁶ Beltranena Vallares de Padilla. María Luisa. *Op. Cit.* Pág. 249.

²⁷ Rodríguez-Arías Bustamante L. La tutela. Barcelona. Casa Editorial Boch. 1954. Pág. 24.

De donde que, cuando estas causas de incapacidad se dan dentro de la relación familiar constituida, la necesidad de protección y de ayuda encuentran su natural complemento y satisfacción dentro de esta misma familia, apenas teniendo ello importancia, pues no hay lugar a organizar sistema especial alguno. Solamente en ausencia de la relación familiar constituida es cuando surge la imperiosa necesidad de sustituirla por un débil remedio de protección natural, lo que se busca precisamente en el organismo tutelar, que hasta ahora muchas legislaciones configuran a imagen y semejanza de la familia.

La libertad con que la familia se mueve dentro de las normas estatutarias obedece a la confianza que su constitución ofrece al legislador por ser depositaria de sentimientos de afecto que no existen en las demás instituciones que se configuran a su semejanza. Es por lo que, en la tutela se suplen esta ausencia de sentimientos íntimos mediante una más compleja organización que requiere más aquilatadas garantías.

La tutela constituye un vínculo jurídico de interdependencia personal, por cuanto en el ámbito de las necesidades que están llamadas a satisfacer, se da una destinación recíproca, por la que los derechos y deberes que corresponden a las personas enmarcadas en la misma, se desplazan, alteran, y gradúan según las necesidades y los medios, lo que es manifestación característica de la solidaridad y de la subordinación a las partes a un fin común con asignación de funciones.²⁸

²⁸ Buitrago Calderón Anita. *Ób. Cit.* Pág.25

La tutela viene a suplir la falta de institución familiar, cumple los mismos fines de esta por lo que se refiere a la alimentación, instrucción y educación de sus miembros incapaces. Sólo resta determinar hasta qué punto el Estado permite a otros entes suplir la falta de los padres del pupilo, una vez suplida la familia, el Estado debe tener una mayor intervención de su parte, disponiendo de una mayor control de los afectados por ausencia familiar.²⁹

El Estado por medio de la tutela cumple un destino de protección específico hacia los más débiles. Protección que puede afectar a la parte física, como cuándo regula el trabajo de los niños, al aspecto moral cuando impone la instrucción obligatoria. El tutor ocupa una posición jurídica que ha tomado en cuenta la ley, para que aquellos sean precisamente los designados.

Esta figura debiese ser a fin también si se dan los presupuestos a criterio de la autora, para que se configure la tutela, en el caso de muerte del padre adoptante, aspecto que se discutió en el capítulo IV de este trabajo investigativo.

1.5 Fundamentos esenciales de la adopción

De los fundamentos esenciales de la figura de la adopción destacan los siguientes aspectos:³⁰

²⁹ Rodríguez-Arías Bustamante L. *Ób. Cit.* Pág.27

³⁰ Bossert Gustavo y Eduardo A. Zannoni. *Ob. Cit.* Págs. 488-493.

- a) El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.
- b) El adoptado tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.
- c) Al afirmarse que la adopción plena confiere al adoptado una filiación que *sustituye* a la de origen, se colige la naturaleza *emplazatoria desplazatoria* que, respecto del estado de familia, asume la sentencia que acuerda la adopción.
- d) La adopción plena, en cambio, implica *indirectamente* el *desplazamiento del estado* determinado por la *filiación consanguínea* del adoptado. El adoptado *deja de pertenecer* a su familia biológica y *se extingue* el parentesco con los integrantes de ésta, y, por ende, sus efectos jurídicos. Lo cual debe extenderse según el autor hacia la subsistencia de los *impedimentos matrimoniales* que emergen del vínculo biológico.

En el capítulo siguiente se abordará la situación de la adopción desde el contexto de lo establecido en la Ley de Adopciones para Guatemala.

CAPÍTULO II

2 La adopción en la legislación guatemalteca

2.1 Definición de adopción

Desde la perspectiva de definición de la adopción se deben tomar en cuenta la siguientes consideraciones

A) Doctrinarias:

- a) Federico Puig Peña define la adopción en los siguientes términos: Es “aquella institución de paternidad filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.”³¹

- b) Marta N. Stilerman y Silvia E. Sepliarsky apoyadas en la legislación salvadoreña definen la adopción como: Institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral, donde el adoptado pasa a formar parte de la familia de los adoptantes como hijo de estos y se desvincula de manera total de su familia biológica.³²

³¹ Puig Peña Federico. **Compendio de Derecho Civil** Español. Pág. 475.

³² Stilerman Marta N. y Silvia E. Sepliarsky. **Adopción**. Pág. 23.

c) Julien Bonnecase: La institución de la adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación, entre dos personas, de un lazo ficticio meramente jurídico de filiación. El acto de adopción es jurídicamente sometido a formas particulares, por medio del cual pone en movimiento, a favor suyo la institución de la adopción.³³

B) Legal:

Institución social de protección y de orden público, tutelado por el Estado, por el cual una persona obtiene como hijo propio al hijo biológico de otra persona. Artículo 2 literal a. Ley de adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

De la definición legal a criterio de la autora de esta investigación destacan los siguientes aspectos:

- i. Es una institución social,
- ii. Orden público,
- iii. Tutelada por el Estado,
- iv. El adoptante toma adoptado como hijo biológico,
- v. Se desenvuelve por reglas de parentesco consanguíneo.

2.2 Avances legislativo en el proceso de adopción comparación con la anterior legislación

La base legal de la adopción en Guatemala estaba contemplada en el Artículo 54 de la Constitución Política, el Código Civil, la Ley de Tribunales de Familia, el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley Tramitadora de los Asuntos de Jurisdicción

³³ Bonnecase Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 260.

Voluntaria. La Constitución en el su Artículo 54 dispone: El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere condición de hijo adoptante. Se declara de interés nacional la protección de niños abandonados y huérfanos.

También contempla los efectos de la adopción, desde un punto de vista de adopción limitada no plena. Y reconocía algunas disposiciones procedimentales, tales como: la solicitud ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante, acompañada de la partida de nacimiento del niño y propuesta de testimonio sobre la sobre la conducta y condiciones del adoptante; consentimiento de los padres del niño o de quien ejerza la tutela, que deberán comparecer en el otorgamiento de la escritura pública junto con el adoptante, la cual se inscribirá en el Registro Civil.

El trámite de adopción judicial se inicia con la presentación ante el juez de los padres adoptivos, nacionales o extranjeros, quienes pueden ser representados por un abogado o actuar directamente.

Posteriormente el juez toma declaración sobre la idoneidad de los futuros padres adoptivos a los testigos designados por éstos. Una vez los padres biológicos otorguen expreso consentimiento sobre la adopción, el tribunal designa a una trabajadora social para que efectúe el estudio socioeconómico de los futuros padres adoptivos. Seguidamente, el tribunal remite el expediente a la Procuraduría General de la Nación, para que emita opinión y cuando el expediente regresa de tal entidad con opinión favorable, el juez dicta sentencia ordenando que se otorgue Escritura Pública de Adopción.

El trámite, que dura por lo general entre 6 y 8 meses, finaliza en el momento que se solicita al Registro Civil la partida de nacimiento en la cual consta el nuevo estado civil del niño adoptado. La documentación exigida es la cédula de los padres adoptantes y biológicos, documentos que demuestren solvencia económica de los adoptantes, certificación de matrimonio (legalmente no está establecido que los adoptantes deben ser un matrimonio, pero se le da prioridad a las parejas casadas cuando existen varias solicitudes) y partida de nacimiento del niño a adoptarse en la que conste que es hijo o hija biológico de quienes lo entregan.

La Ley tramitadora de los asuntos de jurisdicción voluntaria regulaba la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria. Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, bajo el siguiente esquema: (esta normativa que derogada con la actual Ley de adopciones dejando fuera en la actualidad cualquier intervención del proceso de adopciones por parte del notario en el proceso de adopciones)

- a) Acta notarial de requerimiento: Solicitud del adoptante. Presenta prueba consistente en certificación de la partida de nacimiento de la persona adoptada y certificación de la partida de nacimiento de los adoptantes. Propone declaración de dos testigos honorables. Artículos 28 y 29 Dto. 54-77 y Art. 228 del Código Civil. Un timbre notarial de Q.10.00 y un timbre notarial de Q.O.50 centavos por hoja.



- b) Primera resolución de trámite: Se dan por iniciadas las diligencias y por recibida la prueba documental. Se ordena recibir la declaración testimonial. Art. 29 Decreto 54-77 del Congreso de la República. Adherir dos timbres notariales de Q. 1.00
- c) Notificación de la primera resolución, al promoviente, a los padres biológicos, Artículo 66 Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107.
- d) Declaración testimonial: Los testigos deben ser personas honorables. Su testimonio acreditará buenas costumbres, posibilidades económicas, y moralidad de los otorgantes. Art. 29, Dto 54-77 del Congreso de la República y 134, 148 y 149 del Código Procesal Civil, Decreto Ley 107. Timbres notariales por Q. 2.00 Y fiscales por Q.O.50 por hoja.
- e) Remisión del expediente al Tribunal de Familia, una vez documentado el expediente, debe solicitarse informe u opinión favorable bajo juramento a la trabajadora social del Tribunal. Artículo 29 Decreto 54-77 del Congreso de la República.
- f) Diligencias del Tribunal de Familia. La trabajadora social investiga y con base en lo elaborado adjunta informe favorable para que se realice la adopción Artículo 29 del Decreto número 54-77.



- g) Devolución del expediente al notario. Artículo 26 del Decreto 54-77 y 446 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107.

- h) Audiencia a la Procuraduría General de la Nación. A efecto de obtener opinión favorable. Art. 32 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.

- i) Eventual oposición de la Procuraduría General de la Nación, si hubiera se remitirá el expediente al tribunal para que resuelva.

- j) Auto final, con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación, el notario dicta el auto mediante el cual aprueba las diligencias de adopción. Artículo 32 del Decreto 54-77 del Congreso de la República de la República.

- k) Otorgamiento de la escritura pública, en la cual aparecen los adoptantes y los padres biológicos o quien ejerza la tutela del menor. Artículo 33 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.

- l) Remisión del testimonio al Registrador Civil y de testimonio especial del Director del Archivo General de Protocolos. El primero debe acompañarse con su duplicado, a efecto de que se realicen las anotaciones sobre la adopción. Artículo 33 del Decreto 54-77 del Congreso de la República, Artículo 37 del Código de Notariado y 3, numeral II, B. Dto 82-96 del Congreso de la República, Ley del Timbre Forense y Notarial.

m) Remisión del expediente al Archivo General de Protocolos para su guarda y custodia. Artículo 7 del Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.

2.3 El rol notarial en el trámite de adopciones

En la ley de asuntos de jurisdicción voluntaria este proceso sólo se llevaba a cabo en Guatemala, se realizaba ante un notario, con base en la Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. La adopción por esta vía no necesita resolución de juez competente, el juzgado de familia actúa únicamente para solicitarle a la trabajadora social que, bajo juramento, efectúe el estudio socioeconómico respectivo.

Si los futuros padres adoptivos residen en el país, solicitaban los servicios de un abogado que hará las veces de notario; si no residen en el país, deberían contactar al abogado directamente o a través de una agencia internacional de adopción y enviarle el estudio socioeconómico y sus antecedentes judiciales. En este último caso, el notario nombra a otro abogado como mandatario de los futuros padres, facultado para realizar los trámites necesarios y, en ocasiones, para viajar con el niño y entregarlo a los padres adoptivos en su país de residencia.

El notario debía recibir dos testimonios sobre las buenas costumbres y moral de los adoptantes y su posibilidad económica para cumplir con las obligaciones que conlleva la adopción, redactar un acta solicitando que se inicie el trámite y posteriormente solicitar el informe de una trabajadora social adscrita a un Tribunal de Familia. El

respectivo expediente debía ser remitido a la Procuraduría General de la Nación para que emita su opinión; si esta es favorable, el notario elabora la escritura pública, con participación de los padres adoptantes y biológicos del niño y la remite al Registro Civil para su inscripción; el trámite finalizaba al expedirse la partida de adopción. Si la opinión era desfavorable el notario deberá cumplir con lo indicado por la Procuraduría y enviarlo de nuevo Si la adopción era internacional, adicionalmente deberían seguirse una serie de trámites para la emisión de pasaporte y la expedición de la respectiva visa. Las adopciones también se dividían en internacionales y nacionales.

