

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LITERAL "H" DEL ARTÍCULO DOS DE LA LEY DE
ADOPCIONES, DECRETO 77-2007**

MARIE ANDRÉE ALVAREZ BLANCO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2015

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LITERAL "H" DEL ARTÍCULO DOS DE LA LEY DE
ADOPCIONES, DECRETO 77-2007**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARIE ANDRÉE ALVAREZ BLANCO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic. Hugo Roberto Martínez Rebullá
Secretario:	Lic. Edwin Leonel Bautista Morales

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima
Secretario:	Lic. José Luis Guerrero De la Cruz

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 24 de agosto de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, CAROL ANGÉLICA QUIRÓS ORTIZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARIE ANDRÉE ALVAREZ BLANCO, con carné 200921548,
 titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LITERAL "H", DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE ADOPCIONES, DECRETO
77-2007.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Handwritten Signature]
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 28 / 08 / 2015

Asesor(a)
 (Firma y Sello)



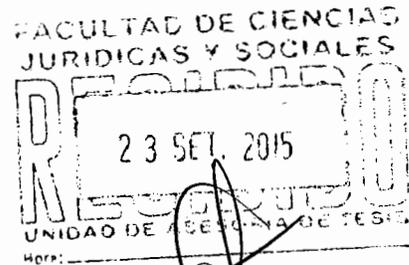
Carol Angélica Quirós Ortiz

MSc. Derecho Tributario; M.A. Administración Bancaria - Abogada & Notaria



Guatemala, 22 de septiembre de 2015

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



Doctor Mejía Orellana:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha veinticuatro de agosto de dos mil quince, en mi calidad de Asesor de Tesis de la Bachiller MARIE ANDRÉE ALVAREZ BLANCO, he procedido a asesorar a la estudiante en el desarrollo de su tesis titulada: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LITERAL "H" DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE ADOPCIONES, DECRETO 77-2007", tema de singular importancia para la niñez guatemalteca y de interés para los abogados en cualquiera de las esferas en que se encuentren ejerciendo su profesión, y consecuentemente para los estudiosos del derecho, y con el objeto de extender el dictamen favorable respectivo detallo lo siguiente:

- A. El contenido científico y técnico de la tesis se connota con la debida utilización de las doctrinas y teorías de actualidad con respecto al tema, para lo cual se efectúa un análisis de los derechos de la niñez y la adolescencia, su fundamento doctrinario e histórico, para culminar en un estudio crítico de la normativa a nivel nacional e internacional relativa a la materia objeto de análisis, todo ello desarrollado a lo largo del capitulado del trabajo de tesis realizado.
- B. La metodología y técnicas de investigación utilizadas encuadran con las enumeradas en su plan de investigación, pues se emplearon las técnicas de recopilación de información correctas, como se desprende de la bibliografía utilizada, asimismo es ajustada a la redacción que se utiliza, pues se puede deducir de la tesis que esta presenta una estructura analítica y deductiva, ya que aborda el tema, desde su conceptualización, al igual que los principios que lo inspiran, como punto de partida, para luego proceder a la descomposición de sus elementos y estudio analítico, abarcando por último la problemática guatemalteca y el análisis específico del artículo de la Ley de Adopciones objeto de análisis.
- C. Para lograr lo antes expuesto, se hace uso de la deducción, obteniendo la conclusión discursiva precisa, y los conocimientos derivados de la misma son aplicados sintéticamente a el ordenamiento jurídico guatemalteco, así pues a través de un análisis minucioso y crítico se logra enfatizar en la realidad de los niños que son declarados en estado de adoptabilidad y la problemática que representa el excesivo retardo en los procesos de adopción.
- D. La redacción es concisa y se adecua con los requerimientos académicos de la Unidad de Tesis y al nivel académico que corresponde, pues en la mayoría del trabajo de investigación se puede apreciar el uso constante de síntesis del contenido utilizado, el cual ha sido elaborado de manera muy adecuada y con la terminología correcta.
- E. La investigación mencionada se constituye en un aporte científico y doctrinario importante y de aplicación a la realidad del Estado guatemalteco, pues se



Carol Angélica Quirós Ortiz

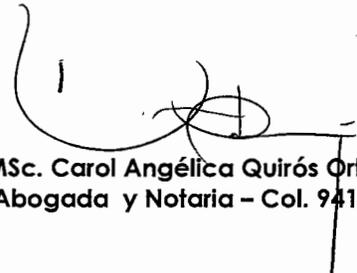
MSc. Derecho Tributario; M.A. Administración Bancaria - Abogada & Notaria

hace un análisis de la regulación del tema en Guatemala, y, se proponen soluciones concretas para superar la problemática desarrollada.

- F. La conclusión discursiva es acorde a lo expresado en el cuerpo capitular de la investigación, y es precisa en señalar las falencias del tema objeto de análisis, y la problemática que representa para la niñez guatemalteca que se encuentra en estado de adoptabilidad y para las familias sustitutas que los resguardan temporalmente.
- G. La bibliografía que se utiliza es la que corresponde para el tipo de investigación realizada, pues contiene la información que conduce directamente a la obtención de la conclusión expuesta en la tesis asesorada.
- H. Finalmente la estudiante ha comprobado la hipótesis del presente trabajo de investigación, mediante el método analítico el cual se basa en la descomposición de temas y análisis individual de cada uno de ellos, así como el inductivo deductivo, como resultado se puede comprobar que de ninguna manera se podrá contemplar la adopción por parte de la familia sustituta sobre el niño, niña o adolescente que alberga, ya que la nueva normativa nacional e internacional determina que la elección y designación de la familia adoptante para el niño declarado en estado de adoptabilidad, es la autoridad central.

En virtud del estudio de la investigación realizada por la estudiante sustentante de la tesis, manifiesto que contiene aportes científicos y técnicos en materia de derechos de la niñez y la adolescencia y derecho de familia, en el tema específico de las adopciones, analizando para ello su evolución histórica, su naturaleza jurídica, y sus principios, para finalmente presentar una propuesta que coadyuve a superar la problemática desarrollada, por lo que considero y afirmo que el contenido de la tesis tiene el nivel científico y técnico adecuado.

De conformidad con lo antes expuesto y por encontrarse el trabajo de tesis asesorado científicamente y técnicamente desarrollado en su contenido, y en virtud de que la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la conclusión discursiva y bibliografía, son congruentes con los requisitos del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, APRUEBO el presente trabajo de investigación y emito el DICTAMEN FAVORABLE, para que el trabajo presentado pueda ser utilizado como base para el examen público correspondiente y declaro expresamente que no soy pariente en los grados de ley de la sustentante MARIE ANDRÉE ALVAREZ BLANCO.


MSc. Carol Angélica Quirós Ortiz
Abogada y Notaria - Col. 9417

Carol Angélica Quirós Ortiz
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARIE ANDRÉE ALVAREZ BLANCO, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LITERAL "H", DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE ADOPCIONES, DECRETO 77-2007. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RAMO/silh



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme dado la vida, la salud y las fuerzas.
- A MIS PADRES:** Por apoyarme y amarme incondicionalmente en cada paso que doy, porque lo que hoy y mañana seré, será siempre gracias a ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Rodrigo y Maximiliano, por ser mi motor y la materialización más pura del amor fraternal, de la complicidad y la lealtad.
- A MI FAMILIA:** Mis abuelitos, tíos, primos y sobrinos, por su apoyo y amor incondicional, a mi abuelita Oly, mi abuelito Domingo, mi tío Fer y mi tío Carlos (Q.E.P.D) por recordarnos que la verdadera riqueza se acumula en el alma y en el corazón.
- A MIS AMIGOS:** Daniel, Miguel, Rony, Anthony, Sara, Carlos, Alvaro, José Luis y Jennifer, por enseñarme día con día el verdadero significado del trabajo en equipo y porque los amigos son la familia que se escoge y a mis amigas y amigos de toda la vida, en especial a Wendy, Yara, Gabriela, Shelby, Montserrat, Karla, Ruby y Andrea, por crecer conmigo y compartir conmigo esta travesía.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Por compartir desinteresadamente sus conocimientos, inculcarme el amor a la academia y el arte de la enseñanza en especial al Lic. Rafael Godínez, Licda. Karla Morales, Lic. Armindo Castillo, Lic. Carlos Paz y Lic. Gerardo Guerrero.



A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a la Universidad de San Carlos de Guatemala por ser mi casa de estudios y ser el lugar donde culmine una de las etapas más maravillosas de mi vida.

A: La Promoción Quinceava de la Jornada Matutina por su amor y apoyo, por todos los momentos y conocimientos compartidos;

A: Mi asesora, la Licenciada Carol Angélica Quirós Ortiz por compartir sus infinitos conocimientos y su sabiduría, por la paciencia y amor que pone en cada una de las cosas que emprende y comparte con nosotras, por su disponibilidad y por ser un gran ejemplo de mujer.



PRESENTACIÓN

El área de la ciencia a la que se refiere la presente investigación corresponde al campo de las ciencias jurídicas y sociales, por lo que se utilizó la metodología cualitativa, que se enfoca en estudiar y explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal y como se presenta en los distintos ámbitos en los que interviene el ser humano, así como observar el comportamiento del mismo y las razones que hacen surgir tales relaciones, situación que refleja la necesidad de realizar el análisis jurídico de la literal h), del artículo 2 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007.

Esta investigación surge como consecuencia de factores sociales y jurídicos que acaecieron en los años de 1998 al año 2007, respecto a la problemática que se desató en los procesos de adopción que eran llevados a cabo por la vía de jurisdicción voluntaria notarial, los cuales por los pocos controles jurídicos y administrativos por parte del Estado provocaron utilizar a la familia sustituta para consolidar adopciones irregulares e ilegales; sin embargo la promulgación de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República vino a regular y a establecer los candados necesarios para que la figura de la adopción no fuera utilizada como la herramienta para consolidar organizaciones delictivas que se dedicaban a la trata y a la comercialización de niños.

En cuanto al objeto de estudio, la investigación se enfocó en demostrar las características correspondientes a la institución de la adopción y de la medida de protección de la familia sustituta, observar cada una de las cualidades que las hacen ser las figuras adecuadas para proteger los intereses y derechos de la niñez, por lo que el sujeto de estudio de esta investigación es la familia sustituta. Por consiguiente, el aporte académico es evidenciar y demostrar los fundamentos tanto jurídicos, como legales de que la familia sustituta no es un período de socialización previo a determinarse la adopción, sino que es una medida de protección dictada por el juez de la niñez y adolescencia necesaria para proteger los intereses y necesidades de los niños, niñas y adolescentes de forma individualizada.



HIPÓTESIS

De acuerdo a lo efectuado dentro del plan de investigación, el cual constituye una búsqueda previa respecto a la posible respuesta del problema que se plantea, el cual dentro de la presente investigación tiene como sujeto de estudio la familia sustituta como medida de protección dictada por el juez competente mientras se formaliza el proceso de adopción, la cual por la convivencia con el menor desamparado o sujeto de vejámenes contra su persona, razón que motiva la separación de su familia de origen, causa tanto que la familia que alberga al niño, niña o adolescente como el niño tengan el deseo de adoptarse mutuamente.

Toda vez que se crean vínculos afectivos entre la familia sustituta y el niño abrigado debido al largo período de convivencia que resulta de la tardanza de los jueces en declarar el estado de adoptabilidad, pero aspiración que no puede ser formalizada en virtud que la ley de adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala establece que la familia sustituta será una medida de protección temporal.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis planteada fue comprobada a través de los métodos: analítico, sintético deductivo, inductivo y analógico.

Cada uno de los métodos de investigación mencionados fueron empleados de la manera prevista en el plan de investigación aprobado, lo que permitió la obtención de resultados favorables al momento de desarrollar el trabajo final de tesis, demostrando no solo la validez de la hipótesis en lo que se refiere a que la familia sustituta es una medida de protección dictada por el juez de la niñez y adolescencia y no un período de socialización previo a la consolidación del proceso de adopción y a su vez también la necesidad de fortalecer las instituciones relacionadas a los procesos de adopción para que agilicen la realización de los estudios que les compete realizar y la emisión de las resoluciones relacionadas al desarrollo y autorización de la adopción con la finalidad que no se permita convivir a la familia sustituta y al menor declarado en estado de adoptabilidad mas del tiempo debido y así evitar la creación de vínculos afectivos muy fuertes que motiven el deseo de adopción.

Por lo tanto, luego de haber empleado los métodos señalados y de haberse desarrollado la hipótesis planteada a lo largo de la presente investigación, es procedente establecer que la hipótesis ha sido validada, puesto que en efecto existen fundamentos jurídicos, legales y doctrinarios, que estipulan que la figura de la familia sustituta tiene impedimento para adoptar según disposiciones emitidas por el Consejo Nacional de Adopciones, legislación nacional y normativa internacional pues dicha institución fue creada conforme al espíritu del nuevo sistema de adopciones el cual consiste en la existencia de una entidad central creada y facultada con exclusividad para elegir y asignar familias idóneas a niños declarados en estado de adoptabilidad obedeciendo a los procedimientos legales previamente establecidos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La adopción.....	1
1.1 Evolución histórica de la adopción.....	5
1.2 Teorías en relación a la naturaleza jurídica de la adopción.....	7
1.2.1 La adopción como un contrato.....	7
1.2.2 La adopción como un acto.....	8
1.2.3 La adopción como una institución.....	9
1.3 Características.....	10
1.4 Elementos.....	10
1.4.1 Elementos personales.....	10
1.4.2 Elementos formales.....	14
1.5 Efectos de la adopción.....	15
1.6 Clases de adopción.....	16
1.6.1 Por sus efectos.....	16
1.6.2 Por el trámite al que está sujeta la adopción.....	19
1.6.3 Por el origen de los adoptados.....	21
1.7 Tipos de adopción en la legislación guatemalteca.....	22
1.7.1 Adopción nacional.....	22
1.7.2 Adopción internacional.....	23

CAPÍTULO II

2. La institución de la adopción en Guatemala.....	33
--	----

2.1 Regulación de la adopción en el derecho internacional.....	33
2.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño.....	34
2.1.2 Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional	37
2.2 Regulación de la adopción en el derecho nacional.....	41
2.2.1 Constitución Política de la República de Guatemala	41
2.2.2 Código Civil	43
2.2.3 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala ..	45
2.2.4 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.....	47
2.3 La necesidad de una nueva normativa	50
2.4 La nueva Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.....	62
2.4.1 Entidades involucradas en el nuevo proceso de adopción.....	63
2.4.2 El proceso de adopción según la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala	71

CAPÍTULO III

3. La familia sustituta.....	79
3.1 El Programa de Familia Sustituta	84
3.1.1 Requisitos.....	86
3.1.2 Obligaciones de las familias sustitutas	86
3.1.3 Legislación que regula la figura de la Familia Sustituta.....	87



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la literal h) del Artículo 2 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.....	115
4.1 La familia sustituta y la institucionalización de menores como medidas de protección.....	115
4.2 Análisis jurídico de la figura de la familia sustituta regulada en la literal h) del Artículo 2, Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala	119
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	129

INTRODUCCIÓN

El derecho como ciencia social se encarga de regular la conducta y la actividad del hombre en su diario vivir, con la finalidad última de establecer condiciones en donde la convivencia entre todos los seres humanos sea armónica y pacífica. Por ser una ciencia social se entiende que al ser el hombre su objeto de estudio, éste siempre será resultado de las condiciones que le rodean y por ende estará en constante cambio y para poder desarrollarse y evolucionar tiene la necesidad intrínseca de asociarse, siendo la primera manifestación de esta tendencia la familia, la cual se considera la base de la sociedad.

Dentro de los objetivos que se estableció alcanzar con la presente investigación es determinar si la familia sustituta como medida de protección dictada a favor de un niño abandonado o un niño que ha sido sujeto de vejámenes y violencia de cualquier tipo resulta beneficiosa en virtud que por el largo tiempo que conlleva resolver la situación de los menores tanto la familia que alberga como el niño albergado desarrollan vínculos socio-afectivos fuertes y separar al niño de un nuevo ambiente familiar conllevaría otra pérdida para el menor, así como determinar la viabilidad de considerar que a la familia sustituta le sea autorizada la adopción del menor que se encuentra albergando, en cuanto a estos se determina que el objetivo si se cumplió, toda vez que la legislación y la doctrina confrontada esclareció los mismos de modo que se lograra la contribución académica correspondiente con el presente trabajo de investigación.

La hipótesis planteada consistía en demostrar el impacto social y afectivo de colocar a un menor desprotegido en una familia sustituta y determinar si dicha medida contribuye para estabilizar al menor o si por las condiciones en la que se desarrolla, impacta de manera negativa, pues en algunas condiciones estas favorecen a que el menor albergado y la familia sustituta desarrollen un vínculo afectivo, provocando que el desprendimiento sea doloroso y más difícil o bien el deseo de permanecer como una familia por tiempo indefinido.



Esta investigación parte de lo general a lo específico, la cual está distribuida en capítulo uno la adopción, capítulo dos la Institución de la adopción en Guatemala, capítulo tres la familia sustituta y capítulo cuatro análisis jurídico de la literal h) del Artículo dos de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

Los métodos utilizados fueron el método analítico, sintético, deductivo, inductivo y analógico, en relación a las técnicas empleadas se utilizó la revisión bibliográfica, hemerográfica, documental y estudio comparativo. Por consiguiente el presente trabajo de investigación representa un aporte científico no solo al ámbito académico sino en especial se propone en el ámbito judicial, resolver con mayor prontitud y celeridad las situaciones de los menores que se encuentran en abandono o en una situación de peligro para que estos al ser ubicados con familias sustitutas, como una medida de protección, no desarrollen vínculos afectivos tan fuertes que hagan que la separación se convierta en una nueva pérdida para el menor albergado.

CAPÍTULO I

1. La adopción

Son muchos los juristas que han tratado este tema, se hace una breve referencia de los aportes que han brindado al Derecho Civil:

Marcel Planiol y Georges Ripert exponen que: “La adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas, relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.”¹

Cabanellas la define así: “la adopción es el acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política, a quien no lo es por naturaleza, sin excluir el resquicio que esto consiente para legalizar ciertas ilegitimidades”.²

Hernán Gómez en relación a esta institución indica que: “la adopción es principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”³. Esta definición nos brinda elementos importantes de la adopción que debemos tomar en cuenta, uno de ellos es: la suprema vigilancia del

1Planiol, Marcel; Georges Ripert; **Tratado Elemental de Derecho Civil**, Tomo II; Cardenas Editor y Distribuidos; México; 1991, pág. 220

2 Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de Derecho Usual**; Editorial Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 1976.

3LlácerMatacás, María Rosa, **La Constitución de la Adopción**, Barcelona, España; Ed: Dimensión, 2012



Estado, esto evidencia la ardua tarea que le corresponde al Estado y en el caso concreto al Estado de Guatemala de velar por la protección de los menores de edad que se encuentran sujetos a procesos de adopción, otro elemento importante que señala dicha definición es la irrevocabilidad. El derecho moderno tiene como finalidad primordial la de procurar que el niño conserve su familia de origen y por ende su identidad, por lo que se pretende evitar a toda costa que se revoque la decisión de la adopción y que al niño no se le violente nuevamente su derecho a tener una familia.

El procesalista Carnelutti en relación a la adopción indica que es: “una relación jurídica de la cual, por voluntad de las partes, deriva un vínculo de familia, resultado de la combinación de dos intereses, uno prevalente o protegido y otro subordinado. Por lo que la adopción engendra una verdadera relación jurídica, provocada por la voluntad de las partes intervinientes en el procedimiento; la acción de la adopción, instaura la relación jurídica y la actividad de las partes mueve a aquella, que se termina por la sentencia”.⁴

Manuel Osorio indica que la adopción es: “el acto mediante el cual se recibe como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La determinación no ya de esas formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales indispensables para efectuar la adopción (...) es cosa en las que difieren las legislaciones de los diversos países y que toman en cuenta distintos elementos a considerar como la edad de los adoptantes y la de los adoptados, el estado civil, la

⁴Guzmán Peces, Montserrat. **La Adopción Internacional, Guía de Adopciones**, Mediadores Juristas. Madrid, España, Ed: La Ley, 2011



existencia o no de hijos efectivos, el número de posibles adopciones, entre otras”⁵.

Se trata pues según el autor de una institución aceptada por la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza.

