

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

**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO AL NEGAR SU ADOPCIÓN A
LA FAMILIA SUSTITUTA TEMPORAL**

CARLOS ENRIQUE TELLO MONTERROSO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2021

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

**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO AL NEGAR SU ADOPCIÓN A
LA FAMILIA SUSTITUTA TEMPORAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS ENRIQUE TELLO MONTERROSO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2021

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

Decano: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
Vocal I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
Vocal III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
Vocal IV: Br. Denis Ernesto Velásquez Gonzáles
Vocal V: Br. Abidán Carías Palencia
Secretaria: Licda. Evelyn Johanna Chaves Juárez

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Claudia Elizabeth Paniagua
Vocal: Licda. Doris de María Sandoval Acosta
Secretaria: Licda. Azucena Castellanos Ordoñez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Erick Ortiz Gómez
Vocal: Lic. Tony Siboney Polillo Cornejo
Secretaria: Licda. Roxana Elizabeth Alarcón Monzón

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

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
18 de septiembre de 2020.

Atentamente pase al (a) Profesional, LIGNEN UBALDO PENATE RODRIGUEZ
para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CARLOS ENRIQUE TELLO MONTERROSO, con carné 201312779
sobre el tema VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO AL NEGAR SU ADOPCIÓN A LA FAMILIA
SUSTITUTA TEMPORAL.

Hago 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.

LIC. GUSTAVO BONILLA
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 10 / 03 / 21

Asesor(a)
(Firma y Sello)

Lic. Lignen Ubaldo Penate Rodríguez
ABOGADO Y NOTARIO

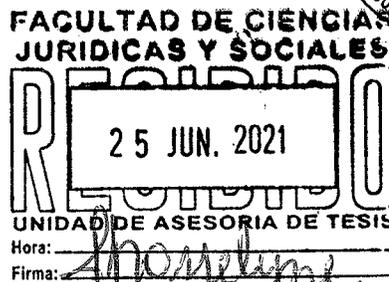
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
GUATEMALA, C. A.



Lic. Lignen Ubaldo Peñate Rodríguez
Abogado y Notario
Defensa Pública Penal
7ª Av. 6-36 Zona 1 Ciudad de Guatemala
Tel: 2506-2000
E-mail: upenate@gmail.com



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable licenciado:

En cumplimiento al nombramiento de fecha dieciocho de setiembre del año dos mil veinte, emitido por la unidad de tesis, como asesor de tesis del bachiller **CARLOS ENRIQUE TELLO MONTERROSO** con carné 201312779 la cual se intitula **"VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO AL NEGAR SU ADOPCIÓN A LA FAMILIA SUSTITUTA TEMPORAL"**, declaró expresamente que no soy pariente del bachiller dentro de los grados de ley, por lo que permito emitir el siguiente dictamen:

1. El contenido científico y técnico de la tesis, al respecto el estudiante analizó y desarrollo jurídicamente los efectos de la violación del interés superior del niño en Guatemala.
2. Los métodos utilizados de la investigación fueron el analítico, sintético, deductivo e inductivo; mediante cuales, se logró la comprobación de la hipótesis, así mismo se analizó desde el punto de vista social las implicaciones que tiene la vulneración del interés superior del niño en la sociedad guatemalteca.
3. La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo el bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector asimismo hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
4. El informe final de tesis es una contribución científica y analítica para la sociedad y para la legislación guatemalteca puesto que es un tema muy importante para la base de la sociedad guatemalteca la cual es la familia.
5. En la conclusión discursiva, se hace un énfasis especial en que la violación del interés superior del niño, el cual está regulado en la legislación guatemalteca, es un derecho humano que tiene que ser protegido y garantizado por el estado sin ninguna distinción, ya que al no ser así se crea conflictos de carácter social y legal no solo a nivel nacional, sino que también a nivel internacional.
6. La bibliografía utilizada es la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como del extranjero, la técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
7. Se le dieron recomendaciones en torno a la redacción, las cuales fueron realizadas por el bachiller para una mejor comprensión del tema, tomando en cuenta todas sus opiniones y los aportes que planteó.

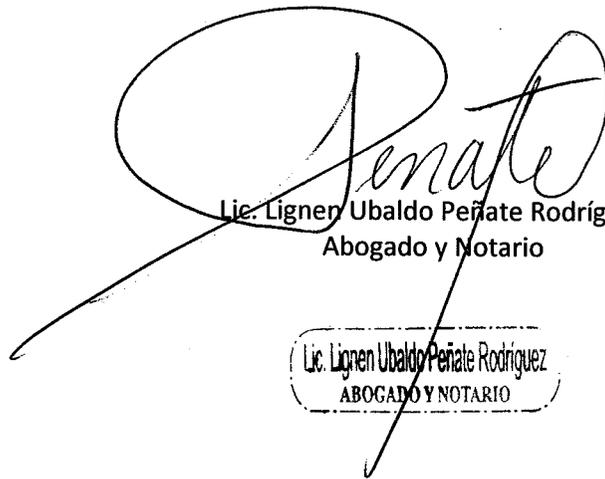
Lic. Lignen Ubaldo Peñate Rodríguez
Abogado y Notario
Defensa Pública Penal
7ª Av. 6-36 Zona 1 Ciudad de Guatemala
Tel: 2506-2000
E-mail: upenate@gmail.com



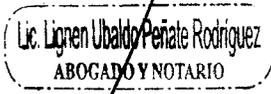
Por las razones mencionadas, considero que el trabajo de tesis que revise del bachiller CARLOS ENRIQUE TELLO MONTERROSO, cumple con todo lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico. Por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo con muestras de consideración y respeto.

Atentamente



Lic. Lignen Ubaldo Peñate Rodríguez
Abogado y Notario



Lic. Lignen Ubaldo Peñate Rodríguez
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

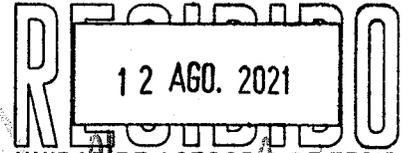


Guatemala jueves, 22 de julio de 2021

DOCTOR CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Hora: _____
 Firma: *[Handwritten Signature]*

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **CARLOS ENRIQUE TELLO MONTERROSO** cuyo título es **VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO AL NEGAR SU ADOPCIÓN A LA FAMILIA SUSTITUTA TEMPORAL**.

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente

Atentamente

IDENTIFICACIÓN Y ENSEÑANZA A TODOS

[Large handwritten signature]

Lic. Marvin Omar Castillo García
 Consejero de Comisión de Estilo.





USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veinte de septiembre de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS ENRIQUE TELLO MONTERROSO, titulado VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO AL NEGAR SU ADOPCIÓN A LA FAMILIA SUSTITUTA TEMPORAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/JPTR.



[Handwritten signatures and scribbles]





DEDICATORIA

A DIOS:

Porque sin él nada de esto sería posible, por estar siempre a mi lado y por permitir que esto sea posible, sin él no soy nada

A MIS PADRES:

Carlos Tello y Sandra Monterroso, por creer siempre en mí, apoyarme y enseñarme a luchar por lo que deseo, sin su apoyo incondicional y cariño esto jamás hubiera sido posible, los amo.

A MI HERMANA:

Por ser mi mejor amiga, mi apoyo emocional cuando más lo he necesitado, te agradezco de corazón porque nunca dejaste de creer en mí.

A MI FAMILIA:

A mis tíos Angélica, Rubén Carolina, Paty, Jorge, primos y demás familia por su apoyo y creer que siempre lo lograría.

A MIS AMIGOS:

Héctor Gabriel, Bryan Torres, Jafet Barrientos, Ludin López y demás compañeros de la universidad por acompañarme en este camino y llegar a la meta.

A MIS ABUELOS:

Enrique Tello y Modesto Monterroso, que sé que siempre estarán con migo.



A MIS ABUELAS:

Olivia Tunchez y Clemencia Núñez, que me dieron su cariño incondicional y esa calidez que solo las abuelas pueden dar.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, a la que prometo honrar toda mi vida profesional y con la que estaré eternamente agradecido.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme permitido formarme en sus aulas y al pueblo de Guatemala por permitirme una educación superior gratuita y de calidad.



PRESENTACIÓN

La investigación se refiere a la violación sistemática que realiza el estado por medio de sus representantes del poder ejecutivo, los cuales en claro no cuidan, ni anteponen el interés superior del niño por un simple criterio institucional.

Por pertenecer al campo de derecho constitucional y de familia, así como demás temas del derecho se determinar la problemática planteada y su comprobación, se tomó como base para el desarrollo de la investigación de tipo cualitativa, los aportes doctrinarios y legales respecto al derecho constitucional y de familia; así mismo la aplicación de la Ley de Adopciones como también la Constitución Política de la República de Guatemala, durante el periodo comprendido del año 2015 al 2020.

El objeto del estudio es vulneración del interés superior de niño y los sujetos de la misma, están constituidos por el concejo nacional de adopciones, secretaria de bienestar social de la presidencia y el organismo judicial.

El aporte académico del estudio, es demostrar la necesidad que existe en Guatemala sobre la erradicación del criterio institucional y que se tenga como fin determinar de forma clara y específica que solucione la violación sistemática que realiza el estado a la niñez guatemalteca.



HIPÓTESIS

Actualmente el Estado de Guatemala como máxima autoridad debe encargarse a través de sus instituciones públicas correspondientes brindar certeza en cuanto a la protección de la niñez y en específico al interés superior de la misma.

Esta problemática cuestionada se soluciona simplemente con un cambio de criterio institucional, el cual se necesita y se obliga a que se haga por parte del organismo ejecutivo y judicial; poniéndose ambos de acuerdo que un criterio no puede superar un ordenamiento jurídico de carácter constitucional e internacional, en materia de protección de derechos humanos.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis establecida en la tesis fue comprobada por medio de distintos métodos y técnicas de investigación.

Por medio del método deductivo se llegó a la existencia de la problemática planteada, partiéndose de los datos generales para llegar a los específicos. A través del método inductivo se demuestra el problema existente por la incertidumbre de la protección del interés superior del niño. A través del método sintético se utilizó el análisis de resultados, así como la elaboración de la conclusión discursiva. A través del método analítico se realizó el estudio de los temas que conforman la investigación, así como los elementos en qué consisten, naturaleza, aspectos generales, específicos, sociales, económicos, instituciones encargadas y normativas jurídicas. Se utilizó el análisis jurídico doctrinario, debido a que las variables de la hipótesis responden al actual contexto en las normativas jurídicas de la República de Guatemala.

La hipótesis es válida debido a que, a través de la regulación de una normativa enfocada en la materia tratada no se encuentra ninguna prohibición para que se puede dar el derecho el cual ha sido violentado por parte del estado.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La adopción.....	1
1.1. Antecedentes históricos.....	1
1.2. Definición.....	5
1.3. Características.....	6
1.4. Efectos de la adopción.....	9
1.4.1. Efectos jurídicos.....	9
1.4.2. Otros efectos.....	10
1.5. Formas de adopción.....	11
1.6. Naturaleza jurídica.....	15
1.6.1. Otras tendencias.....	17
1.7. Incidentes en las personas que determinan la decisión de la adopción.....	19
1.7.1. Social.....	20

CAPÍTULO II

2. Derechos del niño y la familia en Guatemala.....	29
2.1. Derechos del niño.....	29
2.2. Interés superior del niño como parte del proceso de adopción.....	33
2.3. Derechos de la familia.....	39
2.3.1. Familia.....	38
2.4. Realidad nacional de las adopciones en Guatemala.....	46



CAPÍTULO III

Pág.

3. La adopción en la legislación guatemalteca.....	53
3.1. Legislación guatemalteca.....	53
3.2. Criterios.....	56
3.3. La adopción en la Ley de Adopciones en Guatemala.....	56
3.4. Consejo nacional de adopciones.....	57
3.5. Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.....	61
3.5.1. Programa de familia sustituta.....	61
3.5.2. Familia sustituta.....	62
3.5.3. Historia de las familias sustitutas.....	66
3.6. Proceso de adopción en Guatemala.....	72
3.6.1. Análisis del proceso de adopción.....	73

CAPÍTULO IV

4. El interés superior del niño en las adopciones.....	81
4.1. El interés del niño en la ley.....	81
4.1.1. El interés superior del niño en la doctrina.....	88
4.1.2 El interés superior del niño aplicado en la legislación guatemalteca...	88
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111



INTRODUCCIÓN

El tema de vulneración del interés superior del niño al negar su adopción a la familia sustituta temporal, fue escogido por mi persona en virtud de un criterio que maneja tanto el Organismo Judicial, la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia a través del programa de familias sustitutas y el Consejo Nacional de Adopción, en el cual niegan la adopción a las familias sustitutas temporales.

En ninguna parte de la Ley de Adopciones o de tratados internacionales en dicha materia, se encuentra prohibición expresa para que dichas familias puedan adoptar a los niños que estas cobijan por el tiempo en el que la situación legal de estos es resuelta.

Los objetivos generales planteados en el plan de investigación fueron cumplidos, ya que se realizó el estudio necesario, en análisis de la ley en materia, tratados y norma constitucional, determinándose que dicho criterio que maneja el Consejo Nacional de Adopción, el Organismo Judicial y la Secretaria de Bienestar Social violentan el interés superior del niño.

El interés superior del niño es grado de derechos humanos, interés que no puede ser violentado por una norma reglamentaria, ordinaria ni un simple criterio institucional.



El informe final de tesis consta de cuatro capítulos, siendo el primero todo lo relativo a la figura jurídica de la adopción, segundo a los derechos del niño y la familia en Guatemala, tercero a la adopción desde su observación en la legislación guatemalteca y el cuarto y último capítulo tratando el interés superior del niño en las adopciones.

Los métodos utilizados, encontramos en la presente tesis el método analítico, método sintético, método deductivo y método inductivo.

Para captar información en la materia, se utilizaron las técnicas bibliográficas, de campo y documentales.

Como resultado de la presente investigación se considera necesario, incluso hasta obligatorio que las tres instituciones mencionadas anteriormente corrijan el rumbo en el criterio adoptado y creen las normas necesarias para evitar que dicho derecho siga siendo violentado.



CAPÍTULO I

1. La Adopción

Una institución historia que ha repercutido mucho en la historia de la humanidad.

1.1. Antecedentes Históricos

Para entender la figura jurídica de la adopción es necesario comprender lo que es el contexto de la misma, la figura como tal surge desde tiempos como los romanos los cuales crearon las figuras de *adoptio* y el *adrogatio*, en este contexto histórico cabe resaltar una de las figuras históricas más importantes en toda la historia de la adopción, “El código de Hammurabi”.

El Código de Hammurabi es conjunto de leyes más antiguo descubierto por la humanidad, el normativo jurídico como tal, establecido para normar en la población y puesto a conocimiento de la misma para que este rigiera como ley entre el pueblo, es así también el normativo histórico más antiguo y el que norma ya la adopción como una figura jurídica.

Dicho código fue creado en el año 1750 antes de cristo, por el sexto Rey de Babilonia Hammurabi al cual debe su nombre, siendo este una normativa jurídica compleja que carecía de especialidad, ya que en este se encontraban las normas que podríamos decir pertenecen al derecho penal, civil, familia, etc.; en el derecho moderno.