2.4 El proceso de adopciones según el Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala

El proceso de adopciones en Guatemala se desenvuelve por medio de las siguientes facetas:

- A) Procedimiento para declarar la adoptabilidad:** Ante denuncia o entrega voluntaria de menor o adolescente, el juez de la niñez y de la adolescencia, podrá dictar una sentencia que declara la violación del derecho a familia de un niño y ordenará la restitución del niño mediante la adopción. En esa resolución el juez declara la adoptabilidad, e indicará a la autoridad central que inicie el proceso de adopción.
- B) Proceso administrativo:** El cual posee las siguientes facetas:
 - a) El Consejo Nacional de adopciones orienta a la familia durante todo el trámite de la adopción.
 - b) Corresponde al Consejo Nacional de adopciones declarar la idoneidad por parte de los futuros padres del adoptante.

- c) La homologación de la adopción la efectúa el juez de familia.
- d) De toda adopción el proceso de seguimiento lo efectúa el Consejo Nacional de adopciones.
- e) En la remisión de declaratoria de adoptabilidad, el equipo multidisciplinario del Consejo Nacional de adopciones evalúa al menor.
- f) El Equipo Multidisciplinario del Consejo Nacional de adopciones selecciona la familia adoptiva idónea. Los documentos solicitados son los siguientes: Solicitud para dar inicio al trámite de adopción, Certificación de partida de nacimiento del padre, Certificación de partida de nacimiento de la madre, documento de Identificación personal del padre, Certificación de asiento de la cedula de vecindad o Documento de Identificación personal del padre, Certificación de asiento de la cedula de vecindad o Documento de Identificación personal de la madre, Certificación de Partida de Matrimonio o de la unión de hecho de los solicitantes, cuando éste fuera el caso, emitida por el Registro Nacional de las Personas, Fotocopia legalizada del documento personal de identidad del padre, Fotocopia legalizada del documento personal de identidad de la madre, Carencia de antecedentes penales del padre, Carencia de antecedentes penales de la madre, Constancia de empleo o ingresos económicos de los solicitantes, Certificado médico de salud física y mental del Padre, Certificado médico de salud física y mental de la Madre, Certificado médico de salud de otras personas que convivirán con el adoptado y Fotografías recientes de los solicitantes:
 - a) Se notifica a la familia seleccionada, en el plazo de 10 días la familia debe aceptar.
 - b) En el plazo de 2 días si es posible se toma la opinión del niño.
 - c) En el plazo de plazo de 3 días se emite el informe de empatía.



- d) El plazo de 5 días se da el periodo de sociabilización entre adoptante y adoptado.**
- e) Se emite resolución final en el plazo de 8 días.**

En el caso de las adopciones nacionales los solicitantes presentarán su solicitud ante la Autoridad Central, quien la remitirá a la Autoridad Central, para los efectos de realizar los estudios que corresponden y si es procedente dictar la declaratoria de idoneidad. En el caso de las adopciones internacionales, las personas interesadas en adoptar a un niño 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.

Los requisitos que deberán presentar los solicitantes nacionales para iniciar el proceso de adopción son los siguientes:

- a. Solicitud que contenga nombre completo de los solicitantes, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio, documento de identificación y lugar para recibir notificaciones;
- b. Certificación de partida de nacimiento y del asiento de su registro de identificación;
Carencia de antecedentes penales de cada uno de los solicitantes;
- d. Certificación de partida de matrimonio de los solicitantes o de la unión de hecho cuando este fuera el caso, emitida por el Registro correspondiente;
- e. Constancia de empleo o ingresos económicos del o los solicitantes;
- f. Certificación médica de salud física y mental de los solicitantes y de quienes conviven con ellos;
- g. Fotografías recientes de los solicitantes.

Si el solicitante hubiere sido tutor del niño, además de los requisitos anteriores y los contemplados en la presente ley, deberá presentar certificación de que fueron aprobadas sus cuentas de liquidación y que los bienes del niño fueron entregados.

Los requisitos que deberán presentar los solicitantes extranjeros para iniciar el proceso de adopción son los siguientes:

- a. Solicitud que contenga nombre completo de los solicitantes, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio, documento de identificación y lugar para recibir notificaciones;
- b. Mandato especial judicial a favor de una persona que pueda representarlo en Guatemala;
- c. Fotocopia legalizada de los documentos que acredite su identificación personal;
- d. Certificación de la partida de nacimiento extendida por autoridad competente;
- e. Carencia de antecedentes penales de cada uno de los solicitantes emitidos por la autoridad correspondiente de su país;
- f. Certificación de la partida de matrimonio de los solicitantes o de unión de hecho emitido por la autoridad correspondiente de su país;
- g. Constancia de empleo o ingresos económicos de los solicitantes;
- h. Certificación médica de salud física y mental de los solicitantes y de quienes conviven con ellos;
- i. Fotografías recientes de los solicitantes;
- j. Certificado de haber acudido y concluido el proceso de orientación o su equivalente ante la autoridad central en su país de origen;

- k. Certificado de idoneidad emitido por la Autoridad Central o su homólogo en el país de origen del o los solicitantes.

Declarada la adoptabilidad por el juez de niñez y adolescencia, la Autoridad Central, realizará la selección de las personas idóneas para el niño, en un plazo de diez días contados a partir de la solicitud de adopción, debiéndose dar prioridad a su ubicación en una familia nacional, si se determina la imposibilidad para llevar a cabo la adopción nacional, subsidiariamente se realizará el trámite para la adopción internacional siempre y cuando ésta responda al interés superior del niño.

En la resolución de selección de personas idóneas se hará constar que en la colocación del niño se ha tomado en cuenta su interés superior, el derecho a su identidad cultural, características físicas y resultado de las evaluaciones médicas, socioeconómicas y psicológicas.

La Autoridad Central verificará que en cada etapa del proceso de adopción se observe lo preceptuado en la presente ley. La selección de los padres adoptantes para un niño determinado debe realizarse considerando los siguientes criterios;

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

Previo al período de socialización los adoptantes deberán presentar por escrito su aceptación expresa de la asignación del niño en un plazo no mayor de diez días luego

de la notificación respectiva. Recibida la aceptación por la Autoridad Central, ésta autorizará un período de convivencia y socialización de manera personal entre los solicitantes y el niño, no menor de cinco días hábiles, tanto en las adopciones nacionales como internacionales.

La Autoridad Central deberá informar al juez que se inició el período de convivencia y socialización.

Dos días después de concluido el período de socialización, la Autoridad Central, solicitará al niño, de acuerdo a su edad y madurez que ratifique su deseo de ser adoptado. El consentimiento del niño será dado o constatado por escrito.

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.

Concluido el proceso administrativo de este capítulo, la Autoridad Central dictaminará dentro de los cinco días siguientes la procedencia de la adopción considerando las prohibiciones que esta ley establece en su artículo 10. La Autoridad Central extenderá certificaciones de los informes, para que los interesados puedan adjuntarlas a su solicitud de homologación ante el juez que conozca del caso.

El juez de familia recibirá la solicitud de adopción por los interesados y verificado que el procedimiento administrativo de adopción cumple los requisitos de la presente ley y el Convenio de La Haya, sin más trámite, el juez homologará y declarará con lugar la adopción, nacional o internacional, en un plazo no mayor de tres días hábiles y



ordenará su inscripción en el Registro correspondiente, otorgando la custodia del niño, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero. Si el juez constata que se omitió algún requisito de ley, remitirá el expediente a la Autoridad Central para que sea subsanado y asegurará la protección del niño.

Cumplidos todos los requisitos antes señalados para la tramitación judicial del proceso de adopciones, el juez de familia emitirá su resolución final declarando con lugar la adopción. En el caso de que el adoptado tuviera bienes, se faccionarán acta de inventario de los mismos.

El juez no deberá declarar con lugar la adopción o emitir la resolución final de adopción si se encuentra que algún requisito legal no ha sido respetado. En dicho caso deberá remitir el expediente a la Autoridad Central para que intente remediar el problema y al mismo tiempo ordenará la medida de protección para el niño apropiada.

Las resoluciones que pongan fin al procedimiento judicial serán apelables dentro de los tres días siguientes de notificada la misma y deberá interponerse ante el mismo juez que la dictó o ante la sala de familia jurisdiccional.

Una vez presentada la apelación, el juez previa notificación a todas las partes deberá elevar el expediente completo a la sala jurisdiccional de familia, la que señalará audiencia en un plazo no mayor de cinco días de recibido los autos y mandará a notificar a las partes para que el interponente haga uso del recurso en un plazo no mayor de veinticuatro horas; el juez deberá resolver en definitiva el recurso en un plazo no mayor de tres días luego de evacuada la audiencia.

La certificación de la resolución judicial de adopción deberá ser presentada al Registro correspondiente a fin de que se anote la inscripción en los libros respectivos; así mismo deberá adjuntarse la certificación del dictamen emitido por la Autoridad Central. En el caso que se extienda una certificación de la partida correspondiente se omite que es adoptado, a excepción cuando la solicite el mismo interesado o un juez competente.

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.

Una vez que el juez haya emitido la resolución final, y esta se encuentre firme, declarando con lugar la adopción y otorgando la custodia del niño en los casos de adopción internacional la Autoridad Central deberá emitir el certificado de que la adopción ha sido realizada de acuerdo con esta ley y el Convenio de La Haya en un plazo no mayor de ocho días.

El Estado de Guatemala reconocerá la adopción certificada por la autoridad competente de un Estado miembro del Convenio, si ha sido realizada conforme al mismo, salvo que sea manifiestamente contraria al orden público. (Artículos 38 al 56 de la Ley de adopciones).

2.5 El Consejo Nacional de Adopciones

El Consejo Nacional de Adopciones – CNA -, es una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. El Consejo Nacional de Adopciones es la Autoridad Central de conformidad con el Convenio de la Haya.

(Art. 17 de la Ley de adopciones)

Posee como visión ser una institución reconocida nacional e internacionalmente por innovar el sistema de adopciones, a través del diseño, aplicación y promoción de procedimientos de adopción transparentes y ágiles, que reconocen y garantizan la ubicación del niño, niña o adolescente con una familia idónea, atendiendo primordialmente su interés superior.

Su misión se focaliza en contribuir al fortalecimiento del sistema de protección integral, garantizando la restitución del derecho de la niñez y adolescencia a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, mediante políticas y programas que cumplan con los principios y procedimientos establecidos en la Ley de Adopciones.

2.5.1 Función del Consejo Nacional de adopciones

Las funciones del Consejo Nacional de Adopciones según el Convenio de la Haya son:

- a) Asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción;
- b) Promover la adopción nacional, con prioridad en los niños institucionalizados;
- c) Asignar a cada niño en proceso de adopción la familia adecuada de acuerdo a su interés superior;
- d) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres en la medida necesaria para realizar el proceso de adopción;
- e) Reunir y conservar la información sobre los orígenes del niño, principalmente su identidad y la de sus padres, su historial médico y el de sus padres, garantizando el acceso a la mencionada información;

- f) Velar por los niños en estado de adoptabilidad que ingresen a los hogares de protección y abrigo o al programa de familias temporales del Estado, quienes previa autorización judicial a solicitud de la Autoridad Central, podrán ser ingresados a entidades de abrigo privadas que se encuentren debidamente registradas y autorizadas de conformidad con esta ley;
- g) Mantener un registro actualizado de los niños vulnerados en su derecho de familia y de la institución donde se encuentran en resguardo;
- h) Elaborar un expediente de cada niño en estado de adoptabilidad que se encuentre albergado en sus instituciones o requerir su equivalente en las instituciones privadas, de acuerdo con el artículo 16 del Convenio de La Haya donde conste:
 - i. Sus datos personales y circunstancias, incluyendo fotografías del mismo;
 - ii. Su identificación plena, mediante la certificación de la partida de nacimiento;
 - iii. El documento que contenga su impresión plantar y palmar; la impresión de las huellas dactilares de la madre y del padre, cuando sea el caso,
 - iv. así como otros medios científicos;
 - v. Su historial médico.
- i) Emitir el certificado de idoneidad de los solicitantes, en un plazo no mayor de treinta días;
- j) Confirmar que los candidatos para una adopción internacional son idóneos de acuerdo con la legislación de Guatemala;
- k) Recibir el consentimiento de los padres biológicos, previo a asesoramiento de conformidad con la presente ley;
- l) Supervisar el período de socialización y emitir el certificado de empatía;

- m) Recibir las solicitudes de adopción, así como formar y mantener el expediente respectivo bajo custodia hasta el momento que se envíe al juez de familia;
- n) Darle seguimiento a los niños dados en adopción; en las adopciones internacionales se requerirá informe de seguimiento a la Autoridad Central correspondiente;
- o) Autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica, y en su caso sancionar a las entidades privadas, hogares de abrigo, hogares sustitutos que se dediquen al cuidado de los niños;
- p) Tomar las medidas apropiadas y pertinentes para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a la adopción;
- q) Mantener comunicación constante y cooperar con Autoridades Centrales o sus equivalentes, promoviendo la colaboración para asegurar la protección de los niños, principalmente en el intercambio de información sobre legislación en materia de adopciones, estadísticas, formularios y funcionamiento del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional;
- r) Establecer el número de organismos extranjeros acreditados que se permitirán funcionar en el país y autorizar a aquellos que tengan el permiso para actuar. Los organismos extranjeros acreditados deberán demostrar que están debidamente autorizados en su país de origen;
- s) Requerir a las instituciones que estime conveniente la información necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones y funciones;
- t) Promover la cooperación entre autoridades competentes, con la finalidad de brindarles la protección necesaria a los niños;
- u) Verificar que en cada etapa del proceso de adopción se observe lo preceptuado en la presente ley;

- v) Emitir el certificado de que la adopción internacional fue tramitada de conformidad con el Convenio de La Haya relativo a la
- w) Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional;
- x) Cualquier otra según su función. (Artículo 23 de la Ley de adopciones)

2.6 Tipos de adopciones

Según lo estipula en la Ley de adopciones estas pueden ser:

- a) La adopción nacional
- b) La adopción internacional

Tendrá siempre derecho preferente, la adopción internacional procederá subsidiariamente, sólo después de haberse constatado y examinado adecuadamente las posibilidades de una adopción nacional. De conformidad con lo establecido en el Convenio de la Haya sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, cualquier autoridad competente que intervenga en el proceso de adopción deberá actuar apegada al principio de celeridad, en beneficio del interés superior del niño (Artículo 9 de la Ley de adopciones).