Federico Puig Peña define la adopción como: “aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”⁶.

En base a la definición de Puig Peña, se desarrollan los siguientes elementos de la adopción:

a. La adopción es una institución: en virtud que al referirnos dentro del derecho a una institución la figura debe contener toda una sistematización de normas que tengan como finalidad específica regular todas las actividades que devengan de esa figura en especial, en este caso la adopción.

b. La adopción se establece entre dos personas extrañas, relaciones de paternidad y filiación: aseveración que en efecto contempla nuestra legislación tanto en la ley de adopciones al establecer en el Artículo segundo, literal a): una persona toma como hijo

⁵Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Buenos Aires, Argentina; 32° Ed: Heliastas S.R.L. 2000

⁶ Puig Peña, Federico; **Compendio de Derecho Civil Español**. Madrid, España; Ed: Pirámide, S.A; pág. 475



propio al hijo biológico de otra persona (...).

El decreto ley 106, Código Civil, libro primero, Artículo 258 regula que el adoptante es quien ejercerá la patria potestad del adoptado, extremo que es importante mencionar pues se asume que, al finalizar el proceso de adopción, los padres adoptantes ejercerán de nueva cuenta todos los derechos que les correspondan en el pleno ejercicio de su paternidad declarada.

c. La adopción imita a la naturaleza: extremado de gran relevancia pues en ello se basan los juristas para establecer en la legislación correspondiente los requisitos para la adopción. Naturalmente al evolucionar la sociedad, también evoluciona su entorno y con ello el derecho, esto ha resultado en un mayor reconocimiento de los derechos humanos y en la humanización de las normas jurídicas, incluso en el derecho de familia y en el derecho civil.

Pues en lo que respecta a la adopción, se ha concebido que la institución cumple dos roles primordiales por un lado el de ser una alternativa para las personas que no pueden concebir hijos y desean tener descendencia y por otra parte que la adopción sea la forma de restituir a los menores a quienes se les ha sido violentado el derecho a tener una familia y desarrollarse en un lugar seguro.

Gradualmente se le ha dado énfasis a esta última concepción, comprendiendo dicha institución como la forma subsidiaria y de última instancia para reestablecer el derecho que se ha violentado, implementando el principio rector en los procesos de adopción que



es el de velar por el interés superior del niño, para que con la institución de la adopción se garantice a los menores sus derechos fundamentales en especial el derecho a la familia.

En virtud de las carencias que presentan la parte adoptada y la parte adoptante, al unirse Puig Peña indicó que se busca imitar a la naturaleza, pues lo que se pretendía básicamente era crear vínculos que no existieran naturalmente a través de mecanismos jurídicos.

1.1 Evolución histórica de la adopción

La figura de la adopción tiene sus orígenes en el Imperio Romano, fue creada e implantada para las personas que no tenían descendencia y esta consistía en tomar un hijo ajeno como propio para la continuación de su estirpe y que estos a su vez mantuvieran vivo el culto de sus antepasados, ya que la interrupción de la descendencia en aquella época para el mundo romano representaba en las creencias antiguas vigentes una catástrofe que se debía evitar a toda costa, asimismo la adopción fue creada como una alternativa para proporcionar las ventajas de la filiación a aquellos que carecían de ellas, volviéndose esta figura una solución a los problemas materiales y el medio más viable para solventar la situación en la que se encontraban los huérfanos.

Con el desarrollo de la historia y la evolución de la sociedad, la adopción fue cayendo en desuso y al llegar la época de la codificación se planteó incluso su supresión definitiva. La fascinación que dejaban las secuelas del esplendoroso imperio romano y su

normativa ejercieron en la época de la Revolución el interés extraordinario de Napoleón de defender la figura a toda costa y lograr la reincorporación al campo legislativo nuevamente, pero dándole una finalidad de tipo subjetivo y personal: es decir que la adopción fuera el consuelo de matrimonios estériles y la figura de socorro para los niños pobres.

Al igual que en Francia, en España se reglamentó la figura de la adopción pero en un sentido diferente ya que no se le reconocía el mismo sentido que se le había otorgado en el Derecho Romano, por el contrario se le atribuyeron una serie de requisitos que hacían de la institución un proceso por demás engorroso.

La institución durante esta época de la historia fue creada más para satisfacer intereses del adoptante que del adoptado. En España la adopción adquiere el carácter filántropo posteriormente, cuando el Código Civil fue reformado e incluso respondió a las necesidades de la época, puesto que durante ese período se estaba desarrollando la guerra y una alternativa para que los niños huérfanos o abandonados fueran protegidos y reinsertados a la sociedad fue la adopción.

Por otra parte en Alemania, la adopción fue concebida desde otro punto de vista, su objetivo consistía en proveer descendencia al guerrero que no la poseyese, fue establecida como una institución de carácter político y social y de alguna manera creaba un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado.



1.2 Teorías en relación a la naturaleza jurídica de la adopción

No existe un criterio unificado en la doctrina con respecto a la naturaleza jurídica que reviste a la adopción, a continuación se hace un breve desarrollo de cada una de las teorías que tienen mayor preeminencia:

1.2.1 La adopción como un contrato

Diego Espín Cánovas es uno de los precursores de esta corriente, estableciendo que la adopción puede ser vista como un contrato en virtud que representa un negocio jurídico y en él se encuentra inmersa la voluntad de ambas partes de crear el vínculo jurídico del parentesco, el inconveniente que presenta esta teoría radica en que existe una doble intervención, una por parte de los órganos jurisdiccionales y la otra de carácter notarial, Cánovas lo soluciona aduciendo que igual valor constitutivo se le da al concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura.

La crítica a esta postura es que un contrato lleva revestido el carácter patrimonial y esta se contrapone a la finalidad de la figura de la adopción, que es la de buscar que se proteja al menor y por sobre todo que no sea objeto ni visto como una mercancía o un beneficio para el adoptante.

De igual forma podemos observar que la adopción en nuestro ordenamiento jurídico previo a encontrarse regulada en la ley de adopciones, se encontraba plasmada en el libro primero del Código Civil, apartado de dicho cuerpo normativo que recopila la

mayoría de cuestiones relacionadas a la familia y a la persona, por lo que más que un negocio jurídico la adopción debe ser vista como una declaración de voluntad.

1.2.2 La adopción como un acto

Manuel Ossorio define acto como la manifestación de voluntad o de fuerza. Un acto es pues la manifestación externa de la voluntad del hombre, la voluntad se ve concretada en la manifestación que viene siendo el acto en sí.

El jurista Fernando Flores Gómez, considera la adopción como un acto jurídico, en virtud que al realizarse la adopción esta lleva implícita la voluntad expresa del adoptante de querer tomar como propio al hijo de otra persona y de esta forma introducirlo en su familia y crear el vínculo del parentesco y asimismo ejercer la patria potestad sobre el adoptado.

La postura que propone esta teoría es en algunos aspectos acertada, ya que se habla mucho de la manifestación de la voluntad, y recordemos que uno de los aspectos más importantes de la adopción es que no es obligatoria, es una acto libre y consciente que puede realizar una persona en favor de otra y con finalidades que deben ir más allá de cualquier índole material sino responder a intenciones puras. En Guatemala la adopción, previo a la entrada en vigencia del decreto 77-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Adopciones, era concebida como un acto pero actualmente se caracteriza por ser una institución.

1.2.3 La adopción como una institución

Cuando se habla acerca de una institución nos referimos básicamente a todo un sistema de normas que regulan un conjunto particular de actividades. Manuel Ossorio se refiere a las instituciones como cada una de las materias de las diversas ramas del Derecho.

Federico Puig Peña define la adopción como una institución, realizando al mismo tiempo un desarrollo sobre los efectos que produce la adopción.

Es esta teoría la que adopta nuestro ordenamiento jurídico, en virtud que la adopción se encuentra sistematizada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en la ley de adopciones, decreto 77-97 del Congreso de la República de Guatemala, en dicha ley se encuentran regulados todos los requisitos necesarios para poder llevar a cabo una adopción, se desarrollan las instituciones vinculadas al proceso, la organización, los procedimientos, definiciones y elementos que en conjunto confirman que la adopción es una institución.

La ley de adopciones afirma la teoría que la adopción es una institución en su Artículo primero y segundo, puesto que en el primero establece que el objeto de la ley será regular la adopción como institución de interés nacional y en el segundo define la adopción como una institución social de protección y de orden público.

1.3 Características

La institución de la adopción tiene las siguientes características: tiene el carácter de ser irrevocable, por el sentido de su creación y su naturaleza, que es la de ser permanente, puesto que al constituirse no existe un plazo para su vigencia; y, que se rige por el principio de unidad de persona, el cual se refiere a que nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto en el caso de haber muerto el padre adoptante, principio encaminado a evitar conflictos de influencia que representarían para los menores conflictos de patria potestad.

1.4 Elementos

La Institución de la adopción tiene elementos personales y formales los cuales se detallan a continuación:

1.4.1 Elementos personales

Dentro de los elementos personales se describen las personas que se ven involucradas dentro del proceso de adopción.

a. Personas que pueden adoptar: La ley de adopciones, en su Artículo 13 establece específicamente quienes podrán adoptar:

i. El hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho legalmente declarada,



cuando ambos hayan convenido ser parte del proceso y considerar como hijo al adoptado;

- ii. Las personas solteras;
- iii. El tutor del adoptado, siempre y cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y el adoptante satisfaga los requisitos de idoneidad que establece la ley.

Dentro del proceso que posteriormente se detallará, la ley establece que pese a incurrir en la calidad para poder ser adoptante tendrá que también ser declarado idóneo por el Consejo Nacional de Adopciones, declaración que acredita a la persona como apto para poder satisfacer las necesidades del menor en términos generales e individuales.

Se prescindirá del certificado de idoneidad cuando la adopción sea de una persona mayor de edad y cuando la adopción sea del hijo o hija del cónyuge o unido de hecho o de la familia que previamente lo ha albergado. Se entiende a esta como la familia ampliada, la cual es definida en el Artículo segundo, literal f) de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: 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.

b. Personas que pueden ser adoptadas: La Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala los enumera de la siguiente manera:

- i. El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado;
- ii. El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su

derecho de familia;

- iii. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían;
- iv. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción;
- v. 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;
- vi. 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 o la tutela.

Es necesario resaltar que aunque existan diversas situaciones que puedan originar que una persona pueda ser adoptada, no importando que situación concreta se dé salvo la de los mayores de edad, el juez de la niñez y la adolescencia deberá declarar el estado de adoptabilidad para iniciar el proceso de adopción.

Nuestra normativa hace alusión a aquellos casos especiales en donde existen hermanos susceptibles de ser adoptados, estableciendo que se procurará que no sean separados ni antes ni durante el proceso de adopción y que sean adoptados por la misma familia, excepto que este extremo no atendiera al interés superior de los adoptados el cual será determinado por el Consejo Nacional de Adopciones, institución que representa la Autoridad Central en materia de adopciones.

- c. Impedimentos para adoptar:** nuestra legislación contempla los siguientes impedimentos:
- i. 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;
 - ii. Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;
 - iii. Quienes hayan sido condenados por delitos que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas;
 - iv. Uno de los cónyuges o unidos de hecho sin el consentimiento expreso del otro;
 - v. 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;
 - vi. Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o se les hubiese declarado separados o suspendidos de la misma, mientras esta no haya sido restablecida por juez competente.

El Consejo Nacional de Adopciones en el Acuerdo Interno del Consejo Directivo número CNA-CD-010-2010, no contempla un impedimento sino una prohibición expresa en el Artículo cuarto, el cual establece: Artículo 4. De la Temporalidad de las medidas. La naturaleza temporal de la medida de protección de abrigo en familia sustituta y en hogar temporal, no admite la posibilidad de adopción del niño abrigado, en virtud que la selección de familia adoptiva la realiza el Consejo Nacional de Adopciones, dentro de proceso administrativo de adopción.



La participación de la familia sustituta y del hogar temporal, se circunscribe al abrigo del niño durante el tiempo que dure la medida de protección en el proceso judicial y el proceso administrativo de adopción, respectivamente, hasta la integración del niño a su familia adoptiva.

1.4.2 Elementos formales

Esta categoría se refiere a la documentación material, resoluciones y dictámenes que son emitidos dentro del proceso de adopción:

a. Previos: Al llevarse a cabo el proceso de adopción es imperativo que primero el niño que ha sido elegido por el Consejo Nacional de Adopciones haya sido declarado en estado de adoptabilidad por el Juez de la niñez y adolescencia correspondiente. Segundo que se haya realizado la solicitud por parte del futuro o futuros padres adoptantes ante el Consejo Nacional de Adopciones y por último que hayan sido declarados idóneos para poder adoptar.

Por lo que serán tres resoluciones que se deberán obtener para iniciar el proceso de adopción: la declaración de adoptabilidad, la solicitud de adopción y la idoneidad de los futuros adoptantes.

b. Concurrentes: Los elementos formales que podemos mencionar concurrentes al proceso de adopción son: i) el informe de empatía, el cual es emitido posterior al período

de socialización por el equipo multidisciplinario del Consejo Nacional de Adopciones; ii) la resolución final emitida por la Autoridad Central, la cual establece que es procedente declarar la adopción; y iii) la homologación judicial y resolución final ambas emitidas por el Juez de Familia.

c. Posteriores: Al darse por finalizado el proceso de adopción esta deberá ser inscrita en el registro civil del Registro Nacional de las Personas, atendiendo a lo que establece el Artículo 53 de la ley de adopciones: 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 respectivo; 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.

1.5 Efectos de la adopción

- a. Pérdida de la patria potestad por parte de los padres naturales y adquisición de la patria potestad por parte de los padres adoptantes;
- b. Derecho de sucesión para los hijos adoptivos en igualdad de derechos con los hijos biológicos de sus padres adoptantes;
- c. El derecho del adoptado a usar el apellido de sus padres adoptantes.

1.6 Clases de adopción

La adopción por ser una institución que se regula desde los tiempos del derecho romano ha ido evolucionando y adaptándose conforme a los intereses y costumbres de cada época, lo que ha resultado en distintas clases y formas de constituirse, las cuales se desarrollan a continuación:

1.6.1 Por sus efectos

Por los efectos que puede llegar a tener la adopción sobre la persona adoptante y la persona adoptada, se clasifican en:

a. Adopción plena: Es la modalidad de adopción por medio de la cual el adoptado establece una relación idéntica a la de sangre con sus padres adoptados, destruyendo así cualquier vínculo de parentesco que le una con su familia de sangre, se reconocen los mismos derechos y obligaciones para hijos adoptados e hijos de sangre no habiendo distinción uno del otro y entre sus efectos se le confiere el derecho de usar el apellido de sus padres y es de carácter irrevocable.

Diego Espín Cánovas, establece que en el derecho español la adopción plena tiene como finalidad “considerar al adoptado como hijo legítimo de los adoptantes, se comprende que, además de la relación de parentesco civil y de la atribución de la patria potestad, que siempre derivan de la adopción, cuando se realiza en forma plena ha de atribuir

también los apellidos del adoptante y derechos hereditarios respecto al mismo; por otra parte, esta atribución de vínculos tan fuertes con los adoptantes lleva como contrapartida una debilitación de los vínculos familiares derivados de la filiación biológica, al no permitir que le sean exigidos al adoptado deberes parentales por sus ascendientes o colaterales por naturaleza y privando a estos de derechos hereditarios frente al adoptado”⁷.

La concepción de la adopción a la que hace alusión Cánovas y sus efectos en el derecho español convergen con la adopción que regula nuestro ordenamiento jurídico actualmente, pues en Guatemala se reconoce únicamente la adopción plena.

Es importante considerar también el aporte que realiza el autor Daniel Matta Consuegra, pues expone que la adopción plena “crea vínculos sumamente sólidos entre adoptante y adoptado, cuyos efectos tienen un carácter bastante amplio, pues el parentesco que surge de su conformación jurídica se extiende a los parientes consanguíneos y afines a la nueva familia a la cual se integra el adoptado, y la filiación natural que le era propia se extingue y tiende a extinguirse definitivamente, teniendo como característica esencial la irrevocabilidad.”⁸

La importancia de lo propuesto por el autor Daniel Matta Consuegra radica en la extensión de la adopción, pocos autores hacen alusión a esta situación y que es de gran importancia puesto que si con la adopción se busca la reintegración del menor de edad a la sociedad y la restitución de su derecho a tener una familia, esto no solo implica padre

⁷Espín Cánovas, Diego. **Ob. Cit.** Págs. 413 y 414

⁸Matta Consuegra, Daniel. **Derecho de las Personas y de la Familia Guatemalteca.** Pág. 45

y madre sino el impacto de la adopción pueda extenderse a que el niño también adopte una familia ampliada como la hubiere tenido con su familia de sangre, es decir abuelos, tíos, primos, etc.

Es evidente la trascendencia que implica ser adoptado (dependiendo de la edad), la cual tiene mayor complejidad cuando el menor adoptado debe involucrarse con un mayor número de personas desconocidas impacto que sin duda alguna puede resultar en algo positivo pues el niño, niña o adolescente se verá acogida y protegido en mayor grado al verse identificado con una familia completa e integrada.

b. Adopción Simple: En la adopción simple el adoptado es reconocido como hijo del adoptante, pero sin crear vínculos con la familia de sangre de este último, sin embargo si es considerado como hermano de los otros hijos adoptivos del mismo adoptante, pero con personas afines y consanguíneas no se crea parentesco, conserva su parentesco con su familia natural y biológica. Por esta razón es que la adopción simple puede quedar sin efecto.

Como subsisten los vínculos de parentesco con la familia natural, no se extinguen los derechos y obligaciones que resultan de este vínculo, subsiste el derecho a sucesión recíproca, alimentos, etc., pero los padres naturales pierden la patria potestad del menor adoptado, y por ende también el derecho a la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieran.



Matta Consuegra expone que la adopción simple “tiene por objeto la creación de un vínculo familiar semejante al de la familia legítima. Origina entre adoptante y adoptado una serie de derechos y obligaciones que buscan imitar la relación filiar legítima pero sin pretender que esta sea sustituida por aquella en términos absolutos”.⁹

1.6.2 Por el trámite al que está sujeta la adopción

En virtud que existen diferentes formas de normar la institución de la adopción, esta clasificación se basa en la entidad que autoriza la adopción, las cuales son clasificadas de la siguiente manera:

a. Adopción Administrativa: Esta clase de adopción se caracteriza por que existe un órgano estatal que está a cargo de llevar a cabo el procedimiento de adopción y que es el encargado de velar por la protección de los niños en proceso de adopción, asimismo la entidad administrativa es la encargada de darle el seguimiento a los procesos de adopción ya declarados ya sean nacionales o internacionales.

Este órgano o autoridad central se ha instaurado en numerosos países por la firma del Convenio de la Haya, dicho convenio regula en su Artículo sexto: 1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone. (...), con dicha medida se pretendía que las

⁹ Matta Consuegra, Daniel. Ibid. Pág. 46



adopciones se desarrollarán en un marco de legalidad y que pudieran ser fiscalizadas por la institución creada para el efecto.

Guatemala, se adhirió al Convenio de la Haya en el año 2002 pero fue hasta el año 2007 que la Corte de Constitucionalidad reconoció la adhesión al Convenio, por lo que en diciembre del 2007 el Congreso de la República de Guatemala aprobó la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala y con ella se creó la Autoridad Central, el Consejo Nacional de Adopciones, delegándole a dicha institución la completa y única facultad para diligenciar, autorizar y fiscalizar los procesos de adopción en Guatemala.

b. Adopción Judicial: Esta clase de adopción se diligencia y es autorizada por un órgano jurisdiccional competente.

En Guatemala el proceso de adopción se encuentra a cargo del Consejo Nacional de Adopciones, sin embargo durante el proceso de adopción intervienen dos juzgados, el juzgado de la niñez y adolescencia a quien le compete emitir la resolución que declara el estado de adoptabilidad del niño.

El estado de adoptabilidad es el dictamen se determina que el niño puede ser dado en adopción e iniciar los trámites correspondientes para efectuar su adopción y al juzgado de familia le compete la homologación de la resolución final emitida por el Consejo Nacional de Adopciones y la verificación de que se hayan satisfecho todos los requisitos y se haya observado el procedimiento correspondiente.