El código de Hammurabi regia al pueblo Babilónico, en este se reconocía lo que es la adopción como tal el cual nos indica en su apartado Ley 185 “Si tomo un niño en adopción, como si fuera su hijo propio, dándole su nombre y lo crio, no podrá ser reclamado por sus parientes”¹

Así mismo como nos regula el derecho de adopción, también nos indica que existe una prohibición, al igual como en el derecho moderno la cual indicaba “Si uno adopto un niño y cuando lo tomo hizo violencia sobre el padre y la madre, el niño volverá a la casa de sus padres”² en su apartado Ley 186.

Avanzando un poco en el tiempo encontramos que los romanos ya regulaban también lo que es la adopción desde un punto de vista más civil, como era de costumbre, cabe resaltar que la cultura romana, siempre tuvo una cultura del derecho desde el punto de vista civilista, hasta se podría decir que fueron los primeros civilistas formales del derecho, en comparación con su contraparte griega la cual si es cierto tuvo una cultura de derecho muy fuerte, pero nada comparado con lo que los romanos alcanzaron, que como norma común como los babilonios los cuales dividieron la figura en dos.

¹ Código de Hammurabi Ley 185



La primera la llamaron "*Adoptio*, era el derecho de un *Alieni Iuris* a adoptar a un niño que se encuentre bajo su patria potestad"³ y la segunda la cual era la siguiente: "*Adrogatio*, era el derecho de un *Sui Iuris*, el propio derecho de un ciudadano romano de adoptar a un niño que no se encontraba bajo su patria potestad"⁴

Los romanos dividieron en dos la figura de la adopción uno para aqueos niños que se encontraban en patria potestad de adultos, tratándose de un vínculo consanguíneo y la nombraron "*Adoptio*", y la segunda siendo esta especial para los niños que carecían de una patria potestad y un vínculo consanguíneo con los adultos que deseaban adoptar llamándola "*Adrogatio*", en esta última el hijo adoptivo pasaba a ser nuevo hijo del *paterfamilis* siendo incluso heredero de este si este carecía de hijo consanguíneo propio, adoptando el nombre de la familia, prestigio y la posición social que el *partefamilis* le otorgaba.

Se ve la evolución de la figura de la adopción del pueblo babilónico que la reconocía como la simple crianza de un hijo que no era de la persona, en su contra parte los romanos la especializaron y la dividieron en dos, dándole especialidad a la figura.

En Guatemala la adopción comienza en el año 1867 con el Código Civil del mismo año regulando la figura de la siguiente manera; La adopción o prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante, cuidarlo y criarlo por el tiempo reglamentado en ley.

³ Orlotan, Cit.. Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano, año 1847, Tomo 1 Esp. Pág. 125

⁴ Orlotan, Cit. Óp. Tomo 1. Pág. 132



El código civil del año 1927 suprime la figura de la adopción por considerarla no necesaria.

Dicha figura es restablecida en la legislación guatemalteca hasta el año 1945 en la que se reconoce que no hay diferencias entre hijos adoptados y biológicos, sin embargo gracias a un convenio suscrito por Guatemala para la protección del niño, se emite una nueva ley siendo esta la Ley de Adopciones que deroga de forma expresa la normativa contenida en el Código Civil y se establece lo que es el Concejo Nacional de Adopciones ente encargado de escoger a las familias y establecer los parámetros para la selección de las mismas para el infante en estado de adopción.

También como el maestro Ochaíta no indica en un breve resumen “La adopción es una institución muy antigua. Existió en la India, donde se establece su origen, existió entre los hebreos, Grecia, Egipto y Roma; las razones fueron de diversa naturaleza: sociales, religiosas, políticas, patrimoniales, de interés filántropo, etc.; más tarde existió entre los germanos donde adquirió carácter de interés bélico, es decir, asegurar que las familias sin hijos biológicos pudieran colaborar al esfuerzo bélico; después paso a Francia, inserta en el Código de Napoleón, que distingue tres clases de adopción: voluntaria, la remuneratorio y la testamentaria”⁵

Cabe resaltar que en el párrafo anterior especialmente enfocándonos en el imperio Romano, uno de los ejemplos más claros de adopción, es el ejemplo de Marco Aurelio,

⁵ Larios Ochaíta Carlos. *Tratado sobre los derechos de la adopción*. Op. Cit. Pág. 155.

el cual adopto al hijo de su hermano, su sobrino como tal y no se veía si se rompías las líneas de sangre sucesorias en el poder del imperio romano.

Porque este se entendía que, a la hora de adoptar a su sobrino, este adoptaba el nombre, así como el estatus social que Marco Aurelio le brindaba junto con todos sus beneficios que se hijo de sangre le ofrecían al mismo.

La adopción en Roma y Grecia era vista como algo normal y no como una cuestión extraordinaria y tampoco se hacía diferencia en las cuestiones socioeconómicas ni de nombre en algunos casos, se llegaba a beneficiar incluso más al hijo adoptado que al hijo de sangre ya sea por su sexo, edad o destreza y superioridad demostrada que en esos tiempos era tomado en cuenta como un factor importante para dejar en el la responsabilidad de la familia y este hijo adoptado volviendo así en el patriarca de la familia de la cual este no tiene ningún vínculo consanguíneo.

1.2. Definición

La adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo o de los adoptantes la situación de padres, confiere a estos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial, un vínculo creado por el propio derecho.⁶

⁶ Edgar Baquerio Rojas. **Derecho de Familia y Sucesiones**. Segunda edición. Pág. 131



La adopción desde dos clases del derecho Justiniano, La *adoptio plena* y la *adoptio minus plena*. La primera refiriéndose al ascendente nuevo con el adoptado y esta produce un vínculo paterno-filial entre adoptante y adoptado, en el cual el adoptado es completamente desvinculado de la relación familiar anterior y vinculado por ley a su nueva familia, perdiendo todos los derechos tanto el adoptado sobre su familia y así mismo la familia consanguínea del adoptado sobre este, y la segunda siendo la adopción con un pariente consanguíneo ascendente en el cual el vínculo consanguíneo ya era existente.⁷

Acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, adoptante y adoptado, de tal forma que establece entre ellas una relación de paternidad y/o maternidad con sus mismos efectos legales o la simple acción de tomar por hijo o hija al que no es naturalmente de uno.⁸

Según la ley de adopciones 77-2007, la adopción es una institución social de protección y de orden público tutelado por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.

1.3. Características

a) La adopción es una institución jurídica de protección: “La función social de la misma viene a cumplir en la actualidad no es otra que la efectiva protección del menor que se

⁷ Juan Iglesias Santos. *Derecho romano*. Decima octava edición Pág. 331

⁸ www.rae.es.com/adopcion Real Academia Española. (Consultado 4 de enero de 2021)

ha visto privado de una vida familiar normal, siendo esta la finalidad primordial de la figura jurídica de la adopción”⁹

b) Es una recreación jurídica de la filiación biológica: “Es un vínculo jurídico creado. Se establece dicho vínculo de “Filiación semejante a la biológica”. Es un proceso mediante el cual el derecho pretende con la adopción instaurar jurídicamente una relación a la que existe entre padres e hijos y para ello fabrica un remedo de lo que sucede biológicamente; es decir la filiación natural.”¹⁰

Con este presupuesto la adopción estaría dirigida a “Recrear la naturaleza” (*adoptio imitatur natura*), estaríamos ante la figura destinada a proveer la sustitución del padre y madre biológicos de un menor que se encuentra privado de ellos.

c) Es una integración del menor a es una familia: “La adopción queda primordial mente configurada como un instrumento de integración familiar, que produce, la total ruptura del vínculo jurídico del adoptado con su familia biológica y crea una nueva relación de filiación”.¹¹

d) Es un acto jurídico: Determinado por la voluntad de los adoptantes.

e) Es irrevocable: La adopción no es de carácter revocable o retirable.

f) Es un acto voluntario: Ya que se encuentra siempre con la elección de los interesados, en ningún momento es un acto o figura impositiva, por el estado, sus instituciones o sus órganos administrativos.

⁹ María Aránzazu Calzadilla Medina. *La adopción: una institución jurídica universal*. Tomo 1. Pág. 27

¹⁰ Rosa Moliner Navarro. *Artículo “Adoption, family and law”*. (Adopción, familia y derecho). Pág. 67

¹¹ Rosa Moliner Op. Cit. Pág. 167

g) Otorga derechos y obligaciones: Es un acto el cual genera todas las obligaciones que implica volverse en padre y madre hacia el niño adoptado, otorgándole a este todos los derechos que un hijo consanguíneo natural pudiere tener.

h) Es un acto tutelado: En Guatemala la adopción queda sujeta a la tutelaridad del estado debido al interés superior del niño y a la protección que por mandato constitucional el estado le debe a esta.

i) Representa el interés superior del niño: Una característica más importante sería el interés superior del niño, realizar todos los actos administrativos por parte del estado a respetar y proteger ese interés, que es de carácter de derechos humanos, protegido por normas reglamentarias, ordinarias, tratados en materia internacionales y norma constitucional.

Observando las características mencionadas anteriormente, cabe resaltar que en un nivel jerárquico la más importante sería la del interés superior del niño, ya que cualquier acto por parte del estado, sus instituciones y diferentes órganos tiene que cumplir con brindar la resolución más favorable al niño en estado de adopción, cumpliéndose así este principio y característica.

Sin embargo es importante mencionar que todas y cada una de las características mencionadas anteriormente, como un todo es lo que le da sentido a la adopción como tal, cada una de las características tiene un porque y un significado no solamente jurídico sino que también sociológico y psicológico al mismo tiempo, por lo cual cada una de las características debe ser observada con detenimiento y estudiada, ya que las mismas integran de manera grupal lo que es la adopción y le dan sentido a la misma

figura que tratamos de describir, para que así podamos entender más fácilmente la figura jurídica de la adopción.

Cada una de estas características no solamente tiene un significado jurídico algunas están detalladas en base a la sociología y psicología social, ya que la adopción no es solamente un acto jurídico.

1.4. Efectos de la adopción

Entre los efectos podemos encontrar que esta surte efectos tanto jurídicos como sociales y socioeconómicos siendo estos lo siguientes:

1.4.1. Efectos Jurídicos

- a) Un vínculo jurídico filial: Es el que se da entre el adoptante y el adoptado ante los ojos de la ley y el estado este quedan ligados con todos los derechos y obligaciones que conlleva una relación de este tipo.
- b) Desvinculación filial: Una completa destrucción del vínculo filial que se da con la familia consanguínea en todos los aspectos, con el niño en estado de adopción.
- c) Otorga derechos y obligaciones: Se otorgan a los niños adoptados los derechos que estos merecen como hijos plenamente reconocidos de los adoptantes y estos quedan sujetos las obligaciones que esta relación corresponde, los hijos del adoptante deben de tener igual jerarquía e importancia con el adoptado.



1.4.2. Otros Efectos

a) **Efectos Sociales:** Le otorga una familia al niño que carece de una y un hijo a los padres adoptivos que carecen de uno por un motivo u otro. Efecto importante ya que la base de la sociedad es la familia según la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual es parte del mismo estado y que este queda obligado a través de la prestación de servicios para satisfacer las necesidades de los mismos como su fin supremo.

b) **Efectos Socioeconómicos:** La adopción significa una disminución en la carga económica en la que el estado recae por su responsabilidad de velar por los niños los cuales entran dentro del ámbito de su protección.

c) **Efectos Personales:** Uno de los más importantes ya que este efecto a nivel personal, dos personas que hace algún tiempo eran completamente dos extraños, pasan a formar un vínculo jurídico legal y familiar en donde las dos partes tiene derechos, así como obligaciones.

d) **Patrimoniales:** La parte adoptada en general adquiere los mismos derechos que sus contrapartes, ya que, al formar el vínculo familiar, el adoptante queda obligado a brindárselos, cumpliendo así con lo expuesto en la ley de adopciones y la Constitución de la República de Guatemala, ya que ambas indican que los niños tendrán los mismos derechos.

e) **Efectos Psicológicos:** La adopción no solo tiene efectos socioeconómicos, patrimoniales, sociales, etc. sino que también tiene efectos psicológicos fuertes, estos recaen no solo en las personas en adopción, sino que también en las personas que van a adoptar en un efectos de dos vías, ya que cada una de estas tiene una necesidad



emocional a nivel psicológico, en una parte el niño por tener el deseo de ser adoptado y crecer en una familia estable sana, por otro lado el del padre o los padres que ya sea cual sea el motivo, estos tiene la necesidad de tener una familia, y su única respuesta a esto es la adopción, no importando cualquiera de los casos, la adopción y el programa de familias sustitutas tiene que ir de la mano, mostrando a estas personas que esta posibilidad es una posibilidad viable, a la cual es estado apoya y no pone trabas burocráticas que puedan entorpecer el proceso o incluso hacer desistir a una persona del mismo.

Estos efectos son importantes tenerlos en consideración ya que, como se repite en este trabajo de investigación, la adopción no es una cuestión plenamente jurídica, en la adopción o en el programa de familias sustitutas, se ven situaciones más profundas que solamente el impacto jurídico que estas puedan tener, ya que implicaría una responsabilidad del estado en un presente, para que el mismo no se vea perjudicado en un futuro, y a su vez no perjudicar a las partes involucradas en el proceso.

1.5. Formas de adopción

Según la legislación guatemalteca vigente que regula lo relativo a las adopciones “Ley de adopciones, decreto 77-2007”

Regula y menciona dos tipos de adopciones siendo estas la adopción internacional y la adopción nacional, refiriéndose a la primera como “Aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado un país de recepción y la segunda



siendo la adopción nacional la cual indica; Aquella en la que adoptante y adoptado son residentes legales habituales en Guatemala”

Sin embargo, es importante mencionar a su vez las adopciones doctrinarias como los son:

a) La adopción plena: Según Caballenas de Torres “Es aquea institución, únicamente para los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de casados. También se permite a los viudos y viudas. Los adoptados podrán ser sólo los menores de catorce años o los mayores de edad que desde antes de la misma convivieran con los adoptantes posteriores. El adoptado llevará en lo sucesivo como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes. Ocupa en la sucesión de los padres adoptivos la misma posesión que los hijos legítimos. En cuanto a los adoptantes, en la sucesión del hijo adoptivo, sus derechos hereditarios son los padres legítimos”.¹²

b) Adopción menos plena o simple: Según Cabanellas de Torres es “Aquea por uno de los cónyuges del hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte. El adoptado sometido a la patria potestad de ambos esposos, puede usar el apellido del adoptante, pero sólo tendrá en la herencia de éste los derechos de los hijos naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo posición equivalente a la del padre natural”.¹³

c) Adopción Nacional: Según la Ley de Adopciones, la adopción nacional es aquella en la que el adoptante y adoptado son residentes legales habituales en Guatemala.

¹² Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 175.

¹³ Guillermo Cabanellas Op. Cit. Pág. 175



Ejemplificando este tipo de adopción es aquella en la que un ambos son guatemaltecos residentes de la República de Guatemala, en la cual ambos son personas nacionales de la Republica, por lo cual de este tipo de adopción adopta su nombre de adopción nacional, haciendo énfasis a la nacionalidad de las personas involucradas en el proceso.

d) Adopción Internacional: Según la ley de adopciones vigente en la República de Guatemala la adopción internacional se da en los casos en que un niño resida de manera legal en Guatemala y este va a ser trasladado a un país extranjero de recepción.