2.7 Conceptos importantes en el proceso de adopciones

Para el esquema de entendimiento de la Ley de Adopciones destacan los siguientes conceptos:

- a) **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.

- b) **Familia ampliada:** Es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias.
- c) **Familia biológica:** Comprende a los padres y hermanos del adoptado.
- d) **Familia adoptiva.** Familia que toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona y, que para el efecto, ha cumplido con los procedimientos establecidos en la ley de adopciones y el Convenio de la Haya, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional en el caso de las adopciones internacionales.
- e) **Familia asignada.** Familia que previo proceso técnico de selección y declaratoria de idoneidad, cumple con las condiciones para dar inicio a una relación interpersonal con un niño declarado en estado de adoptabilidad;
- f) **Familia Sustituta.** Es la familia que asume las funciones y responsabilidades de una familia biológica, con carácter temporal, sin tener ningún parentesco de consanguinidad con el niño, con el objeto de proveerle al mismo, un ambiente familiar durante el proceso de protección.
- g) **Hogar temporal:** Comprende a aquellas personas que no siendo familia biológica o ampliada, reciban a un niño en su hogar en forma temporal, durante el tiempo que dure el proceso de adopción.



- h) Seguimiento de la adopción:** Es la evaluación de la adecuada adaptación y desarrollo del niño adoptado, con respecto a la nueva familia y entorno social.
- i) Certificado de empatía.** Documento mediante el cual el Director General del Consejo Nacional de Adopciones, acredita la calidad de relación establecida entre los potenciales padres adoptivos y el niño en estado de adoptabilidad al concluir el período de socialización.
- j) Certificado de Idoneidad.** Es el documento mediante el cual, el Director General del Consejo Nacional de Adopciones acredita que la familia ha cumplido con el proceso de valoración legal, psicológica, social, médico y personal desarrollado por el Equipo Multidisciplinario.
- k) Entidades privadas dedicadas al abrigo y cuidado de niños.** Son entidades sin fines lucrativos autorizadas por el Consejo Nacional de Adopciones para realizar el cuidado de niños, ante quienes se obligan a velar y asegurar su desarrollo integral mediante la aplicación de programas especializados, personal idóneo e infraestructura adecuada.
- l) 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.
- m) Informe de Empatía.** Documento emitido por profesionales especializados del equipo multidisciplinario, mediante el cual se concluye acerca de la calidad de relación establecida entre el niño y la familia potencialmente adoptiva durante el proceso de socialización y convivencia.

- n) **Niños albergados.** Niños que se encuentran al cuidado de una institución pública o entidad privada de abrigo en virtud de una decisión judicial dentro de un proceso de protección.
- o) **Organismo extranjero.** Entidad extranjera autorizada para trabajar en Guatemala en materia de adopción internacional, previa calificación por la Autoridad Central del cumplimiento de requisitos, evaluación y criterios adicionales para su acreditación; facultada por el Convenio de La Haya, Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional para el ejercicio de ciertas funciones, ya sea, en lugar de la Autoridad Central del país de recepción o conjuntamente con ella.

2.8 Las condiciones para la adopción en Guatemala

Pueden ser objeto de adopción el niño, niña o adolescente huérfano o desamparado; el niño o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia, o sus padres hayan perdido en sentencia firme la patria potestad. O sus padres deseen voluntariamente adoptarlo.

El hijo o hija 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.

El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela.

Se procurará que los hermanos susceptibles de ser adoptados no sean separados antes y durante el proceso de adopción y que sean adoptados por la misma familia, salvo razones justificadas que atiendan a su interés superior determinado por la Autoridad Central.

Podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado. Podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño. Cuando el adoptante sea el tutor del adoptado, únicamente procederá la adopción cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en esta ley.

Los adoptantes deberán tener con el adoptado una diferencia de edad con el adoptado no menor de veinte años; poseer las calidades de ley y cualidades morales y socioculturales; así como aptitudes que permitan el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente.

2.9 Los impedimentos en la adopción

Los impedimentos bajo el contexto de la Ley de Adopciones es el siguiente:

- a. Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y de la personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del niño, niña o adolescente;

- b. Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;
- c. Quienes hayan sido condenados por delitos que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas;
- d. Uno de los cónyuges o unidos de hecho sin el consentimiento expreso del otro;
- e. El tutor y el protutor, además de los requisitos del artículo trece, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña 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.

Es vital que la declaración de adoptabilidad del niño, se estable cerca que:

- a. El niño tiene la necesidad de una familia adoptiva por que no puede ser cuidado o reinsertado en su familia biológica;
- b. El niño está en capacidad afectiva y médica de beneficiarse de la adopción;
- c. El niño es legalmente adoptable;



- d. Las personas, incluyendo al niño teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción:
- d.1 Han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen;
- d.2 Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito;
- d.3 Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados;
- d.4 El consentimiento de la madre se ha dado únicamente después del nacimiento del niño.

Los padres biológicos que manifiesten voluntariamente su deseo de dar a un hijo en adopción, 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 niño 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.

En estos casos además de ordenar la investigación que corresponde conforme a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, ordenará a la Autoridad Central la práctica de las siguientes diligencias:

- a. Realizar el proceso de orientación a los padres biológicos;
- b. Recabar las pruebas científicas idóneas y necesarias para establecer la filiación, entre ellas la de Ácido Desoxirribonucleico ADN-;
- c. Tomar las impresiones dactilares de los padres biológicos y de impresiones palmares y plantares del niño;
- d. Evaluar los aspectos que el Equipo Multidisciplinario estime convenientes.

Los resultados de estas diligencias deberán ser presentados por el coordinador y/o Equipo Multidisciplinario en la audiencia que para el efecto señale el juez. El proceso de orientación a la adopción consiste en un proceso de información y asesoría profesional e individual, dirigida por el Equipo Multidisciplinario con el objeto de informar sobre los principios, derechos y consecuencias de la adopción, este proceso debe hacerse constar dentro del expediente.

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. (Artículos 12, 17, 32, 36, 36, 37, 38 de la Ley de adopciones).

Todas las actuaciones dentro del procedimiento de adopción gozarán de la garantía de discreción y reserva. Esta garantía se extiende al adoptado, adoptante y padres biológicos en la parte que a cada uno involucre.

2.10 Obligaciones de la familia adoptante hacia el adoptado

Las obligaciones de la familia adoptante hacia el adoptado son las siguientes:

- a) Proteger el pleno goce de sus derechos y especialmente para evitar su sustracción, venta y tráfico, así como cualquier otra forma de explotación o abuso.
- b) El interés superior del niño y la reinserción plena a su nueva familia.
- c) Gozar de los mismos derechos que otros niños miembros de su familia.
- d) El adoptado no perderá la nacionalidad guatemalteca ni los derechos inherentes a ella.
- e) Respetar la identidad cultural del menor.
- f) Garantizar su bienestar físico, médico, socioeconómico y psicológico.



2.11 Las principales ventajas y desventajas del instituto de la adopción

A) Ventajas

Las principales ventajas de la adopción son las siguientes:

- a) Se establece que el Estado de Guatemala, reconoce y protege la institución de la adopción.
- b) Se declara un interés nacional la protección de los niños huérfanos y abandonados.
- c) La Convención sobre los Derechos del Niño, la que se encuentra vigente desde el año 1990, lo cual otorga mecanismo especializados en la materia.
- d) Se evita la obtención de beneficios indebidos, materiales o de otra clase, para las personas, instituciones y autoridades involucradas en el proceso de adopción; incluyendo a los familiares dentro de los grados de ley del adoptante o del adoptado;
- e) Se evita a los padres biológicos o representantes legales del niño, disponer expresamente quién adoptará a su hijo o hija; salvo que se trate del hijo del cónyuge o conviviente o de la familia sustituta que previamente lo ha albergado;

- f) Se evita a los padres adoptivos disponer de los órganos y tejidos del adoptado para fines ilícitos;

- g) Se evita a las personas que participan en el proceso de adopción tener relación de cualquier clase con las entidades privadas y organismos acreditados extranjeros que se dedican al cuidado de niños declarados en estado de adoptabilidad;

- h) Se limita que el consentimiento para la adopción sea otorgado por una persona menor de edad, padre o madre, sin autorización judicial,

- i) Se limita que los potenciales padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquier persona que puedan influenciar en el consentimiento de la persona, autoridad o institución involucrada en el proceso de adopción, se exceptúan los casos en que los adoptantes sean familiares dentro de los grados de ley del adoptado;

- j) Que los padres biológicos otorguen el consentimiento para la adopción antes del nacimiento del niño y que tal consentimiento sea otorgado antes de las seis semanas de nacido el niño.

k) Se suspenderán inmediatamente ante cualquier anomalía el trámite y no se autorizará la adopción, sin perjuicio de certificar lo conducente en materia penal si la acción en sí misma es constitutiva de delito o falta. La autoridad correspondiente deberá iniciar de oficio el proceso de protección para el niño.

B) Desventajas

Se puede perder interés en políticas que faciliten la institución permanente de la familia, la cual constituye la base de la sociedad, por lo tanto su conservación es vital para el crecimiento integral y desarrollo del niño, por lo que el Estado debe adoptar medidas que respondan a los derechos fundamentales del niño, principalmente a su mantenimiento en el seno familiar y preferentemente con su familia de origen. Falta vigilancia en el cumplimiento de plazos para garantizar la efectividad que se busca mediante la Ley de adopciones. En el siguiente capítulo se desarrolla los principales conflictos de la Ley de Adopciones de Guatemala, en cuanto a la ausencia de regulación de la situación de la niñez y adolescencia adoptada que se queda en la situación que su padre adoptivo muere.

CAPÍTULO III

3. Conflicto de la Ley de Adopciones

3.1. La protección de la infancia el interés superior del niño

El interés superior del niño forma parte de las llamadas nociones marco particularmente frecuentes en el derecho de familia, con su introducción se produce una autolimitación al poder legislativo, pues se deja en manos del juzgador el tomar la decisión de acuerdo con la información que surge en caso concreto, o sea conforme a las circunstancias de hecho, de lugar y de tiempo.

De alguna manera el propósito es ofrecer un espacio abierto y flexible al juez o funcionario público y de legitimar la autoridad de la decisión judicial o administrativa.³⁴

Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el interés superior del niño adquiere la fuerza de una gestación normativa, si en un primer momento la lectura de la cual es dicha el interés se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley, la pauta se convierte en poderoso instrumento en la creación de alimenta un cambio legal.³⁵

³⁴ Grosman Cecilia P. y otros autores **Los Derechos del niño en la familia.** Pág. 23.

³⁵ Grosman Cecilia P. *Ób. Cit.* Pág. 24.