En Guatemala la adopción no es un trámite judicial a pesar que en el proceso intervengan jueces, pues la autoridad que aprueba la adopción es el Consejo Nacional de Adopciones.

c. Adopción Notarial: Esta clase de adopción se diligencia ante un notario, y como portador de fe pública, el notario le otorga veracidad a las resoluciones. Esta clase de adopción es la que contemplaba la legislación guatemalteca previo a la aprobación de la ley de adopciones.

1.6.3 Por el origen de los adoptados

Doctrinariamente y tomando en cuenta las adopciones internacionales, las adopciones también podrán clasificarse por el origen de los adoptados.

a. Adopción Privada: Esta modalidad de la adopción consiste en que el adoptado es entregado por sus padres biológicos o por una institución no gubernamental a los padres adoptantes, no interviene la institución estatal en el momento de la entrega.

b. Adopción Estatal: Esta se da cuando el niño adoptado es entregado a los padres adoptantes por una institución estatal, pues al Estado se le confiere el cuidado de los menores que no tienen padres o no se encuentran bajo su cuidado por diversas circunstancias y es el Estado a través de diferentes instituciones las únicas entidades autorizadas de entregar al niño, niña o adolescente al declararse con lugar la adopción.

En la legislación Guatemalteca se contempla tanto la adopción privada como la adopción estatal, pues en el Artículo 12 de la ley de adopciones se establece que podrán ser adoptados los niños huérfanos y los niños cuyos padres hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción.

1.7 Tipos de adopción en la legislación guatemalteca

Existen diferentes tipos de adopción, tomando en cuenta las normativas a aplicarse y los sujetos que se ven involucrados dentro del proceso de adopción, estos tipos de adopción son los siguientes:

1.7.1 Adopción nacional

La adopción nacional se define legalmente en la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, como: aquella en la que adoptante y adoptado son residentes habituales en Guatemala. Este tipo de adopción lo que busca es proteger y restituirle el derecho a tener una familia al menor y a su vez de poder llevar el seguimiento post-adoptivo y garantizar que el fin de la adopción este llevándose a cabo.

Es de gran importancia a su vez que con el proceso de adopción el menor conserve su identidad y una de las recomendaciones que propone la organización internacional es la de conservar la nacionalidad y costumbres de origen del adoptado lo cual se logra con la adopción nacional pues el menor permanece en su lugar de nacimiento.

1.7.2 Adopción internacional

La adopción de índole internacional surge después de la Segunda Guerra Mundial, al desatarse la guerra, las primeras víctimas fueron los niños que se convirtieron en el grupo afectado más vulnerable, por esta razón los niños huérfanos y desplazados eran candidatos para que parejas que residían en países donde no había conflicto los pudiesen adoptar. La adopción internacional en este momento de la historia resulta ser la respuesta humanitaria a una situación de crisis, ubicando a los niños que se habían quedado sin familia en hogares permanentes.

Durante los años 50 del siglo veinte, la adopción internacional adquirió nuevos matices, las adopciones internacionales se convirtieron en el mecanismo para mejorar las condiciones de vida de los niños abandonados pues los adoptantes tendían a ser provenientes de países desarrollados y altamente industrializados. Por el gran impacto que representaba el choque de culturas empiezan a constituirse las agencias especializadas en adopción, para velar por la protección de los derechos de los niños.

En los años sesenta, se introducen un mayor número de países de diferentes regiones del mundo en las adopciones internacionales. En los países desarrollados el acceso a la educación sexual fue ampliándose, se tenía mejor conocimiento de los métodos anticonceptivos lo cual permitió a nivel mundial planificar familiarmente el número de hijos que se deseaba tener, esto sin embargo como efectos positivos también repercutió negativamente ya que muchos matrimonios decidieron postergar el nacimiento de sus hijos, encontrándose posteriormente con la imposibilidad de concebirlo.



Por otro lado en los países subdesarrollados y con altos índices de pobreza y violencia la educación sexual no alcanzaba a sus habitantes creando una sobrepoblación. Este fenómeno social promovió e incrementó las adopciones internacionales, pues contraponía las necesidades de los países desarrolladores frente a las de los países subdesarrollados.

En Estados Unidos y en otros países donde se eliminaron los obstáculos para abortar, el grupo de niños que se consideraban susceptibles de poder ser parte de un proceso de adopción disminuyó provocando que prefirieran sujetarse a procesos de adopción de índole internacional, y fueron países como la India, Filipinas, y América Latina que inician su participación en procesos de adopción internacional en países como Perú, Colombia, Chile, Guatemala, El Salvador entre otros, países que fueron y son considerados los mayores exportadores de niños dados en adopción internacionalmente.

En el año 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño, con la finalidad de unificar las normas y acuerdos en materia de adopciones internacionales, pues se evidenciaba que las adopciones internacionales sobrepasaban a las nacionales y debía existir un mecanismo que permitiera velar por el bienestar y la protección de los menor de forma uniforme y universal.

La adopción internacional se basa en dos situaciones concretas: residencia habitual de los adoptantes y residencia habitual del adoptado. Teniendo en cuenta lo anteriormente descrito se manifiestan dos modalidades de la siguiente manera:



- a. La adopción en la que el niño que va a ser adoptado tiene que salir de su país de residencia habitual, sin tener en cuenta la nacionalidad de los padres adoptivos
- b. La adopción en la que tanto padres adoptivos como el niño que va a ser adoptado son de diferente nacionalidad, sin tener en cuenta si dichos padres residen o no en el país de residencia habitual del niño.

Carlos Larios Ochaíta, tratadista de Derecho Internacional considera que se da la adopción internacional cuando los adoptantes y el adoptado pertenecen a nacionalidades diferentes y la adopción se lleva a cabo en el país de origen del adoptado.

La Convención de la Haya juega un papel primordial en las adopciones internacionales ya que al ser un convenio internacional sus normas son de carácter y aplicación general a todos los países que se hayan adherido o hayan ratificado dicho convenio, por lo que en su contenido establece las bases para la práctica de adopciones internacionales respetando sobre todo el interés superior del niño, sus necesidades y poder brindarle a los niños, niñas y adolescentes mediante la adopción un ambiente de seguridad y amor, todo esto lo podemos ver plasmado en el capítulo segundo de dicho convenio en donde se establece lo siguiente:

Artículo 4. Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

- a. Han establecido que el niño es adoptable;



b. Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

c. Se han asegurado que:

- Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción 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;

- Tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito;

- Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y

- El consentimiento de la madre, cuando sea exigido se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

d. Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño que,

- Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario;

- Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño;

- El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y

- El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Artículo 5. Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

- a. Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;
- b. Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y
- c. Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

Podemos observar de lo anteriormente expuesto que lo que pretende el Convenio en relación a las adopciones internacionales es que se informe a los sujetos de la adopción de las implicaciones, efectos y consecuencias que devienen en que una adopción sea de carácter internacional. Esta debe ser vista como un recurso de última instancia que posee el niño para ser restituido de su derecho de familia ya que al ser insertado en una familia se debe velar porque el niño conserve su identidad y su cultura, derechos que le son inherentes independientemente de la situación familiar y social en la que se encuentre el menor.

El Convenio de la Haya es de gran trascendencia y representa un importante avance en materia de adopciones internacionales ya que se estableció un sistema de cooperación que contaba con normas de índole procesal y administrativa que ayudarían a facilitar las relaciones entre los Estados de donde son originarios los menores y los Estados de



acogida es decir de donde son originarios los adoptantes, con la única finalidad de asegurar los procesos de adopciones regulares.

Al integrarse toda la normativa que contiene y propone el Convenio de la Haya, se le dio una nueva orientación a la adopción, y fue a partir de dicha Convención que fue vista como una institución la cual está orientada a la protección del menor; las exigencias relativas a la idoneidad de los adoptantes aumentaron al igual que las exigencias para la realización de los exámenes psicológicos y sociológicos que se realizan con la finalidad de determinar si existe afinidad entre los padres adoptantes y los menores adoptados.

Los controles y requisitos aumentaron al tratarse de adopciones internacionales pues es en esta clase de adopciones que existen mayores riesgos de inadaptación ya que la familia adoptante y el menor son de un entorno cultural distinto.

La Unicef respecto a la adopción internacional expone lo siguiente: “La Convención sobre los Derechos del Niño, que orienta las labores de UNICEF, estipula claramente que todos los niños tienen derecho a crecer en un entorno familiar, y en la medida de lo posible, a conocer a sus familias y a ser criados por ellas. Debido a ello, así como a la importancia y al valor que tiene la familia en la vida de los niños, las familias que necesiten ayuda para poder criar a sus hijos tienen derecho a recibirla. Solamente cuando, a pesar de contar con acceso es ayuda, la familia no puede o no quiere criar al niño o a la niña, se deben buscar soluciones adecuadas y basadas en la integración del niño a una familia estable, a fin de que pueda crecer en un ámbito donde reciba amor, atención y apoyo. Las adopciones internacionales constituyen una de varias opciones en materia de



cuidado estable. Cuando se trata de un niño que no puede ser criado en un ámbito familiar en su país de origen, la adopción internacional puede resultar la mejor solución de carácter permanente. UNICEF apoya las adopciones internacionales cuando estas se realizan de conformidad con las normas y principios del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, que ha sido ratificado por más de 80 países. Ese convenio representa un avance importante para los niños, sus familias biológicas y sus potenciales familias adoptivas extranjeras. En el mismo se estipulan las obligaciones de las autoridades de los países de origen de los países de origen de los niños, así como las de los países que les reciben para su adopción. El Convenio tiene como objetivo garantizar que los procesos de adopción sean adecuados y honestos. En el Convenio se otorga prioridad máxima al interés superior del niño y se ofrece un marco de referencia para la aplicación práctica de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos a las adopciones internacionales. Entre ellos figuran la obligación de garantizar que las adopciones de esa índole cuenten con la autorización de las autoridades competentes, de obtener el consentimiento previo con conocimiento de causa de todas las partes interesadas, de asegurar que las adopciones internacionales se lleven a cabo bajo las mismas normas y protecciones que se aplican en las adopciones nacionales y de que no involucren réditos financieros inadecuados para quienes participen en las mismas. (..).¹⁰

¹⁰http://www.unicef.org/spanish/media/media_41918.html (fecha de consulta: 13 de marzo de 2014)



Es necesario recalcar que el Convenio de la Haya no significó la unificación de las normas materiales en relación a la adopción, en todo caso cada Estado miembro del Convenio, mantiene sus propias normativas pero que si fueron adaptadas a lo propuesto por la comunidad internacional. Los principios que rigen el Convenio son el de colaboración, el de internacionalización, el principio de control y seguimiento posterior, el principio de conservación de origen e identidad cultural y el principio de no lucro.

En Guatemala se regula la adopción internacional a través de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, la cual establece que es aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción.

Debe acudir a la adopción internacional cuando ya se han agotado todas las medidas de protección que posee el menor dentro de su ámbito local, sobre este tema la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Guatemala en el año 1990, establece en el Artículo 21, literal b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

Es importante destacar que la adopción internacional es concebida como un recurso de última instancia pues el principio rector de toda adopción es el interés superior del niño y en general el de garantizarle una vida digna al menor, al encontrarse el menor en un



estado que no es el suyo, porque se alcancen y cumplan todas las garantías y derechos que le asisten al menor se dificulta al no existir ese órgano especializado para poder darle el seguimiento correspondiente al proceso de adopción.

En el caso de Guatemala es el Consejo Nacional de Adopciones, en dado caso se formalizará una adopción internacional en Guatemala, lo cual no es aplicable ya que aún no son permitidas las adopciones internacionales, se delega a la entidad central encargada del país receptor la responsabilidad de concluir el proceso de adopción y el seguimiento de la adopción.



CAPÍTULO II

2. La institución de la adopción en Guatemala

La institución de la adopción se incorporó a la normativa guatemalteca desde la primera emisión del Código Civil en el año 1877. A continuación se desarrollará sistemáticamente los cuerpos normativos tanto nacionales como internacionales que contienen regulaciones específicas en relación a la institución de la adopción.

2.1 Regulación de la adopción en el derecho internacional

Es imposible negar el desarrollo que ha ido teniendo la humanidad en todo el sentido de la palabra, la tecnología trasciende a través del mundo acortando distancias y logrando una mayor comunicación entre todos los países.

Esto también da como resultado la necesidad de internacionalizar las leyes y establecer los parámetros generales para ciertas instituciones para lograr la homogeneidad en el aspecto legal y lograr una mejor convivencia estando todos en la misma sintonía asimismo lograr que todos los Estados colaboren entre ellos para el cumplimiento de las leyes.

Al ser la institución de la adopción una figura que trasciende en la sociedad, resultó necesario y primordial sentar las bases para la normativa relacionada a este tema. A



continuación se desarrollan los Convenios relacionados a la materia:

2.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño

El Estado de Guatemala es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el 10 de mayo de 1990, dicha convención contempla en sus disposiciones cuestiones relacionadas al tema de la adopción.

El Artículo 9 de la citada Convención habla de la necesidad e importancia del menor de permanecer en el seno de su hogar, al señalar que: todo niño tiene derecho a los cuidados de sus padres y a no ser separado de ellos, salvo cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

El Artículo 11, establece que: 1°. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2°. Para este fin los Estados Partes promoverán la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

En su Artículo 20, la Convención contempla la adopción como una medida de protección para los menores, regulando dicho extremo de la siguiente manera:

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en su medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado.

2. Los Estados Partes asegurarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre estos cuidados figurarán entre otras cosas la colocación en otras familias, la Kafala del derecho islámico, la adopción, de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones se prestará particular atención a la convivencia que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

El Artículo 21 contempla los principios rectores de los procesos de adopción y los compromisos que deben asumir los Estados en relación a este tema: Los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y:

a. Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinará con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b. Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda

o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c. Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d. Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e. Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente Artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Por último, el Artículo treinta y cinco de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

2.1.2 Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional

El Convenio internacional de mayor importancia e impacto en relación a los derechos del niño y a los procesos de adopción es El Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, conocido también como el Convenio de la Haya, este fue promulgado el 29 de mayo de 1993.

La adopción de dicho Convenio significó para muchos países la herramienta para transformar los procesos de adopción utilizados, frecuentemente, como el medio para traficar y vender niños, en procesos de integración y protección transparentes para los menores que atravesaban por una adopción. Este Convenio también denominado Convención de la Haya fue inspirado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Guatemala se adhirió al Convenio de la Haya en el año 2002, el cual debería de incorporarse a nuestro derecho interno en el 2003. Esto no se pudo dar en virtud que dicha adhesión fue impugnada por un grupo de abogados que tenían interés en mantener el sistema de adopciones ya establecido llevadas a cabo a través de procesos de jurisdicción voluntaria notarial.

La Corte de Constitucional falló en el sentido de declarar inconstitucional el proceso de adhesión a dicho Convenio por parte del Estado de Guatemala, pues la adhesión había sido realizada por el Presidente de la República y este, no tiene la facultad para realizarla,

esto debido a que al suscribir el Estado de Guatemala a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados hizo reservas con respecto a los Artículos 11 y 12, estos excluyen otras formas de manifestación de voluntad del Estado de obligarse por un tratado que no fueran la suscripción o ratificación.

El fallo de la corte abrió la puerta para que continuarán los procesos notariales de adopción, sin ninguna clase de control o fiscalización sobre los mismos, resultando los procesos de adopción en la herramienta idónea para la consolidación de redes de trata y tráfico de niños nacional e internacionalmente promoviendo la venta de niños simulándose con procesos de adopción.

El número de adopciones del 2003 hasta la entrada en vigencia de la ley de adopciones representó un alza, evidenciando que esta clase de adopción fue un mecanismo que usaron los delincuentes y traficantes de menores destruyendo en todas sus aristas la finalidad intrínseca de la institución que es básicamente la de proteger a los menores de edad.

Entre sus disposiciones más importantes y trascendentales se encuentran las siguientes:

El Artículo primero establece: Objetivos:

- Establecer garantías para que las adopciones internacionales se lleven a cabo teniendo en cuenta el interés superior del niño y el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional;
- Instaurar mecanismos de cooperación entre Estados contratantes, que prevengan la sustracción, la venta o el tráfico de niños;

- Asegurar el reconocimiento de las adopciones realizada de acuerdo al Convenio.

El Artículo segundo, trata sobre las clases de adopciones así: Clase:

- Solo se aplica el Convenio a las adopciones internacionales, es decir, cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (el Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (Estado de recepción).
- Solo regula un tipo de adopción que es la plena; la que establece un vínculo de filiación.

De los Artículos cuatro al veintidós, se regula lo relacionado a las condiciones y procedimiento de la adopción:

- Las autoridades del país de origen deberán: establecer que el niño es adoptable; que la adopción internacional es lo más beneficioso para él, tras haber examinado previamente las posibilidades de una adopción nacional; asegurarse de que se han presentado los consentimientos exigidos (incluido el del propio niño) y que éstos han sido dados en la forma que especifica el convenio (previo asesoramiento, libremente, sin que mediere pago o compensación).
- Las autoridades del país receptor deberán: constatar la idoneidad de los padres y que éstos han sido convenientemente asesorados, así como que el niño está autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado.
- En todo Estado contratante se designará una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones del Convenio. Dicha autoridad guardará toda la información referente al niño y a los futuros padres adoptivos.
- Procedimiento: solicitud de los particulares a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual; informe de dicha Autoridad Central a la Autoridad Central del Estado

de origen del niño (en caso de que se considere que los solicitantes son aptos para adoptar, en dicho informe se hará constar toda la información sobre ellos: identidad, capacidad jurídica, situación personal, familiar y médica, motivos, etc); informe sobre el niño por parte de esta Autoridad del país de origen a la del país de recepción (sobre su identidad, adoptabilidad, evolución, historia médica, teniendo siempre en cuenta las condiciones de educación del niño, así como su origen étnico, religioso y cultural) y constatación que la adopción obedece efectivamente al interés superior del niño, que se han dado los consentimientos requeridos, y que los padres adoptivos son aptos para esa adopción.

Ambas Autoridades Centrales tomarán las medidas para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen, así como de entrada y residencia permanente en el país de recepción; igualmente se asegurarán que el traslado se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y en compañía de sus padres adoptivos (salvo casos extremos de imposibilidad).

Los Artículos del veintitrés al veintisiete contienen el reconocimiento y efectos de la adopción y del veintiocho al cuarenta y dos se establecen disposiciones generales:

- No habrá contacto alguno entre los padres adoptivos y los padres biológicos del niño y otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones señaladas en el Convenio (declaración de adoptabilidad, aptitud e idoneidad, etc), salvo cuando la adopción tenga lugar entre familiares.
- Las Autoridades conservarán toda la información sobre el niño y sus padres. El niño o su representante podrá tener acceso a ella en la medida que lo permita la ley del Estado.



- Prohibición de beneficios materiales indebidos (es decir, de honorarios excesivos).

En conclusión se puede determinar que el Convenio de la Haya establece todos los parámetros necesarios para que el proceso de adopción, en lugar de ser una forma de satisfacer la necesidad de las personas que no pueden tener descendencia, sea una medida que reconoce las necesidades de los niños y niñas a quienes se les violentó su derecho de familia por diversas circunstancias; con la nueva normativa internacional se pone en primer plano y como prioridad las necesidades de los menores que son sometidos a un proceso de adopción.

2.2 Regulación de la adopción en el derecho nacional

A continuación se detallan los cuerpos normativos nacionales que contienen disposiciones que regulan la institución de la adopción:

2.2.1 Constitución Política de la República de Guatemala

En la Constitución Política de la República de Guatemala promulgada en el año 1985 se hace referencia a la institución de la adopción, específicamente en el Artículo 54, el cual 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 los niños huérfanos y de los niños abandonados.



La Constitución reconoce la adopción como mecanismo de protección para la niñez, en la sentencia 17-08-00 emitida por la Corte de Constitucionalidad, que obra en el expediente número 368-00, se estableció: “conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar el mayor beneficio que para los menores pueda obtenerse... la Convención citada, ley aplicable al caso, dispone la adopción de ‘medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación <...> por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares’ (Artículo 2); que ‘En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, <...> una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño’ (Artículo 3); que ‘En cualquier procedimiento <...> se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y dar a conocer sus opiniones’ (Artículo 9, sección 2); que los Estados ‘Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a sus leyes a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.”