Cabe resaltar que, si bien este tipo de adopción no está derogado como tal, es una norma positiva no vigente debido a los problemas que Guatemala tuvo en los años 80' a 92' con este tipo de adopción, fue en este punto que Guatemala se comprometió ante la Organización de Naciones Unidas a crear una ley, normativo y proceso que protegiera más el derecho de los niños y su bienestar y aunque la adopción internacional fue reconocida, normada y establecida en esta nueva ley, está por su misma naturaleza no se da en estos momentos, así que no es aprobada ni por el Consejo Nacional de Adopciones ni por la Republica de Guatemala.

Para que las formas de adopción anteriormente mencionadas se puedan dar se tiene que entender, cuales son algunos de los términos y partes que se involucran en dicho proceso, por lo cual me parece necesario tomar un tiempo para explicar ciertos términos que podremos encontrar en este trabajo de investigación y en la teoría



referente al derecho de familia y a las adopciones, todos estos términos son utilizados por la Ley de Adopciones vigente en la República de Guatemala.

a) **Adoptabilidad:** Declaración judicial, dictada por un juez de la niñez y adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de este con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño.

b) **Adoptante:** Es la persona que por medio de procedimientos legales adopta una persona hijo de otro, con la finalidad de otórgale todos los derechos y beneficios que nuestra constitución política otorga a los hijos biológicos, y otorgarle un hogar donde estos puedan realizarse de forma humana.

c) **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 que personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a las practicas, usos y costumbres nacionales y comunitarias.

d) **Familia biológica:** Comprende a los padres y hermanos del adoptado.

e) **Hogar temporal:** Comprende a aquellas personas que, no siendo familia biológica o ampliada, reciban a un niño en su hogar de forma temporal, durante el tiempo que dure el proceso de adopción, y le den los elementos necesarios para poder subsistir.



f) Seguimiento de la adopción: Es la evaluación de la adecuada adaptación y desarrollo del niño adoptado, con respecto a la nueva familia y entorno social, se toman varios factores a calificar los cuales deben de cumplir con la expectativa de la persona a cargo de llevar dicho seguimiento, se tiene que tener en cuenta la opinión del niño y la opinión de los padres adoptivos, así como la opinión profesional de la persona que realiza el seguimiento.

1.6. Naturaleza de Jurídica

Antes de definir lo que es la naturaleza jurídica tenemos que entender como primer punto que es la naturaleza jurídica como tal.

Según José, “La naturaleza jurídica es aquel sentir o las características de una rama de la ciencia de derecho que va a determinar a cuál de estas va a pertenecer, según su tema, aproximamiento, proceso y subjetividad.”¹⁴

Continua José, “la naturaleza jurídica para los Juristas Positivos, los cuales la entienden como una esencia o naturaleza que para ellos son sinónimos, por lo cual estos le agregan un sentido jurídico más espiritual agregando el principio de la existencia de una cosa, que no es más que la esencia en sí de la cosa.”¹⁵

Con esta idea del Maestro Jurista José Loiz Estévez podemos concluir que la Naturaleza Jurídica como tal no es más que la esencia o el sentir del tema o en este

¹⁴ José Loiz Estévez. **Sobre el Concepto de Naturaleza Jurídica.** Pág. 159

¹⁵ José Loiz Op. Cit. Pág. 163



caso de la rama del derecho la cual es objeto de estudio y análisis en este trabajo de investigación, por lo cual la podemos resumir estudiando detenidamente el proceso, las partes que se involucran, las entidades públicas que intervienen así como las partes privadas y los mismos representantes del estado, y podemos determinar la naturaleza jurídica del dicha rama del derecho.

Teniendo todo esto en cuenta podemos determinar que naturaleza jurídica propia de la figura de la adopción es perteneciente tanto al derecho de familia el cual es un derivado del derecho público, debido a la protección que el estado debe a las familias, esa titularidad del poder que solo este puede ejercer en defensa de las mismas y en observancia de la protección y la preferencia del interés superior del niño, el cual es el objeto y fin primordial en el tema de las adopciones.

Quedando así que la adopción es el vínculo jurídico el cual une no solo al adoptante y al adoptado, sino que también actúa como tercero garante el Estado, el cual es responsable de garantizar la protección anteriormente mencionada ya que este no solo está presente en el trámite de la adopción si no que le da un seguimiento a las mismas, este siempre enfocándose en lo que es el interés superior del niño.

Así que en su figura de garante el estado tiene una responsabilidad de carácter constitucional y de derecho humanos, y este no puede permitir que un simple criterio constitucional se entrometa en derecho del interés superior del niño.



Tenemos pues ya determinado lo que es la adopción desde el punto de vista jurídico así como la naturaleza jurídica de la misma y desde ese punto, podemos pasar a comprender mejor lo que es la figura misma y empezar a comprender la importancia de la problemática planteada desde un punto de vista jurídico legal apagado al sistema jurídico guatemalteco e internacional, para así tratar de solucionar el mismo.

1.6.1. Otras Tendencias

Existen también tres tendencias muy marcadas dentro de la naturaleza jurídica de la adopción las cuales son las siguientes:

a) Tendencia que considera que la adopción es un contrato.

“Considera que la intervención notaria, forma el carácter de contractual o negocio jurídico familiar que reviste la adopción”¹⁶

La tendencia contractual, se basa en la idea tradicional que refleja la doctrina de diversos países, en algunos de ellos como lo expone el maestro Diego Cánovas este es considerado como un negocio puramente de derecho familiar, haciéndolo así un negocio jurídico familiar.

En Guatemala según los términos, esto deja de ser un negocio familiar como antes se podría haber tenido la concepción, y pasa a ser un asunto puramente judicial ya que

¹⁶ Diego Espín Cánovas. **El negocio**. Pág. 425.



esta figura queda sujeta a una garantía o protección por parte del estado, y solo un juez de niñez y adolescencia es el único facultado para poder otorgarla, todo esto con la jurisdicción que le otorga la Corte Suprema de Justicia en su mandato de hacer cumplir las leyes y este a su vez perteneciente a los tres poderes del estado en los cuales las personas delegan su poder.

b) Tendencia que considera que la adopción es un acto.

Según varios estudiosos del derecho la adopción es un acto jurídico, porque es de una manera una forma de ingresar a la institución de la patria potestad y por considerarlo meramente un acto civil han encontrado que la naturaleza jurídica lo constituye al ser un acto jurídico.

Según la ley de adopciones de Guatemala, se podría considerar que la adopción es un acto jurídico que tiene y surte efectos en el mundo jurídico por lo tanto esta teoría no es muy alejada de lo que es la realidad guatemalteca.

c) Tendencia que considera que la adopción es una institución.

Según “La adopción es una institución por medio 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 o de sangre”



También sugiere “Este negocio jurídico de adopción no es más que uno de los elementos sobre los cuales se asienta el instituto de la adopción” ¹⁷

Esta presunción por parte de Puig Peña es la que más se apega al marco jurídico legal guatemalteco ya que según la ley de adopciones en su artículo 2 literal a) Adopción, indica que la misma es una institución.

Por tanto, partiendo de este desmembrado de tendencias jurídicas podemos concluir, que la que más se acerca a nuestro ordenamiento jurídico y a la propia concepción que los legisladores le dieron a la idea de adopción es el maestro Puig Peña, ya que el contempla a la adopción como la una institución, de igual manera que el espíritu de nuestra concepción de la misma.

1.7 Incidentes en las personas que determinan la decisión de adopción

Varios incidentes tienen repercusión en las adopciones como los son los siguientes.

1.7.1. Social

Según estudios realizados por el Instituto Nacional de Estadística de Guatemala (INE); se estima que en Guatemala tiene una tasa de natalidad anual de más de 300,000, y de estos nuevos nacimientos se tiene un estimado que cerca de 70,000 de ellos fallecen

¹⁷ Puig Peña, Federico, *Ob.Cit.* Pág. 526.



por diferentes causas siendo una de esta la desnutrición la más marcada en este problema.

Esto crea una crisis social ya que no se cuenta con un plan de planificación familiar, ni una educación sexual orientada en la protección que se debería de dar desde el seno de la casa y tampoco se cuenta con la misma orientación brindada por el estado.

Este tipo de guía recae únicamente en pequeñas asociaciones sin fines de lucro, poniendo como ejemplo APROFAM o asociación familia libre de las cuales, de forma independiente, tratan de enseñar lo que es planificación familiar a jóvenes en diferentes departamentos de la república de Guatemala, pero que estas no son capaces de llegar a todos.

Esto crea un problema en la esfera social en las personas las cuales pueden ser madres solteras, así también como parejas las cuales no están listas para formar una familia y la mayoría decide por abandonar a sus hijos y los más afortunados son puestos en adopción de forma directa en el Consejo Nacional de Adopciones (CNA) o en casas hogares para posteriormente estas sean las encargadas de normalizar su situación jurídica.

Es exactamente en el planteamiento anterior de una de los varios motivos para la adopción donde se ve, la necesidad de contar con un programa institucional de familias adoptivas entrelazado con el de familias sustitutas, ya que en este caso los niños a los cuales se les está tratando de resolver la situación legal y los cuales no cuentan con un

recurso familiar idóneo y estos pasan ya sea a cuidado del estado, lo cual no es la mejor opción y también a cuidado de familias sustitutas en lo que su adoptabilidad es declarada por un juez de niñez y adolescencia.

1.7.2. Edad

La edad es otro factor intrínseco del factor inicial como lo es el social, el cual juega un papel muy importante en la decisión de dar en adopción.

Teniendo en consideración que Guatemala ocupa el tercer lugar con la tasa más alta de fecundidad en adolescentes de Centro América, teniendo 114 nacimientos por cada 1000 mujeres con edades que varían desde los 14 a los 15 años de edad por año, sumándole a esto que la mitad de las mujeres jóvenes inicial una unión formal, consensual o en ocasiones incluso hasta forzada por las mismas familias antes de cumplir los 20 años de edad, según el Instituto GUTTMACHER.

Tal como lo demuestra esta grafica publicada por el Observatorio de Salud Reproductiva del Congreso de la República de Guatemala, en coordinación con la Universidad de San Carlos de Guatemala y Universidades Privadas debidamente autorizadas en el año 2019.

Más adelante se muestra información en la cual su investigación se realizó en el año 2019, en el cual se puede observar el alarmante problema social de los embarazos de

menores de edad, el cual tiene una repercusión directa en este trabajo de investigación y el planteamiento de su problema.

El cual influye de forma directamente en el tema de este trabajo de investigación; ya que esto significa más niños abandonados o puestos en adopción los cuales un porcentaje, van a recaer en el programa de familias sustitutas de la secretaria de bienestar social, de estos niños algunos serán considerados para dar en adopción cuando estén asignados al programa de familias sustitutas y serán puestos en adopción.

Es acá donde se ve la necesidad ya que una familia que acogió a un niño, puede si tiene la intención adoptarlo de manera más fácil y esto es un beneficio al mismo niño, familia y el mismo sistema, no representa nada más que un beneficio a las partes involucradas.

Los embarazos por departamentos, según la estadística publicada en la que nos basamos con anterioridad:

Siendo Alta Verapaz el de más alto índice, quedando comprendidos de la siguiente manera:

Edad de 10 años un total de 2 embarazos, edad de 11 años un total de 9 embarazos, edad de 12 años un total de 29 embarazos, edad de 13 años un total de 83 embarazos, edad de 14 años un total de 355 embarazos, edad de 15 años un total de 1089



embarazos, edad de 16 años un total de 2010 embarazos, edad de 17 años un total de 2963 embarazos.

Baja Verapaz en segundo lugar, con las siguientes cantidades:

Edad de 12 años un total de 5 embarazos, edad de 13 años un total de 10 embarazos, edad de 14 años un total de 54 embarazos, edad de 15 años un total de 169 embarazos, edad de 16 años un total de 294 embarazos, edad de 17 años un total de 471 embarazos.

Guatemala Ciudad Capital en tercer lugar, con las siguientes cantidades:

Edad de 12 años un total de 2 embarazos, edad 13 años un total de 13 embarazos, edad de 14 años un total de 39 embarazos, edad de 15 años un total de 92 embarazos, edad de 16 años un total de 263 embarazos, edad de 17 años un total de 815 embarazos.

El departamento con más embarazos, de menores de edad que hay en el país, uno de los factores más influyentes en el tema de esta investigación, nos podemos dar cuenta de que este factor es importantísimo de abordar, para poder observar más ejemplos de esta índole a continuación se presentan más datos relacionados al tema.

Se observa la gran cantidad de embarazos a temprana edad, la cual es un factor fundamental que motiva a las adopciones y a su vez al programa de familias sustitutas, estos datos extraídos de la estadística de embarazos de edades de 10 años hasta los 19 años, como lo mencionábamos con anterioridad, este es uno de los motivos más



grandes por los cuales las mujeres jóvenes o parejas jóvenes se ve en la necesidad de abandonar a sus hijos en centros hogar, hospitales, agencias de bomberos, comisarías de policía nacional civil y en el peor de los casos en las mismas calles.

Teniendo en cuenta estos datos se tiene por confirmado que una de las grandes motivaciones para la adopción es la edad, ya que esta afecta no solo a los futuros padres o madres solteras, ya que en la mayoría de los casos en la mujer la que se hace responsable del niño y es la familia de esta que también tiene que tomar medidas para asegurar el bienestar de madre e hijo.

1.7.3. Economía

Otro de los factores más importantes en los motivos de adopción es la economía ya sea de las madres solteras o de las parejas como tal, teniendo en cuenta que tener a un hijo conlleva una carga económica bastante dura para la mujer soltera o la pareja, la falta de planificación y el nacimiento de un niño no esperado, llevan a los padres a contemplar como única solución la adopción.

Teniendo en cuenta que el salario mínimo en Guatemala es para actividades no agrícolas de Q11.61 un total al mes de Q2825.10; para las actividades agrícolas Q11.27 un total al mes de Q2, 742.37 y para exportadora y de maquila de Q10.61 dando un total al mes de Q2, 581.77.



Tomando estos datos como base y según los datos de la canasta básica alimenticia ampliada publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) en el año 2021, el cual indica que el costo mensual de la Canasta Básica Alimenticia o CBA, tiene un valor de Q2, 984.73 y que el costo de la Canasta Ampliada o CA es de Q6, 891.55.

En los datos anteriores cabe resaltar que la Canasta Básica Alimenticia, es únicamente como su nombre lo indica para alimentos, y la segunda comprendiendo un grupo más amplio de necesidades mensuales como lo es luz, agua, renta, transporte, prendas, etc. Se tiene como punto de referencia que a la hora de tener un hijo en la República de Guatemala el salario a percibir sería de un aproximado de Q7, 500.00 quetzales al mes ya sea por madre soltera o sienta el total en pareja, realidad que en el país es muy difícil de cumplir actualmente.

Como se puede observar en lo expuesto anteriormente la figura jurídica de la adopción, desde los tiempos antiguos hasta el momento presente no ha cambiado mucho; la cual sigue manteniendo la misma esencia desde el momento histórico más antiguo planteado en este trabajo de investigación.

Esa esencia la cual no ha cambiado y se sigue manteniendo, el mismo espíritu como lo han denominado infinidad de autores en el cual una persona toma como hijo, al hijo natural de otra persona.



En el pasar de los años la figura jurídica de la adopción no ha sufrido ningún cambio en la esencia, sin embargo, es importante mencionar que en el presente y en el futuro esta se enfrenta a evolucionar de una manera nunca vista en este tema.