Detrás del interés superior del niño subyacen las creencias generales sobre lo que es beneficioso para la infancia, posee una connotación social como dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de determinado sistema de valores y de representaciones sociales. La pauta pues es una construcción sujeta a singularidades históricas, regionales e incluso singulares.

Por consiguiente en las decisiones judiciales e necesarias articular dos aspectos. Por una parte los jueces y funcionarios deben tener en cuenta el apreciar el interés del niño, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente, pues es deber del Estado y de la sociedad respetar la identidad y la pluralidad cultural.

En la valoración de la cual es mejor también el interés superior del niño juegan también los valores y tradiciones de cada país.³⁶ El juez refenciará los hechos, los mediatiza por medio de sus valores particulares, de su historia y de sus experiencias. Su juicio no es representación de realidad como algo objetivo y externo, sino que reconstruye la realidad acuerdo con una mirada.³⁷

El juez cuando interpreta cuál es el interés superior del niño en el caso concreto, emite un juicio de predicción, un propósito que se construye sobre un entre mando de conciencia y prácticas sociales. Su sentencia es relativa porque sólo el devenir podrá decidir si el vaticinio ha sido aceptado.

³⁶ *Ibíd. Pág. 27.*
³⁷ *Ibíd. Pág. 38.*



En el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño dispone que: “todas las medidas correspondientes al menor que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los propios órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”³⁸

Sino el interés de cada uno de sus miembros dirigido al mejor funcionamiento de la familia desde el punto de vista personal y patrimonial.³⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰ establece en su Artículo 4 que los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Pero, destaca también que los Estados Partes, respetaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas. Se reconoce que todo

³⁸ *Loc. Cit.*

³⁹ Grosman Cecilia P. y otros autores. *Ób. Cit.* Pág. 42.

⁴⁰ La Convención de los Derechos del niño fue adoptada por el Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo de 2010.

niño tiene el derecho intrínseco a la vida y los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (Artículos 5 y 6 de la aludida Convención).

En el contexto de la Ley para la protección integral de la niñez y de la adolescencia se entiende por niño a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda persona desde los trece años hasta los dieciocho (Art. 2) Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. Siendo entonces que el Estado está obligado a velar por el desarrollo integral de la niñez, adecuado a su realidad el desarrollo de la doctrina en esta materia.

La declaración Universal de los Derechos Humanos es el instrumento modelo por el cual, se inició un ciclo de actualización de los derechos humanos, adaptando a sus ordenamientos jurídicos constitucionales y ordinarios como base lo estipulado en dicha declaración, por ejemplo en su artículo primero establece que: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*⁴¹

⁴¹ *Loc. Cit.*

3.2 El rol de la igualdad en el pronunciamiento jurisdiccional en la protección del hijo adoptivo ante la muerte de su padre adoptante

La Constitución Política de la República de Guatemala la cual establece en su artículo cuarto cuyo epígrafe es Libertad e igualdad, establece que: *En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.* El derecho a la igualdad es más bien un principio fundamental; el cual el derecho como ciencia ha ensalzando con el objeto de propiciar armonía en cualquier grupo social.

El derecho a la igualdad se consolidó en Europa tras los abusos de poder de los monarcas, lo cual generó un conflicto social en Francia provocando que sus pensadores inspirados en la Libertad, Fraternidad y en la reorganización de un estado que propiciara la Igualdad. Sin embargo, la ley no existen distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades. Como consecuencia de esa igualdad se encuentra la abolición de la esclavitud.

Para Recasens Siches la igualdad el problema consiste en saber cuáles son los puntos de vista de la igualdad que deban de prevalecer siempre y necesariamente así como cuales entre las múltiples desigualdades son las que deben de tener relevancia para la



regulación jurídica, se tiene que tomar en cuenta que todas las personas son iguales y desiguales a la vez ya que todos presentan similitudes básicas anatómica, física y psicológicamente hasta en el modo de discernir pero asimismo cuentan con múltiples diferencias respecto a sus capacidades físicas y mentales.⁴²

Para Sergio Morales que la igualdad quiere decir todo y por encima de todo, igualdad en cuanto a la dignidad de la persona individual, por tanto, igualdad en cuanto a derechos fundamentales o esenciales en todo individuo, desde el punto de vista axiológico significa, además, paridad formal ante el derecho –igualdad ante la ley- y así mismo contiene como desiderátum la promoción de un estado de cosas en que haya igualdad de oportunidades.⁴³

Citando a Calsamiglia, a su vez, el autor Sergio Morales desarrolla que: *“el principio de igualdad es un concepto normativo, cuando decimos que todos los hombres son iguales no estamos descubriendo lo que ocurre en el mundo. En realidad somos muy conscientes de que existen diferencias entre los hombres y difícilmente podemos encontrar dos que tengan cualidades idénticas.”*⁴⁴

Actualmente el principio regulador de las actuales relaciones sociales entre los dos sexos: la subordinación legal del uno al otro, constituye uno de los obstáculos más

⁴² Renasens Siches, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. *Óp. Cit.* Pág. 316.

⁴³ Morales Alvarado, Sergio Fernando. *Introducción a los Derechos Humanos*. Guatemala. Taller de Estudio de las Artes Gráficas. 2006. Pág. 121.

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 122.

grandes del progreso humanos y debe ser sustituido por la igualdad que o admite poder ni privilegio para unos, ni incapacidad para otros.⁴⁵

La igualdad jurídica o igualdad ante la ley de hombres y mujeres, se ha reducido a creer que con otorgarle a las mujeres los mismos derechos que ya gozan los hombres y darle una protección especial en ciertos casos debido a su función reproductora de la especie, se elimina la discriminación sexual.

Es decir, el mandato legal de trato igualitario ante la ley se ha interpretado como el tratar a iguales como iguales y a diferentes como desiguales. Así, en lo relacionado con los derechos civiles, políticos, etc., las mujeres reciben el mismo trato diseñado para los hombres/ varones. En lo relacionado con derechos económicos, de trabajo, familia, etc.: las mujeres reciben un trato desigual por ser biológicamente diferentes del modelo de ser humano que es el hombre/varón. Ambos tratos se consideran justificados por ese principio de tratar a iguales como iguales y a diferentes como desiguales.⁴⁶

Los valores que fundamentan esta concepción de igualdad, garantizan entonces, que sólo los varones pueden ser tratados como seres humanos plenos porque fue a éste a quién se tomó como paradigma de lo humano. Esta concepción de la igualdad ante la ley responde a un patrón masculino porque el referente siempre es el sexo masculino.⁴⁷

⁴⁵ Stuard Mill, John y Harriet Tylor Mill. **La igualdad de los sexos**. Pág. 81.

⁴⁶ *Ibíd.* Facio Montejo Alda. *Cuando el género suena trae cambios*. Pág. 19.

⁴⁷ *Loc. Cit.*



Existen diferentes formas de enfocar la igualdad:

- a) Igualdad de derecho: Igualdad formal ante la ley, es decir, equiparación de hombres y mujeres mediante medidas legislativas.

- b) Igualdad de hecho: paridad entre hombres y mujeres real y efectiva. No bastan las medidas legislativas para transformar las estructuras de desigualdad. El mecanismo de acción positiva tiene como fin trabajar activamente y contrarrestar las desigualdades de partida para que la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres sea una realidad.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen derechos fundamentales de esencial importancia. Son recogidos en todas las declaraciones internacionales de derechos y en todas las constituciones de los Estados democráticos; además el de igualdad es un derecho complementario de todos los demás calificables como fundamentales que deben ser ejercitables por todos los ciudadanos en condiciones de igualdad que debe ser aplicado al presente caso como la herramienta necesaria para los jueces de protección integral de la niñez y adolescencia, así como los jueces de familia, favorezcan como en el caso de los hijos biológicos a los adoptivos que hayan perdido a su padre adoptante con una aplicación de normas de protección que los mantengan cerca de su familia adoptiva y que nos los coloquen nuevamente ante una nueva adopción.



3.3. El rol judicial para la aplicación efectiva de la igualdad en la designación de mecanismos de protección para el resguardo del hijo adoptivo con la familia del padre adoptante que ha fallecido

El juez constitucional debe asegurar que en el análisis del caso que éste considerando tenga en cuenta los referentes constitucionales, esto es, los valores, reglas o principios constitucionales que sean relevantes, *acerca* de las mujeres o *desde* las mujeres. Con tal propósito, al llevar a cabo una ponderación, debe por lo menos escuchar esas voces. Hacerlo le ayudará al juez a:

- a) Poder identificar esos referentes constitucionales que están en juego y pueden permanecer invisibles.
- b) A poder establecer cuál es el impacto real que la situación analizada tiene sobre dichos valores, para establecer finalmente quien es persona adecuada para dejar al menor a su cargo.
- c) Los aportes anteriores permitirán al juez constitucional, comparar el impacto que sobre los referentes constitucionales en juego, dándoles igual trato a los miembros de familia adoptiva como si se trate del adoptante para resguardar al hijo adoptivo huérfano.

Los jueces están llamados *"(...) a interpretar y descubrir los límites y contrastes de los derechos fundamentales, tarea difícil en virtud que las normas que garantizan esos*

*derechos, usualmente no establecen las excepciones.”*⁴⁸ Los argumentos del juzgador en el escrutinio judicial son el parámetro para evaluar cualesquier limitación del derecho a la igualdad.

La Corte Europea de Derechos Humanos, “(...) *que toda diferencia en trato es discriminatoria, sino tiene una justificación razonable y objetiva, sino persigue un fin legítimo, o si no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que persigue.*”⁴⁹ Se busca que el trato distinto tenga una finalidad, que esta posea una racionalidad coherente, con un fin legítimo.

Bajo la perspectiva de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se requiere para limitar la igualdad: “(...) *necesidad o conveniencia, situación distinta y justificación razonable para establecer una distinción de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución acoge*”.⁵⁰

Debe existir una necesidad ineludible para dar un trato diferenciado. Ahora, la misma reconoce que “(...) *el reconocimiento de condiciones diferentes, no puede implicar vulneración al principio de igualdad, siempre que tales decisiones tengan su base en la razonabilidad.*”⁵¹

⁴⁸ Aizenstatd Leistenschnieder, Najman Alexander. **Medir con la misma vara: Parámetros generales de escrutinio judicial para la evaluación de limitaciones al derecho constitucional a la igualdad.** Pág. 29.

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 29.

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 42.

⁵¹ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente Número 482-98. Gaceta Número 48, del cuatro de mayo de 1998.

Es necesario tener en cuenta el principio de progresividad en los derechos fundamentales, una vez reconocido un derecho, el Estado y sus instituciones deben garantizar su cumplimiento, y estos no pueden ser desconocidos, ni limitados, independientemente de la rama del Poder Público ante la que nos encontremos.⁵² El acceso a la justicia se entiende ahora como un derecho humano fundamental que involucra tanto el deber estatal de proveer un servicio público, como el ejercicio de un derecho.

3.4 La protección del menor de edad en resguardo de los derechos fundamentales ante el pronunciamiento judicial

La protección a los intereses del menor judicialmente se resguarda bajo el amparo de los siguientes principios fundamentales:

a) Principio pro hominem

Según el cual el juzgador debe asegurar la protección más amplia para los derechos de las personas, de tal cuenta que ante dos posibles interpretaciones de un precepto, debe aplicar la más garantista, lo cual también implica que los Estados no pueden utilizar tratados a fin de disminuir la protección que ofrecen otras normas nacionales o internacionales.

⁵² *Loc. Cit.*

b) Principio de proporcionalidad

El mismo impone una evaluación, por parte del juzgador, acerca del efecto social que producen sus decisiones; esto hace ineludible una valoración para determinar si el beneficio que recibe la sociedad, como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal, es mayor que el costo de restringir o limitar un derecho fundamental en conflicto.

c) Principio de razonabilidad

El acatamiento de este principio excluye la arbitrariedad, porque impone que toda decisión judicial debe ser razonada. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe arbitrariedad cuando las restricciones, aún legales, resulten incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales.

d) Principio de prohibición de la discriminación

De conformidad con el mismo los jueces, al resolver, no deben incorporar diferencias de trato discriminatorio. El artículo 4º. De nuestra Constitución Política determina que: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...” precisando dicha norma que “...Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad...”

La Corte de Constitucionalidad consideró, que de acuerdo al interés superior del niño, las decisiones judiciales que lo afecten deben tomar en cuenta su voluntad y, como en el caso aludido, no se sustentó la decisión jurisdiccional en lo preceptuado en la



citada convención, que es ley de la república, se otorgó la tutela requerida. Según la Declaración Universal de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Respecto desarrollado por el Pacto internacional es su Artículo 23 y 26 toda persona debe: tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Para la convención de los derechos del niño Artículo 3, 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.



Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

El Estado garantiza que al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Artículo 12 de la Convención. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requiriera.

3.5 Procedimiento de niñez y adolescencia amenazada o violentada en sus derechos en caso de fallecimiento del padre adoptivo ante los Juzgados de niñez y adolescencia

Con fundamento en los principios y garantías constitucionales y legales, los contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y muy especialmente la garantía procesal de que todo procedimiento sea tramitado sin demora (art. 116 e Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia), se hace necesario el establecimiento de ciertos criterios dentro del procedimiento de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos ante la muerte de su padre adoptivo. Al no existir texto legal de aplicación supletoria en este procedimiento y partiendo del artículo 15 Ley Organismo Judicial así como de la naturaleza que la Ley de Protección Integral de la Niñez Adolescencia en sus artículo 119 se debe otorgar audiencia de conocimiento, con intervención de Procuraduría General de la Nación y el Consejo Nacional de Adopciones para que en conjunto se propongan mecanismos de resguardo del menor y adolescente adoptivo huérfano, que le permitan estar bajo el cuidado de su familia adoptiva.

3.6 El marco normativo de la niñez y adolescencia para evitar que riesgos en el proceso de protección ante muerte del padre adoptivo

Bajo el contexto de protección de la niñez y adolescencia en la adopción a la Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia contempla los siguientes mecanismos de resguardo (Artículos 18 al 23):

a) El derecho a la familia y su sustitución como excepcionalidad

El derecho a la familia y la sustitución de esta como un derecho excepcional siempre que la niñez y adolescencia permanezca en convivencia familiar y comunitaria libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

b) El derecho a la estabilidad familiar

El Estado de Guatemala está obligado por todos los medios a garantizar la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral.

c) La adopción desde el desenvolvimiento del interés superior de la niñez y adolescencia

La adopción debe ejercerse atendiendo al interés superior y conforme a los tratados convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala.

d) La igualdad de derechos entre hijos adoptivos e hijos biológicos

El Estado deberá velar porque la niñez y adolescencia adoptada goce de los mismos derechos y normas equivalentes que los hijos biológicos.

Según informes de Naciones Unidas aproximadamente los niños menores de cinco años en Guatemala sufren los más altos niveles de pobreza; de hecho, el 61.7% de los mismos vive en condiciones de pobreza extrema y el 41% padecen algún nivel de desnutrición, lo cual equivale a 756.000 niños y niñas en esa situación.⁵³ La adopción como institución social debe desenvolverse bajo un marco respetuoso de los derechos humanos, a la luz del cual los Estados deben legislar e implementar sus políticas públicas.

De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, El Estado de Guatemala está obligado la a brindar protección especial a los niños y niñas no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia, en vista de la especial vulnerabilidad de la niñez. La Convención Americana incluye además disposiciones expresas para su protección por ejemplo, en el artículo 4 sobre el derecho a la vida, el artículo 5 sobre el derecho a la integridad personal, el artículo 17 sobre la protección a la familia.

⁵³ Situación de la niñez. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Consulta: <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo6.htm>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que es de vital importancia un cambio de cualquier situación para la niñez que lleve la aplicación de una situación de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de protección integral”.⁵⁴ Por ello, es necesario al caso concreto que nos ocupa que ante la muerte del padre adoptivo, el Estado de Guatemala, brinde a la niñez y adolescencia adoptada todos los mecanismos necesarios para que puedan permanecer al lado de familia adoptiva, para evitar se les vulnere derechos y se les coloque en situación de afectación, física y psicológica que afecte su personalidad ante un nuevo proceso de adopción.

⁵⁴ *Loc. Cit.*

CAPÍTULO IV

4. Soluciones a la problemática del fallecimiento del padre adoptivo y la situación del hijo adoptado

4.1. La situación de la muerte del padre adoptivo y la repercusión del vacío legal en Ley de Adopciones

La muerte del padre adoptivo es una situación legal no contemplada bajo el contexto Legal de la Ley de Adopciones en Guatemala, lo que puede llevar a afectar a niñez adolescencia adoptiva, porque pueden sufrir consecuencias psicológicas y la separación de la familia donde ha convivido, se le ha dado educación, vestuario, alimentación y vivienda; teniendo en cuenta que el menor se ha adaptado a la familia del adoptante, y que el separarlo de ésta sería ilógico porque el menor ya ha convivido con ellos.

Lo que llevó a al planteamiento en esta investigación de la siguiente interrogante: ¿Será de beneficio para el menor adoptado que cuando fallezca el adoptante el menor pase al cuidado de uno o más familiares del adoptante, legalizándose la continuación de la adopción por medio del trámite correspondiente y teniendo las mismas regulaciones de la adopción que establece la Ley de Adopciones?

Al darle respuesta a esta pregunta investigativa desde el punto de vista jurídico, económico y social se estableció la necesidad de la inclusión de un artículo a la Ley de Adopciones, para llenar el vacío legal de la misma y regular la situación del



fallecimiento del padre adoptivo y la situación en queda el menor adoptado; el segundo porque se establece un vínculo económico entre el adoptante o la familia del adoptante y el menor adoptado; y el tercero porque trata de resolver un problema familiar, estando el Estado obligado a proteger a los menores y a la familia.

4.2. El impacto a la niñez y adolescencia si se aplica una resolución judicial que los aparte de su familia adoptiva

La importancia de la familia fue uno de los elementos de análisis el proceso de crecimiento integral de la niñez y adolescencia adoptada. Si la familia adoptante ya no puede continuar con la adopción, porque no se encuentra normado en la Ley de Adopciones. El análisis efectuado comprende del enero del año dos mil trece a la actualidad. El ámbito geográfico será la República de Guatemala, ya que la ley es de carácter general.

Al ser la adopción una de las instituciones familiares cuya esencia radica en dar a la niñez y adolescencia en hogar donde se sea desollar paternidad. La adopción debe prevalecer en la institución social, pues es una forma de dar cariño al menor que no las tuvo o no las ha tenido, cortándose los niveles de educación, vestuario y alimentación cuando fallece el adoptante, y la ley no dispone la continuación por parte de conocidos y familiares del adoptante.

Al dotarse al hijo adoptivo en la adopción de hogar y recibir el mismo trato que un hijo biológico, como acto de voluntad se coloca en una familia a un individuo a quien ni la

naturaleza ni la ley habían hecho miembro de la misma. La adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que puede ser extraña la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos legítimamente en matrimonio y sus hijos.

Al no estarse en la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 una regulación en cuanto a la situación en que el adoptante muera y el adoptado quede desamparado, no obstante si regula en su Artículo tres que: corresponderá al Estado de Guatemala, la obligación de proteger y tutelar a los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción para garantizar el pleno goce de sus derechos y especialmente para evitar su sustracción, venta y tráfico, así como cualquier otra forma de explotación y abuso.

Así mismo, en la Convención de los Derechos del Niño en el párrafo sexto del preámbulo se reconoció que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Lo que conlleva a la autora del presente trabajo investigativo a establecer que la permanencia en su familia adoptiva de la niñez y adolescencia ante la muerte de su padre adoptivo debe hacerse integrando la doctrina del interés superior, para que se deje al niño en su ambiente familiar y disminuya un el daños a desarrollo integral, especialmente porque ha sufrido la pérdida de su padre adoptivo. Dejándose abierta la posibilidad a que la adopción continué con algún otros miembro dela familia adoptiva, o

pueda ser cuidado dentro de su familia adoptiva bajo el amparo de normas que rigen figuras como la de la tutela.

4.3 La muerte del padre adoptiva y sus efectos es la legislación comparada

En países como Argentina su Código Civil bajo la Ley Número 24.779 incorporo a la legislación en materia de adopciones la siguiente normativa en qué situación queda el hijo adoptivo ante la muerte de su padre. Al respecto se estimó en los artículos 312, 323 y 324 las siguientes consideraciones:

- a) Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges.
- b) En caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor. El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto.
- c) La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen.
- d) El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.

- e) El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico.

- f) Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.

Bajo el contexto de la legislación Argentina se establece una doctrina de protección donde se al hijo adoptivo los mismos derechos que uno biológico, se dan mecanismos para la niñez y adolescencia adoptada permanezca en el seno de su familia adoptiva porque pierde todo vínculo con su familia biológica.

Panamá establece bajo el contexto de Ley número 61 del 12 de agosto de 2008 en su artículo 20 y 28 en cuatro a la muerte del padre adoptivo las siguientes consideraciones:

- a) Para la adopción del hijo o hija de crianza se requerirá la convivencia familiar mínima de dos años comprobada mediante los medios comunes de prueba.

- b) En caso de que el cónyuge o conviviente en unión de hecho solicitante de adopción falleciera durante el proceso, se podrá continuar el trámite iniciado por medio de apoderado legal, siempre que sea en beneficio del niño, niña o adolescente.

- c) La presentación de la solicitud de adopción del hijo o hija de crianza del cónyuge o conviviente en unión de hecho no constituye la inhabilitación de la patria potestad o relación parental, por lo cual se requiere contar con dicha declaratoria judicial.

- d) Cuando uno de los adoptantes falleciera durante el procedimiento de adopción, se podrá continuar el trámite iniciado por ambos hasta su conclusión.

Bajo el contexto de legislación panameña se busca a que si durante el trámite de la adopción se diere el fallecimiento de uno de los cónyuges se pueda continuar con el trámite de la adopción hasta su conclusión.

4.4. La situación de la legislación guatemalteca en materia de adopciones ante la muerte del padre adoptivo

La adopción bajo el contexto de lo normado por el artículo 29 de Ley de Adopciones regula esta figura los mismos derechos y obligaciones que existen en un parentesco por consanguineidad. En el caso de personas menores de edad, se establecen entre la persona adoptante y la persona adoptada todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parental o patria potestad. Este parentesco legal se extiende a los descendientes del adoptado y a la familia de las personas adoptantes. A su vez, este vínculo jurídico familiar creado por la adopción es definitivo, indivisible, irrenunciable e irrevocable.



La muerte del adoptante o los adoptantes no restablece la patria potestad o relación parental de la madre o el padre biológicos del adoptado. Bajo estas consideraciones se presenta el siguiente trabajo de campo para establecer en integración del principio de interés superior además de la propuesta legislativa que se hizo alusión para que se adicione a que el hijo adoptivo permanezca en el seno de la familia adoptiva aunque muera su padre, se establece a continuación las siguientes consideraciones.

El método utilizado en esta investigación deductiva se partió de los postulados generales de la observación de los hechos que surgieron de la investigación, los silogismos que se practicaron en las observaciones que indudablemente llegarán a conclusiones particulares que se establecieron en esta investigación. En la presente investigación se llegó a concluir que es necesaria la continuación de la adopción por parte de familiares del adoptante fallecido. Se estableció a su vez una aplicación del método inductivo al análisis de hechos particulares que llevaron a la conclusión que necesario normas el efecto que conlleva la muerte del padre adoptivo ante su hijo adoptivo. Así, mismo se hizo uso de método analítico y científico para analizar cada uno de los problemas de la investigación, se utilizó también el método sintético para establecer la regulación que podría darse si fallece el padre adoptivo.



CONCLUSIONES

1. En el actual proceso de adopciones, en la sociedad guatemalteca posee observancia de los derechos humanos, mediante un marco normativo tutelar de la niñez y adolescencia adoptada, en la cual prevalece su interés superior para que se les beneficie y se les proteja ante cualquier situación que busque vulnerar su desarrollo integral, especialmente en un proceso de adopción.
2. La búsqueda del interés superior del niño, implicaba contar con un nuevo cuerpo normativo que evaluara y analiza las medidas que mejor puedan satisfacer las necesidades de la infancia, en general, y del niño individualmente considerado; de acuerdo a su situación específica, de manera que se tiene que pensar en lo que más conviene a la niñez y adolescencia.
3. El proceso de adopciones deja a un lado la adopción simple por una plena; la primera se orienta al reconocimiento limitado del hijo adoptivo, en relación con la herencia y los apellidos, en esta modalidad se permite la finalización de la misma y no crea lazos de parentesco con los adoptantes. La segunda va orientada al reconocimiento total del hijo adoptivo como biológico.