La Constitución previo a que entrara en vigencia la ley de adopciones reconocía lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa que era imprescindible tomar en consideración dentro de los procedimientos de adopción, ya que esta contempla los principios rectores de la adopción sobre el todo el principio del interés superior del niño.

2.2.2 Código Civil

La adopción se regula por primera vez en la legislación guatemalteca en el Código civil de la República de Guatemala de 1877, título VII, Artículo 267: la adopción o prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. La adopción se hará ante el juez de primera instancia del domicilio en la forma que determine el Código de Procedimientos.

Resulta evidente que la figura de la adopción fue regulada bajo la influencia que se tenía durante el imperio romano y ulteriormente por su codificación durante la revolución, la cual consistía básicamente en ser una alternativa o un medio para las personas que no podían procrear, dejando por un lado la concepción moderna que establece la adopción como una forma de restituir al niño el derecho a una familia.

A través del Decreto 375 emitido por el Congreso de la República de Guatemala mencionado anteriormente, se reguló por primera vez la Adopción, posteriormente dicho decreto fue derogado con la entrada en vigencia de nuestro actual Decreto Ley 106,



Código Civil, el cual fue emitido durante el gobierno de facto de Enrique Peralta Azurdia, el cual regula, en el Capítulo VI: Artículos del 228 al 251 todo lo relacionado con la figura de la adopción, en forma breve se hace alusión al contenido de los mismos: El Artículo 229 definía la adopción, de la siguiente manera: la adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.

Seguidamente se reguló la patria potestad, la cual le competía únicamente al adoptante y se le reconoció el derecho al adoptante de utilizar el apellido de aquel. Se reguló también la adopción conjunta de marido y mujer estableciendo que lo podrían hacer siempre y cuando hubiere consentimiento de ambos y se reconoció la adopción del hijo del cónyuge y se reguló lo relacionado a los derechos de los adoptados en relación a la herencia del adoptante.

En el Artículo 239 se estableció que la adopción se debía hacer constar a través de escritura pública, pero previo a eso se debía contar con la aprobación de las diligencias respectivas por el Juez de Primera Instancia competente.

Durante la vigencia del Decreto ley 106, Código Civil y la ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, la facultad de autorizar adopciones era exclusiva del Juez de Primera Instancia y el papel del Ministerio público (perteneciente a la Procuraduría General de la Nación) era el de fiscalizar el proceso, es decir se le facultaba para objetar aquellos procedimientos que no llenaban los requisitos legales. En esta época la



Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República era la entidad que tenía a cargo los procedimientos de menores en situación de abandono.

2.2.3 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala

A través de esta nueva normativa se amplió la función notarial, permitiéndole al notario tramitar las diligencias para autorizar adopciones, siendo la intervención del juez casi relegada.

“El surgimiento normativo de la figura del notario como gestor del proceso de adopciones y el papel protagónico de los Centro de Protección de la Niñez, permitieron la eliminación de los candados institucionales establecidos por el Estado. El notario tenía la facultad de formalizar el trámite de adopción sin la previa autorización judicial”¹¹

En su Artículo 28 se estableció: la adopción regulada en el Código Civil, puede ser formalizada ante un notario público, sin que se requiera la previa aprobación judicial de las diligencias. Este Artículo evidencia que al notario con la nueva normativa se le confirió una libertad desmedida en su actividad notarial careciendo completamente de cualquier control, confiando en la fe pública que enviste la profesión del notario.

¹¹Secretaría de la Paz. Las adopciones y los derechos humanos de la niñez guatemalteca 1977-1989. Pág. 90 y 91



En el Artículo 29 se indicaba: la solicitud de la persona que desee adoptar a otra, puede hacerse ante notario, presentando la certificación de la partida de nacimiento correspondiente y proponiendo el testimonio de dos personas honorables, a efecto de acreditar las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral para cumplir las obligaciones que la adopción impone y el informe u opinión favorable bajo juramento de una Trabajadora Social adscrita al Tribunal de Familia de su jurisdicción.

La Procuraduría General de la Nación en los procesos de jurisdicción voluntaria, debe velar por los intereses de aquellas personas que no pueden defender sus derechos por sí mismos ni por medio de sus representantes legales, es por eso que en algunos asuntos de jurisdicción voluntaria es obligatorio darle audiencia a la Procuraduría General de la Nación.

Sin embargo en el Artículo cuarto del Decreto 54-77 se estableció: el notario podrá recabar la opinión de la Procuraduría General de la Nación en los casos de duda o cuando lo estime necesario, es por esta razón que el papel de la Procuraduría no podía ser de fiscalizador, en cuanto a las adopciones se tratase pues se le otorgó a los notarios la facultad de prescindir de dicho dictamen cuando la ley no lo establecía como obligatorio.

En un principio, los notarios únicamente presentaban avisos notariales al iniciarse el proceso de adopción y la Procuraduría entregaba un dictamen que contenía una especie de visto bueno, estos avisos notariales no fueron en ningún momento de carácter obligatorio. La Secretaría de la Paz señala: "según información proporcionada por

funcionarios de la misma Procuraduría, no hay en los archivos de la Procuraduría General de la Nación, registros físicos de los trámites correspondientes a los años 2004-2006”.¹²

Todo esto evidencia la falta de diligencia en llevar un control adecuado de los asuntos de jurisdicción voluntaria, y en consecuencia de las adopciones notariales, que tramitaban los notarios antes sus oficinas, permitiendo una libertad desmedida a dichos profesionales.

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

La aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, significó un avance en el tema de la protección a la niñez, en este cuerpo normativo se definió la adopción como el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.

La presente ley concibe la adopción como una institución y asimismo expresa que para la constitución de la misma deberá tenerse principalmente en cuenta el interés superior del niño, esto representa un avance tal ya que se reconoce la adopción como una forma de garantizar a los niños y niñas sus derechos humanos específicos, atendiendo a la doctrina de la protección integral.

¹²Secretaría de la Paz. Ibid. Pág. 93



La Procuraduría General de la Nación manifestó en relación a este asunto que: “en dichas disposiciones se establece que el interés superior del niño constituye el fin axiológico que debe aplicarse en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, para asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando los vínculos familiares, entendiendo como interés de la familia todas aquellas acciones que favorezcan la unidad e integridad de la misma”.¹³

La promulgación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia fue un procurando que las adopciones debían tramitarse conforme los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos relacionados ratificados por el Estado de Guatemala, los cuales promueven la aplicación de principios básicos en materia de adopciones y establecen como único medio para una adopción internacional la vía judicial.

A través de la ley en mención se crearon órganos jurisdiccionales privativos es decir los juzgados de la niñez y adolescencia y a nivel institucional se creó la Procuraduría de la Niñez. A pesar de las nuevas medidas la práctica de adopciones irregulares continuaron por parte de los notarios.

En virtud que no se concretaba la adhesión por parte del Estado de Guatemala a la Convención de la Haya y, las irregularidades de los procesos de adopción continuaban, la sociedad civil y la comunidad internacional presionaron al Estado para tomar medidas

¹³http://www.pgn.gob.gt/procuraduria_de_la_ninez.html (fecha de consulta: 31 de mayo de 2014).



en el asunto, por lo que la Procuraduría General de la Nación a inicios del año 2007, procedió a elaborar el Manual de Buenas Prácticas.

En el mencionado manual se establecieron controles que en cuestión responderían a las normas planteadas internamente e internacionalmente las cuales tendían a la protección del niño y de la institución de la adopción, sin embargo aún con la emisión del Manual de Buenas Prácticas y Directrices Institucionales, las ilegalidades continuaron en virtud que el manual no excluía la adopción en la vía notarial y los controles planteados fueron ejecutados únicamente de forma superficial.

Finalmente en mayo del 2007, la Corte de Constitucionalidad reconoció la adhesión del Estado de Guatemala al Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional realizada por el Presidente en funciones en el año 2002.

Asimismo la Procuraduría General de la Nación tomó la función fiscalizadora y mediante el Acuerdo 51-2007 se estableció que los avisos que debían de presentar los notarios ante la procuraduría al llevarse un proceso de adopción debían ser obligatorios y deberían ser entregados dentro de los diez días siguientes a la fecha de inicio del expediente de adopción.

Es evidente que durante el período en el que no se había reconocido la adhesión del Estado de Guatemala a la Convención de la Haya, los procesos de adopción tanto nacionales como internacionales autorizados por notarios fueron objeto de

cuestionamientos, ya que muchos se prestaron a malas prácticas e irregularidades. En la mayoría de los casos el interés superior del niño, el cual se desarrolla en la Convención, no fue tomado en cuenta y al contrario se actuó de todas las maneras posibles menos en cumplimiento a este principio puesto que no se buscaban opciones o recursos idóneos en su entorno familiar. Se consolidaron redes de trata de niños, que funcionaban falsificando documentos, robando niños, falsificaban pruebas de ADN y amenazaban a las madres para entregar a sus hijos en adopción.

2.3 La necesidad de una nueva normativa

Según libros de registro de adopciones en Juzgados de Familia y registros de la Procuraduría General de la Nación, en los años de 1996 al 2003 las adopciones aumentaron desproporcionadamente, acrecimiento que fue preocupante debido a que las instituciones que acogieron niños huérfanos, abandonados o víctimas de maltrato continuaban saturadas. Durante dicho período e incluso actualmente existen instituciones de albergue que llegan a alcanzar una población de 300 niños.

Previo a la ley de adopciones promulgada en el año 2007, los menores albergados estaban condenados a vivir en dichas instituciones debido a que los autos a través de los cuales se declaraba el estado de abandono podían llegar a emitirse en un plazo aproximado de siete años, por tal razón los procesos eran desistidos por los padres adoptantes ya que no tenían interés en adoptar niños mayores de dos años.



La mayoría de niños que eran dados en adopción provenían de casas particulares que se encontraban bajo el cuidado de guardas y niñeras autorizadas por la Procuraduría General de la Nación o familias sustitutas autorizadas por la Secretaría de Bienestar Social. Estos niños eran entregados por las madres directamente a los abogados y de forma privada.

Según estadísticas proporcionadas por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, las adopciones de niños y niñas que se encontraban en instituciones disminuyeron año con año. “En 1980 se dieron 52 adopciones, en 1989 se dieron 29, en 1992 se dieron 6 y en 1994 solo una”¹⁴.

Según datos proporcionados por Ramón Cadena, delegado de la Unicef, las adopciones de niños institucionalizados reducían año con año en virtud de la oferta que existía fuera de las instituciones y a la intervención directa que tenían los abogados y notarios en las adopciones, la ventaja que tenían estos últimos sobre las instituciones era evidente debido a la remuneración económica que estos obtenían de las adopciones, a ellos les interesaba más y presionaban a las instituciones involucradas en la declaración de adopción, obteniendo resultados satisfactorios en un tiempo más breve en comparación a las instituciones de albergue.

Por otra parte, según los registros de los Tribunales de Familia y los de la Procuraduría General de la Nación, de los expedientes autorizados entre 1997 a 2003, el 99%

¹⁴ ILPEC GUATEMALA para UNICEF. Adopción y los Derechos del Niño en Guatemala. Pág. 14

correspondían a adopciones internacionales. Se cuestionó a parejas nacionales que deseaban adoptar y manifestaban que los procesos de adopción resultaban fuera de su alcance por el alto costo que representaba dicho proceso, asimismo expresaban que algunas instituciones preferían hacerlo con personas que pagaban en dólares.

En un estudio que realizó el Instituto Latinoamericano para la Educación y la Comunicación –ILPEC-¹⁵, se observa cómo funcionaba el sistema de adopciones previo a emitirse la ley de adopciones, en dicho estudio se seleccionó una muestra de 90 expedientes, de los cuales 88 correspondían a adopciones extrajudiciales y dos adopciones judiciales.

En dicho trabajo de investigación se realizó un breve resumen de los resultados de los estudios realizados: de los casos estudiados se dieron cuatro adopciones nacionales, dos se dieron entre familiares, otra con un niño abandonado y la otra fue realizada con una persona de una comunidad en donde se encontraba la madre del niño, pero esta había fallecido durante el parto, el padre del menor ya tenía siete hijos y consideró que lo mejor para el niño era darlo en adopción.

El estudio comprendía 90 niños:

De 0 a 3 meses	13 niños
De 3 a 6 meses	25 niños
De 6 a 10 meses	35 niños

¹⁵ ILPEC es representante en Guatemala del Servicio Social Internacional –SSI- de Ginebra

De 10 a 18 meses	8 niños
De 1.9 años	1 niño
De 2.8 años	1 niño
De 4.8 años	1 niño
De 5 años	1 niño
De 7 años	1 niño
De 10 años	1 niño
De 15 años	1 niño (de la calle)
De 4 y 8 años	2 niños (hermanos)

Del estudio se observó que el mayor número de trámites de adopciones era de niños entre los 3 y 10 meses, por lo que se llegó a concluir que los padres adoptivos preferían adoptar niños menores del año. El promedio de tiempo que llevaba el trámite de adopción aproximadamente era de seis a ocho meses y estos iniciaban poco después de haber nacido el infante.

En el estudio también se determinó que 82% de los niños se encontraban bajo el cuidado de guardas en casas particulares y bajo la supervisión del abogado, el 12% estaban institucionalizados, el 4% ya se encontraban al lado de los futuros padres adoptivos y solo un 1% se encontraba con su madre biológica.

En cuanto a las madres de los niños que se daban en adopción, el 50% estaban comprendidas entre los veintiún y treinta años de edad. En todos los casos de adopción

las madres aducían que sus motivos eran que no contaban con los medios económicos para mantenerlos. Del estudio realizado, 64 madres señalaron que se dedicaban a cuidar a sus otros hijos o trabajaban en casas de la ciudad de Guatemala.

En los estudios socioeconómicos realizados por las trabajadoras sociales se concluyó que la mayoría de abogados las colocaban como domesticas en la Capital mientras daban a luz y que luego ellas regresaban a sus hogares en el interior del país. El resto de las madres, dos trabajaban como operarias de maquila, dos eran vendedoras de verdura, una trabajaba como empacadora en una fábrica y tres se dedicaban a la prostitución. En los 18 casos restantes no se indicó su actividad laboral.

De acuerdo a lo anterior se puede deducir que existía un factor común entre todas las madres que dieron en adopción a sus hijos, la inestabilidad económica a la que estaban sujetas dichas mujeres, el dar a luz a un hijo representaba para ellas un desequilibrio y un obstáculo para continuar con su vida de lucha y supervivencia.

Ochenta y dos de las madres entregaron en adopción a su hijo justificándose de su situación económica precaria y que su deseo era que los padres adoptivos les dieran lo que ellas no iban a poder darles a sus hijos.

En el estudio se detectó que la mayoría de las madres manejaba el mismo argumento cuando llegaban a declarar a los juzgados de familia y a las embajadas. Las madres manifestaban generalmente que su familia no sabía que se encontraban embarazadas, que no contaban con los medios económicos para mantener a su hijo, que el padre las

abandono al enterarse del embarazo, que ya tienen muchos hijos, que es un niño no deseado o que es producto de una violación.

Según la información que se obtuvo en el estudio de las trabajadoras sociales, se aseguró que el noventa y ocho por ciento de las madres estaban seguras de entregar en adopción a su hijo y expresaron poco afecto hacia él, son pocas las que manifestaron dolor o tristeza y argumentaron que continuaron con el proceso con la esperanza de que su hijo recibiera y tuviere una vida mejor.

De las entrevistas que se realizaron en el estudio por parte de las trabajadoras sociales en los juzgados de familia, se hizo constar en los expedientes analizados que el noventa y nueve por ciento de las madres no recibían dinero a cambio de dar su hijo en adopción, por lo que resultó difícil comprobar que las madres recibían una retribución económica por la entrega de los niños, ya que estaban bien entrenadas por los abogados para que siempre respondieran lo mismo ya que cualquier ayuda que se recibiese representaba una violación a la Convención sobre los Derechos del Niño, por resultar en beneficios económicos indebidos.

Según el estudio realizado ya citado en el presente trabajo, de los libros de adopciones que se encontraban en los juzgados, se encontró que había abogados que tenían como actividad exclusiva las diligencias de trámites de adopción.

Durante el año 1998 hasta la entrada en vigencia de la ley de adopciones existieron unos 175 a 200 abogados que se dedicaron a la realización de estos procedimientos. En los



trámites de adopción internacional se requería de la intervención de un notario y un mandatario.

El notario se encargaba de los trámites de jurisdicción voluntaria notarial y el mandatario representaba judicialmente a los padres adoptivos, actuaba como tutor del menor hasta que este llegara a su nuevo hogar, se encargaba de tramitar la nueva partida de nacimiento, en la cual aparecían como padres los nuevos padres adoptivos y se encargaba de tramitar ante las autoridades migratorias los documentos legales necesarios para que el menor pudiera salir del país hacia su nuevo hogar.

Dentro del estudio citado se detectó que los abogados presentaban sus expedientes en los cinco juzgados más convenientes para ellos, todos los abogados señalaron que no existía compra de niños y admitieron que existían madres que deseaban recibir alguna retribución económica pero que ellos se rehusaban por no considerarlo ético, pero sin embargo si les ofrecían “alguna ayuda”.

Un abogado mencionó que prestó tal ayuda al finalizar el proceso de adopción para que no se interpretara como una compraventa. Esto pone de manifiesto la vulneración que se cometía a la Convención sobre los Derechos del niño, pues dicha convención establece que el Estado es quien debe apoyar a las familias de escasos recursos y que la adopción no debe ser utilizada como un instrumento para obtener beneficios financieros.



“Los abogados conocen la existencia de “jaladores”, que se dedicaban a buscar mujeres de escasos recursos en estado de gravidez para comprarles al hijo que está por nacer; sin embargo, ellos manifestaron que no aceptaban intermediarios, puesto que vista así la adopción sería un negocio, ignorándose para quien o con que fines compran los niños estos jaladores”.¹⁶

En el estudio se manifestó que al consultarles a los abogados sobre los honorarios que percibían por llevar ante sus oficios un proceso de adopción se encontraron diferencias significativas, unos solicitaban mil quinientos dólares por concepto de honorarios profesionales y otros declaraban que cobraban hasta seis mil dólares por cada adopción, honorarios que cobraban generalmente por tramitar adopciones internacionales.

Tarifas que argumentaban los abogados eran elevadas debido a que los trámites se tornaban muy lentos y engorrosos, a ello sumándole las traducciones que se debían de realizar de los estudios socioeconómicos y psicosociales, los antecedentes de los padres adoptivos que no hablaban español y los exámenes de ADN. Una abogada indicaba que un proceso de adopción internacional sin lucro podía estar entre \$.4, 000.00 y un proceso de adopción nacional disminuía hasta la cantidad de un mil quetzales.

Esta situación abre la interrogante del porque los abogados se inclinaban en su mayoría a tramitar procesos de adopción internacionales. El informe de Adopción y los Derechos del Niño en Guatemala emitido por ILPEC GUATEMALA para UNICEF manifiesta lo

¹⁶ILPEC GUATEMALA para UNICEF. Op.cit.Pág. 18

siguiente: “Existe renuencia por parte de los abogados para efectuar adopciones nacionales. Para ello, argumentaron que son muy lentas, que las trabajadoras sociales de los juzgados de familia ponen mayores obstáculos, que las instituciones prefieren dar a los niños a personas del extranjero ya que van a tener una vida mejor, que los requisitos son demasiados o que las familias guatemaltecas no adoptan. Fuentes de los juzgados de familia informaron que a los abogados no les gusta hacer este tipo de adopciones porque no se gana en dólares. Con tal comportamiento, se vulnera el Artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual la adopción nacional debe tener prioridad sobre la adopción internacional.”¹⁷

Asimismo en el estudio realizado se contempló el tema de las guardas o niñeras, se detectó que las guardas recibían de los abogados salarios mensuales que oscilaban entre los quinientos a los mil quetzales mensuales por niño. La Procuraduría General de la Nación no permitía el cuidado de más de dos niños bajo el cuidado de una misma guarda o niñera. Generalmente los gastos de leche, comida, médico y ropa del niño se encontraban a cargo del abogado.