Por lo cual es importante que se preparen para una evolución estructurada y ordenada la cual tendrá que pasar lo quieran o no con los nuevos cambios sociales que se dan en este nuevo siglo y lo que reste por venir.

Lo que sí es necesario proteger y velar que se para que se cumpla y que la adopción no pierda su esencia y que se siga protegiendo y velando por el interés superior de los niños en el presente y en el futuro no importando los cambios que esta figura jurídica sufra bajo los pasos del año.

Por lo cual, en estos cambios, se puede y debería de dar el cambio de criterio que manejan las instituciones el cual fue y será mencionado en este trabajo de investigación.

Paro lo cual es necesario implementar dicho cambio, el del criterio institucional, porque como ya lo vimos el derecho y la figura jurídica de la adopción son cuestiones pertenecientes a la ciencia jurídica, los cuales se encuentran en constante evolución y este tema no debe y no tiene por qué ser la excepción, ya que como lo vemos anteriormente y como lo veremos a continuación, esta es una clara violación al derecho reconocido nacional e internacionalmente, como lo es el interés superior del niño.



Interés el cual el estado es el responsable de proteger y el cual con la investigación realizada se observa que no se cumple de forma completa, por lo cual el estado se ve forzado a evolucionar en este tópico o asumir las consecuencias de su pasividad e ineficiencia.

En resumen, son estos los factores que influyen increíblemente en el tema de las adopciones y el programa de familias sustitutas, son estos los factores determinantes que podemos indicar, que tienen mayor peso en la toma de decisiones, a la hora de pensar en dar en adopción al niño, que también como lo venimos diciendo en este trabajo de investigación, pasaría a estar mejor en un programa de familias sustitutas.

Estos factores determinantes, son necesarios de remarcar en lo relacionado a este trabajo de investigación, ya que no solo se debe de observar este tema desde un punto de vista jurídico, sino también social, ya que como lo sabemos el humano es un ser social por naturaleza, y es pertinente observar los factores sociales ya que estos influyen en la toma de decisiones en lo relativo a que si los padres o las mamás solteras desean dar a su hijo en adopción o si desean ingresarlo a un cuidado de un lugar del estado del estado, pasan a ser institucionalizados y estos pasan a tener la opción de ser enviados, al programa de familias sustitutas.

Una vez enviados estos niños, al programa de familias sustitutas acá es donde se ve la precariedad del mismo, la falta de visión, no solo del programa sino que también de las demás instituciones que se ven involucradas en el programa, ya que ellos no ven a un niño, si no que ven un simple expediente administrativo, y esto no puede ser así ya que



el estado es el encargado de proteger los derechos de estos, no solo los que aparecen en las leyes, sino también aqueos derechos psicológicos que se puede ver afectados por la ineficiencia de las instituciones, por eso se ven en la necesidad de actualizar dicho programa, con las sugerencias dadas en este trabajo de investigación, las cuales también no solo atacarían estas deficiencias sino que también, preverían otras a futuro.

Resolviendo estas situaciones, se podrá proteger los derechos de los niños y las familias, a nivel jurídico, pero también se podrá resguardar su bienestar social, ya que se le estaría resolviendo la falta de una familia al niño y a las familias la falta de un niño, restituyéndole el derecho de familia, a cualquiera de los dos sujetos involucrados en el proceso, dándoles una continuidad y una estabilidad psicológica.

El factor económico no solo recae al momento de la adopción en la persona que considera dar en adopción a su hijo, sino que también el tener a un niño en estado de adopción a cargo del estado, tiene un impacto económico en el mismo, ya que es con fondos públicos que el niño en estado de adopción es criado, teniendo el estado que invertir en que el niño este en instalaciones seguras, así como educación, alojamiento, alimentación y todas las demás necesidades que presente el niño en estado de adopción.

Por esto podríamos decir que el factor económico recae no solamente en la madre o padres, sino que también afecta al estado como tal.



CAPÍTULO II

2. Derechos del niño y la familia en Guatemala.

El conjunto de derechos y del niño y la familia tiene un historial muy abundante en Guatemala sin embargo esto, no se encuentra muy desarrollado en el país en la época actual.

2.1 Derechos del niño.

Guatemala reconoce la Declaración de derechos del niño emitido por la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.), por el medio del cual el estado se compromete a la protección vital del niño ante dicha organización.

Dicha declaración es la predecesora del Convenio de los Derechos del niño la cual fue aprobada el veinte de noviembre del año 1959, siendo Guatemala parte de los estados que aprobaron de manera unánime dicho convenio.

En el año 1989 la asamblea general de las naciones unidas, aprueba la Convención de Derechos del Niño, la cual cuenta con derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos para la aplicación en todas las naciones participantes de dicha organización.

La declaración enumera 10 derechos básicos internacionales que todo estado miembro de la Naciones Unidas debe respetar, siendo estos.

- a) **Derecho de igualdad:** El niño disfrutara de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.
- b) **Derecho a protección especial:** El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que atenderá será el interés superior del niño.
- c) **Derecho a tener un nombre:** El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y una nacionalidad.
- d) **Derecho a un cuidado:** El niño gozara de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho de crecer y desarrollarse en buena salud: con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.
- e) **Derecho a educación y atenciones especiales:** El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento. La educación y el cuidado especial que requiere su caso particular.
- f) **Derecho a comprensión amor por parte de las familias y sociedad:** 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 afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

La sociedad y 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.

g) Derecho a una educación gratuita: El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes u su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principal rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

h) Derecho a atención y ayuda preferentes en caso de peligro: El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.



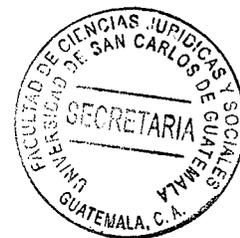
i) **Derecho a ser protegido contra el abandono y el trabajo infantil: El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.**

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que puede perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

j) **Derecho a recibir una educación que fomente la solidaridad, la amistad y la justicia entre todo el mundo: El niño debe ser protegido contra las prácticas que pueden fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.**

A su vez, se observa en estos derechos anteriormente mencionados que uno de los pilares en la creación de este normativo internacional y el cual es sin duda alguna la esencia del mismo, es el interés superior del niño, ya que absolutamente todos los derechos van encaminados a la protección del niño, ya sea en un tema de seguridad, alimentación, psicología, etc.

Por lo cual la esencia del interés superior del niño no debería de quedar a la interpretación ya que cada uno de los derechos no indica claramente a lo que esta se refiere y por lo cual, interpretaciones ambiguas no deberían ser tomadas en cuenta.



2.2. Interés superior del niño como parte del proceso de adopción.

El interés superior del niño, es una figura jurídica completamente intrínseca a lo que es la figura de la adopción, o cualquier otra que involucre derechos de menores de edad, ya que este interés es el que tiene que tener la mayor importancia comparado a otras situaciones o circunstancias que se vean involucradas también en los procesos donde este interés se vea pronunciado.

Pero para entender por completo la figura de interés superior de niño tenemos que poder explicar y analizar el contenido de la misma figura, lo cual haremos a continuación.

El principio del interés superior del niño, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores, así como también la protección jurídica que el estado debe a los menores.

“Se trata de una garantía de que el menor tiene derecho a que, antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que lo conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas: el



autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro.”¹⁸

El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

- a) Se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- b) Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña.
- c) Es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados, la evaluación y la determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales.

El principio de interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que se de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídico revela una característica uniforme la cual es el reconocimiento de los

¹⁸ ACNUR. Tratado Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño. Mayo 2008

derechos de los niños el cual ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres hacia los niños. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. “En Gran Bretaña esta evolución se refleja en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que solo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus pares.”¹⁹

Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como la Procuraduría General de la Nación, la cual en algunos procedimientos jurídicos representan al niño sin protección alguna; asemejándose a “La Cancillería que actuaba en nombre de la Corona Británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el tribunal pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio, siempre y exclusivamente para un mayor bienestar de los niños.”²⁰

El principio del interés superior de niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser

¹⁹ Gooneseker Samuel. *The Best Interest of the child (El mejor interés del niño)*. Tomo 1. Pág. 47.

²⁰ Rubellin Devich Fransuar. *El mejor interés, principio en la ley francesa y su práctica*. Pág. 69.



públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Se consideraba que la familia y sus conflictos han sido tomadas únicamente desde el punto de vista de los padres.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación.

Este interés superior del niño es un principio garantista la cual la convención contienen principios estructurales, como lo menciona el estudioso de la sociología “Este principio es una colección de varios derechos como es la autonomía y participación, protección, igualdad, autonomía, libertad de expresión”²¹

Entendiendo esta modalidad de la idea de principios, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia o contra ellos.

En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que se llama principio del interés superior del niño; creer que el interés superior del niño debe meramente inspirar las

²¹ Richard Dworkin. *Los derechos en Serio*. Barcelona segunda edición. Pág. 134.



decisiones de las autoridades; no el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación y una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

El interés superior del niño no es más que la satisfacción de sus derechos del mismo, tal como se planteaba anteriormente en este trabajo de investigación, el interés superior del niño no es más que la satisfacción del derecho que este goza de forma inherente a él solo por el simple hecho de existir, así como el derecho que goza el infante a la protección que el estado le debe sea este responsable directo del mismo o responsable indirecto.

Otra definición, es que "También es conocido como el interés superior del menor, como un conjunto de acciones y procesos enfocados en garantizar un desarrollo integral y una vida digna."²²

Se trata de una garantía que gozan los niños, los cuales tiene derecho a que antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten, promuevan y protejan sus derechos y

²² http://www.wikipedia.org/wiki/interés_superior_del_niño. (Consultado el 14 de febrero de 2021)



no las que concluyen. Así que se trata de superar dos posiciones extremas: autoritarismo y el paternalismo.

El sistema de información sobre primera infancia en América Latina nos indica “El interés superior del niño constituye la esencia de la convención sobre derechos del niño, ya que se establece en la misma la consideración primordial de los estados en todas las medidas concernientes a los niños será su interés superior. La convención y sus protocolos facultativos proporcionan el marco para evaluar y determinar el interés superior del niño; la obligación de que el interés superior del niño sea considerado primordial es especialmente importante cuando los Estados sopesan prioridades que se contraponen, como las consideraciones económicas a corto plazo y las decisiones y las decisiones de desarrollo a largo plazo. Por lo tanto, los estados deben estar en condiciones de demostrar cómo se ha respetado el principio del interés superior del niño en la adopción de decisiones y como se han valorado sus intereses frente a otra”.²³

Siguiendo esta corriente el criterio que maneja el Sistema de Información sobre Primera Infancia en América Latina (SIPI), la adopción de CIDN como marco regulador de la relación entre el estado y la infancia se tradujo por una progresiva incorporación al ordenamiento jurídico de cada país con sus principios propios. La ley de protección integral o códigos de la infancia regulan en cada país al conjunto de normativas que afectan a los titulares de derechos de este tema en particular. En este contexto, la gran mayoría de estas normas jurídicas adoptaron el principio de interés superior del niño.

²³ Cuarto informe. Cit. *El Interés superior del niño, Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. (Consultado Marzo 2016.)

El mismo principio también debe ser observado por cualquier autoridad involucrada, esto es un llamado al Organismo Judicial, lo cuales son los mayormente responsables para que este principio sea aceptado, cumplido y protegido, el juez de niñez actúa como garante del mismo, por lo cual me parece ilógico que teniendo en cuenta y sabiendo y teniendo conocimiento de este principio, y recordando el aforismo proveniente del latín el cual es *lura Novit Curia*, el cual literal mente significa: el juez conoce el derecho; este mismo no aplique ya sea por ignorancia o por una mala interpretación el mismo.

Este problema es base para entender el planteamiento y comprobación de este tema de investigación, ya que es de los principales factores por el cual la idea central propuesta en el trabajo no se puede implementar, es la parte donde se comete la violación del mismo y la cual a si vez tiene que solventar el estado, para poder proteger y velar por el interés superior del niño, en todo momento y en todo lugar y en cualquier situación que este se encuentre la prioridad número uno es el interés superior del niño y el estado es el ente encargado por mandato legal de velar y proteger que este interés sea cumplido al pie de la letra y tutelado por el mismo, el cual también debe ser el encargado de realizar las sanciones correspondientes.

2.3. Derechos de las familias.

El derecho de familia, como lo veremos a continuación es un conjunto de no solo de derecho y obligaciones de los cuales todos en el núcleo familiar son responsables.

2.3.1. Familia.

Para analizar los derechos que protegen a las familias, primero tenemos que analizar a profundidad que es una familia, desde su concepción histórica, así como el impacto social que la misma ha tenido en la ciencia del derecho como tal, por lo cual procederemos a realizar la síntesis de lo que es una familia en diferentes contextos tanto históricos como sociales.

La familia como la figura la cual comprendemos actualmente no es un concepto nuevo, esta viene de siglos atrás, y esta se podría rastrear hasta nuestros antepasados más lejanos, ya que la familia fue la base por la cual nuestra especie sobrevivió tanto tiempo en un mundo hostil fue esa necesidad de contar con un lazo fuerte, esa necesidad de pasar y saber que se dejaba una huella para que la especie continuara.

Según la Real Academia Española, familia es un “Grupo de personas emparentadas que viven entre sí, los cuales comparten una condición.”²⁴

Familia desde el punto de vista jurídico legal es aquella que está conformada por todos los individuos por un vínculo jurídico familiares que hayan dado origen en el matrimonio o fuera de él.

²⁴ <http://www.dle.rae.se/familia.com> (Consultado el 3 de marzo de 2021)



La familia en la historia tiene un rol muy importantísimo, cabe recalcar que la misma ha sido básicamente la responsable por el cual la raza humana sigue existiendo en el momento, ya que tal como la Constitución de la República de Guatemala elocuentemente la considera la base de la sociedad como tal, definición la cual es muy atinada no solo a la sociedad guatemalteca, sino que también a la base de la sociedad en el mundo.

En Guatemala no encontramos como tal una definición que se encuentre en alguna norma jurídica de lo que es una familia, sin embargo, podemos sacar nuestras propias conclusiones de lo que una familia es con los artículos de las diferentes normas jurídicas que tocan el tema, también con los tratados a nivel internacional que el país a ratificado y los cuales se encuentran vigentes.

“Existen dos tipos de familia, entre los que cabe citar los siguientes, familia patriarcal, extensa, casi gentilicia, en coacciones y plurinuclear en otras; familias nucleares ampliadas; familias nucleares estrictas; familias monoparentales, en fin y cual sucede en el caso de mujer soltera con hijos suyos...”²⁵

La pluralidad de derechos que acuerpan a las familias se encuentra los derechos civiles y no civiles, en ciertos territorios del mundo y en las edades antiguas, existían peculiaridades jurídicas propias de familia, las cuales con el pasar del tiempo, pasaron a integrar definiciones de lo que una familia es a nivel sociológico y jurídico.

²⁵ Carlos Rogel Vide. *Derecho de Familia*. Tomo 1. Pág. 8.

Iniciar con una historia de lo que es la familia tendríamos que remontarnos hasta el origen de la humanidad como tal, ya que en las tribus en los orígenes de la especie humana como tal, no se tenía un concepto de familia como el cual se tiene al momento, sino más bien una especie de grupo que estaba ligado a una sola meta comunal, la cual era la supervivencia y la reproducción.

En estos tiempos tanto hombres como mujeres se reproducían con varias personas y todos eran responsables de la descendencia de la tribu, y no es hasta que las tribus crecen en números y estas empiezan a independizarse que se puede dar un tipo de familia originaria.