RECOMENDACIONES

1. El Consejo Nacional de Adopciones, debe poseer todos los mecanismos a su alcance para que se presente una reforma por parte del Organismo Ejecutivo dirigida a la Ley de Adopciones, que especifique, en caso del muerte del padre adoptivo, el hijo adoptado debe permanecer en el seno de su familia ampliada, para evitar perjudicar su desarrollo integral.
2. Se debe legislar la adición del Artículo 14 Bis de la Ley de Adopciones, por medio del cual se establezca que, cuando fallezca el adoptante, el menor queda al cuidado de uno o más familiares del adoptante; legalizándose la continuación de la adopción mediante la investigación y trámite regulado en la ley indicada; o, aplicando figuras como la tutela si no se califica para una nueva adopción.
3. El Estado debe velar por que existan todos los mecanismos que permitan al hijo adoptivo ser tratado como biológico, lo que conlleva a que se dé aplicación equivalente entre ambos en su calidad jurídica de los mismos institutos legales de protección, toda vez les une con su padre adoptivo o biológico el mismo lazo consanguíneo donde ambos tienen los mismos derechos y obligaciones.





ANEXOS





ANEXO A: FORMULARIOS



SOLICITUD DE ADOPCION NACIONAL

Número de expediente _____
Guatemala, ____ de _____ de _____

Señor Director

Consejo Nacional de Adopciones

Nosotros,

(Nombre completo del padre adoptante)

de ____ años de edad, casado, de nacionalidad _____, de profesión u
oficio _____, con domicilio en el departamento de _____, me
identifico con la cédula de vecindad () o DPI () número; y _____

de ____ años de edad, casada, de
nacionalidad _____, de profesión u oficio _____
_____, con domicilio en el departamento de _____, me identifico
con la cédula de vecindad () o DPI () número _____, señalamos como
lugar para recibir
notificaciones _____

Con números de teléfono: Residencia _____, celular _____
trabajo _____, y correo electrónico _____.

Hemos sido o somos actualmente familia sustituta de un niño, niña o adolescente? SI () NO ().
En caso afirmativo, indicar nombre del niño y Juzgado que ordenó dicha
medida. _____

En la actualidad soy (somos) representante(s), trabajador/es o tengo (tenemos) relación de
dependencia con persona individual o jurídica que tiene a su cargo niños en situación de
adoptabilidad? SI () NO (). En caso afirmativo, indicar nombre de la persona individual o
jurídica.



Los rangos de edad entre solicitante y niño a ser adoptado, serán los siguientes:

Solicitantes entre 22 y 35 años, podrán adoptar niños de 6 meses en adelante

Solicitantes entre 35 y 45 años, podrán adoptar niños de 3 años en adelante

Solicitantes entre 45 y 50 años, podrán adoptar niños de 5 años en adelante

Solicitantes entre 50 y 60 años, podrán adoptar niños de 7 años en adelante.

Importante: Debe respetarse el mandato legal de una diferencia de 20 años entre adoptante y adoptado, artículo 14 de la Ley de Adopciones.

En virtud de lo anterior, solicito (solicitamos) se realicen los estudios jurídicos, psicológicos y sociales correspondientes, para determinar mi (nuestra) idoneidad para ser padre/madre adoptivo/a.

Autorizo (autorizamos) que las comunicaciones derivadas del proceso administrativo se realicen por la vía telefónica o correo electrónico.

Bajo Juramento de ley declaro/amos ser de los datos personales consignados, que tengo (tenemos) conocimiento de los requisitos exigidos y que no estoy/amos comprendidos entre las prohibiciones e impedimentos para adoptar, regulados en la Ley de Adopciones, en el Reglamento de la Ley de Adopciones y en Acuerdo Interno del Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones, número CNA-CD-010-2010, descritos a continuación:



**SOLICITUD DE ADOPCION DE
MAYOR DE EDAD**

Número de expediente _____
Guatemala, ____ de _____ de _____

Señor Director

Consejo Nacional de Adopciones

Nosotros,

(Nombre completo del padre adoptante)

de ____ años de edad, casado, guatemalteco, de profesión u oficio _____,
con domicilio en el departamento de _____, me identifico con cédula
vecindad () o DPI () número _____; y

_____ de

____ años de edad, casada, guatemalteca, de profesión u oficio ^(Nombre completo de la madre) _____,

con domicilio en el departamento de _____, me identifico con la cédula de
vecindad () o DPI () número _____, señalamos como lugar para recibir
notificaciones _____

con números de teléfono: Residencia _____, celular _____
trabajo _____, y correo electrónico _____

solicitamos se realicen los estudios jurídicos, psicológicos y sociales correspondientes, para
emitir el dictamen correspondiente para adoptar
a _____, quien se identifica con la
cédula de vecindad () o DPI () número _____
(Nombre de la persona a ser adoptada)

Autorizo/amos que las comunicaciones derivadas del proceso administrativo se me/nos puedan
realizar por la vía telefónica o correo electrónico.

Bajo Juramento de ley, declaro/amos ser de los datos personales consignados, que tengo/emos
conocimiento de los requisitos exigidos y que no estoy/estamos comprendido/s entre las
prohibiciones e impedimentos para adoptar, regulados en la Ley de Adopciones y en el
Reglamento de la Ley de Adopciones, descritos a continuación:

LEY DE ADOPCIONES



ARTICULO 10. Prohibiciones.

La adopción es una institución social de protección, por lo que se prohíbe:

- a. La obtención de beneficios indebidos, materiales o de otra clase, para las personas, instituciones y autoridades involucradas en el proceso de adopción; incluyendo a los familiares dentro de los grados de ley del adoptante o del adoptado;
- b. A los padres biológicos o representantes legales del niño, disponer expresamente quién adoptará a su hijo o hija; salvo que se trate del hijo del cónyuge o conviviente o de la familia sustituta que previamente lo ha albergado;
- c. A los padres adoptivos disponer de los órganos y tejidos del adoptado para fines ilícitos;
- d. A las personas que participan en el proceso de adopción tener relación de cualquier clase con las entidades privadas y organismos acreditados extranjeros que se dedican al cuidado de niños declarados en estado de adoptabilidad;
- e. Que el consentimiento para la adopción sea otorgado por una persona menor de edad, padre o madre, sin autorización judicial
- f. Que los potenciales padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquier persona que puedan influenciar en el consentimiento de la persona, autoridad o institución involucrada en el proceso de adopción, se exceptúan los casos en que los adoptantes sean familiares dentro de los grados de ley del adoptado;
- g. Que los padres biológicos otorguen el consentimiento para la adopción antes del nacimiento del niño y que tal consentimiento sea otorgado antes de las seis semanas de nacido el niño.

Los expedientes donde se descubra alguna de las prohibiciones anteriores se suspenderán inmediatamente y no se autorizará la adopción, sin perjuicio de certificar lo conducente en materia penal si la acción en sí misma es constitutiva de delito o falta. La autoridad correspondiente deberá iniciar de oficio el proceso de protección para el niño.

ARTICULO 12, Sujetos que pueden ser adoptados...f. El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quien ejerza sobre él la patria potestad i la tutela.

ARTICULO 16. Impedimentos para adoptar.

Tienen impedimento para adoptar:

- a. Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y de la personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del niño, niña o adolescente;
- b. Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;



- c. Quienes hayan sido condenados por delitos que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas;
- d. Uno de los cónyuges o unidos de hecho sin el consentimiento expreso del otro;
- e. El tutor y el protutor, además de los requisitos del artículo trece, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña 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 reestablecida por juez competente.

ARTICULO 39. Solicitud...segundo párrafo. Las personas contempladas en las literales e) y f) del artículo 12 de esta ley, podrán acudir directamente ante un notario, los que con dictamen favorable de la Autoridad Central, podrán formalizar la adopción, mediante escritura pública.

REGLAMENTO DE LA LEY DE ADOPCIONES

ARTICULO 49. Adopción de persona mayor de edad. Los interesados en adoptar a una persona mayor de edad, deberán cumplir con los requisitos siguientes:

- a) Llenar solicitud en formulario proporcionado por el Consejo Nacional de Adopciones, que incluya, entre otros, nombre completo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, número del documento de identificación personal y lugar para recibir notificaciones;
- b) Acompañar fotocopia legalizada del documento de identificación personal; carencia de antecedentes penales y policíacos; certificación de partida de matrimonio o de la unión de hecho, cuando éste fuera el caso; constancia de empleo o ingresos económicos; certificación médica de no padecer enfermedades infecto-contagiosas y de buena salud mental y dos fotografías a color tamaño pasaporte;
- c) Acompañar certificación de la partida de nacimiento y fotocopia legalizada del documento de identificación personal de la persona mayor de edad sujeta a adopción;
- d) Presentar acta notarial por parte de los adoptantes, haciendo constar su aceptación expresa para la adopción; y,
- e) Presentar acta notarial por la persona que va a ser adoptada, en la que haga constar su aceptación expresa para su adopción.

Atentamente,

f. _____

(Firma del padre adoptante)

f. _____

(Firma de la madre adoptante)



**SOLICITUD DE ADOPCION DE
HIJO DE CÓNYUGE**

Número de expediente _____
Guatemala, ____ de _____ de ____

Señor Director
Consejo Nacional de Adopciones

Yo, _____
(Nombre completo del padre/madre adoptante)

de ____ años de edad, casado(a), de nacionalidad _____, de profesión u oficio _____, con domicilio en el departamento de _____, me identifico con la cédula de vecindad () o DPI () número _____, señalo como lugar para recibir notificaciones _____

con números de teléfono: Residencia _____, celular _____ trabajo _____, y correo electrónico _____, solicito se realicen los estudios jurídicos, psicológicos y sociales correspondientes, para ser declarado padre/madre adoptivo/a de _____, hijo(a) de _____
(Nombre del niño, niña o adolescente a ser adoptado)

_____, con quien estoy unido/a de hecho o en matrimonio y que se identifica con la cédula de vecindad () o DPI () número _____ (Nombre completo de la madre o padre biológico), que puede ser localizado en _____ y _____ (Dirección)

Autorizo que las comunicaciones derivadas del proceso administrativo se me puedan realizar por la vía telefónica o correo electrónico.

Bajo juramento de ley, declaro ser de los datos personales consignados, que tengo conocimiento de los requisitos exigidos y que no estoy comprendido entre las prohibiciones impedimentos para adoptar, regulados en la Ley de Adopciones y en el Reglamento de la Ley de Adopciones, descritos a continuación:

LEY DE ADOPCIONES



ARTICULO 10. Prohibiciones.

La adopción es una institución social de protección, por lo que se prohíbe:

- h. La obtención de beneficios indebidos, materiales o de otra clase, para las personas, instituciones y autoridades involucradas en el proceso de adopción; incluyendo a los familiares dentro de los grados de ley del adoptante o del adoptado;
- i. A los padres biológicos o representantes legales del niño, disponer expresamente quién adoptará a su hijo o hija; salvo que se trate del hijo del cónyuge o conviviente o de la familia sustituta que previamente lo ha albergado;
- j. A los padres adoptivos disponer de los órganos y tejidos del adoptado para fines ilícitos;
- k. A las personas que participan en el proceso de adopción tener relación de cualquier clase con las entidades privadas y organismos acreditados extranjeros que se dedican al cuidado de niños declarados en estado de adoptabilidad;
- l. Que el consentimiento para la adopción sea otorgado por una persona menor de edad, padre o madre, sin autorización judicial;
- m. Que los potenciales padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquier persona que puedan influenciar en el consentimiento de la persona, autoridad o institución;
- n. involucrada en el proceso de adopción, se exceptúan los casos en que los adoptantes sean familiares dentro de los grados de ley del adoptado;
- o. Que los padres biológicos otorguen el consentimiento para la adopción antes del nacimiento del niño y que tal consentimiento sea otorgado antes de las seis semanas de nacido el niño.

Los expedientes donde se descubra alguna de las prohibiciones anteriores se suspenderán inmediatamente y no se autorizará la adopción, sin perjuicio de certificar lo conducente en materia penal si la acción en sí misma es constitutiva de delito o falta. La autoridad correspondiente deberá iniciar de oficio el proceso de protección para el niño.

ARTICULO 12. Sujetos que pueden ser adoptados... e. El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deben prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad.

ARTICULO 16. Impedimentos para adoptar.

Tienen impedimento para adoptar:

- g. Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y de la personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del niño, niña o adolescente;

- h. Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;
- i. Quienes hayan sido condenados por delitos que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas;
- j. Uno de los cónyuges o unidos de hecho sin el consentimiento expreso del otro;
- k. El tutor y el protutor, además de los requisitos del artículo trece, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña o incapaz;
- l. Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o se les hubiese declarado separados o suspendidos de la misma, mientras ésta no haya sido reestablecida por juez competente.

ARTICULO 39. Solicitud...Segundo párrafo. Las personas contempladas en las literales e) y f) de artículo 12 de esta ley, podrán acudir directamente ante un notario, los que con dictamen favorable de la Autoridad Central, podrán formalizar la adopción, mediante escritura pública.