En el estudio al que se hace mención se visitaron dieciséis guardas y de esas visitas se concluyó en lo siguiente: que las guardas generalmente eran personas mayores, entre los cuarenta y cinco y sesenta años aproximadamente, de clase media y media baja, que dichas personas viven con su familia y tienen hijos. Esta práctica de cuidado especializado al niño que será entregado al finalizar el proceso de adopción permitía a

¹⁷ILPEC GUATEMALA para UNICEF. Op.cit.Pág. 19



las guardas o niñeras mantener a los niños en buenas condiciones, los abogados se preocupaban porque el niño estuviera aseado, alimentado, vacunado y bien cuidado. Los niños eran cuidados por las guardas por un período aproximado de 8 meses o lo que durara la adopción.

En cuanto a las casas cunas u hogares se concluyó que los niños institucionalizados no gozan de las posibilidades de tener una familia mediante los procesos de adopción debido a que los abogados han encontrado la manera de facilitar los procesos, logrando que los menores les sean entregados directamente a ellos, pues las familias adoptantes prefieren niños menores de un año, edad poco frecuente en los niños institucionalizados, ya que un proceso para declarar el auto de abandono dura entre dos o tres años.

Entre las instituciones más importantes durante el estudio realizado del cual se hace mención en la presente investigación podemos mencionar:

a. Asociación para la Integración Familiar (APIF): La APIF es un organismo no gubernamental, que se encarga del cuidado de niños y niñas entre los 0 y los 14 años de edad, quienes son remitidos por los Juzgados Menores por haber sido abandonados y se encuentra pendiente el proceso o porque se encuentran bajo medidas de protección o cuidado temporal. Esta institución maneja programas de atención a niños y niñas de 0 a 7 años que han sido rechazados, maltratados o abusados.

La APIF acoge los requerimientos establecidos por la Convención de la Haya al manejar los casos de adopción internacional, pues verifica que las adopciones no impliquen lucro,

previo a entregar a uno niño en adopción agota todos los recursos y hace un estudio profundo y analítico si existe algún pariente cercano del niño que se pueda encargar de él, cuando recibe hermanos procura mantenerlos juntos.

Procura ubicar a los niños que por su edad tienen pocas posibilidades para la adopción nacional con familias extranjeras y se preocupa porque los niños sean integrados en familias cuidadosamente investigadas, que puedan suplir las necesidades del pequeño tomando en cuenta su edad, sexo y las características del grupo familiar adoptante.

b. Asociación Guatemalteca para la Asistencia del Niño Desamparado (AGAND)

Es la institución encargada del cuidado y protección de niños y niñas que entregan en depósito los Juzgados de Menores, por abandono o maltrato. Dicha institución fue creada en 1976 y fue la primera junto con el Hogar Elisa Martínez, que tramitó adopciones en Guatemala.

El hogar tramitaba adopciones internacionales principalmente con los Estados Unidos, para lo cual trabajaba con la Agencia de Adopciones “Nuevos Horizontes”, hasta el año dos mil la institución entregó en adopción internación aproximadamente a 350 niños y niñas.

AGAND previo a la promulgación de la ley de adopciones en el año 2007, manejaban la adopción dentro de un marco ético y humano. Respetaban la adopción nacional y tomaban como último recurso la adopción internacional; daban seguimiento a los casos de adopción internacional por medio de reportes constantes obligatorios que les

enviaban las agencias de adopciones, implementaron un archivo de fotografías de los niños y jóvenes que han sido adoptados.

Asimismo, procuraban mantener comunicación con algunos de ellos, muchos de ellos se han vuelto profesionales y se han casado, tienen sus propias familias e incluso algunos jóvenes han visitado el hogar con sus familias cuando vienen de nuevo a su país y quieren conocer algo de sus raíces. La asociación prefiere que los niños vivan en determinados lugares como Iowa y Minnesota, pues en tales regiones hay muchas familias adoptivas con las cuales la nueva familia podrá relacionarse y celebrar determinadas fiestas.

Al tener un panorama más extenso de cómo funcionaban las adopciones previo a la promulgación de la ley de adopciones, era evidente la necesidad de una nueva ley que regulara más cuidadosamente a los procesos de adopción y que ya no se le diera tanta libertad a los funcionarios que intervenían en ellas ya que las adopciones se convirtieron en la herramienta ideal para promover conductas ilícitas como la trata de personas, desarrollando toda una red de corrupción y violencia en contra de los derechos de los niños.

La adopción no era contemplada como un mecanismo de protección sino como un medio para enriquecerse, no se velaba en lo absoluto por lo que establecía la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional.



Es por ello que al adherirse Guatemala a la Convención de la Haya, se siguieron encontrando obstáculos para que dicha convención no fuera parte del ordenamiento jurídico guatemalteco.

2.4 La nueva Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala

Previo a que entrara en vigencia la ley de adopciones, entre los años 1992 y 2005 se presentó ante el Congreso de la República de Guatemala ocho iniciativas de ley relacionadas a la materia.

El 11 de diciembre de 2007, el Congreso de la República de Guatemala, aprobó el Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Adopciones, lo cual dio paso a un nuevo período en lo que se refiere a materia de adopciones, pues en la ley se contemplaron los mecanismos propuestos por la comunidad internacional para establecer todo un sistema de adopciones que estuviere apegado a la ley.

Dentro de dicho sistema podemos hacer mención a un procedimiento fiscalizado y supervisado por el Estado garantizándoles a los futuros niños sujetos a procesos de adopción seguridad e integridad durante y posterior al proceso y velar por que se protejan sus intereses en todas las instancias del proceso.



El Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional establece en su Artículo sexto lo siguiente: 1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone, dicha medida es atendida por el Estado de Guatemala a través de la promulgación y entrada en vigencia de la Ley de Adopciones, pues es a través de dicha ley que se creó el Consejo Nacional de Adopciones, específicamente en el Artículo diecisiete, ya que se establece: Artículo 17. Autoridad Central. El Consejo Nacional de Adopciones será la Autoridad Central de conformidad con el Convenio de la Haya.

El Consejo Nacional de Adopciones conjuntamente con el Organismo Judicial, el cual interviene a través de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Familia, se convirtieron en las únicas entidades facultadas por el Estado para fiscalizar y autorizar los procesos de adopción. Esta medida eliminó por completo la intervención de los notarios y la falta de diligenciamiento y seguimiento en los procesos de adopción.

2.4.1 Entidades involucradas en el nuevo proceso de adopción

En virtud que se reformó en su totalidad el procedimiento de adopción a través de la promulgación de la nueva Ley de Adopciones, se confirmó la tarea que ya tenían asignada ciertas instituciones ligadas a los procesos de adopción y se crearon otras con facultades especiales para intervenir dentro de los procesos y lograr con su intervención una mayor seguridad en el desarrollo de los procedimientos. Estas instituciones se describen a continuación:



a. Consejo Nacional de Adopciones: Tal y como lo establece la Ley de Adopciones en el Artículo 17, el Consejo Nacional de Adopciones es la Autoridad Central en materia de adopciones, se crea como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Actualmente tiene su sede central en la Avenida Reforma 6-64 zona 9, Edificio Plaza Corporativa Reforma, Torre I, segundo y tercer nivel. Entre las funciones que le atribuye el Convenio de la Haya se encuentran:

- Cooperar entre las demás Autoridades centrales y promover una colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio.
- Proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción
- Informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.
- Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción.
- Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción.
- Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones.
- Intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional.



- Responder en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

Asimismo la ley de Adopciones enumera las funciones atribuidas al Consejo Nacional de Adopciones, las cuales se desarrollan de la literal a) a la w) pero en este caso se mencionan únicamente las que se consideran de mayor importancia:

- Asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción;
- 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;
- 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;

El Consejo Nacional de Adopciones se estructura de la siguiente manera:

- Consejo Directivo, el cual estará integrado por tres integrantes designado uno por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, uno por el Ministerio de Relaciones Exteriores y uno por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República
- Dirección General
- Equipo Multidisciplinario
- Registro
- Auditoría Interna
- Administración Financiera
- Recursos Humanos



b. Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y de la Adolescencia: La intervención de estos juzgados en los procesos de adopción es de vital importancia pues a ellos les compete según la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Artículo 104: conocer, tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio, que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia y que, a través de una resolución judicial, se restituya el derecho violado o cese la amenaza o violación al mismo.

En virtud de lo anterior es a los Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia a quien les corresponde decretar sobre el menor de edad el estado de adoptabilidad, por lo que estos juzgados de jurisdicción privativa debe velar porque los menores de edad no queden desamparados o abandonados y sean ubicados en una casa hogar, en un hogar temporal o en una casa de abrigo donde se les garantice su guarda y custodia mientras son reincorporados a su hogar o se proceda a seleccionar una familia adoptiva.

c. Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República: Dicha secretaría fue creada mediante Acuerdo Gubernativo de fecha 1 de julio de 1978 es un órgano administrativo gubernamental dependiente del Organismo Ejecutivo, tiene a su cargo la formulación, coordinación y ejecución de las Políticas Públicas de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia contribuyendo al bienestar familiar y comunitario.¹⁸

¹⁸www.sbs.gob.gt/quienessomos.html (fecha de consulta: 01 de julio de 2014)



La Secretaría posee a su cargo tres subsecretarías:

- Subsecretaría de Fortalecimiento, Apoyo Familiar y Comunitario
- Subsecretaría de Protección, Abrigo y Rehabilitación Familiar
- Subsecretaría de Reinserción y Resocialización de Adolescentes en Conflicto con la ley penal

La Subsecretaría de Protección, Abrigo y Rehabilitación familiar es la encargada de monitorear los programas a nivel nacional de hogares de protección, familias sustitutas y riesgo social.

Se involucran dentro del proceso de adopción pues realizan una tarea conjunta con los juzgados de primera instancia de la niñez y adolescencia, ya que actúan bajo el mandato de los mismos.

Cuando un menor de edad se encuentra abandonado y se le han violentado sus derechos, el juzgado procede a dictar todas las medidas necesarias para suspender el agravio y brindarle todos los elementos para garantizarle su seguridad y bienestar, consistiendo en algunas ocasiones en la ubicación del niño, niña o adolescente una casa hogar o en una familia sustituta, momento en el que se integra la Secretaría ya que es el órgano encargado de ejecutar dichos programas.

Posteriormente y agotados todos los recursos el juez determina que el menor puede ser sujeto de un proceso de adopción con la finalidad de restituirle su derecho a una familia y con ello garantizarle sus derechos y garantías fundamentales.



d. Procuraduría de los Derechos Humanos: El Procurador de los Derechos Humanos instauró la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la cual tiene como principales funciones las siguientes:

- Investigar las denuncias presentadas o tramitadas de oficio en la relación a la violación de los derechos de niños, niñas y adolescentes, determinar las responsabilidades, ordenar la cesación de las violaciones ocurridas y promover las medidas o denuncias que proceden ante los órganos competentes.
- Supervisar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atienden niños, niñas y adolescentes, para verificar las condiciones en que estas se encuentran, a efecto de que se adopten las medidas pertinentes en la protección de niños, niñas y adolescentes, así como darle seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas.
- Coordinar acciones de manera interinstitucional, gubernamental y no gubernamental a nivel nacional e internacional, especialmente con aquellas que brindan protección a niños, niñas y adolescentes.
- Realizar acciones de prevención tendientes a proteger los derechos humanos del niño, niña y adolescente por medio de pláticas, conferencias, seminarios, foros, videos, cortos de televisión, radio y prensa escrita.¹⁹

Se puede concluir entonces que la Procuraduría de los Derechos Humanos ejerce su papel a través de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia y que su papel principal es

¹⁹www.pdh.org.gt/defensorias/de-la-ninez-y-juventud.html (fecha de consulta: 10 de julio de 2014)



velar porque se cumplan las normas destinadas a proteger a los niños, niñas y adolescentes y que se lleven a cabo con prontitud y diligencia los programas gubernamentales y no gubernamentales que se encargan de garantizarles sus derechos a los menores de edad.

Cabe destacar que el trabajo que le compete realizar a la Defensoría dentro de un proceso de adopción es el de verificar y velar por el buen funcionamiento de las casas hogares y familias sustitutas así como de recibir las denuncias de los casos que presenten violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y hacerlas del conocimiento del órgano competente a la brevedad posible para que el daño al menor no se prolongue.

e. Entidades privadas de abrigo y cuidado de niños: El Reglamento de la ley de Adopciones, Acuerdo Gubernativo 182-2010 del Congreso de la República de Guatemala, las define en su Artículo 2, literal d) como: entidades sin fines lucrativos 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.

Dichas entidades son autorizadas por el Consejo Nacional de Adopciones, a través de la Unidad de Autorización y Control de Hogares de Protección y Organismo Internacionales, la cual es una unidad técnica integrada por Psicólogas, Trabajadoras Sociales y Abogados, esta unidad también se encarga de implementar los mecanismos de control, para establecer el número de perfil de los niños que se encuentran

institucionalizados, analizar la situación legal de cada niño con la finalidad de encontrar las mejores opciones de integración familiar o en su defecto promover el desarrollo de planes individuales de atención, que les permita llevar una vida digna.

El Consejo Nacional de Adopciones estableció en su plan operativo anual del año 2013 que se cuenta con un registro de 116 Entidades solicitantes para registro de Sedes/Hogares de Protección y Abrigo siendo estas un total de 156.²⁰

De esta forma el Consejo Nacional de Adopciones actualmente tiene el control de los niños que se encuentran bajo el cuidado y protección de estas entidades, coordinando su función con otras entidades estatales como el Ministerio de Educación y el Ministerio de Salud quienes previo a autorizar la constitución de un Hogar deben emitir un certificado favorable.

f. Familias sustitutas: Esteve Llansola en relación a la familia sustituta indica que la familia sustituta es una medida, que responde a un sistema más normalizado, ya que este se fundamenta en que el medio familiar es el mejor entorno para el desarrollo de los niños y niñas. Su objetivo principal es proporcionar una atención individualizada y adecuada a los menores que, de forma temporal o definitiva, no pueden convivir con sus padres. Es una alternativa que se adapta perfectamente a las necesidades del menor, tanto materiales, como afectivas, emocionales o sociales.

²⁰www.cna.gob.gt/plai/doc/direccion/POA2013.pdf (fecha de consulta: 12 de julio de 2014)



El Reglamento de la Ley de Adopciones, Acuerdo Gubernativo 182-2010 define la familia sustituta en su Artículo 2, literal h) como: 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.

En la legislación guatemalteca se reconoce y se implementa el programa de familias sustitutas, por la Subsecretaría de Protección, Abrigo y Rehabilitación Familiar, se adopta cuando se verifica que el niño, niña y/o adolescente presentan necesidades especiales las cuales no pueden ser atendidas por entidades privadas dedicadas al abrigo y por la falta de atención individualizada que en dichas entidades se manifiesta.

El impacto social y económico que representa para los niños declarados en estado de adoptabilidad y que se encuentran bajo el cuidado de una familia sustituta se desarrollará más adelante en la presente investigación.

2.4.2 El proceso de adopción según la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala

Con la entrada en vigencia de la ley de adopciones, decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala el proceso de adopción se convirtió en un proceso administrativo, el cual es supervisado y llevado a cabo por el Consejo Nacional de Adopciones, la Autoridad Central, que fue creada por la misma ley. El fin primordial del

nuevo proceso de adopción es el de velar por el interés superior del niño.

Paso 1: Declaratoria de Adoptabilidad. Como primer paso es importante determinar que para que se inicie un proceso de adopción, el menor de edad (en la mayoría de los casos de procesos de adopción) debe de haber sido declarado en estado de adoptabilidad.

El Acuerdo Gubernativo 182-2010, Reglamento de Adopciones, Artículo 2, literal e) lo define como la: 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.

El juez de la Niñez y Adolescencia emitirá la resolución que declare el estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente que se encuentre en las siguientes situaciones:

- El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado;
- El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado su derecho de familia;
- Los niños, niñas y adolescentes cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían.

Paso 2: Formación del Expediente. Declarado el Estado de Adoptabilidad, se le notificará al Consejo Nacional de Adopciones de la resolución para que proceda a realizar la formación del expediente del niño, el cual deberá contener: la declaratoria de



adoptabilidad, sus datos personales, certificación de la partida de nacimiento, impresiones dactilares, historial social y médico, datos de origen y fotografías recientes.

Paso 3: Búsqueda y Selección de Familia Idónea. La búsqueda de la familia idónea será realizada por el Equipo Técnico Multidisciplinario a través de la unidad competente dentro de la base de datos del Consejo Nacional de Adopciones de las familias declaradas como idóneas, el equipo técnico presentará tres familias como máximo, las cuales deberán acoplarse y responder al perfil y necesidades del niño.

Dentro de las familias presentadas se seleccionará a la que mejor satisfaga las necesidades integrales del niño, previo análisis de sus características particulares y las de cada familia.

La asignación la realiza la Junta Técnica, la cual está integrada por trabajadores sociales, psicólogos, asesores jurídicos y el Coordinador del Equipo Multidisciplinario, tomando en cuenta lo siguiente: el interés superior del niño, identidad cultural del niño y su historia, características físicas y emocionales del niño y sus necesidades especiales, el resultado de las pruebas médicas del niño y de la familia, el resultado de las pruebas socioeconómicas de la familia y el resultado de las pruebas psicológicas del niño y de la familia.

La Junta Técnica finalmente emitirá su opinión respecto a la selección de la familia idónea para la adopción.



Paso 4: Notificación, Entrevista y Aceptación. El equipo Multidisciplinario ya emitida la opinión procederá a notificar a la familia seleccionada para la adopción y se les realizará una entrevista personalizada, en dicha entrevista se le presentará a la familia por medio de documentación lo correspondiente al historial, las características y datos personales del niño.

Ya teniendo toda la información necesaria, la familia seleccionada deberá manifestar su aceptación, la cual deberá hacerse constar por escrito, en un plazo no mayor de diez días posteriormente de la notificación respectiva.

Paso 5: Período de Convivencia y Socialización. La aceptación se enviará a la Autoridad Central, recibida la aceptación se autorizará un período de convivencia y socialización de manera personal entre los solicitantes y el niño por un término no menor de cinco días hábiles.

Del período de convivencia y socialización se le informará al Juez de la Niñez y Adolescencia que declaró la adoptabilidad y a la institución o familia que abriga al niño.

El período de convivencia y socialización inicia con la entrega del niño a la familia seleccionada, con el acompañamiento del Equipo Técnico Multidisciplinario. En el transcurso de dicho período un trabajador y un psicólogo realizarán las visitas necesarias para evaluar y apoyar la adaptación del niño y la familia.



Dos días después de finalizado el período de convivencia y socialización, el Equipo Técnico Multidisciplinario escuchará la opinión del niño, atendiendo a su edad y madurez la cual se hará constar por escrito; si el niño es mayor de doce años será necesario su consentimiento para la adopción.

Finalizado el período de convivencia y socialización, tomando en cuenta la opinión del niño, el Equipo Técnico Multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes el informe de empatía²¹, que señalará la calidad de la relación de la familia seleccionada y del niño.

Paso 6: Resolución final Administrativa. Dentro de los cinco días siguientes de emitida la opinión final, la Dirección General emitirá la resolución final sobre la procedencia o improcedencia de la adopción, tomando en cuenta las prohibiciones que contempla la ley de adopciones, en su Artículo diez, extendiéndose las certificaciones de los informes para que los interesados procedan a adjuntarlas a la solicitud de homologación que se deberá realizar ante el juez que conozca el caso.

Paso 7: Homologación Judicial. Se ingresará la solicitud de adopción ante un Juez de Familia para que verifique que el procedimiento administrativo de adopción cumple con los requisitos de la ley de adopciones y el Convenio de La Haya, verificado el expediente el Juez procederá a homologar y a declarar la adopción nacional o internacional con

²¹ 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. Acuerdo Gubernativo, 182-2010, Reglamento de Adopciones, Artículo 2, literal k).