“La familia tiene su origen en el establecimiento de una alianza entre dos o más grupos de descendencia a través del enlace matrimonial entre dos de sus miembros. La familia está constituida por los parientes, es decir, aquellas personas que por cuestiones de consanguinidad, afinidad, adopción y otras razones, diversas hayan sido acogidas como sus miembros de colectividad.”²⁶

A lo largo de la civilización la familia se fue institucionalizando y tuvo un arraigo más profundo a lo largo de diferentes etapas, la familia tuvo una existencia separada del origen jurídico como lo vimos en el párrafo anterior, su existencia también fue algo natural.

²⁶ Claude Levi Strauss. *La familia, propiedad privada y el estado*. Pág. 19.



El clan o tribu como se mencionó anteriormente fue el primer antecedente de los que es la familia, con el objeto de supervivencia y defensa del mismo, pero a medida que los sentimientos de los individuos se afinaban, el vínculo común y general fue remplazado, paulatinamente, por la solidaridad familiar que aunó a grupo más pequeños.

La evolución histórica de la familia se da de forma prehistórica tal como lo hemos venido observando en los párrafos anteriores, en la época antigua como lo veremos a continuación:

a) Egipto: La familia real practicaba la poligamia y el pueblo se contentaba con una sola esposa. Los nobles y príncipes se casaban la forma incestuosa, y colocaban en su lugar de primera esposa a la hermana elegida. Su objetivo era mantener la pureza de la sangre y lograr la indivisibilidad de los bienes familiares, con propósitos que no interesaban al pueblo.

b) Babilonia: Los matrimonios se convenían entre los padres, e iban acompañados de intercambios de regalos, que, en algunos casos, llegaban a convertirse en una compra lisa y llana. La patria potestad confería no solo poderes absolutos, sino también derechos. Básicamente las familias eran unidas por los patriarcas de las casas.

b) Asiria: La familia se organizaba bajo un régimen patriarcal y uno de sus objetos más importantes, dada su actividad como país eminentemente guerrero, era la perpetuación y aumento de la especie guerrera. Las leyes y la moral influían para aumentar el número de nacimientos. Los matrimonios se celebraban por contratos y algunas veces se limitaban a una compra pura y simple.

c) Israel: La estructura de la familia presentaba elementos comunes a otros pueblos orientales de esa época, el matrimonio según las menciones bíblicas más remotas



llegaba a convertirse en una unión casi perfecta, se concertaba muchas veces, en principio como una unión de clanes.

Además de celebrar una unión, el matrimonio en Israel era considerado un acto de fe ante Dios, el cual bendecía el mismo y era base de la sociedad al igual que la cualquiera otra cultura, sin embargo, acá era no solo la base de la sociedad si no también la base de la religión.

d) Persia: Considerado un país militar, prevalecía la necesidad de aumentar continuamente la población y protegía en consecuencia a todas las situaciones que tendieran a lograrlo. Juzgaban a la familia como las más santas de las instituciones. El celibato fue considerado desfavorable mientras que la poligamia y el concubinato eran aprobados y eran consideradas como familias consanguíneas con todos los derechos de la familia principal.

e) China: se caracterizaba porque en ella se integraban de esposa, hijos y por la convivencia de los padres, abuelos y tíos. Es decir, china ve a la familia ampliada como la base de su sociedad.

f) Grecia: Como en otros pueblos guerreros, el aumento de su población era primordial junto con la formación de la familia, el estado determinaba que los varones debían contraer matrimonio a los 30 y las mujeres a los 20, y que los contrayentes tenían que considerar la salud y el carácter de su futuro.

g) Mayas: Las personas se unían por una unión libre, no se imponían uniones en el pueblo, lo hijos eran educados por la familia, hasta que se podían desempeñar en la agricultura, ya que los mayas no eran un pueblo guerrero, estos no impulsaban tanto la natalidad como otras cultural, eran bastantes liberales en la familia respetando el diseño tradicional de la tribu.

Las diferentes definiciones de los diferentes pueblos que mencionamos se basan siempre en la estructura de que la familia es la base de la sociedad.

Teniendo en cuenta todo lo anterior es bueno tener una definición sociológica de lo que es la familia, la sociología concibe a la familia como una estructura social, todos los niveles de organización y funcionamiento de la vida familiar son de interés para el sociólogo; la familia en su relación con la nación, religión comunidad, etc. La familia no es una agrupación inmutable, sino como un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras durante distintas épocas y lugares.

“Por lo que el concepto de familia se refiere a la forma que sus miembros se organizan para sobrevivir, de ahí que su definición resulte cambiante en el tiempo y en el espacio, pues desde esta perspectiva la familia no es una agrupación inmutable sino un conjunto de individuos que pueden o no estar unidos por razón sanguíneos, los cuales se han organizado de diferentes maneras durante distintas épocas y lugares por intereses de sobrevivencia y convivencia social, los cuales se protegen unos a otros y conviven de manera la cual pueden desarrollar sus habilidades sociales, para que los miembros de la familia original se pueden independizar y así estos formar nuevos núcleos familiares asegurando el futuro de su sangre y antepasados.”²⁷

Es bueno resaltar a la familia desde un punto sociológico, ya que de este modo no se le pierde el tacto humano que esta merece, ya que no solo nos basamos en la explicación

²⁷ Edgar y Buenrostro Báez. *Derecho de familia*. México, Pág. 5 y 6.

o hechos jurídicos, sino que también entendemos el impacto social que esta tiene en el mundo y en el país.

La familia también podría ser descrita como, la base de la sociedad, o aquel núcleo que le da al estado su sentido de existencia, y el cual debe proteger a la misma, ya que si no se pondría en riesgo la misma existencial del estado.

Por lo cual el mismo debe crear las normas que actualmente tenemos y darle los derechos y la protección en materia legal, para que las mismas puedan realizar su función principal, la cual es seguir aportando miembros útiles al estado y a la sociedad para que este pueda prosperar.

2.4. Realidad nacional de las adopciones en Guatemala.

La adopción en Guatemala, tal como se relató en párrafos anteriores al presente ha tenido una historia bastante antigua y complicada, podría llamársele asta turbulenta en cierto periodo de tiene en el país comprendiendo estos los años 70', 80'y 90'; por lo cual tratar de resumir o siquiera explicar la realidad nacional de la misma es algo complicado.

Para analizar la realidad nacional se debe de explicar por punto según el criterio del autor de este trabajo de investigación siendo estos:

a) Criterio en el tiempo: Se separan en dos épocas siendo la primera todo el tema de adopciones antes del año 2007 y siendo la segunda época a enfatizar del año 2007 de



la aprobación de la Ley de Adopciones en adelante. Siendo la primera época tal vez la más turbulenta de la historia de la adopción de su principio a fin.

Como bien lo hemos analizado anteriormente esta época fue marcada por una facilidad sustancial en los procesos de adopción, la cual se prestó a la corrupción por parte de instituciones estatales, así como de abogados y notarios que se dedicaban a la práctica privada.

Si bien es cierto estos errores fueron cometidos por el estado, instituciones pertenecientes a él y personas inescrupulosas, este antecedente no tiene por qué condenar de manera sistemática a los niños que se encuentran en estado de adopción.

b) Criterio social: En Guatemala es notable la falta de planificación familiar, la falta de educación sexual y la falta de interés en una paternidad responsable.

En este problema social el cual afronta Guatemala, no se tiene un interés serio por parte del estado en guiar a las personas a una paternidad responsable y así mismo a una educación sexual responsable, no se ha tenido ni una sola iniciativa de ley clara y concisa en la cual pueda asegurarse una educación sexual de calidad a las personas pertenecientes a la población.

Por lo cual la solución planteada en este trabajo de investigación y basándonos en un criterio erróneo implementado por instituciones del estado y específicamente un artículo y dos de sus incisos los cuales no se adaptan a la realidad nacional plenamente vigente.



Como lo hemos observado en estos derechos que acuerpan a la familia y a los niños Guatemala claramente, se encuentra violentando el derecho a una familia, tanto para las familias como para los niños que se encuentran en adopción.

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual Guatemala es parte, declaración la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en Paris, Francia, que recoge 30 artículos de derechos humanos básicos, cabe resaltar que dicha declaración no alcanzo el nivel de tratado internacional en materia de derechos humanos, pero tres décadas después se logró el consenso por el cual se convierte en tratado internacional y por ende en parte obligatoria en su cumplimiento, por los estados firmantes, de los cuales Guatemala es uno.

Dicha declaración en su Artículo 16 el cual cuenta de tres numerales, siendo los siguientes:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.



Como podemos analizar en los artículos anteriormente expuestos, todos **tiene** relevancia en el tema y la protección de la misma, pero para efectos de este trabajo de investigación nos centramos en el numeral tercero, del Artículo número 16 de la declaración de los derechos humanos, de las naciones unidas.

En dicho artículo la declaración como bien los mencionamos anteriormente, se convierte en un tratado internacional, con obligatoriedad de cumplimiento, nos indica que la familia es un elemento fundamental de la sociedad y **la cual tiene el derecho a la protección de la sociedad y del estado.**

Dicha protección como ya sabemos no es solo una protección física, si no que involucra una protección de seguridad física, psicológica, económica, social, etc. Entonces nos encontramos en la encrucijada que el estado no está acatando las ordenes nacionales y ni siquiera internacionales, la ordenanza es clara y sencilla proteger a la familia si o si, se podría entender que el problema planteado, no entra bajo esa garantía, pero como ya lo vimos anteriormente ¿Cuál es el espíritu de una familia?.

Además de la protección al niño, al principio de interés superior, el estado tiene la obligación de brindarle al niño una familia, ¿Qué es mejor? Tener al niño institucionalizado o tener una familia antes que el niño este en el mundo o en su caso cuando este ya este, brindarle y asignarle una temporal, que en un futuro se convertirá en familia permanente.



A esta incógnita, considero por mi parte que la respuesta es clara y sencilla y de carácter positivo, pero es acá cuando un derecho y una obligación primordial por parte del estado se convierte en una pesadilla institucional, en donde los criterios institucionales abundan e ingenuidad, ineptitud burocrática hace galas de su ineficiencia en solucionar el problema principal.

Como lo venimos repitiendo en este trabajo de investigación, el derecho no es palabra muerta, el derecho es una ciencia y como tal la ciencia no se estanca esta evoluciona, modifica, muta, etc. La cual busca solucionar los problemas presentes, en base con soluciones factibles presentes, y no soluciones anticuadas a problemas modernos.

A su vez la declaración de los derechos humanos, en su artículo 30 estipula lo siguiente: Artículo 30. Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al estado, a un grupo de personas, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración.

Guatemala hace exactamente lo contrario a orden expresa del Artículo anterior, al suprimir un derecho por el simple hecho de un criterio institucional y también por no tener un procedimiento acorde al cual se recomienda en este trabajo de investigación.

A su vez para robustecer más la obligatoriedad que el estado debe a la familia tenemos el artículo noveno de la declaración de derechos humanos, de la organización de los estados americanos, el cual dice los siguiente en dos de sus enunciados:



a) La familia es la unidad básica natural de las sociedades y debe ser respetada y protegida por el Estado. En consecuencia, el estado reconocerá y respetará las distintas formas indígenas de familia, matrimonio, nombre familiar y de filiación.

b) Para la calificación de los mejores intereses del niño en materias relacionadas con la adopción de los niños miembros de los pueblos indígenas, y en materias de ruptura de vínculo y otras circunstancias similares, los tribunales y otras instituciones pertinentes consideraran los puntos de vista de los pueblos, incluyendo las posiciones individuales, de la familia y de la comunidad.

Como lo observamos nuevamente otro tratado en materia de derecho humanos, al cual Guatemala está suscrito y el cual ratifico, nuevamente hace caso omiso a la recomendación del mismo.

Guatemala tiene un camino bastante lejano por delante el cual falta mucho en recorrer, sabemos que, si bien no se cumple con la protección a la familia y el interés superior del niño, en algún momento tendrán que actualizar esos criterios y crear los procedimientos adecuados por los cuales, se podrán dar las adopciones desde el vientre y será el mismo consejo nacional de adopciones que tendría que iniciar con el mismo, tenemos en cuenta y sabemos que los cambios sugeridos podrían contradecir lo que actualmente se ve como aceptable, pero como ya lo hemos mencionado varias veces en este trabajo de investigación, el derecho respecto a este tema en Guatemala, tarde o temprano tendrá que evolucionar.



Cambiar el criterio, crear un procedimiento más integral, fusionar la posibilidad para que familias sustitutas adopten desde el vientre y así proteger a un nonato, deberían de ser las preocupaciones número uno para el estado es este tema, solo con la voluntad política necesaria estos cambios podrán llegar tarde o temprano.

El país tendrá un gran reto y serán las nuevas generaciones que entiendan la problemática planteada y las mismas las que crearán un nuevo criterio y un procedimiento inclusivo en la problemática planteada.

Lo cual mejorara la calidad de vida de los menores y así podrán pasar a integrar una familia funcional y podrán ser personas que gocen de una calidad de vida y personas de provecho para el país, reduciendo el impacto psicológico, social y económico que se da en el niño en adopción.

La realidad nacional de la adopción, en Guatemala es bastante lamentable ya que no solo por el pasado de las mismas, es que el proceso de adopción se burocratizo a nivel que tres instituciones distintas son las que intervienen en el proceso, para hacerlo más seguro, sin embargo cuando se planteó el nuevo modelo de adopciones que es el actual, no se creó una sinergia institucional, y que cada institución actúa de manera independiente y no coordina con las demás, esto termina siendo en perjuicio de las familias que desean adoptar y afecta de peor gravedad a los niños en estado de adopción.



CAPÍTULO III

3. La adopción en la legislación guatemalteca y sus criterios.

Guatemala y la adopción tienen una historia que data desde hace tiempo a tras, sin embargo no encontramos muchos antecedentes que profundicen esta figura.

3.1. Legislación Guatemalteca

En este apartado, estaremos observando las diferentes normas jurídicas y tratados nacionales como internacionales los cuales tengan dentro de su competencia la materia de adopciones o aqueos que nos ayuden a comprender más sobre cómo se maneja la adopción en Guatemala.

Iniciaremos en un orden en materia siempre basándonos en el ordenamiento normativo traído a luz por Hans Kelsen, la cual presenta una teoría jerárquica de las normas jurídicas las cuales él ordena de la siguiente forma:

a) Normas de Carácter Constitucional: siendo estas las normas de grado jerárquico superior a las demás.

Todas aqueas las cuales sean inferiores a las normas de grado constitucional.

Siendo estas todas aqueas normas que formen un reglamento ya sea público o privado.



Normas de carácter constitucional

Estas normas comprenden como primera la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 54 encontramos la figura de la adopción, la cual la describe como:

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.

Como lo podemos ver la norma de carácter constitucional, reconoce y protege lo que es la institución de la adopción, normando incluso que en ciertos casos esta es de interés nacional y a su vez entrando la misma en su ámbito de protección y garantía constitucional.

Comprende también en esta sección de normas de carácter constitucional, según el criterio de algunos estudiosos del derecho los cuales, nivelan los tratados internacionales en materia de derechos humanos, al mismo nivel que las normas constitucionales, las cuales cabe resaltar que estas no están comprendidas dentro de lo que es la misma pirámide de Hans Kelsen.