REGLAMENTO DE LA LEY DE ADOPCIONES

Artículo 48. Adopción del hijo de cónyuge. El interesado en adoptar al hijo de su cónyuge, deberá cumplir con los requisitos siguientes:

- a) Llenar solicitud en formulario proporcionado por el Consejo Nacional de Adopciones, que incluya, entre otros datos, nombre completo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, número del documento de identificación personal y lugar para recibir notificaciones;
- b) Acompañar fotocopia legalizada del documento de identificación personal del adoptante; carencia de antecedentes penales y policíacos; certificación de partida de matrimonio o de la unión de hecho, cuando este fuera el caso; constancia de empleo o ingresos económicos; certificación médica de no padecer enfermedades infecto-contagiosas y de buena salud mental; dos fotografías recientes a color tamaño pasaporte y dos fotografías que acrediten la convivencia con el niño;
- c) Presentar acta notarial en la que el padre o madre biológico manifieste que conserva la guarda y custodia del niño y haga constar su aceptación expresa para la adopción del hijo por su cónyuge;
- d) Presentar acta notarial en la que los padres biológicos hagan constar su consentimiento para la adopción, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad; y,
- e) Acompañar certificación de partida de nacimiento del padre o la madre biológicos del niño y del asiento de su registro de identificación personal;



Atentamente,

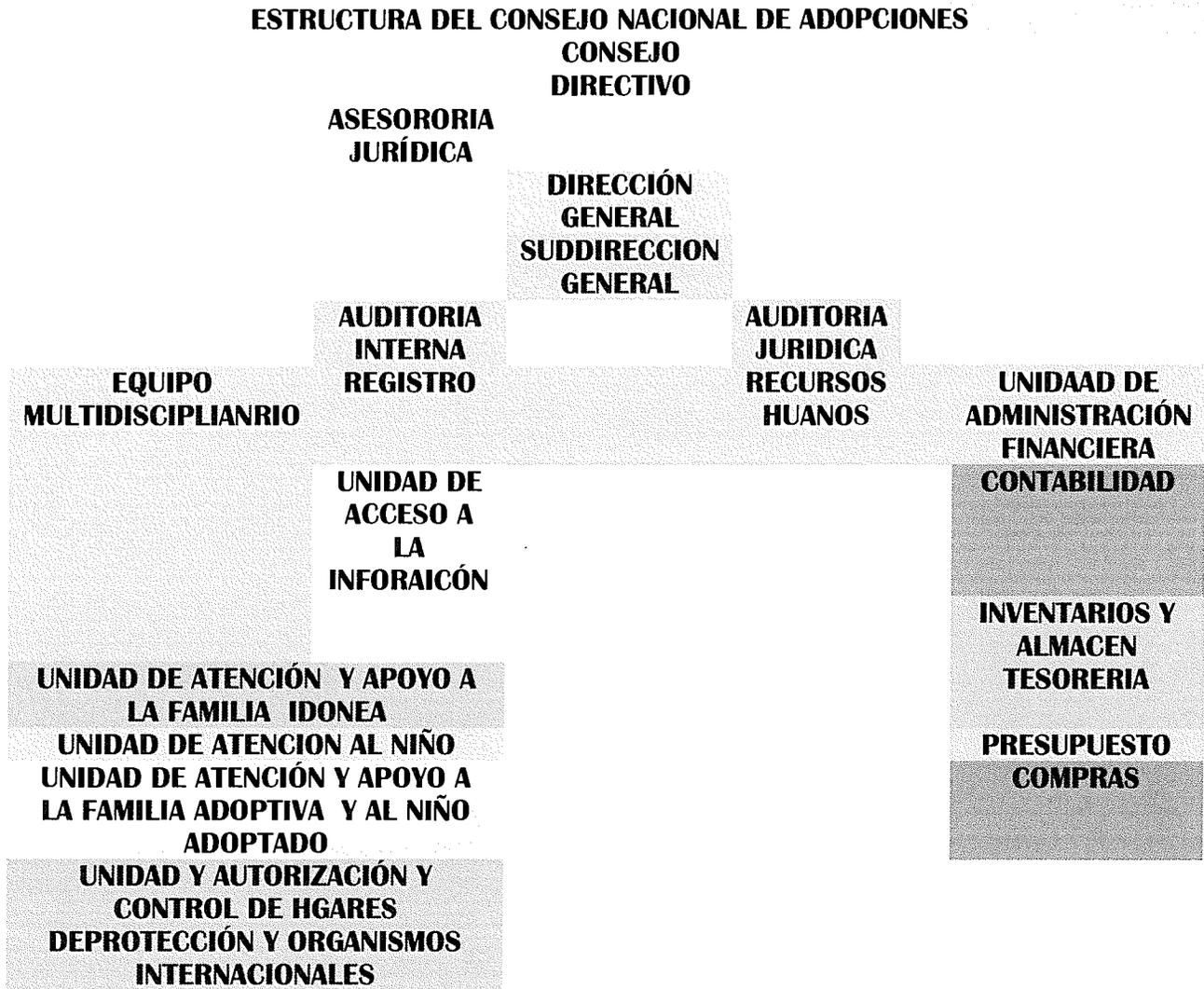
f. _____

(Firma del padre/madre adoptante)





ANEXO B: ESTRUCTURA DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES





ANEXO C: TRABAJO DE CAMPO

Ante ello, el trabajo de campo que se presentó consistió en la presentación de diversas interrogantes vertidas a un grupo de quince abogadas y abogados que se disuelven en diversas áreas del contexto jurídico para recabar su opinión, las encuestas se efectuaron en los meses de junio y junio de dos mil trece. Respecto a la situación legal de los niños y adolescentes que han perdido a su padre adoptivo. Los resultados obtenidos fueron:

PRIMERO, ¿Qué mecanismos deben tomarse en cuenta para garantizar que se resguarde la niñez y adolescencia adoptada en caso concreto muera su padre adoptivo?

Las opciones dadas a los encuestados fueron: a) Normativa de protección de los derechos humanos. b) El interés superior del menor. c) La común que se utilizaría bajo un hijo biológico. Los resultados obtenidos fueron:

	Cuestionamiento	Sujetos encuestados	Porcentajes
1	Normativa de protección de los derechos de los grupos más vulnerables	10	67%
2	El interés superior del menor	3	20%
3	La común que se utilizaría para un hijo biológico	2	13%

Para los encuestados los mecanismos que posee la legislación guatemalteca para resguardar a los niños y adolescentes que han perdido a su padre biológico consiste en la aplicación de la normativa de protección de los derechos los grupos más vulnerables, el interés superior del niño, así como la normativa común en el entendido que eran hijos biológicos por equivalencia de ley del padre adoptivo.

SEGUNDO, ¿Es adecuada la normativa en materia de adopciones en caso fallece el padre adoptivo?

Las opciones vertidas para este cuestionamiento fueron: a) Si, b) No

Los resultados obtenidos fueron:

	Cuestionamiento	Sujetos encuestados	Porcentajes
1	Si	0	0%
2	No	15	100%

Los encuestados establecieron que la labor del juez se limita al no contar dentro del ordenamiento legal con marco que norme esta situación, a interpretar en atención de garantizar la permanencia del hijo adoptivo con su familia adoptante como si se tratase de un hijo biológico, pudiendo hacer uso de figuras como la tutela sin ningún otro pariente desea adoptarlo.

TERCERO, ¿Qué avances considera el juez debe integrar para resguardar al que el hijo adoptivo permanezca en el seno de su familia adoptiva si muere su padre adoptante?

Las opciones dadas fueron: a) Evaluar la estabilidad emocional y económica que tiene en hogar adoptivo. b) Inclinar de forma especial hacia la familia adoptiva para que el hijo adoptivo permanezca en ella. c) Proteger los bienes de los menores d) Darle intervención al menor. e) Todas las anteriores

	Cuestionamiento	Sujetos encuestados	Porcentajes
1	Evaluar la estabilidad emocional y económica que tiene en su hogar adoptivo.	0	0%
2	Inclinar de forma especial hacia la familia adoptiva para que el hijo adoptivo permanezca en ella.	0	0%
3	Proteger los bienes de los menores	0	0%
4	Darle intervención al menor en la toma de decisiones	0	0%
5	Todas las anteriores	15	100%

El juez debe integrar para resguardar al que el hijo adoptivo permanezca en el seno de su familia adoptiva si muere su padre adoptante los siguientes aspectos:

Evaluar la estabilidad emocional y económica que tiene en su hogar adoptivo. Inclinarsse de forma especial hacia la familia adoptiva para que el hijo adoptivo permanezca en ella. Proteger los bienes de los menores y darle intervención al menor en la toma de decisiones.

CUARTO, ¿En cuánto al principio de igualdad cuál es el rol del juez en cuánto a su aplicabilidad para una correcta interpretación a los derechos del hijo adoptivo para que permanezca en el seno de su familia adoptiva?

Las opciones dadas fueron: a) Trato del hijo adoptivo como biológico. b) Resguardar todo los aspectos que conlleven su interés superior. c) Ambas.

	Cuestionamiento	Sujetos encuestados	Porcentajes
1.	Trato del hijo adoptivo como biológico	0	
2	Resguardar todo los aspectos que conlleven su interés superior.	0	0%
3	Ambas.	15	100%

Para los encuestados el rol del juez en la aplicabilidad del principio de igualdad para una correcta interpretación a los derechos del hijo adoptivo para que permanezca en el seno de su familia adoptiva conlleva a trato como hijo biológico y resguardo de todos los aspectos que conllevan el interés superior.

QUINTA, ¿Para la construcción de la igualdad en pro de una justicia que resguarde el interés superior del hijo adoptivo en caso de muerte del padre adoptante qué aspectos es necesario que el juez tome en cuenta para que este permanezca en el seno familiar del adoptante?

Los cuestionamiento dados fueron a) La valoración del juez en unidad y coherencia, b)trato jurídico igual en argumentación jurídica y procesal, c) Análisis minuciosos de los derechos y garantías, d) La protección del interés superior del menor y e) todas las anteriores.

	Cuestionamiento	Sujetos encuestados	Porcentajes
1	La valoración del juez en unidad y coherencia	2	13.33%
2	Trato jurídico igual en argumentación jurídica y procesal	0	0%
3	Análisis minuciosos de los derechos y garantías	0	0%

5	La protección del interés superior del menor	1	6.67%
6	Todas las anteriores	12	80%
	Totales	15	100%

Los encuestados determinaron que para la construcción de la igualdad en pro de una justicia que resguarde el interés superior del hijo adoptivo en caso de muerte del padre adoptante qué aspectos es necesario que el juez tome en cuenta para que este permanezca en el seno familiar del adoptante en su mayoría la unidad y coherencia, en la argumentación sustantiva y procesal, análisis minucioso de los derechos y garantías, protección al interés superior del menor.

La presente investigación desarrolla consideraciones legales del principio de ante la ley, estableciendo el rol judicial para su aplicabilidad en una mejor interpretación de la norma, especialmente desde un enfoque constitucional, se cuestiona cuál es la situación actual de la tutela legítima ante el interés superior del menor y el rol jurisdiccional del juez en la permanencia del menor de edad en su seno familiar adoptivo. Lo que llevó a la conclusión que el juez es único garante de la tutela del menor para la aplicación de su interés superior cuando muera su padre adoptivo y en consecuencia pueda permanecer con su familia adoptiva.

En el caso específico del municipio se Jalapa, Departamento de Jalapa los resultados obtenidos en cuanto al tema que nos ocupa llevaron a determinar que la Ley de

Adopciones Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala al no regular la situación del menor cuando fallece el adoptante, debe ser reformada y en consecuencia se debe adicionar el Artículo 14 Bis, para que en este caso específico el menor pueda optar al mismo ambiente familiar en el cual ha permanecido y pase a formar grado de parentesco con la persona más idónea, en el sentido que sea más afín con el menor y económicamente solvente. Los resultados obtenidos permitieron dar un análisis integral de la problemática que presenta la Ley de Adopciones al no regular la muerte del padre adoptivo y la situación en que queda el menor adoptado.

Al haberse analizado la obligación del Estado de brindar protección al menor luego que fallece el adoptante y evitar que niños adoptados sufran una nueva adaptación con adoptantes nuevos y desconocidos.