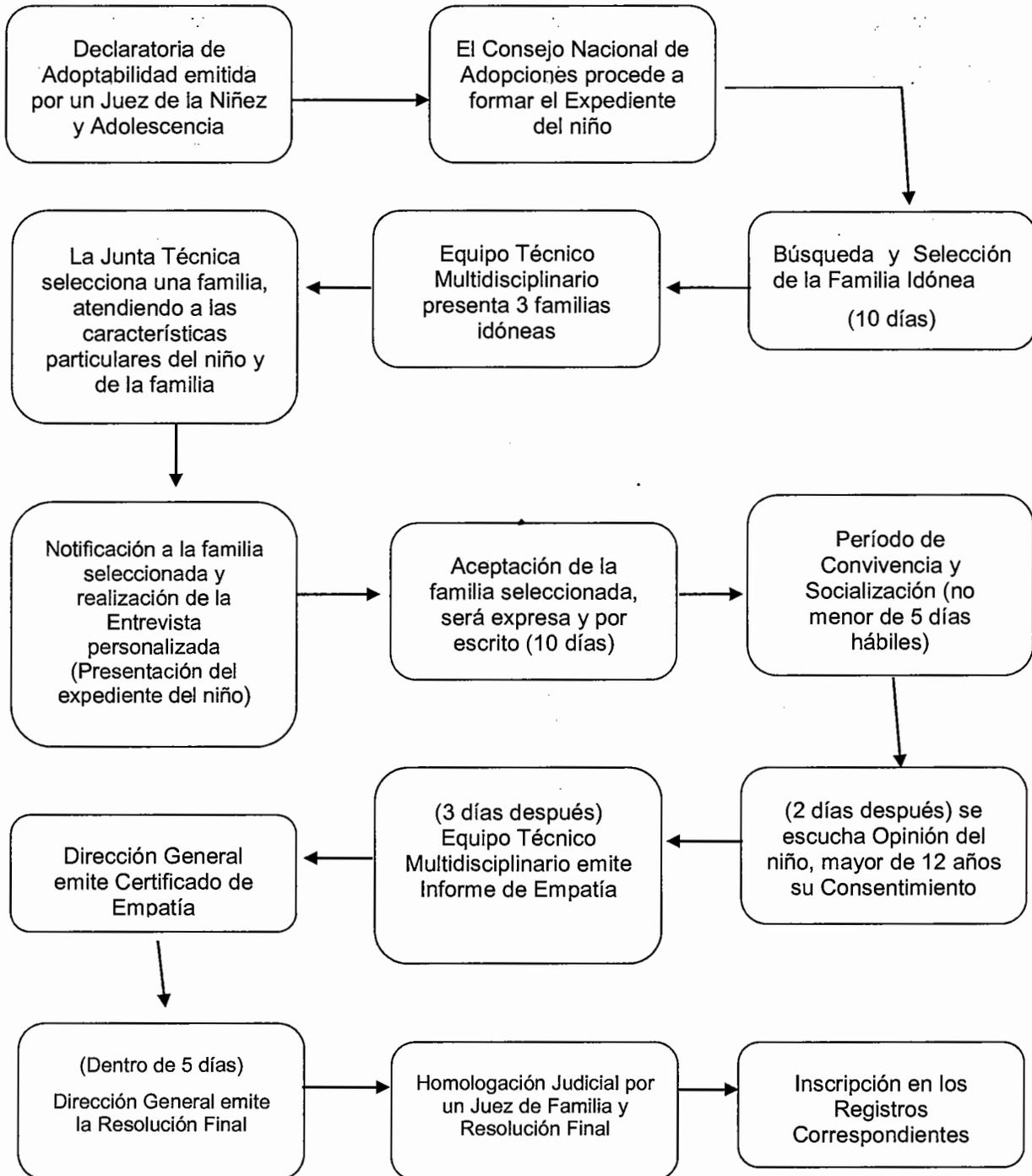


lugar, en un plazo no mayor de tres días y ordenará su inscripción en el Registro correspondiente, otorgando la custodia del niño, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero.

Paso 8: Resolución Final Judicial. Cumplido todos los requisitos anteriormente señalados para la tramitación judicial del proceso de adopciones, el juez de familia emitirá la resolución final declarando CON LUGAR la adopción.

Paso 9: Registro de Expediente. Declarada la homologación y con lugar la adopción, el Consejo Nacional de Adopciones procederá a registrar en el Registro de Adopciones Nacionales la resolución respectiva.

PROCESO DE ADOPCIÓN







CAPITULO III

3. La familia sustituta

La familia sustituta “es aquella a la que accede el niño, la niña, el adolescente o la adolescente, cuando sea imposible o inviable su crianza y desarrollo en su familia de origen o sea contrario a su interés como persona humana o por haberse acordado la adopción en procedimiento accionado ante el Tribunal de Protección del Niño, Niña y el Adolescente, a que tienen derecho de conformidad con la Ley”²².

Esteve Llansola define a la familia sustituta como la medida, que responde a un sistema más normalizado, ya que este se fundamenta en que el medio familiar es el mejor entorno para el desarrollo de los niños y niñas. Su objetivo principal es proporcionar una atención individualizada y adecuada a los menores que, de forma temporal o definitiva, no puede convivir con sus padres. Es una alternativa que se adapta perfectamente a las necesidades del menor, tanto materiales, como afectivas, emocionales o sociales.

La familia sustituta es definida también por Ana Marí Guzmán Torino de la siguiente manera: “Son familias transitorias que acogen y se convierten en una alternativa de protección a la infancia que se encuentra en situaciones de abandono y maltrato, restituyendo el derecho de todo niño, niña y adolescente a la convivencia familiar y

²²Asamblea Nacional de la República Boliviana de Venezuela “Desmienten presunto control de la patria postestad de los niños por parte del Estado”. Edrina Carrizales, 11 de marzo 2003



comunitaria como un espacio de transmisión de valores e interrelación afectiva, socialización, compartimiento social y comunitario, aspectos que la institucionalización indiscriminada niega al niño, niña que por circunstancias de la vida se ve privada de su familia dejando profundas cicatrices por el resto de su vida”.²³

El concepto de familia sustituta es definido en el Artículo 8 del Reglamento para la Aplicación de medidas de protección a niños privados de su medio familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos como: la familia que sin tener parentesco legal de consanguinidad o afinidad, acoge, en forma temporal, al niño, niña o adolescente que está privado de medio familiar biológico o ampliado de los niños, niñas y adolescentes que sea declarado amenazado o violado su derecho a la familia.

En el mismo cuerpo normativo en el Artículo 9 se regulan las prohibiciones para ser familia sustituta: tienen prohibición para ser familia sustituta: a) familias extranjeras que carezcan de residencia permanente en el país; b) familias guatemaltecas que soliciten ser familia sustituta de un niño, niña o adolescente cuando se encuentran en proceso de adopción; y c) familias adoptivas o interesadas en adoptar, los niños, niñas y adolescente que sean declarados amenazados o violados sus derechos a la familia para no desvirtuar la institución de la adopción, para no poner en riesgo la posibilidad de la reinserción con su familia biológica.

²³La educación alternativa en el proceso de enseñar y aprender participando.” Por: Ana Marí Guzmán Trino

La familia sustituta también es definida como "el proceso mediante el cual un niño, niña y adolescente es ubicado en una familia de su entorno familiar u otra de la comunidad, la que asumirá la responsabilidad de brindarle atención integral que requiera, ya sea por un periodo temporal o definitivo. Brinda a los niños, niñas y/o adolescentes en situación de riesgo, protección temporal o definitiva, con el apoyo económico del estado. Esta familia puede tener vínculo consanguíneo, de afinidad o ninguno".²⁴

En el reglamento anteriormente citado se concibe la figura de la familia sustituta como una medida de protección dictada por los jueces de la niñez y adolescencia cuando consideran que al menor se le han violentado sus derechos, tomándola como una vía para resguardar temporalmente al menor, ubicándolo en un hogar temporal con una familia sustituta, hasta encontrar una solución definitiva a su problema e inestabilidad que puede llegar a representar su situación.

En la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, se define a la familia sustituta bajo la modalidad de hogar temporal en el Artículo segundo, literal h) de la siguiente manera: "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".

El Reglamento de la Ley de Adopciones, Acuerdo Gubernativo número 182-2010 también define la familia sustituta y lo realiza en el Artículo segundo, literal h) de la

²⁴Líneas de Acción INABIF

siguiente manera: 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.

Y la figura del hogar temporal lo define en el mismo Artículo, literal i) de la siguiente forma: es el que comprende a aquellas personas que no siendo familia biológica o ampliada, reciben a un niño en su hogar, en forma temporal, durante el tiempo que dura el proceso de adopción.

En el Acuerdo Interno número CNA-CD-010-2010, denominado “Lineamientos técnico que establecen la participación de la Familia Sustituta y Hogar Temporal” emitido por el Consejo Nacional de Adopciones define en su Artículo primero a la familia sustituta en la misma línea que lo realizó el reglamento de la ley de adopciones.

Tomando en cuenta las definiciones doctrinarias y legales podemos determinar que la familia sustituta recoge varios elementos importantes, primero que es una medida dictada por jueces de la niñez y adolescencia, con la única finalidad de proteger al menor cuando se le violenta su derecho de familia y debido a esto no puede permanecer en su seno familiar de manera temporal o permanente ya que al violentársele dicho derecho sufre detrimento de todos sus derechos primordiales como el derecho a la seguridad, derecho a la protección, derecho a su integridad, entre otros.

Y segundo que es de manera temporal, esto porque se dicta la medida mientras se resuelve la situación del menor, resolución que puede consistir en: a. permanecer con su familia de origen cuando el ambiente dañino ya se haya solventado; y, b. si la situación ya no es sostenible ni rescatable la declaración del estado de adoptabilidad del menor para poder ser adoptado por una nueva familia y que de esta manera le sea restituido su derecho a la familia.

La familia sustituta tiene como finalidad primordial brindar una atención individualizada al menor que se encuentra vulnerable, por la gravedad de su situación, la familia sustituta resulta ser la mejor manera de mantenerle en un estado de protección y de seguridad sin provocarle mayores daños psicológicos y morales.

El acogimiento familiar también denominado colocación familiar, que es doctrinariamente la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia sustituta; como medida puede ser aplicado en dos vías ya sea mientras se realiza la reinserción de los menores sujetos a tutela o guarda en la familia del menor, o ya bien hasta que se produzca la adopción, en ambas situaciones siempre será prioritario ubicar al menor en una familia sustituta a la institucionalización.

Por institucionalización podemos entender a la ubicación del niño abandonado o que se encuentra en grave peligro en una institución de abrigo, la cual debe estar previamente autorizada por el Consejo Nacional de Adopciones.

3.1 El Programa de Familia Sustituta

El programa de la familia sustituta resurge en el año 2000, impulsado por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala, como una alternativa a la institucionalización de los menores desprotegidos, abandonados o que se encuentran en situaciones que atentan contra su seguridad e integridad personal, a través del Acuerdo 23-2000 emitido por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

El objetivo principal de las familias sustitutas de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República es captar, evaluar y certificar a familias idóneas que pueda acoger en su hogar a un niño, niño o adolescente de forma temporal, mientras se resuelve su situación judicial a través de la reincorporación en su familia biológica o la integración en una familia adoptiva.

El programa de familias sustitutas resulta la alternativa idónea para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones inciertas, en donde el juez de la niñez y adolescencia debe dictar que resultará más beneficioso para los menores, y resulta la opción más favorable y conveniente para los menores en virtud que dentro de dicho programa los menores reciben una atención personalizada, pues se presta más atención a las deficiencias que puedan tener en el aspecto de salud y primordialmente en el afectivo.



Es importante resaltar que el niño dentro del proceso de desarrollo y crecimiento debe tener cariño y afecto para poder desarrollar su personalidad y vínculos socioafectivos, y debido a la situación conflictiva en la que se encuentra es necesario y primordial encontrar la manera más eficaz para poder devolverle a los niños, niñas y adolescentes la estabilidad económica, psico-social y afectiva que necesitan, la seguridad y el cariño del cual carecen.

La aplicación del programa de familia sustituta nacional e internacionalmente es una medida que buscan los jueces aplicar preferentemente a la institucionalización de los menores en hogares o casas de abrigo, pues ubicando a los niños, niñas y adolescentes con familias sustitutas se obedece más a la necesidades de los menores y con ello se da estricto cumplimiento al principio del interés superior del niño.

El programa de familias sustitutas está encaminado para albergar niños entre cero y seis años, y desarrolla un papel fundamental ya que ayuda a que los niños que han sido objeto de maltrato físico, psicológico, sexual o trato negligente por parte de sus padres se recuperen más fácilmente por la atención personalizada que reciben.

El programa de familias sustitutas representa una alternativa para brindarles a los menores un proceso de recuperación integral en el aspecto físico, emocional, intelectual, espiritual y educativo.

3.1.1 Requisitos

Para poder ser tomado en cuenta como candidato para familia sustituta se deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Se deberá contar con la instrucción básica obligatoria como mínimo;
- Certificado de buena conducta y aptitud psicofísica;
- La familia sustituta deberá ser propietaria de la vivienda y asegurar la infraestructura básica y el mobiliario adecuado para el albergue requerido;
- La cantidad de miembros convivientes no deben ser demasiados;
- Los miembros de la familia sustituta deberán tener un trabajo estable.

3.1.2 Obligaciones de las familias sustitutas

Dentro de las principales obligaciones que tienen las familias sustitutas para con el niño, niña, niños y/o adolescentes albergados podemos mencionar las siguientes:

- Sostenimiento de la asistencia, tratamiento y rehabilitación requeridas por cada menor a su cargo
- Garantizar una alimentación adecuada
- Promover la higiene personal
- Proveer un clima afectivo y de seguridad que favorezca una vida lo más normalizada posible
- Demostrar capacidad para organizar y administrar el hogar



- Resolver problemas de la vida cotidiana
- Aceptar el asesoramiento del equipo profesional a cargo del programa y solicitarlo cuando sea necesario.

3.1.3 Legislación que regula la figura de la Familia Sustituta

En junio del año 2006 se reestructuró el Programa de Familias Sustitutas de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, pues ya existían precedentes del programa desde 1950, este se instauró con la finalidad de proporcionar una alternativa a los menores a quienes se les violentaban sus derechos para evitar que fueran institucionalizados en Hogares de Protección y Abrigo en donde no recibirían una atención tan personalizada como la recibirían en una familia sustituta.

El fundamento legal del programa de la familia sustituta lo encontramos en el Acuerdo 23-2000 emitido por la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República Gubernativo, de fecha 14 de marzo del año 2000.

Aun no existe una ley específica que regule el programa como tal pero existen numerosos cuerpos normativos tanto internacionales como nacionales, los cuales se mencionan a continuación:



a. Convención Internacional de los Derechos del Niño

Guatemala se constituyó como Estado Parte de la Convención Internacional de los Derechos del Niño mediante el Decreto 27-90 de Ratificación emitido por el Congreso de la República de Guatemala, dicha Convención regula los derechos de los niños tomando como base la Declaración de los Derechos del Niño promulgada en 1959, en uno de sus principales principios establece: el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

La Convención para garantizar el cumplimiento de todos los derechos que contempla deja en manos de los Estados Parte la obligación de garantizar la asistencia apropiada a los padres y representantes legales para que lleven a cabo un buen trabajo en lo que respecta a la crianza de los niños asimismo los Estados deberán velar por la creación de instituciones para el resguardo y cuidado de los menores desprotegidos.

El Artículo 20, inciso 1 y 3 de la Convención establece que los niños sin importar que estén privados de su medio familiar ya sea permanente o temporalmente, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado.

Dentro de esos cuidados podemos mencionar la colocación en hogares de guarda, la adopción o en una situación de necesidad colocarlos en instituciones adecuadas de protección de menores. Cuando se consideren las soluciones también deberá tomarse en cuenta la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

La Convención aborda un punto al cual debemos hacer referencia en el presente trabajo de investigación, esta establece: “es al niño, al que por su propia naturaleza le cabe exigir el cuidado de unos padres, y la crianza y el reconocimiento en el seno de una familia.

La Convención hace referencia, en principio, a su núcleo biológico, pero agrega también que si no pudiera quedar incorporado a él, sigue conservando su derecho a una familia, que puede ser la adoptiva. (Conf. Artículos 8, 9, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño).”²⁵

Es evidente que la Convención contempla que el niño necesita y debe crecer y desarrollarse en el seno de su familia de origen, claro está que si el niño dentro de su vínculo familiar encuentra maltrato, disminución o violación de sus derechos

²⁵El Kairos de la Adopción, Plazos judiciales versus necesidades vitales. Dr. Alejandro Molina



fundamentales, bajo un estudio profundo dictado por un juez competente se podrá considerar la separación del niño, niña o adolescente de su familia para mantenerle seguro.

En el caso del Estado guatemalteco la resolución debe ser emitida por un juez de la niñez y adolescencia, la resolución del juez podrá ser en el sentido de separarlo de su familia y albergarlo en una institución ya sea en las creadas por el Estado o en las organizaciones de la sociedad civil, esta medida podrá ser adoptada previo a haber agotado todas las alternativas de contención del niño en su familia extensa o en su red social.

La Convención concibe la colocación de menores en instituciones como una medida de última instancia al haberse agotado todas las posibilidades incluso la de colocar al menor en hogares temporales.

Al ingresar el menor a una institución de abrigo se deberá corroborar previo y durante su estadía en la institución que a la familia del menor se le ha brindado auxilio y asesoramiento en la manera de lo posible para poder revertir la situación que provocó la separación del niño de su familia.

Con el desarrollo de la historia y la evolución de las normas en el ámbito de derechos humanos se incorporó la figura de la familia sustituta, la cual suple la necesidad innata que tiene el menor de crecer en un ambiente familiar.



b. Constitución Política de la República de Guatemala

En la Constitución Política de la República de Guatemala no se regula de forma específica la figura de la familia sustituta o del acogimiento familiar, pero si trata normas generales que pueden y deben aplicarse a cada caso concreto que lleve involucrado dicho tema, con la finalidad de brindarles a los menores el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

En última instancia la familia sustituta se convierte únicamente en el medio para garantizarles a los niños el derecho a tener una familia y crecer en un ambiente seguro.

Como ya se estableció previamente corresponde al Estado proteger y proporcionar las herramientas necesarias para poder garantizar el cumplimiento de los derechos inherentes a la persona humana, sobre todo cuando se trata de la niñez, pues este grupo siempre se considerará un grupo vulnerable.

El Artículo primero de nuestra carta magna establece: Artículo 1º.- Protección a la Persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

Y continúa en la misma línea: Artículo 2º.- Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

La Constitución nos brinda un amplio catálogo de derechos fundamentales e inherentes a toda persona humana, los cuales son reconocidos y amparados desde la concepción, y prevé la protección de aquellos derechos que no se hayan hecho constar expresamente en dicho cuerpo normativo a través del Artículo 44.

El Artículo 44 establece: Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otro que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

En el capítulo II, sección primera se regula lo concerniente a la familia, y se establece en el Artículo 47: El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos a los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

A través de la Constitución Política de la República de Guatemala se reconoce la obligación que tiene el Estado de proteger a los menores y ancianos, debiendo garantizarles su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social. Se reconoce asimismo la institución de la adopción como un derecho que tienen los menores para que se vea restituido su derecho a tener una familia y se le protege en todo sentido dándole al adoptado la condición de hijo del adoptante. La constitución



declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

c. Código Civil

El derecho que tienen los niños de crecer en un ambiente familiar como bien se ha establecido previamente responde a las necesidades implícitas que tiene cada individuo desde que nace, necesidades que no puede satisfacer por sí mismo y que es necesario que alguien más vele, cuide y proteja.

Esto fue previsto en la normativa guatemalteca, específicamente en el Código Civil, capítulo vii el cual trata lo relativo a la Patria Potestad. La Patria potestad según el cuerpo normativo civil la ejercen los padres conjuntamente o por el padre que tenga en su poder al hijo. El concepto de patria potestad engloba lo relativo a la representación legal del menor en sus actos de vida civil y responde a las necesidades de asistencia y educación de los hijos que los padres tienen obligación de atender.

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



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

El Código Civil es claro al establecer que lo más adecuado para el desarrollo de un menor es la permanencia con sus padres, el Artículo 260 regula: los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores.

Si bien es cierto que normalmente lo más adecuado y sano para el desarrollo de un niño es permanecer con sus padres en un ambiente familiar, en ciertas ocasiones esto no es posible y, permanecer con su familia, no resulta lo más idóneo y la separación es necesaria para restaurar la integridad y seguridad del niño.

Así lo establece el Artículo 262 de dicho cuerpo normativo: No obstante lo preceptuado en los Artículos anteriores, cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

Es de acuerdo a lo anteriormente citado que deviene el nombramiento de una familia sustituta en el momento en el que el juez debe adoptar providencias con carácter de urgencia, la declaración de esta medida resulta en un medio para rescatar al menor que estando dentro de su ambiente familiar a este no se le provee de la protección y seguridad que necesita durante su desarrollo.