Con ese punto definido podremos nombrar lo que es la Convención Sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por Guatemala, ante la Organización de Naciones Unidas.



La convención de derechos del niño, explica y ordena a los estados firmantes que el interés superior del mismo, tendrá mayor importancia a cualquier otra cosa en la que se ven envuelta el estado, instituciones privadas y otras partes que participen en el mismo.

Normas de carácter ordinario.

Según Kelsen estas normas comprenden todas aqueas que emanan de un poder no constitucional, que sería el poder de creación de leyes, pero en el ámbito constitucional y esto mismo hace la diferencia entre estas dos normas, estas se ubican debajo de las normas de carácter constitucional, siendo emitidas por el congreso de la república de Guatemala, presidente en consejo de ministros, entre otros.

Dentro de este rango tenemos en la República de Guatemala lo que es la Ley de Adopciones, Decreto 77 – 2007, que es la norma dominante en la materia, solamente debajo de la constitución y los tratados internacionales.

Normas de carácter reglamentario.

Son aqueas creadas por una autoridad institucional o de iniciativa privada, las cuales van a servir para reglamentar las funciones, limitaciones, características y todas aqueas necesidades que la institución tenga como tal y que su autoridad considere necesarias.



3.2. Criterios

En Las leyes guatemaltecas se maneja el criterio, que la adopción es una institución social protegida por el Estado, tal como lo establece el Artículo 2 en su literal a); del Decreto 77 -2007.

3.3. La adopción en la Ley de Adopciones de Guatemala

La Ley de adopciones en Guatemala, actualmente vigente es el Decreto 77-2007 el cual fue creado y aprobado por el Congreso de la República de Guatemala, el cual tuvo como motivo cumplir con el convenio de la Haya de 1993, el cual trata sobre la protección del niño y la colaboración de los estados a un nivel internacional, dicho Decreto cobra vigencia el 31 de diciembre del año 2007.

Dicho decreto viene a modificar por completo la figura de la adopción en Guatemala ya que este da una relevancia más importante a lo que es el Gobierno de la República de Guatemala e injerencia más amplia en el proceso de adopciones, también modifica por completo el proceso de adopción nacional, crea nuevas autoridades e instituciones nunca antes vistas en la Republica.

También trata lo que son las adopciones a nivel internacional, las cuales anteriormente a las vigencias de dicho decreto, se tramitaban con un Notario debidamente autorizado y colegiado, siempre con una autorización judicial, pero sin tanta intervención por parte de los organismos del estado a como el Decreto 77-2007 les da poder en la actualidad.



Uno de los fines de este decretó es regular la adopción como un interés e institución social y nacional y modificar el procedimiento como lo observamos en el párrafo anterior, para darle más injerencia y peso a las instituciones del estado.

Es importantísimo mencionar que uno de los sentires supremos de este decreto es anteponer ante cualquier cosa el interés superior del niño, es el espíritu de la misma y con el cual esta Ley de Adopciones fue concebida.

3.4. Consejo nacional de adopciones

Una de las instituciones nuevas las cuales fue creada por la Ley de Adopciones, es el Consejo Nacional de Adopciones, el cual su visión es “Ser una institución fortalecida en su estructura orgánica, caracterizada por una gestión más eficiente, oportuna, y desconcentrada, preservando la transparencia y el compromiso en los procesos de restitución de los derechos de la niñez y adolescencia a vivir en un ambiente familiar permanente, procurando la disminución de la institucionalización y garantizando la atención integral a la niñez institucionalizada.”²⁸

En su misión central como tal encontramos la propia definición que nos brindan la cual es “Somos la Autoridad Central en materia de adopciones en la República de Guatemala, responsable de reestablecer los derechos de la niñez y adolescencia a desarrollarse integralmente en un ambiente permanente a través de la preservación en

²⁸ www.cna.gob.gt/somos (Consultado 29 de febrero de 2020)

su familia biológica o la integración en una familia adoptiva, así como de garantizar su abrigo y protección mientras se restituyen sus derechos.”²⁹

Sus principios:

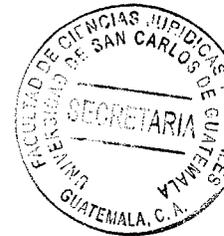
a) Interés superior del niño o adolescente: Asegurar la protección del derecho de permanecer y convivir en el seno de su familia biológica o, en el caso de no ser posible, en otro medio familiar permanente.

b) No discriminación: Tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido, contra todo trato desigual o castigo por causa de su condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, sus tutores o de sus familiares.

c) Primacía de la adopción nacional sobre la internacional: Esta solo procederá cuando no sea posible la nacional. La adopción nacional tendrá siempre la preferencia, la adopción internacional procederá subsidiariamente, solo después de haberse contestado y examinado adecuadamente las posibilidades de una adopción nacional.

En los propios principios que maneja el consejo nacional de adopciones es importante recalcar nuevamente, el principio del interés superior de niño o adolescente, ya que este principio es base para toda la investigación realizada en esta tesis. El consejo nacional de adopciones, es integrado por un consejo directivo el cual se deriva de la siguiente manera:

²⁹ www.cna.gob.gt/somos (Consultado 29 de febrero de 2020)



a) Un Consejo Directivo.

Siendo el Consejo Directivo integrado por:

- 1. Un miembro titular designado por la Corte Suprema de Justicia.**
- 2. Un miembro titular designado por la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.**
- 3. Un miembro titular designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.**
- 4. Un miembro suplente designado por la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.**
- 5. Un miembro suplente designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.**

b) Una Dirección general siendo esta dependiente del Consejo Directivo.

c) Una subdirección general, la cual se subdivide en Unidad de Administración Financiera, Unidad de Planificación y Unidad de Recursos Humanos.

d) Unidad de asesoría jurídica, unidad de auditoria interna las cuales se encuentran al mismo nivel que las anteriores.

e) Unidad de registro la cual se subdivide en la unidad de información al público.

f) Una coordinación de equipo multidisciplinario, la cual cuenta con subordinación de atención al niño, subordinación de unidad de atención y apoyo a la familia biológica, subordinación de unidad de atención y apoyo a la familia adoptiva y el niño, subordinación de control de hogares de protección y organismos internacionales.



Tal como se puede notar en la integración del consejo nacional de adopciones, se nota la ausencia de una coordinación que trabaje de forma directa con el programa de familias sustitutas del organismo ejecutivo, esta abstención denota una falta de coordinación entre dos instituciones que son vitales, para la protección del interés superior del niño, para la protección de la familia, para la protección de los derechos del niño y para la protección del estado en sí, el cual es el encargado de la protección de todos estos derechos y a su vez el responsable de su protección, y este será el que tenga que responder por una violación que sus representantes cometan.

Se podría crear una vía de comunicación más colaborativa, entre estas dos instituciones las cuales podrían, incluso hasta trabajar de manera conjunta fusionando, los programas o trabajad de manera separada, pero en coordinación con cada una de sus autoridades.

En la forma en la cual el Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones se integra, cabe resaltar la responsabilidad en el tema central de este trabajo que es la vulneración y violación del interés superior del niño, ya que el consejo es el responsable de establecer el criterio donde las familias sustitutas no pueden iniciar con su proceso de adopción cuando estas están siendo están acogiendo al niño.

Se tiene en responsabilidad tanto al Organismo Ejecutivo a través de sus representantes en el consejo, así como al Organismo Judicial por el mismo motivo, los cuales se encuentran no solo vulnerando sino hasta violando el interés superior del niño, el mismo que se encuentra no solo establecido en leyes nacionales, como los es



la Ley de Adopciones decreto 77-2007, sino también en leyes ratificadas de carácter internacional como se ha observado con antelación en este trabajo de investigación.

Para evitar la responsabilidad del estado, en cualquiera de las violaciones que se comenten actualmente, es necesario, que el mismo preste atención, y busque la manera de solucionar, el problema que actualmente se encuentra vigente por falta de una legislación que trate el tema, o por una simple falta de cooperación institucional.

3.5. Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.

Entidad creada con el fin de tratar temas sociales que aquejan a las personas en la República de Guatemala y la encargada del programa de familia sustitutas.

3.5.1. Programa de Familias Sustitutas.

Dicho programa está a cargo de la secretaria de bienestar social de la presidencia, al cual le corresponde, ser el responsable de implementar la modalidad de acogimiento de una niña, niño o adolescente, que por orden judicial son remitidos para su cuidado y protección en el seno de su familia, previamente acreditada.

Acogen a niños en familias fortalecidas y acreditadas en situación de vulnerabilidad, contando con equipo especializado y enfocándose principalmente en la restitución de derechos mediante alternativas de acogimiento familiar.



Como sus principales tareas tienen brindar a la niñez guatemalteca vulnerable su derecho a permanecer en el seno familiar, alternativas de cuidado familiar, atendiendo a su interés superior, en todo el territorio de la república, respetando su contexto socio-cultural y procurando la reunificación o unificación familiar.

Programa que está basado en los diferentes programas internacionales de adopciones directas, con la diferencia que este programa únicamente otorga, la guardia y custodia de los niños de manera momentánea, a las familias sustitutas inscritas en el, para efecto que los niños no queden a guardia del estado, desahogando así el sistema estatal y dándole a los niños una sensación de continuidad en una familia externa, manteniendo así la percepción de que no ha sido separado de su familia consanguínea o en casos donde el niño es abandonado, enseñándole que es una familia, para que este se acostumbre, acople y entienda lo que es pertenecer a una familia, para que en su futuro no le sea difícil la integración a una familia, si este resultara adoptado más adelante.

3.5.2 Familia sustituta.

Un programa implementado por la presidencia de la República de Guatemala, utilizando como entidad implementadora la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.

En el presente dicho programa funciona como una institución protectora encargada de proveer al niño que se encuentra en esta situación una medida temporal de protección realizando una colocación del mismo en una familia sustituta de forma provisional a



menores que han sido víctimas de abandono o los cuales fueron puestos en adopción no cuenta con un recurso familiar viable.

El trabajo de dicha secretaria y en específico de la dirección encargada se remite únicamente a la selección de familia que se inscriben con el deseo de participar voluntariamente en el programa y de determinar los avances del niño en dicha situación cuando este ya ha sido colocado en una familia sustituta para su cuidado.

Cabe hacer notar que al momento que estas familias pasan a ser parte del programa, se les indica que es de carácter temporal, en lo que su situación jurídica es resuelta por un juez, sin embargo, no se les indica que estas no podrán continuar si lo desean con un proceso de adopción directo con el niño asignado al momento de culminar dicha situación.

La familia sustituta como en cualquiera de los casos de la secretaria tenga bajo su cuidado, cumple con todas las obligaciones de una familia consanguínea mientras estos tengan al menor bajo su guardia y custodia.

Pasan a ser una unidad social primaria y universal, al constituir el primer grupo de personas que rodea al individuo cuando este nace o en este caso cuando este se les es asignado; se vuelven su primera red de relaciones y le aportan al niño las condiciones básicas para el desarrollo completo y sano de su personalidad.



Teniendo en cuenta que la infancia es una de las etapas más importantes en el buen desarrollo de todo individuo, es crítico que estos niños experimenten lo que es tener un hogar estable y el amor que una familia proporciona, cosa que se logra a través de este programa, pero la violenta al momento de la prohibición de la adopción.

Tenemos que tener en cuenta que el derecho es interpretativo y no es una norma muerta en la cual se cumple exclusivamente lo que está planteado, para eso en el derecho latino que se maneja, se deja un margen de interpretación el cual debe ser priorizado en ciertos casos; cuando este resulte ser necesario como lo es en esta cuestión de la prohibición por un criterio.

El derecho es evolutivo y así se tiene que tener consideración para poder evolucionar también en criterio institucionales, los cuales no pueden ser manejados se forma arcaica y mucho menos temiendo las consecuencias del pasado, es más se debe de aprender del mismo para poder mejorar; si bien es cierto que Guatemala tiene una historia de adopción muy turbulenta posterior al año 2007, esto no debe ser usado como excusa para perjudicar de manera indirecta y bloquear las oportunidades que los niños puedan llegar a tener, como lo es con este programa y una adopción más sencilla si este fuera el caso.

Guatemala ha tenido grandes transformaciones en su sistema, tal como quedó demostrado posterior al año 2007 respecto a las adopciones, por lo cual lo más lógico es que si se detecta un problema, y que este al solucionarlo trae un beneficio a las partes que son involucradas en el proceso; este debe ser analizado y presentar su



solución inmediata tomando que el beneficio que se va a obtener es exponencialmente alto al que ya se tiene con el sistema que por el pasar de los años va quedando rezagado.

Cada época trae sus nuevos retos, pero no podemos ignorar, que el derecho cada vez avanza de una forma más rápida, y así es como tiene que avanzar la propuesta de soluciones a problemas que nos encontramos en el camino, no podemos entrar en un atascamiento del derecho ya que esto conllevaría una serie de problemas que podrían constarle muy caro al estado.

También podemos definir a la familia sustituta como, aquella que ha sido acreditada por la secretaria de bienestar social de la presidencia de la república, y comprende a aquellas personas que no siendo familia biológica o ampliada; reciben a una niña, niño y adolescente en su hogar de forma temporal, hasta el momento que se resuelva su situación jurídica.

En este programa intervienen desde trabajadores sociales, psicólogos y personas especializadas en el tema de familia tal como lo veremos a continuación.

Perfil de las Familias de Acogimiento:

- 1. Ser conformada por personas en el pleno goce de sus derechos civiles y capacidades emocionales.**
- 2. Contar con las condiciones económicas para cubrir las necesidades de su grupo familiar.**



3. Debe tener claridad entre acogimiento temporal y adopción.
4. Ser mayores de edad, guatemaltecas o extranjeros con residencia permanente en Guatemala.
5. Podrán ser unidas en matrimonio civil, unión de hecho y personas solteras.

Como se observa en la información proporcionada anteriormente, la cual fue extraída del sitio de internet de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia; la misma ofrece proteger y priorizar el interés superior del niño, el cual hemos podido analizar, es el derecho que más importa y el cual tiene que ser tomado en cuenta en cualquier proceso en el que se vea involucrada cualquier organismo del estado.

Mismo interés que la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia en conjunto con el consejo nacional de adopciones y el organismo judicial violentan debido a un simple criterio institucional, el cual no solo contraviene las leyes nacionales e internacionales, pero pone un riesgo mismo el futuro de muchos de los niños los cuales "Califican" según criterio para este programa, y les niega el derecho de restitución de familia y el mismo derecho constitucional a una familia.

3.5.3. Historia de las familias sustitutas

La familia sustituta con el pasar de los años en la humanidad siempre ha existido, en épocas antiguas, algunos los han denominado hogares de acogida, hogares temporales, hogares momentáneos, y otro tipo de denominaciones más con lo largo del tiempo.



Entre los siglos XIII y XVII no existía como tal el hogar de acogida en Inglaterra, sin embargo existía **el aprendizaje**, en donde huérfanos o abandonados se integraban como **aprendices** en familias de artesanos, se tienen registros que en interior de este tipo de familia sustituta de su tiempo, el menor adquiría los elementos sociales necesarios para convivir en sociedad, además de un modelo de lo que es una familia funcional, la práctica del aprendizaje, no era ajena únicamente de los ingleses, sino que esta se extendía por toda Europa y Asia.