De los resultados efectuados se obtuvo que la mejor protección del hijo adoptivo ante la muerte de su padre la obtenga de su familia adoptiva, toda vez que la adopción como una institución debe conllevar a que prevalezca el interés superior del menor y la voluntad de los familiares del adoptante fallecido para continuar con los cuidados del menor. Ante ello, se comparte la segunda parte del trabajo de campo efectuado:

En cuanto al establecimiento de que si la ley de adopciones contempla una adecuada regulación de protección de la niñez y adolescencia adoptada en caso de muerte de su padre adoptivo en la primera gráfica los resultados obtenidos se orientaron en un 73.33% de los encuestados estableció que si es posee un marco regulatorio adecuado, pero debe integrarse con los principios correspondientes. El 26.67 de los encuestados

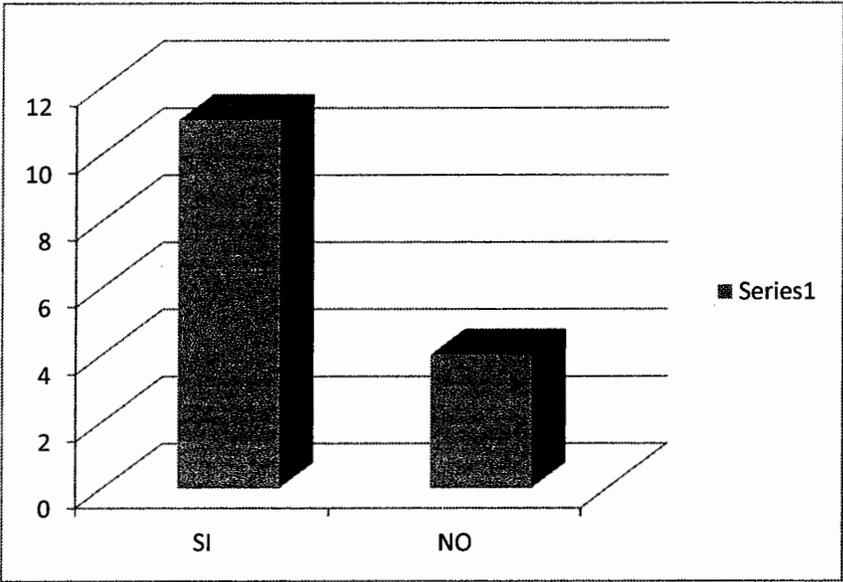
determinó que no toda vez que debe existir una norma concreta para evitar someter al diversos criterios al hijo adoptivo en caso de muerte de su padre.

1 ¿Contempla mecanismos de resguardo la ley de adopciones para la protección del adoptado en caso de muerte de su adoptante si es menor de edad?

SI 11

4

NO



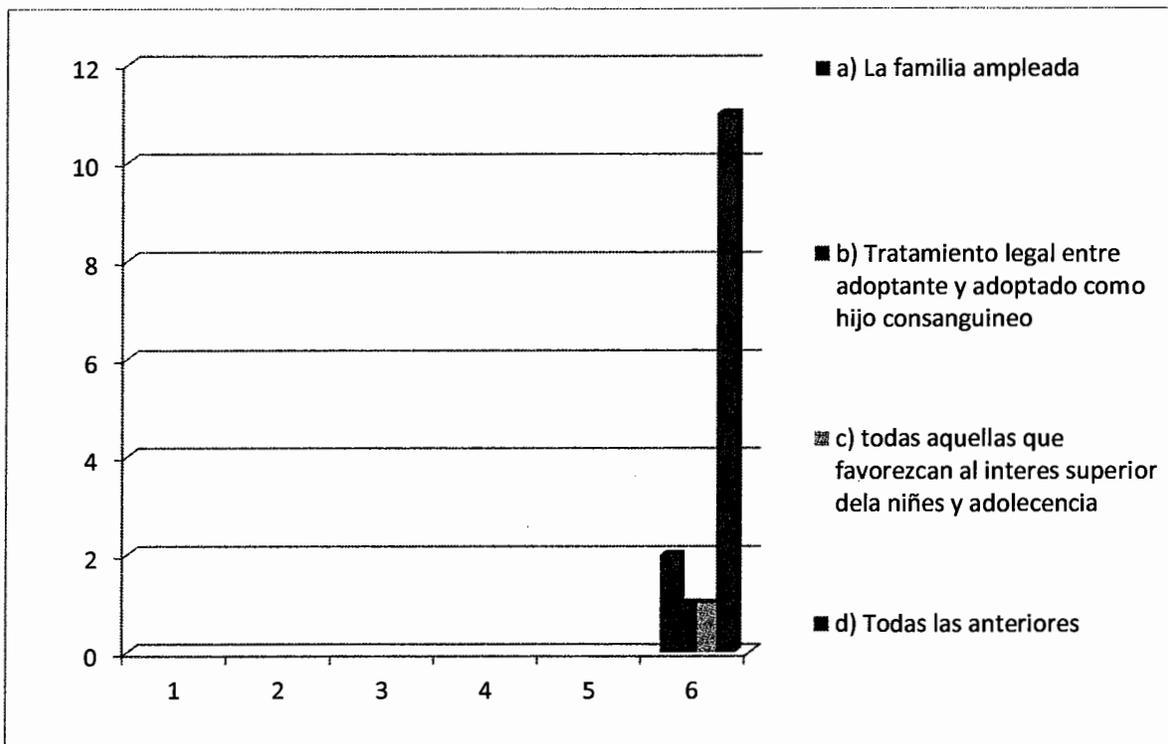
En el segundo gráfico se presentan los siguientes resultados obtenidos: En cuanto a la situación legal adoptante ante la muerte de su padre adoptivo los resultados obtenidos se orientaron hacia: Quede volver a ser adoptado en un 13.33%, toda vez que la adopción si bien es una institución social, es un acto voluntario. Un 20% estimo que

La Convención de los Derechos del Niño: (párrafo quinto del preámbulo) convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Así mismo el Artículo tres, numeral uno de dicha Convención regula que: 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. Fue otro de los fundamentos destacados por los encuestados.

En cuanto al tercer gráfico que se presenta los resultados obtenidos fueron en cuanto a los mecanismos de Protección con que cuenta la Ley de Adopciones cuando muere el padre adoptivo, los encuestados establecieron los siguientes: a) 13.33% de los encuestados se orientó hacia la familia ampliada. b) Un 6.67 % se orientó hacia la aplicación de un tratamiento legal del hijo adoptivo como biológico. c) Un 6.67 % se orientó también en todas aquellas formas que representen el interés superior de la niñez y adolescencia. d) Un 73.33% se orientó en que concurren todos los mecanismos ya enunciados.

La Ley de Adopciones regula en el Artículo tres que: corresponderá al Estado de Guatemala, la obligación de proteger y tutelar a los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción para garantizar el pleno goce de sus derechos y especialmente

para evitar su sustracción, venta y tráfico, así como cualquier otra forma de abuso. Y en el Artículo tres del mismo cuerpo legal preceptúa que: el interés superior del niño, en esta ley, es el principio que persigue asegurar la protección y desarrollo del niño, en el seno de su familia biológica o en caso de no ser esto posible en otro medio familiar permanente.



Ante el vacío legal que la Ley de Adopciones no previó la regulación para evitar desligar al niño de su entorno familiar. En el gráfico cuarto se presentó a los encuestados ¿si era necesario una reforma a la Ley de Adopciones?, estableciendo al respecto en un 40% que no era necesario que se reforme porque el problema que se presenta puede resolverse en aplicación del principio de interés superior del menor. Fue un 60% que si



BIBLIOGRAFÍA

AIZENSTATD LEISTENSCHNIEDER, Najman Alexander. **Medir con la misma vara: Parámetros generales de escrutinio judicial para la evaluación de limitaciones al derecho constitucional a la igualdad.** Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Número 58. Julio-Diciembre 2009.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de terminología procesal.** Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1996.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho.** Editorial Ribinzal Culzoni. Argentina, 1994.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Derecho procesal civil.** Editorial Porrúa. México, 1996.

BACRE, Aldo. **Teoría general del proceso.** Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1996.

BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA, María Luisa, **Lecciones de derecho civil,** Quinta Edición 2008, IUS Ediciones.

BRAÑAS, Alfonso, **Manual de derecho civil,** Editorial Fénix, Ciudad Universitaria, Guatemala, 2008.

BONNECASE Julien. **Tratado elemental de derecho civil.** Volumen 1. México. Impreso en Castillo Hnos. 1999.

BOSSERT Gustavo y Eduardo A. Zannoni. **Manual de derecho de familia.** Argentina. Editorial Astrea. 6fa edición. 2010.

BORDA A. Guillermo. **Manual de derecho de familia.** Buenos Aires, Editorial Perrot, Undécima Edición.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1994.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. **Teoría general del proceso y de la prueba**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia, 1996.

CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita y otros autores. **Manual de derecho de familia**. Centro de Investigación y Capacitación para la Reforma Judicial. El Salvador.

CHÁVEZ, Asencio. **La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales**. México Editorial Porrúa S.A. 1987.

COLINDRES HERNANDEZ, Ericka Ivonne, **Análisis Jurídico sobre la regulación legal de la adopción en Guatemala**, previo a conferírsele el grado de: Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogada y Notaria. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, mayo 2008.

COMISIÓN INTERAMERICANCA DE LOS DERECHOS HUMANOS. **Situación de la niñez**. Consulta: <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo6.htm>.

CONFERENCIA Intergubernamental sobre adopción internacional". SSI. Santiago de Chile, marzo de 1999. Adopción y los Derechos del niño en Guatemala. Guatemala de ILPEC Guatemala para UNICEF <http://www.cna.gob.gt/portal/doc/Adopcion%20y%20derechos%20del%20nino.pdf>

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. **Opinión Consultiva. Expediente Número 482-98. Gaceta Número 48**, del cuatro de mayo de 1998.

COUTURE, Eduardo. **Vocabulario jurídico**. Ediciones La Palma. Buenos Aires, Argentina, 1976.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos de derecho civil**. México D.F.; Ed. Nacional, (s.e) 1981.



ESPIN CANOVAS, Diego. **Manuel de derecho civil**, tomo IV, 4ta. Edición. Madrid España. 1975.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Ediciones Aguilar, S.A. Madrid, España, 1996.

FERNÁNDEZ Márquez, Julio. Algo sobre patria potestad. Biblioteca Luis Ángel Arango. Banco de la República de Colombia. Consulta: <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/90760/brblaa30140.pdf>. 6 de junio de 2012.

FUNDACIÓN Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Editorial Espasa Calpe, S.A. España, 1999.

GÓMEZ MORÁN Luis. **La posición jurídica del menor de edad en el derecho comparado**. España. Tesis doctoral de la universidad de Madrid y Coimbra.

GORDILLO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Impresos *Práxis*. Guatemala, 1999.

GRACA, Machel. **Los retos**. Editorial Adis. Soweto, África, 2000.

GROSMAN Cecilia P. y otros autores. **Los derechos del niño en la familia**. Discurso y realidad. Buenos Aires. Editorial Universidad. 1998.

LÓPEZ M., Mario R. **La práctica en los procesos voluntarios extrajudiciales**. Ediciones y Servicios. Guatemala, 1996.

MARROQUIN GONZALES, Mildred Andrea, **El tráfico de niños en el marco de la adopción Internacional en Guatemala**, previo a conferírsele el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, marzo de 2008.



MERCHANTE, Fermín Raúl. **La adopción.** Universidad Nacional de Buenos Aires. Argentina 1993.

MORALES ALVARADO, Sergio Fernando. **Introducción a los derechos humanos.** Guatemala. Taller de Estudio de las Artes Gráficas. 2006.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y Sociales.** Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1995.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. **Principios de orientación general.** Impreso por International Guidelines. New York, 2002.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil.** Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.

PICAZO, Diez. **Fundamentos de derecho civil y patrimonial.** Ediciones Europa-América. Argentina, 1998.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Madrid, España. Editorial Pirámide, 4ª. edición; 1975.

REYES, Sergio. **La prueba de ADN sin contradicción.** Ediciones Científicas. Argentina, 2000.

ROCHA REYES, Adalberto. **ADN mejor alternativa.** Edición Nuestro Mundo. Costa Rica, 2001.

STILERMAN Marta N. y Silvia E. Sepliarsky. **Adopción.** Buenos Aires. Editorial Universidad. 1999.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Editorial Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España, 1994.
STUARD Mill, John y Harriet Tylor Mill. **La igualdad de los sexos**. Colección Universitaria de Bolsillo. México. Ediciones Guadarrama.

VALERA, Casimiro A. **Valoración de la prueba**. Ediciones Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995.

Legislación:

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

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

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

Convención de La Haya.

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

Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento de la Ley de Adopciones.

Código Civil de la República Argentina.

Ley 61. Que dicta la Ley General de Adopciones de la República de Panamá y otras disposiciones.