Las situaciones que pueden catalogarse como peligrosas para el menor son previstas por el Código Civil en sus Artículos 259, 273 y 274 y son establecidas como las causas de separación, suspensión o pérdida de la patria potestad por parte de los padres sobre sus hijos.

Quedó establecido que como último recurso se considerará la adopción o la institucionalización del niño, pues sobre todas las situaciones se busca proteger y cumplir con el principio del interés superior del niño el cual siempre velará porque el menor permanezca con su familia de origen.

El Código Civil regula las formas de restituir al niño con sus padres, estableciendo en el Artículo 277, lo siguiente: El juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos: 1º. Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos; 2º. Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º del Artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes; y 3º. Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos

mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º de este Artículo. En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva.

De conformidad con el análisis legislativo previamente realizado, queda claro que la patria potestad es ejercida únicamente por los padres sobre sus hijos. Cuando el menor se encuentre en una situación que pone en peligro su estabilidad, integridad y seguridad y esta encuadra en las causas de separación, pérdida o suspensión de la patria potestad establecidas por la ley.

No siempre se podrá restituir el ejercicio de la patria potestad de los padres sobre sus hijos; pues se pueden dar diversas situaciones. Como por ejemplo si el menor es ubicado con alguno de sus familiares (familia ampliada), lo que se establece entonces será una tutela y no la restitución de la patria potestad, ya que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones ejercidos única y exclusivamente por los padres; en última instancia el menor puede ser declarado en estado de adoptabilidad para que se le asigne una nueva familia, en este caso la patria potestad si es restituida pues competirá a los nuevos padres o padres adoptantes ejercerla.

El menor también podrá ser ubicado en una institución de abrigo, en este caso el representante legal de la institución será quien ejerza sobre los menores que sean institucionalizados la tutela. Ya sea una o, la otra, la decisión que quede plasmada en la



resolución emitida por el juez, deberá tomar en consideración aspectos sociales, psicológicos y físicos que le convengan más al menor.

En el párrafo anterior se mencionó que al quedar el menor bajo el cuidado de su familia ampliada o en una institución de abrigo, la persona que queda a cargo ejerce la tutela sobre él, la tutela es concebida como un derecho que posee una persona de representar a un menor que no se halla bajo la patria potestad, en todos los aspectos civiles de su vida. El Código Civil, establece en su Artículo 293: el menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes.

La tutela es definida en el Diccionario de la Real Academia Española como: La autoridad que, en defecto de paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel, que por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil.

Manuel Osorio la define de la siguiente manera: "Si tomamos el vocablo en el sentido muy generalizado de la legislación de algunos países, la tutela es una institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por sí mismas. La legislación argentina divide en dos esa función protectora: la tutela, para los menores no sometidos a la patria potestad, y la curatela (v.), para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes (dementes y sordomudos que no sepan leer ni escribir). En la ley argentina se entiende por tutela el derecho que la ley confiere para gobernar las personas y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil. La tutela puede ser testamentaria (dada en escritura



pública, para que surta efecto a la muerte del testador); legítima, es decir, conferida por la ley a falta de designación por testamento y que recae por orden en el abuelo paterno, en el abuelo materno, en la abuela paterna o materna, y en los hermanos o hermanas y medios hermanos, y dativa, que el juez discierne (en la acepción Tutela plena Tutoría forense de la palabra), a falta de la testamentaria y de la legítima. En la legislación española el tutor dativo es elegido, faltando el testamentario y el legítimo, por el consejo de familia (v.), interesante institución inexistente en otras legislaciones."²⁶

En dicho ordenamiento jurídico se regulan cuatro clases de tutela:

- Tutela testamentaria: se establece por la persona que ejercía la patria potestad a través de un acto de última voluntad.
- Tutela legítima: es ejercida por los parientes llamados por orden de conformidad con la ley
- Tutela judicial: se establece a través de una resolución judicial, cuando no existe tutor testamentario o legítimo.
- Tutela legal: es la que ejercen los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social sobre los menores o incapacitados que acogen y serán sus representantes legales desde el momento en el que ingresen a dichas instituciones. Esta clase de tutela no necesita discernimiento.

Es importante señalar que la patria potestad será siempre ejercida por los padres del menor o los padres adoptantes, mientras que la tutela será ejercida por la persona

²⁶ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.



designada testamentariamente, legítimamente, judicialmente o legalmente.

La familia sustituta por su naturaleza jurídica de ser una medida de protección y por su temporalidad, no permite que se pueda ejercer algún tipo de representación legal sobre el menor durante el tiempo que este es acogido, su única finalidad se circunscribe a brindar la protección y proveerle al menor que acoge, los medios necesarios para satisfacer sus necesidades primordiales.

Al desarrollar el tema de la tutela legal es importante mencionar el rol que juegan las entidades de abrigo, la ley de adopciones derogó la independencia y la libertad de acción que se les había asignado a dichas entidades y es a través de esta nueva ley que las entidades de abrigo y su creación deben de estar autorizadas y registradas por el Consejo Nacional de Adopciones.

d. Ley de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia

Como se mencionó previamente al analizar la presente ley, esta fue creada para responder a las nuevas necesidades de la niñez y la adolescencia al suscribirse el Estado de Guatemala al Convenio sobre los Derechos del Niño en enero de 1990.

La Ley de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia tiene como finalidad primordial promover el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia sobre todo de aquellos con necesidades parciales o insatisfechas y establece que compete al Estado garantizar y mantener a la población en el pleno goce de sus derechos.



En este sentido la ley establece en su Artículo cuarto lo siguiente: es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, es deber del Estado que la aplicación de esta ley este a cargo de órganos especializados, cuyo personal deberá tener la formación profesional y moral que exige el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, según la función que desempeñe y conforme las disposiciones generales de esta ley.

El Artículo quinto también establece: El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y a la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en la materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley. Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las

medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.

Tal y como establecen los dos Artículos anteriores es deber del Estado garantizarle a la niñez y adolescencia el pleno goce de sus derechos, sin embargo cuando estos se vean violentados o disminuidos será de igual forma deber del Estado encontrar la manera más adecuada de restituirlos, buscando siempre la aplicación del interés superior del niño.

En el Artículo 75 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se establece que: Para los efectos de la presente ley, los derechos de los niños, niñas y adolescentes se amenazan o se violan por:

- a) Acción u omisión de cualquier miembro de la sociedad o del Estado.
- b) Falta, omisión o abuso de los padres, tutores o responsables.
- c) Acciones u omisiones contra sí mismos.

Y en el Artículo 76 se establecen como obligaciones del Estado a través de sus entidades y órganos especializados, cuando existe amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia, las siguientes:

- a) velar porque las instituciones públicas o privadas que atienden a los niños, niñas y adolescentes a quienes sus derechos se encuentran amenazados o violados, éstos le sean respetados y restituidos, en especial su derecho a la vida, seguridad, identidad cultural, costumbres, tradiciones e idioma y les brinden tratamiento integral y digno;

- b) Coordinar acciones e impulsar programas que fomenten la unidad y estabilidad familiar, el civismo, identidad nacional, los valores morales, el respeto a los derechos humanos y el liderazgo para el desarrollo de la comunidad;
- c) Diseñar políticas y ejecutar programas de salud integral con participación de las instituciones dedicadas a la atención de la salud, que tiendan a la prevención de enfermedades, brindando los insumos que sean necesarios;
- d) Impulsar y ejecutar, dentro de sus capacidades, en horarios adecuados, programas complementarios de educación para niños, niñas y adolescentes;
- e) Velar que se desarrollen actividades que brinden espectáculos populares, culturales y deportivos en las áreas urbano marginales y rurales del país y fomentar la práctica de éstos a través del Ministerio de Cultura y Deportes y las municipalidades;
- f) Establecer con participación comunitaria, programas de capacitación para el trabajo calificado de adolescentes que viven en extrema pobreza a efecto de brindarles una opción de superación económica;
- g) Diseñar y ejecutar programas de educación sexual, prevención de enfermedades de transmisión sexual, preparación para la procreación y la vida en pareja, que inculquen la paternidad y maternidad responsables.

Asimismo, se establece como obligaciones de los particulares, en el Artículo 77, las siguientes: participar en todos aquellos programas gubernamentales y no gubernamentales que se ejecuten a favor de la niñez y la adolescencia que se encuentren amenazados o violados en sus derechos.

Y en el Artículo 78 se contemplan obligaciones específicas para los padres, tutores o personas responsables de los niños, obligación que puede ser aplicada también a las familias sustitutas que tengan bajo su cuidado a menores, en la medida que sea posible:

- a) Brindarles afecto y dedicación;
- b) Proveerles los recursos materiales necesarios para su desarrollo de acuerdo a sus posibilidades económicas;
- c) Orientarles preventivamente, así como participar activamente en programas comunitarios de prevención y rehabilitación;
- d) Orientar en forma justa la conducta de sus hijos e hijas, bajo su cuidado, empleando medios prudentes de disciplina que no vulneren su dignidad e integridad personal, así como denunciar toda clase de violaciones a sus derechos humanos;
- e) Recibir tratamiento especializado para superar las adicciones y conductas agresivas que presenten;
- f) Esforzarse por identificar el talento de sus hijos, hijas y pupilos a efecto de buscar la ayuda especializada que el caso amerite.

La ley de la protección integral de la niñez y Adolescencia, es entonces el mecanismo legal que sirve para determinar cuando a un menor se le están violentando sus derechos fundamentales.

Y como resultado de lo anterior, se ve en la necesidad de retirarlo de ese ambiente conflictivo y reubicarlo para que se le sean restablecidas sus garantías y libertades, como bien se mencionó anteriormente, se le podrá asignar temporalmente una familia sustituta

o se le pondrá poner bajo el resguardo de su familia ampliada hasta que se determine y resuelva su situación, amabas situaciones serán determinadas por el juez de la niñez y adolescencia tomando en cuenta el interés superior del niño.

La misma ley se manifiesta en relación a lo anteriormente desarrollado en su Artículo 14, determinando para el efecto que, los niños y los adolescentes tienen el derecho a no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos, siendo el Estado el encargado de brindar la asistencia y protección pertinente en todos aquellos casos en los que sean privados ilegalmente de alguno de los elementos que constituyen su identidad, con el fin de restablecerla.

En el Artículo 18, aborda nuevamente el tema y establece: Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

La ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia proporciona el catálogo de los derechos fundamentales de los que debe gozar el niño, niña o adolescente, entre estos se encuentran:

- Derecho a la integridad personal
- Derecho a la familia y a la adopción
- Derechos a un nivel de vida adecuado y a la salud

- Derecho a la educación, cultura, deporte y recreación
- Derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad
- Derecho a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes
- Derecho a la protección contra la explotación económica
- Derecho a la protección por el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia
- Derecho a la protección por el maltrato
- Derecho a la protección por la explotación y abusos sexuales
- Derecho a la protección por conflicto armado
- Derecho a la protección de los niños, niñas y adolescentes refugiados
- Derecho a la protección contra toda información y material perjudicial para el bienestar de la niñez y la adolescencia.

Cuando cualquiera de estos derechos se vean amenazados o violentados podrán ser aplicadas medidas de protección, las cuales podrán adoptarse separada o conjuntamente, o bien ser sustituidas en el momento adecuado, tomando siempre en cuenta las necesidades del niño de afecto y buscando con la aplicación de la medida el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

Dentro de las medidas que la Ley de la Protección Integral a la Niñez y Adolescencia contempla, se encuentran las siguientes:

- Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.

- Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.
- Remisión a la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación, apoyo y seguimiento temporal.
- Ordenar la matrícula de niños, niñas y adolescentes en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.
- Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.
- Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.
- Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.
- Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso.
- En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.
- Abrigo provisional y excepcional: El abrigo será medida provisional y excepcional, utilizable como forma de transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en la familia y hogar sustituto y no implica en ningún caso privación de libertad.

Retiro del agresor o separación de la víctima del hogar: En caso de maltrato o abuso sexual realizado por los padres o responsables, la autoridad competente podrá determinar como medida cautelar, el retiro del agresor del hogar o la separación de la víctima de su núcleo familiar según las circunstancias.

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

Es necesario enfatizar en que la Ley de Adopciones surge y es promulgada por la presión internacional al considerarse al país Guatemalteco para el 2005, en uno de los países con más irregularidades en los procesos de adopción en el mundo.²⁷

La mayor parte de las adopciones en Guatemala, previo a la emisión de la ley de adopciones, eran de carácter internacional y autorizadas por notarios pues estas no requerían del aval judicial para formalizarse y resultaron ser el mecanismo que utilizaban las redes de delincuencia organizada transnacional para la trata y tráfico de niños.

Con la emisión de la nueva ley de adopciones se pretendió establecer candados a los procedimientos de adopciones y garantizarle a los menores el restablecimiento de sus derechos principalmente el de poder optar a una familia que se adaptare a su situación individual y que le garantice su crecimiento en un ambiente sano e integral.

La forma en la que trabajaban las redes de delincuencia organizada al tratarse de adopciones irregulares, básicamente consistía en sustraer o robar al niño que darían en adopción, la manifestación del deseo de dar en adopción la obtenían mediante sobornos, amenazas o falsificaciones y mientras se obtenía la autorización de la

²⁷ <http://www.brandeis.edu.investigate/gender/adoption/guatemala.html>. (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014)

Procuraduría General de la Nación, el niño era colocado bajo el cuidado de una familia sustituta o en hogares temporales.

Antes de entrar en vigencia de la ley de adopciones, la entrega de los menores en familias sustitutas era realizada por la Procuraduría General de la Nación, previo a los informes que rendía la Comisión Técnica de adopciones y acogimiento familiar.

En la resolución que era emitida por dicha entidad se establecía el tiempo que duraría la medida y el monto que recibiría la familia como una retribución que debía ser utilizado para satisfacer las necesidades básicas del menor acogido. Durante este período existieron dos tipos de familias sustitutas:

- El acogimiento familiar para cuidado y protección temporal, el cual contemplaba el regreso del menor con su familia de origen.
- El acogimiento familiar que se daba mientras la entidad pública encargada elevaba la propuesta de adopción o cuando, antes de elevar al Juez la propuesta, se consideraba necesario un período de adaptación del menor a la nueva familia.

Las familias sustitutas, dado que su naturaleza es la de una medida de protección, resultaba ser el medio más viable para garantizar al menor su crecimiento en un ambiente sano y seguro, la temporalidad se transformaba en permanente y la falta de vinculación total entre la familia sustituta y el menor se resolvía cuando el juez dictaba una tutela judicial para determinar la representación legal del menor.

La falta de legislación relacionada a la familia sustituta, convertía dicha institución en una figura moldeable para las adopciones irregulares. Por lo que la emisión de la nueva ley de adopciones regula de manera más específica a la familia sustituta.

La familia sustituta, según nuestro ordenamiento jurídico, debe ser previamente acreditada ante la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, entidad competente en materia de medidas de protección, quien es la encargada de captar, seleccionar, capacitar y acreditar a las familias sustitutas, posteriormente será el Juez de la Niñez y Adolescencia el facultado para colocar al niño abandonado o en peligro con una familia sustituta.

La ley de adopciones, decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala establece en su Artículo segundo, literal h): 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.

Con la nueva ley de adopciones se creó la autoridad central en materia de adopciones, a la cual se le denominó: Consejo Nacional de Adopciones, a la misma le competen diversas funciones, la función específica que se relaciona al tema de las familias sustitutas se regula en el Artículo 23, literal 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.

En el Artículo 29, literal h) se establece que la Autoridad Central deberá contar con el registro de las entidades privadas, hogares de abrigo y hogares temporales que se dediquen al cuidado de niños.

Con la nueva normativa la actuación notarial quedó relegada de los procesos de adopción, quedando el Consejo Nacional de Adopciones como la entidad exclusiva para tramitar los procesos de adopción así como para llevar el registro de las personas involucradas en los procesos de adopción, en el caso concreto el de las familias que fungen como hogares temporales.

La ley de adopciones, si bien, determina la prohibición tácita a la familia sustituta que alberga al menor de adoptarlo al establecer que será una medida temporal, considera la posibilidad de adopción al estudiar los casos previos a la emisión de la ley, en donde las familias sustitutas buscaban iniciar un proceso de adopción, en virtud que dicha ley fue emitida bajo el principio rector del interés superior del niño.

Pero a pesar de la consideración que la ley realizó es necesario resaltar la naturaleza intrínseca que se le atribuye a la figura de la familia sustituta que es la de ser una medida de protección de carácter temporal.

f. Acuerdo Gubernativo de Idígoras Fuentes de fecha 26 de junio de 1958

El Acuerdo Gubernativo dictado el 26 de junio de 1958 por Idígoras Fuentes, establece en su Artículo primero lo siguiente: Se entiende por hogar sustituto, aquel que viene a

reemplazar el hogar natural de un menor, del cual este se ha visto privado por diversas razones de tipo social, utilizándose generalmente para los niños que carecen de hogar y para aquellos que aun teniéndolo, no reciben la atención que requieren debido al abandono, inmoralidad, crueldad o incapacidad física o mental de sus padres o parientes.

g. Acuerdo Interno CNA-CD-010-2010 denominado “Lineamientos técnicos que establecen la participación de la Familia Sustituta y Hogar Temporal” emitido por el Consejo Nacional de Adopciones

Una situación que se suscitó en la transición del proceso de adopción instaurado previo a la promulgación de la ley de adopciones y el nuevo procedimiento, fue el tiempo que tardaban los jueces de la niñez y adolescencia en emitir la resolución en la que se declaraba al menor en estado de adoptabilidad.

Este término era demasiado extenso lo que conllevaba que la medida de protección durará lo que tardara emitir el dictamen, tiempo suficiente para que la familia que albergaba al menor se encariñara y naturalmente desarrollara un vínculo socio-afectivo con el menor, el cual motivaba a que la familia sustituta por la identificación que lograba con el niño quisiera adoptarlo y que el niño albergado quisiera permanecer con la familia sustituta.

También sucedía que las familias sustitutas eran tomadas como el mecanismo para que se llevara a cabo un período de adaptación para las familias que eventualmente quisieran adoptar, esta situación cambió completamente con la nueva ley, pues en esta se

establece expresamente que la familia sustituta es de carácter temporal, sin embargo el Consejo Nacional de Adopciones buscó la forma de aclarar esta situación y darle una solución a la problemática mediante la emisión del Acuerdo Interno número CNA-CD-010-2010, el cual establece en sus primeros Artículos lo siguiente:

Artículo 4. De la temporalidad de las medidas. La naturaleza temporal de la medida de protección de abrigo en familia sustituta y en hogar temporal, no admite la posibilidad de adopción del niño abrigado, en virtud que la selección de familia adoptiva la realiza el Consejo Nacional de Adopciones, dentro del proceso administrativo de adopción.

La participación de la familia sustituta y del hogar temporal, se circunscribe al abrigo del niño durante el tiempo que dure la medida de protección en el proceso judicial y el proceso administrativo de adopción, respectivamente, hasta la integración del niño a su familia adoptiva.

Artículo 5. Transitorio. De la resolución definitiva de la situación legal de los niños entregados a familias sustitutas, previo a la vigencia del presente acuerdo. Las solicitudes de familias sustitutas que abrigan niños, presentadas al Consejo Nacional de Adopciones antes de la vigencia del presente acuerdo, podrán ser analizadas y si, procediere, se resolverán en forma definitiva, en base a los estudios psicosociales que determinen el desarrollo integral del niño. Posterior a la entrada en vigencia del presente acuerdo, no se admitirá ninguna solicitud de adopción de familia sustituta del niño que abriga; sin embargo pueden adoptar otro niño, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de Adopciones.



El Consejo Nacional de Adopciones establece claramente a través de dicho Acuerdo que la familia sustituta es solamente una medida de protección y es a dicha entidad rectora a quien compete la selección de la familia adoptante y el proceso para determinar la procedencia de la adopción.