En Guatemala no hay registros históricos que mencionen algo acerca de un programa parecido al que hay hoy en día, pero no cabe duda que en Guatemala existió, algo parecido, pero informal y con otro nombre el cual es los **encargos**, lo cuales consistían en que familias por una razón u otra no podían hacerse cargo de sus hijos estas encargaban a otras familia a sus hijos, para que estas cuidaran y criaran a los niños, incluso para toda su vida, lastimosamente por la informalidad de dicha situación el gobierno no cuenta con datos históricos de cuantos niños fueron encargados a otras familias.

El programa fue fundado en el año 2000, por una conversación vía telefónica con el encargado del departamento jurídico, el cual muy amablemente me relata la historia del mismo, comenta que la base de la fundación de dicho programa y principal motivación por la cual fue creado es la protección de la familia, tal como la Constitución Política de la República de Guatemala lo ordena, y que el mismo intenta cumplir con el ordenamiento legal que les fue confiado y el cual presenta retos en una sociedad como la nuestra la cual es muy difícil de convencer con nuevas ideas.



Relata también que uno de los principales motivos por el cual la misma fue creada fue tratar de combatir el hacinamiento que unos centros de acogida estatales tienen, los cuales se ven sobrepasados en ciertas ocasiones, así como la alternativa a su institucionalización.

Existen convenios internacionales que respaldan el programa de familias sustitutas, pero depende completamente de los jueces que cambien el criterio judicial e institucional que se ha adoptado de forma errada según el criterio del autor de este trabajo de investigación y también el criterio de la persona que brinda esta información.

Uno de los principales benefactores de este programa es la comunidad internacional, así como la Corte Internacional de la Haya, quienes enfatizan su deseo de seguir apoyando el programa de familias sustitutas ya que es medio efectivo para evitar la institucionalización de los niños y que el estado vulnere sus derechos por su falta de acción.

3.5.3. Antecedentes históricos del programa de familias sustitutas en general y el programa nacional perteneciente a la secretaria de bienestar social de la presidencia

El acuerdo gubernativo promulgado por Idígoras Fuentes de fecha 26 de junio de 1958, es el que toca por primera vez la idea de familias sustitutas, así como los convenios internacionales en materia de niñez y adolescencia.



A nivel internacional encontramos, que la evolución histórica de este tipo de familias, también se le conoce como hogares de acogida, la cual no tiene una normativa legal clara en la cual nos podamos basar para poder observar su pasado, ya que estos hogares de acogida o familias sustitutas siempre han existido, algunos de los factores que motivaron este tipo de acciones fueron las guerras, genocidios, etc.; sin embargo se hace la aclaración de que esta figura carece de norma miento jurídico ya que el estado no siempre ha intervenido en el mismo.

En el pasado en la mayoría de las situaciones quedaba a disposición de las familias, vecinos o conocidos acoger al niño sin llegar al punto de adopción simple y sencillamente, por el cariño o vacío que las personas tenían, por los diferentes motivos explicados en el párrafo anterior.

Si lo que queremos es observar desde un punto de vista normativo, la evolución de esta institución lo podemos observar en la Declaración de Derecho Universales en 1948, la cual estableció que la maternidad y la niñez, tiene interés humano por parte de los estados firmantes y estos tienen que hacer todo lo que este en sus posibilidades para asegurarse de cumplirlo; pero es en la Declaración de Derechos del Niño, la cual fue aprobada en la asamblea general de las Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, la cual especifica que es una deber del estado velar por el interés superior del niño y que este tiene el derecho humano internacional de gozar de una familia y que este derecho se le sea reestablecido los más antes posible por los medios necesarios.



Acá podemos observar que la Declaración de Derechos del Niño, la cual Guatemala es parte, y este se compromete a cumplir, no ordena de forma tasita que se cumpla con dos puntos que son vitales en este trabajo de investigación los cuales son el primero el derecho de todo niño de gozar a una familia y segundo la responsabilidad del estado para que esto sea cumplido u en su caso reestablecido si este derecho ha sido violentado, por las vías que sean adecuadas y necesarias.

Es acá donde el programa de familias sustitutas de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia entra el juego, ya que este cumple explícitamente con esas dos premisas u ordenamientos internacionales, sin embargo, el programa, así como es aplicado actualmente cumple únicamente de manera paulatina esta ordenanza internacional, no siendo este problema del programa per se, sino más bien de un criterio institucional que ha sido formado por un desconocimiento o una mala interpretación de las autoridades que en su momento dirigieron dichas instituciones, y las cuales se siguen aplicando en el momento.

Si el criterio fuera otro, el programa de familias sustitutas, en conjunto con el Consejo Nacional de Adopciones y el Organismo Judicial podría asegurar de manera permanente el cumplimiento de esos derechos que Guatemala reconoció y se comprometió a cumplir.

3.5.4. Efectos del Programa de Familias Sustitutas

Los efectos de este programa no son más que solamente efectos positivos para todas las partes involucradas en el proceso, la cual cumple con beneficiar al niño con una familia y restituir su derecho, así como también proteger y restituir el derecho a una familia a las personas que optan a dicho programa no importando el motivo por el cual se acerquen al mismo, además del efecto jurídico, esto tiene un efecto social y psicológico inimaginable en los niños, ya que en algunos casos el niño ni siquiera recordara el trauma que es saber que no tiene recurso familiar apto o incluso carece del mismo para hacerse cargo de él.

Así como el efecto social el cual, beneficia no solo a la familia, sino también a la población, el cual des institucionaliza al niño y lo envía directo con la familia, alejándolo así de los problemas que representa estar en una institución del estado, resguardándolo en un ambiente de amor y cariño, al cual este estaba acostumbrado o que en diferentes casos ni siquiera conocía, lamentablemente por las condiciones sociales y económicas que el país atraviesa me atrevo a decir que son incalculables los beneficios ya sea directos o indirectos del programa, en el niño, la familia y el estado, lo que si se enfatiza es que son beneficios completamente positivos en cualquiera de los casos.

El Estado también es beneficiado con los efectos de este programa el cual permite al mismo, ahorrar recursos que sin este programa serían designados a los niños a cargo del estado.



3.6. Proceso de adopción en Guatemala

Según la legislación guatemalteca vigente en materia de adopciones, el Decreto 77-2007, la misma reglamente el procedimiento de manera que intervienen el organismo ejecutivo y el organismo judicial, siendo este el siguiente:

- a) **Solicitud de adopción:** la cual debe ser presentada ante la autoridad central del consejo nacional de adopciones y la misma realizara los estudios correspondientes y dictaminar la idoneidad.
- b) **Selección de familia:** la autoridad central realiza una selección de las personas idóneas para el niño.
- c) **Aceptación de la asignación del niño:** los solicitantes entregan por escrito su expresa aceptación del niño asignado.
- d) **Periodo de socialización:** La autoridad central concederá un periodo de socialización con la familia seleccionada y el niño, para que estos interactúen en un plazo no menor de 5 días.
- e) **Opinión de niño:** Concluido el periodo de socialización se procederá a solicitar al niño su opinión y que este ratifique su deseo de ser adoptado.
- f) **Informe de empatía:** El equipo multidisciplinario formará un expediente el cual será nombrado informe de empatía, donde se tendrán a cuenta varios aspectos a calificar por profesionales de trabajo social, así como psicólogos especializados en niñez y adolescencia.
- g) **Resolución final:** La autoridad central de Consejo Nacional de Adopciones emitirá resolución para la procedencia de la adopción y la misma extenderá certificaciones de



los informes para que los interesados puedan adjuntarlas a su solicitud de homologación ante el juez.

h) Solicitud de homologación: Los interesados solicitaran ante juez la solicitud de homologación de la aprobación posterior que otorgo el Consejo Nacional de Adopciones.

i) Homologación judicial: Si más trámite posterior, el juez otorgara la homologación judicial de la autorización para la adopción.

j) Resolución final: El juez de familia autorizará y emitirá la resolución final declarando a lugar la adopción y reestableciendo el derecho de familia del niño.

3.6.1 Análisis del proceso de adopción

Como se observa en el punto anterior en el proceso de adopción nacional, participan representantes del organismo ejecutivo y del organismo judicial, ya sea autorizando el trámite administrativo y los otros homologando y dando una autorización judicial, para el restablecimiento del derecho de familia del niño y así mismo cumpliendo el estado con el deber de proteger al niño.

En ningún momento y en ningún paso del proceso de adopción se encuentra prohibida la adopción por parte de familias sustitutas, es más ni en ningún reglamento del Consejo Nacional de Adopciones ni del programa de familias sustitutas perteneciente a la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia se encuentra prohibido este tipo de adopción.



Lo que nos hace observar y preguntarnos porque el juez de familia, el Consejo Nacional de adopciones y la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia, evita y hasta cierto punto se oponen a que una familia sustituta adopte al niño al cual se le fue encargado. No es más que un simple criterio institucional que se maneja, en el cual según las autoridades mencionadas anteriormente consideran que la familia sustituta no puede adoptar al niño ya que estas estarían de alguna forma eligiendo al niño.

Sin embargo, cabe resaltar que dichas familias en ningún momento están eligiendo al niño ya que la secretaria de bienestar social de la presidencia es la encargada de asignarles al mismo como lo podremos observar a continuación.

Proceso de selección de familia sustituta, el proceso es incluso más simple que el mismo proceso de adopción:

a) Presentar la solicitud a la secretaria de bienestar social de la presidencia.

Cumplir con los requisitos administrativos que esta impone los cuales son:

- Aprobación de estudio psicosocial.
- Fotocopia de documento personal de identificación.
- En caso de ser extranjero, fotocopia de documento de residencia permanente en Guatemala extendida por la Dirección General de Migración.
- Carencia de antecedentes penales y policíacos.
- Constancia del Registro Nacional de Agresores Sexuales.
- Prueba de laboratorio de hematología completa.
- Constancia de ingresos económicos.



- Dos cartas de recomendación.
- Dos fotografías tamaño cedula a color.
- Cuenta bancaria del banco de desarrollo urbano rural.

b) Aceptar la elección que realiza la secretaria en base a la información proporcionada para el niño asignado.

Como podemos observar, en la misma tampoco se prohíbe o se indica que en un futuro se va a negar la adopción del niño, si bien es cierto se hace la observación que el programa no es lo mismo que la adopción no se les indica en ningún momento que estas en algún futuro no podrán adoptar al niño asignado.

Resaltamos que el proceso de adopción en Guatemala después de la reforma que sufrió en el año 2007, es un proceso el cual, desde el punto de vista de esta persona, pero más importante en estándares nacionales como internacionales es un proceso seguro el cual contiene diferentes fases en las cuales se puede observar un regido y un celo en la aplicación de las mismas.

No es de sorprenderse ya que en dichas fases se está tratando un tema muy delicado el cual si no se le presta la debida atención podría desembocar en la destrucción de un futuro, no solo hablando de forma jurídica sino también de forma personal de las personas las cuales participan en el mismo.



Y es acá donde resalto que con ese celo que el estado trata de proteger a los infantes, debería de observar también el daño que el mismo causa al negar este tipo de adopción y llegar a un convenio en el cual se tomen en cuenta estas fallas las cuales fueron encontradas en este trabajo de investigación.

Cabe resaltar que en los requisitos anteriormente descritos en especial; en la solicitud que se hace al Consejo Nacional de Adopciones, en el mismo formulario y en la misma solicitud dirigida al consejo de forma escrita en ninguna parte observamos la prohibición de que una familia sustituta no puede solicitar la adopción del niño que tiene a su cuidado, por lo tanto, podemos notar la laguna la cual, las mismas autoridades han formado por un criterio institucional.

Seguiremos analizando por pasos, el proceso de adopción nacional, así como el proceso para aplicar y solicitar la inscripción de familias sustitutas a continuación, pidiendo así comprender más el sentido del trabajo de investigación.

El programa de familias sustitutas en Guatemala respecto al tema planteado, se considera que carece de efectividad en el punto planteado, ya que con un simple cambio de criterio y normalizando el mismo este programa, podría funcionar de una manera diferente.

En donde la cual pre califica a las personas interesadas y a las mismas se les asigna un niño el cual fue asignado por el consejo nacional de adopciones y después de que estas se acoplen al niño con el pasar del tiempo y este con su situación jurídica resuelta



podrían optar a la opción de continuar al proceso de adopción nacional, de forma directa al consejo nacional de adopción.

Se observaría una sinergia institucional, y no lo que se ve ahora; que es una independencia institucional de dos organismos pertenecientes al organismo legislativo los cuales para empezar no son ni siquiera autónomos ni independientes, por lo cual formar una sinergia institucional sería más factible y sencillo, ya que son dos órganos diferentes pero pertenecientes en rango al mismo organismo ejecutivo.

Solo basta una siempre voluntad institucional para favorecer la idea de la sinergia institucional y también mejorar el trámite y así poder proteger el interés superior del niño, el cual es el que se está intentando proteger.

Como resumen nos encontramos con un proceso de adopción bastante robusto y protegido por el estado, pero el cual tiene carencias como las ya planteadas en este trabajo de investigación, el cual no toma todos los aspectos, debido a la evolución que ha tenido en ciertos aspectos el derecho de niños, adopción y familia, por lo cual recomienda encarecidamente modificar el mismo no es su totalidad, solamente incluyendo los aspectos de riesgo los cuales han sido mencionados en este trabajo de investigación.

Haciendo esto se podría tener una mejor armonización en las instituciones que se ven envueltas en el mismo las cuales a la hora de trabajar juntas, pueden presentar sus diferentes puntos de vista, soluciones y señalan los problemas interinstitucionales los



cuales solo se pueden observar desde otra perspectiva, para así trabajar en el interés superior del niño de forma armónica y priorizar sus derecho y que estos no sean violentados por el mismo estado, el cual es el encargado de protegerlos y velar por que estos sean cumplidos por las mismas instituciones encargada en la materia correspondiente.

Lo que se pretende es lograr una armonización en el proceso de adopción donde se inserten nuevos criterios y así los criterios institucionales que hasta el momento se han manejado queden en el pasado pueda realizar una fusión, adoptando estos criterios que se adaptan mejor en este tipo de épocas y situaciones que se viven en la actualidad.

Como ya lo vimos anteriormente, Guatemala maneja un criterio de adopciones bastante cerrado para la época, lo cual es entendible por el pasado de la misma en cierto aspecto de adopción en años anteriores, pero esto no debe ser el porqué de que el país se quede atrasado en materia de adopciones.

El mismo es el encargado de evolucionar y cuidar por que el proceso se cumpla de forma excepcional respetando todos los derechos y no cometiendo actos criminales al momento de realizar este tipo de adopciones, mas pareciera que la falta de interés por parte de la República de Guatemala, es para evitarse alguna responsabilidad alguna de que si algo llegare a salir mal.



Pero esto es completamente ridículo, ya que el estado es aquel que tiene que brindar la protección a sus pobladores no importando la edad que estos tengan, es el estado el encargar de implementar nuevos procedimientos, modificar criterios e implementar nuevos procedimientos cuando los que ya se tenían, empiezan a mostrar defectos o atrasos en su aplicación.

Tal como lo vemos actualmente el proceso de adopción en Guatemala no contempla varias oportunidades como las que acá se presentan, esto quiere decir que hay un porcentaje de la población que se está quedando afuera del ámbito de aplicación de la adopción en Guatemala.