Pero cabe resaltar que el Acuerdo tomó en consideración elementos que habían quedado fuera por la forma tan impropia en la que se reguló la familia sustituta, tomando en consideración a aquellas familias que por la situación en la que se encontraban adoptaron de manera fáctica al menor albergado, estableciendo que estas situaciones podrían ser sometidas a análisis esto confirma que la ley de adopciones fue emitida bajo el principio rector del interés superior del niño.

h. Reglamento para la Aplicación de medidas de protección a niños privados de su medio familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos

En el Reglamento para la Aplicación de medidas de protección a niños privados de su medio familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos, se establece en su Artículo 8: En ningún caso la familia sustituta designada para protección de los niños, niñas y adolescentes que sean declarados amenazados o violados en su derecho a la familia, podrá solicitar en el futuro la adopción del niño, niña o adolescente que abriga provisionalmente. En ningún caso un juez otorgará protección y abrigo temporal de un niño, niña o adolescente a solicitud de una familia sustituta.





CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la literal h) del Artículo 2 de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala

Con base a la doctrina, legislación, jurisprudencia, derecho comparado, y legislación internacional desarrollada en los capítulos anteriores, se cuenta con los elementos necesarios para a continuación realizar un análisis profundo y detallado de la institución de la familia sustituta dentro del proceso de adopción, análisis que se divide en dos partes y que se desarrollará a continuación:

4.1 La familia sustituta y la institucionalización de menores como medidas de protección

Como bien se mencionó anteriormente corresponde, en primer término, a la familia proporcionar el ambiente adecuado para que los menores de edad se desarrollen, pues es la familia el núcleo de socialización primario de mayor influencia en la formación de la personalidad del niño o niña, es también el contacto directo para obtener la satisfacción de sus necesidades básicas.

Mientras el menor se encuentre en un entorno familiar sano y estable así será su desarrollo y crecimiento, sin embargo no todos los menores gozan de un ambiente familiar sano sino al contrario las condiciones en las que son forzados a crecer les



significa una serie de obstáculos para lograr una imagen y un ejemplo conductual apropiado.

Es entonces que le corresponde al Estado cumplir el rol de proteccionista a través de las entidades facultadas para dicho ejercicio, procurando siempre que los niños y niñas permanezcan con su familia de origen o familia ampliada, pero, si permanecer con ellos significa un peligro para los menores, el Estado puede manifestarse sobre dos situaciones generales: las que representan un riesgo para el menor y cuando el menor se encuentra en situación de desamparo.

Cuando la situación representa un riesgo para el menor, concurren diversas situaciones que ocasionan que al menor no se le sean satisfechas sus necesidades básicas para alcanzar el mejor desarrollo físico, psicológico y social, pero debido a que la situación no es lo suficientemente grave como para separar al menor de su núcleo familiar y social, el Estado se sujeta únicamente a proponer programas de intervención social individual y temporal que procurarán la eliminación de la situación que pone en riesgo al niño, niña o adolescente.

Si el niño, niña o adolescente se encuentra bajo una situación que representa un grave peligro a su desarrollo y seguridad o simplemente se encuentra en estado de abandono, corresponde al Estado asumir la tutela. Esta posibilidad de asumir automáticamente la tutela por parte de la entidad pública correspondiente se convierte en un instrumento rápido y eficaz de protección de menores. No obstante, todas estas actuaciones deben

caracterizarse por la provisionalidad, en tanto pueda proporcionarse el recurso más adecuado de protección.

Tanto las familias sustitutas y la institucionalización de menores en casas hogares devienen en medidas necesarias dictadas por los jueces de la niñez y adolescencia para rescatar al menor de la situación de conflicto y detrimento de su integridad personal en la que se encuentre.

Es importante resaltar que ya sea una u otra medida, el niño ha sufrido una alteración grave en su equilibrio emocional y psicológico, por lo que es de gran importancia por parte de los jueces tomar en cuenta que medida será la más beneficiosa para el niño, niña o adolescente que se encuentra afectado, ya que estas medidas en vez de resultar beneficiosas pueden afectarlos más.

Ambas medidas, cualquiera que decida declarar el juez, serán de carácter temporal mientras el juez competente resuelva de forma definitiva la situación del menor, las cuales podrán consistir en reubicarlo con su familia de origen; con su familia ampliada o ya bien declarándolo en estado de adoptabilidad.

La familia sustituta como medida de protección es una opción que resulta de gran beneficio para los niños, niñas o adolescentes que se encuentran en peligro o desamparados, pues es a través de esta familia que sus necesidades se ven satisfechas nuevamente, la atención que reciben es más personalizada e integral que la que podrían recibir en una entidad de abrigo.



Las entidades de abrigo han sido un recurso que ha sido muy utilizado a través del tiempo para afrontar el problema de los niños huérfanos, abandonados o con dificultad para desarrollarse socialmente.

El acogimiento de menores en este tipo de instituciones siempre tendrá que ser provisional y de último recurso y deberá llevarse a cabo únicamente cuando las actuaciones alternativas no resulten posibles o se manifiesten insuficientes o inadecuadas, y en tanto las acciones dirigidas a cambiar tales circunstancias no ofrezcan resultados positivos.

Es necesario resaltar la necesidad que tienen los menores de crecer en el seno familiar, ya que la familia representa la única posibilidad para su mejor desarrollo psíquico-físico. Las instituciones y organizaciones que se dedican al cuidado de menores al tratar de resolver los problemas de peligro y abandono apuntan a que los hogares infantiles sirvan solo como centros de crisis, no como destino final para niños abandonados.

Uno de los temas más discutidos en la psicología del desarrollo ha sido el de los efectos de las primeras experiencias, especialmente la relación con las figuras paternas, en el futuro desarrollo del niño.

“La importancia del cuidado materno en las primeras etapas de la vida en términos de que, tal como lo han establecido algunos psicólogos, el amor maternal en la infancia y la niñez es de tanta importancia para la salud mental como lo son las vitaminas y proteínas

para la salud física, la privación maternal sería por tanto la falta de ese contacto del niño con la madre basado en el calor, la intimidad y la relación constante.”²⁸

4.2 Análisis jurídico de la figura de la familia sustituta regulada en la literal h), Artículo 2, Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala

Es conveniente citar en este punto la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece que es responsabilidad de ambos padres garantizarles a sus hijos sus derechos y que sus acciones en relación a ellos estén encaminadas a atender el interés superior del niño. Esto en pocas palabras nos expone que los padres podrán hacer todo lo que beneficie al niño, pero nada que atente contra su vida, integridad, salud, educación, seguridad o dignidad.

Toda necesidad esencial de un niño, niña o adolescente que no sea satisfecha por los padres se traduce en un derecho vulnerado, lo que dará paso a las instituciones administrativas competentes a dictar las medidas y mecanismos correspondientes y, en última instancia las medidas judiciales para garantizar o restituir el derecho vulnerado.

Dentro de las medidas dictadas para proteger a los menores a quienes se le han vulnerado sus derechos y, que su situación aún resulta incierta y, que han sido mencionadas en el transcurso de la presente investigación se encuentra la

²⁸ “Evaluación de Programas residenciales de servicios sociales para la infancia. Situación actual y aportaciones de los enfoques eco psicológicos.” Por: José Fernández del Valle



institucionalización de menores y/o la ubicación en familias sustitutas, ambas medidas de carácter temporal.

Cuando el niño es abandonado o le han sido vulnerados sus derechos de forma irremediable y la decisión del juez de la niñez y adolescencia resulta en separar al menor de su familia de origen y el niño, niña o adolescente es declarado en estado de adoptabilidad, automáticamente el juez debe dictar una medida de seguridad o bien al menor ya se le pudo haber dictado la medida de seguridad, por lo que después de la emisión de dicha resolución la medida puede continuar o suspenderse.

La medida de protección decretada por el juez de colocar a un menor con una familia sustituta responde a las necesidades que poseen los niños durante su desarrollo, ya que necesitan establecer vínculos afectivos recíprocos y de seguridad con sus padres o, con quienes cumplen con ese papel, estos vínculos son vitales para desarrollarse integralmente.

Debido a que la familia sustituta es la medida que más se equipara a permanecer en su lugar de origen, el niño abrigado tiende a desarrollar, por esa carencia de vínculos, una identificación con su familia sustituta y de igual forma la familia sustituta con el niño abrigado, estos vínculos propician la estabilidad y seguridad que tanto necesitaba el niño, niña o adolescente. Esta situación puede resultar tanto positiva como negativa.

Positiva en el sentido que se mencionó antes, que la familia sustituta suple las carencias afectivas del niño y le ayuda a superar la situación difícil y conflictiva en la que se

encontraba el menor; y, negativa en el sentido que el niño ya ha sido separado de su familia de origen, previo a la colocación en la familia sustituta, por lo tanto es eminente la necesidad que tiene de encontrarse en un lugar estable y lleno de cariño, afecto y atenciones.

Cuando el niño, la niña o el adolescente es colocado en la familia sustituta los vínculos que necesitaba establecer con sus padres y que se vio imposibilitado por la situación en la que se encontraba los establece con su familia sustituta.

Si el abandono o el maltrato impactaron de forma muy negativa al menor probablemente encontrarse en un lugar seguro va hacer que el niño se aferre con mayor intensidad a su familia sustituta, dificultando así el desprendimiento posterior e incluso llegándose a establecer vínculos tan fuertes que motiven tanto a la familia sustituta como al niño albergado a adoptarse mutuamente.

La familia sustituta según la normativa guatemalteca no puede iniciar un proceso de adopción del niño que se encuentra bajo su cuidado, de conformidad al acuerdo interno CNA-CD-010-2010 emitido por el Consejo Nacional de Adopciones, dicho acuerdo establece que quedan prohibidas las solicitudes realizadas por las familias sustitutas para poder adoptar al niño albergado.

Pero ¿no es esta prohibición contraria a la aplicación del principio supremo en materia de adopciones y en todas las circunstancias en donde se vean involucrados intereses de menores, el Principio del Interés Superior del Niño, el cual se encuentra regulado en el

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, el Convenio sobre los derechos del niño y la Ley de Adopciones, Decreto 70-2007 del Congreso de la República de Guatemala?

El principio del Interés Superior del niño se encuentra regulado específicamente en la Ley de Adopciones, en su Artículo cuatro, el cual establece literalmente lo siguiente: 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.

Este principio ha venido a revolucionar en primer plano la normativa internacional y en consecuencia también los cuerpos normativos de cada país, el principio del interés superior del niño rige cada una de las normas relacionadas a esas situaciones tendientes a garantizar el bienestar y el desarrollo de los niños, tiene como finalidad primordial la promoción y protección de los derechos del niño.

El acuerdo interno emitido por el Consejo Nacional de Adopciones CNA-CD-010-2010 es claro al establecer la prohibición para las familias sustitutas de poder optar al proceso de adopción del niño abrigado, afirmando el carácter temporal de la institución de la familia sustituta.

La razón por la que las familias sustitutas son de carácter temporal y, no pueden optar al proceso de adopción, es debido a la naturaleza jurídica de la institución, la cual es la de ser una medida de protección, esta medida debe durar lo que dure la situación que

pone en peligro al menor o hasta que el juez determine lo que resulte más beneficioso para el menor.

Lo más beneficioso puede ser ya sea quedarse con su familia de origen o familia ampliada y acudir a ciertos programas de ayuda proporcionados por personas especializadas o bien, declarar al niño en estado de adoptabilidad, ubicándolo con una nueva familia. Decisión que es tomada siempre en última instancia y que responde al proceso administrativo determinado por la ley y familia adoptiva que será escogida y designada por el Consejo Nacional de Adopciones.

Para aclarar un poco más la situación, retomemos lo que establece la ley de adopciones en relación al principio del interés superior y apliquémoslo a la situación concreta: el Artículo cuatro en este contexto, nos orienta respecto al porque la familia sustituta tiene impedimento para adoptar, dicho Artículo establece en su parte conducente: otro medio familiar permanente.

Si la ley establece claramente que al niño deberá asegurársele su protección y seguridad en su familia de origen y si esto no fuere posible en otro medio familiar permanente ¿por qué entonces la ley es tan clara y establece que la familia sustituta tiene impedimento para poder optar al proceso de adopción del niño que se encuentra bajo su cuidado?

Partiendo de un análisis de la normativa de carácter internacional, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional propone una entidad central que rija todo lo concerniente en materia de adopciones.



Esta entidad tiene como función principal seleccionar y designar a la familia idónea para el niño o niña que se encuentra declarado en estado de adoptabilidad, dentro del proceso de adopción, la adopción es entonces la medida en última instancia que resulta la más adecuada para restituirle al menor su derecho a tener y crecer en el seno de una familia.

Permitirle a la familia sustituta el poder adoptar al menor abrigado estaría en contra de lo que pretende el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional en general y la Ley de Adopciones en específico, pues el proceso de adopción debe asemejarse a un proceso natural de concepción de un hijo.

Los padres durante la concepción natural en ningún momento tienen la oportunidad de escoger al hijo que desean, los niños, niñas y adolescentes no deben ser considerados como mercancías, esto es primordialmente lo que se pretende evitar con la nueva normativa internacional y nacional y frenar con ello la ola de delincuencia organizada creada como resultado de la amplia demanda de la comercialización de niños.

Considerar a los menores como objetos comerciales era una situación que permitía la normativa anterior y que debió superarse con la nueva normativa.

La convivencia de la familia sustituta con el menor abrigado viciaría la voluntad de los padres sustitutos para convertirse en padres adoptivos, la naturaleza de la institución de la adopción radica en restituirle en su derecho a quien se le ha violentado el derecho a tener una familia, es decir al niño, niña o adolescente, el menor con la nueva normativa internacional y nacional, pasó a desempeñar el rol protagónico dentro del proceso de



adopción, al niño se le asigna una familia la cual es escogida tomando en cuenta cuestiones psicológicas, afectivas, sociales, económicas, culturales, entre otras, una familia que se acople a su identidad y a sus necesidades.

Con la nueva corriente, ya no se toma la institución de la adopción como un supermercado al que los padres que no pueden tener hijos o que por alguna otra circunstancia se les impide tener naturalmente a un hijo acuden para saciar esa necesidad. La nueva normativa busca eliminar por completo la antigua concepción y pone en primer plano las necesidades del niño, niña o adolescente declarado en estado de adoptabilidad.

Es por ello que a la familia sustituta se le veda la posibilidad de adopción, porque de no ser así, sería contrario al principio del interés superior del niño, y se caería en complacencia en el sentido que los padres que buscan adoptar realmente no tenían ese deseo desde un inicio provocando que sucedan nuevamente ciertas situaciones que dieron paso a las adopciones ilegales, tráfico de niños y un sinnúmero de hechos delictivos.

Es importante reconocer que existen infinidad de situaciones que no siempre podrán ser previstas por el derecho, este es el caso de las familias sustitutas que desean adoptar, pues se establece como regla general el impedimento de poder iniciar un proceso de adopción.

Primero por la naturaleza de la institución y segundo atendiendo a todas aquellas situaciones que ya hemos mencionado previamente, pero es imperativo analizar la

situación en cada caso concreto pues es inevitable que en ciertas ocasiones, situaciones que se encuentran prohibidas por la ley sean las que resulten más beneficiosas para el menor.

Sin duda alguna hay situaciones que no se podrán evitar como la identificación que logre el menor albergado con su familia sustituta durante el tiempo que dure la medida de protección, ¿cómo se puede entonces lograr la protección del menor sin perjudicarlo en su desarrollo y estabilidad emocional?

La respuesta resulta sencilla, es primordial agilizar los procesos en donde se tenga que determinar la situación del menor, en los que puede ser: dictar una medida de protección sobre el menor, resolver la situación del menor o bien decretar un estado de adoptabilidad.

El tiempo que permanezca el niño, niña o adolescente bajo el cuidado de una familia sustituta resulta entonces determinante para evitar o promover ese deseo de la familia sustituta y del menor abrigado de permanecer juntos como familia, el tiempo máximo que debe durar esta medida debe ser de nueve meses, pues nueve meses es el plazo regular en el que tiene lugar un proceso de adopción (simulando el tiempo de un proceso de gestación natural).



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

De acuerdo a la investigación realizada, se manifiesta la necesidad de decretar por parte de los Jueces de la Niñez y la Adolescencia en el auto que declara la medida de protección de ubicar al niño desamparado, amenazado o declarado en estado de adoptabilidad, en una familia sustituta un plazo máximo de nueve meses para la duración de la medida con la finalidad de evitar la convivencia prolongada de la familia sustituta y del niño, niña o adolescente albergado, convivencia que puede crear vínculos socio-afectivos muy fuertes que motiven tanto a la familia como al niño a querer permanecer el uno con el otro y a legalizar la unión con la figura de la adopción.

La necesidad de fijar un plazo máximo responde a que la familia sustituta es una medida de protección temporal y de ninguna manera se podrá contemplar la adopción por parte de la familia sustituta sobre el niño, niña o adolescente que alberga, ya que la nueva normativa tanto nacional como internacional determina que el único ente facultado para la elección y designación de la familia adoptante para el niño declarado en estado de adoptabilidad, es la autoridad central, en el caso concreto de Guatemala, el Consejo Nacional de Adopciones, institución que fue creada a través de la promulgación de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, P., Y PALACIOS, J. **Acogimiento familiar**. España, Madrid. Editorial Alianza. 2004
- CABALLENAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. Argentina; Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1976
- CECODAP. **Los niños y adolescentes privados de su medio familiar y la nueva doctrina para la protección integral**. Venezuela; Caracas. 1999
- CICIG. **Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la ley de adopciones**. Guatemala. Editorial: CICIG. 2010
- D WILDE, Zulema. **La adopción nacional e internacional**. Argentina. Edición Abeledo Perrot. 1996
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de Derecho Civil Español**, volumen I, Parte general, cuarta edición. España; Madrid, Editorial: Selecciones Gráficas. 1975.
- GARCÍA CANTERO, Gustavo. **El nuevo régimen de la adopción**. España; Barcelona. Editorial: Bosch. 1994
- GROSMAN, C. **El interés superior del niño. Los derechos del niño en la familia: Discurso y realidad**. Argentina, Buenos Aires. Editorial Universidad. 1998
- GUZMÁN PECES, Montserrat. **La Adopción Internacional. Guía de Adopciones, Mediadores Juristas**. España; Madrid. Edición: La Ley. 2011
- HERCE, C., ACHÚCARRO, C., GOROSTIAGA, A., TORRES, B., Y BALLUERKA, N. **La integración del menor en la familia de acogida: factores facilitadores. Intervención Psicosocial**. 2003
- ILPEC GUATEMALA. **Adopción y los derechos del niño en Guatemala**. Guatemala. Unicef. 2000
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**. Tercera edición. México, México. Universidad Nacional Autónoma de México, facultad de Derecho.
- LLÁCER MATAACÁS, María Rosa. **La constitución de la adopción**. España; Barcelona. Edición: Dimensión. 2012
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Argentina; Buenos Aires, Editorial Electrónica, 2002.
- PLANIOL, Ripert. **Tratado Elemental de Derecho Civil**. Tomo I, cuarta edición. España; Madrid. Editorial: Pirámide. 1975



PUIG BRUTAU, Juan. **Acogimiento y adopción**. España; Madrid. Editorial: Editorial General del Derecho. 1997

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Segundo tomo. España, Madrid. Editorial: Pirámide. 1959

SANCHO REBULLIDA, Francisco. **El nuevo régimen de la familia**. España; Madrid. Editorial: Civitas, 1988.

Líneas de acción INABIF

www.brandeis.edu/investigate/gender/adoption/guatemala.html (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014)

www.cna.gob.gt/plai/doc/direccion/POA2013.pdf (fecha de consulta: 12 de julio de 2014)

www.pdh-org.gt/plai/doc/direccion/POA2013.pdf (fecha de consulta: 10 de julio de 2014)

www.pgn.gob.gt/procuraduria_de_la_ninez.html (fecha de consulta: 31 de mayo de 2014)

www.sbs.gob.gt/quienessomos.html (fecha de consulta: 01 de julio de 2014)

www.unicef.org/spanish/media/media_41918.html (fecha de consulta: 13 de marzo de 2014)

Legislación

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

Convención sobre los Derechos del Niño, Unicef, 1990. Ratificado por la República de Guatemala. 1990

Convenio de la Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Ratificado por la República de Guatemala mediante Decreto 37-2007, Congreso de la República de Guatemala, 2007.

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

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno Coronel Enrique Peral Azurdia. Guatemala. 1963

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

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77. Congreso de la República de Guatemala. 1977

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



Reglamento de la ley de adopciones, Acuerdo Gubernativo 182-2010, República de Guatemala

Acuerdo Interno CNA-CD-010-2010, Consejo Nacional de Adopciones, 2010