Guatemala tiene que solucionar esa problemática, platearse que dejaron afuera cuando se realizó el proceso de adopción anterior y que se puede incluir en el mismo sin necesidad de modificarlo para así poder tener un ámbito de aplicación más amplio de lo que ya es, para poder satisfacer las necesidades de toda la población y no dejar absolutamente nadie afuera dentro de su ámbito de aplicación, más que esto se trata de derechos de infantes lo cual es primordial para el desarrollo de una país, en temas de seguridad e implementación correcta de los que es el principio de interés superior del niño, para poder cumplir con sus estándares y tener una mejor interpretación de los que es dicho principio.





CAPITULO IV

4. El interés superior del niño en las adopciones

Una figura en el derecho tan importante como esta, que no solo a nivel nacional, sino que también a nivel internacional es una figura que todo estado tiene que respetar y priorizar.

4.1. El interés superior del niño en la ley

El interés superior del niño, como ya lo hemos observado con anterioridad, el interés superior del niño se encuentra encuadrado en varias normas legales de carácter nacional, así como de carácter internacional; dentro de las cuales tenemos, lo que es la Ley de Adopciones Decreto 77-2007, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto 27-2003, el tratado internacional ratificado por la Republica de Guatemala siendo esta la declaración de derechos del niño, la Constitución Política de la República de Guatemala que de forma directa no se encuentra establecido como tal, pero basta con un simple análisis para poder interpretarlo.

Tocando la primera, siendo esta la Ley de Adopciones Decreto 77-2007, el interés superior del niño se encuentra en el Artículo 4, el cual nos indica: **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.**



Ya en este punto sabemos muy bien y tenemos por entendido lo que es el principio de interés superior del niño, vemos con claridad que el Artículo cuarto de la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, cumple en su esencia y calidad con este principio ya que prioriza al niño y su desarrollo y busca el buen desarrollo del mismo.

En la misma Ley de Adopciones encontramos los impedimentos para poder solicitar la adopción, encontrando los mismos en el Artículo 15 impedimentos para adoptar, siendo estos los siguientes:

- a) Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y de personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del niño, niña o adolescente;
- b) Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;
- c) Quienes hayan sido condenados por delitos que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas;
- d) Uno de los cónyuges o unidos de hecho sin el consentimiento expreso del otro.
- e) El tutor y el protutor, además de los requisitos del artículo trece, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña o incapaz;
- f) Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o se les hubiese declarado separados o suspendidos de la misma, mientras ésta no haya sido reestablecida por un juez competente.

Me parece interesante, que en ninguna de los impedimentos para adoptar mencionados anteriormente y siendo estos todos los que la ley expone, se encuentra prohibición



alguna en la que una familia de acogida pueda solicitar la adopción de un niño asignado.

También es bueno analizar en este momento las prohibiciones que se encuentran el Artículo 10 de la Ley de Adopciones, decreto 77-2007, siendo estas las siguientes:

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



Importantísimo en este trabajo de investigación este artículo en especial sus incisos b y g los cuales, en el primero expresamente determina que la prohibición de escoger al niño **no se aplica a familias sustitutas que previamente los han albergado**, entonces nace la pregunta ¿En qué momento el consejo nacional de adopciones y el organismo judicial, tomaron el criterio de no permitir este tipo de adopción directa?; Y en inciso g el cual habla sobre si los padres biológicos otorgan consentimiento para la adopción antes o días después que el niño nazca, **es completamente dañino y contradictorio a todo lo que el principio de interés superior de niño se refiere.**

Ya que si una persona o una pareja toman la decisión de no quedarse con el niño no nacido por más que los intente convencer el estado, estos ya no cambian la misma, parece una completa pérdida de tiempo y repito nuevamente es todo lo contrario al principio de interés superior del niño.

Al enterarse estos de esta prohibición, si es que piensan en seguir el procedimiento legal para dar en adopción a neonato, tomaran decisiones que atenten contra la vida del niño, las cuales podrían llegar a ser abortarlo, abandonarlo y en el peor de los casos hasta terminar con la vida del mismo.

No se puede poner interrumpir el derecho de una persona que ya tiene razonamiento versus el de una persona que no ha nacido y no tiene como defenderse, y que el responsable de dicha defensa es el estado por mandato constitucional ya que este protege la vida desde el concebimiento de la misma, tal como lo indica el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual nos indica lo siguiente:



Artículo 3º. Derecho a la vida. El estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

Y reforzando aún más esa protección que el Estado ofrece podemos exponer los siguientes artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, siendo estos los Artículos 47, 51, 54 y 56 de dicho cuerpo legal, exponiendo estos lo siguiente:

Artículo 47. Protección a la familia. El estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derecho de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

Artículo 51. Protección a menores y ancianos. El estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los acianos. Les garantizara su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.

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.

Artículo 56. Acciones contra causas de desintegración familiar. Se declara de interés social las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad.



Como podemos observar es acá donde el estado se encuentra con una problemática la cual el mismo ha creado, con un simple criterio institucional, el estado violenta el principio de interés superior del niño, pero no conforme con eso, el mismo estado el cual ha creado los mismos artículos que se mencionan anteriormente, para la protección de la familia y de los niños, la cual como al momento ya sabemos por el estudio que hemos realizado en este trabajo de investigación es la base de la sociedad y la cual cuenta con una protección especial por parte del estado.

Claramente el interés del niño no es prioridad con la prohibición que hace una norma ordinaria, como lo hemos visto con antelación, la norma ordinaria no puede contradecir, ir en contra de la norma máxima que es la Constitución Política de la República de Guatemala y los Tratados Internacionales, tienen preferencia según la presentación jurídica del filósofo y jurista Hans Kelsen, la cual no está demás refrescar en este capítulo.

Según Hans Kelsen las normas jurídicas de un país tienen un orden jerárquico, el cual tiene que ser respetado y este las dividió, en normas constitucional, normas ordinarias y normas reglamentarias, siendo las primeras la de orden jerárquico superior a las otras dos, sin embargo, en el tiempo que Hans Kelsen propuso esta teoría, la cual con el pasado del tiempo se ha comprobado y es aceptada de forma unánime en el mundo jurídico no importando que sistema se majee en el país, tiene una pequeña actualización a partir de los años 60´.



A partir de los años 60 se da lo que es el fenómeno de la internacionalización, impulsado por el fin del conflicto armado el cual se conoció como la segunda guerra mundial, la cual demostró lo que se hacía cuando no se tenía un órgano de solución en materia internacional, como bien lo sabemos antes de la Organización de Naciones Unidas existía lo que fue la Liga de Naciones, este fue el primer ente el cual intento de manera fallida internacionalizar países y normas jurídicas.

La Organización de Naciones Unidas, a partir de su creación, trata de integrar a la misma la mayor cantidad de países y así poder tener un órgano de control para conflictos internacionales, en este fenómeno empieza a explotar lo que son los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, como bien sabemos el Tratado de - Derechos del Niño, el cual fue elaborado, creado e implementado en las Naciones Unidas y ratificados por los países integrantes, entre ellos Guatemala, acá hay una duda que surge en este nuevo mundo jurídico internacional la cual es ¿Dónde se sitúan estos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, en la normas jurídicas nacionales?.

Siguiendo este cuestionamiento podemos observar, según Roberto Alexy "La nueva era de la internacionalización, nos deja que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los podemos ubicar en lo más alto de la pirámide de Kelsen, sin embargo no podemos compararlos con las normas constitucionales de una país, por lo cual si bien es cierto los mismos tiene la misma jerarquía los tratados se encuentran



fuera de la misma, estando a la par de las normas constitucionales, pero no formando parte de la pirámide en sí³⁰

4.2. El interés superior del niño en la doctrina

Como observamos y mencionamos con anterioridad en interés superior del niño queda claramente establecido en la convención de Derechos del Niño, de Derechos Humanos de la Organización de Derechos Humanos, así como la de la Organización de Estados Americanos.

Al analizar la Convención de Derechos del Niño, el interés superior del niño, se menciona en las disposiciones varias veces, sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición acerca de la naturaleza jurídica de la misma o respecto al proceso que será aplicable; esta omisión se traduce en la proliferación de teorías acerca de los atributos y límites del término, es gracias a esta proliferación que no hay un criterio unificado en lo que es el interés superior de niño y esto fomenta una inseguridad jurídica en la aplicación de dicho interés, por parte de los tribunales de justicia dando pie a que se puedan cometer arbitrariedades, ya sea por desconocimiento o por intereses ocultos.

No es hasta el año 2015, que el comité en materia de derechos del niño indica “el propósito general de la observación es promover un verdadero cambio que favorezca el

³⁰ Roberto Alexy. *El concepto y la validez del derecho*. Tomo 1. Pág. 156



pleno respeto a los niños como titulares de derechos, para lo cual se establece en seguida, como propósito específico, garantizar que los estados partes den efecto al interés superior del niño y lo respeten. Es decir la observación parte de la base que la vía para percibir al niño como sujeto de derechos es a través de una debida atención en su interés superior.”

Sin embargo, esta **aclaración** por parte del comité es un tanto ambigua, se considera que en realidad no resuelve absolutamente nada y que es más que un reconocimiento por parte de las naciones unidas, que dentro del mismo comité no hay un consenso sobre cómo aplicar el interés superior del niño y sobre el mismo todavía no hay una amalgama de lo que este interés significa.

Es acá donde lastimosamente a cada país le toca la tarea de interpretar lo que el interés superior del niño significa para los mismos organismos estatales, siendo esta interpretación acertada o también la más lejana del espíritu que se le quiso otorgar, hago la observación que, en Guatemala, considero de forma personal que el interés superior del niño no se interpreta de manera idónea, ni a favor del niño en todo su significado.

Por lo que considero que, si Guatemala no es capaz de tomar un criterio que beneficie más al niño, la organización de naciones unidas, debería de tomar el rol guía para que este criterio quede en completa explicación y que no se dejen a interpretaciones abiertas por parte de los estados firmantes como lo hemos tenido hasta el día de hoy.



Como interés superior del niño de forma histórica, se conoce a la declaración de Ginebra de 1924, como la piedra angular del derecho de infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la convención sobre los derechos del niño. Esta declaración es el primer instrumento que protege específicamente los derechos del niño; como tal permite observar el nacimiento de la protección jurídica a favor de los menores de edad.

El contexto en que se realiza el proyecto es el periodo post-guerra de la primera guerra mundial, de modo que se enfatiza la protección al niño que fue desatendido en años anteriores, un cambio revolucionario para su época en la cual, básicamente los niños eran un tema legal que no tenía importancia.

La declaración de Ginebra afirmaba lo siguiente: **Por la presente declaración de los derechos del niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o creencia.**

Al cual acompañaba los siguientes órdenes a las naciones firmantes:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.



4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento de deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los estados miembros de la recién creada Organización de Naciones Unidas, decidieron instituir la Declaración Universal de los Derechos Humanos y posterior la Declaración de Derechos del Niño, los cuales ya hemos explicado con anterioridad y únicamente se menciona en este momento para llevar una continuidad histórica.

Nuevamente encontramos un cuerpo de legislación internacional sin fuerza, para hacer frente a las violaciones en contra de estos derechos y a su vez un cuerpo normativo que no tiene claro que es el interés superior del niño, por lo cual esto nos deja como se mencionó antes, en un criterio de interpretaciones que pueden ser buenas o pueden ser malas, para los verdaderos intereses del niño, obviando lo que verdaderamente se necesita para la protección del niño, ya no solo hablando del interés superior si no que de todos los derechos que protegen al mismo.

Es en estos casos donde cabe resaltar la incertidumbre jurídica que atraviesas los niños en estos tiempos, estamos en el año 2021 y aun no hay un criterio sólido y unificado de lo que el interés superior del niño es, se deja a las autoridades, la interpretación de dicho criterio, recordemos que una autoridad la cual ha tenido una carrera judicial avanzada y a su vez su edad también es avanzada, no estará de acuerdo o ni siquiera entrara a considerar, las recomendaciones de este trabajo de investigación, porque



algunas personas no evolucionan con el derecho, por eso es imperativo que las organización de naciones unidas, se pronuncie acerca de este impase en el cual se encuentra este interés superior del niño, no solo en Guatemala sino también en otras partes del mundo.

El interés superior del niño en doctrina y jurisprudencia jurídica no solo en presente si no históricamente a nivel internacional es importante que se explique ya que esto no solo nos ayuda a entender más este principio, si no que enriquece más su significado, esto a falta de un criterio unificado.

A diferencia de lo expuesto con otros principios y reglas jurídicas aplicables en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia cuya aparición y consolidación puede conectarse, sin ningún género de dudas, en el contexto internacional, operándose a *posteriori* a su repetición por parte de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales; al referirnos al interés superior del niño, por el contrario, debemos resaltar que el itinerario recorrido por este principio ordenado no es concluyente en su esencia. Así, tradicionalmente, este concepto jurídico indeterminado se ha caracterizado por ser un elemento esencial en el derecho de protección de los niños del calificado mundo occidental.

En Francia, la evolución de su normativa civil desde mediados del siglo XIX revela la clara voluntad del legislador galo de hacer del interés de la persona menor de edad un concepto abstracto elevado al rango de principio general del derecho. Y es precisamente en el derecho civil francés donde aparece por primera y de forma más



evidente esta cláusula jurídica, concretamente en las leyes que vinieron a limitar la figura de patria potestad la cual fue la Ley de 24 de julio de 1889. En consecuencia, un siglo antes de la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ordenamiento jurídico francés ya era posible encontrar numerosas referencias al principio del interés superior del niño en la regulación de materias tales como el derecho a la identidad, filiación biológica y adoptiva y, naturalmente todo lo referente a los derechos adquiridos.

En Italia, por su parte, la noción de interés superior del niño empezó a ser empleada a partir de la Ley de adopción de 1967, en la que la alusión a este principio sirvió para contrastar y poner fin a caducos y denostados prejuicios e incrustaciones culturales todavía presentes en el derecho transalpino y poner de la época.

Finalmente, en el Reino Unido el welfare principle (principio de bienestar) fue incorporado en la Common Law (ley común) a principios del siglo XX como una consideración primordial a tener presente en los supuestos de custodia. La legislación inmediatamente subsiguiente no pudo sino reflejar esa misma visión. Así se puso de manifiesto la Guardia de los Infantes de 1925 en la que expresamente se estatuye que, en decisiones relativas a los niños, la corte deberá tener el principio de bienestar en consideración primordial.

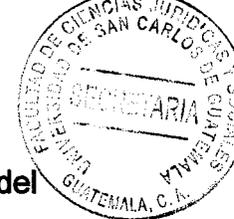
Siguiendo en el ámbito internacional, hemos de poner de manifiesto como la mencionada cláusula del interés superior del niño ha ido evolucionando, una vez adoptada por influencia de lo que venía ocurriendo en el derecho de familia de



determinados países, desde su embrionaria recepción en la Declaración de Ginebra, pasando por su mención formal en la Declaración de los Derechos del Niño 1959, hasta llegar finalmente a su definitiva en la Convención sobre los Derechos del Niño 1989.

El hecho de que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se haya erigido en el eje vertebrador de todo el sistema contemporáneo de atención y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, si no debe hacernos olvidar que han existido, incluso con anterioridad al propio texto convencional, y que continua desarrollándose, diversos mecanismos internacionales de protección sectorial de los derechos y que continúan desarrollándose, diversos mecanismos internacionales de protección sectorial de los derechos y libertades de las personas menores de edad, en los que al principio del interés superior del niño ha ocupado un papel en igual medida relevante. Frente a la imposibilidad de recoger de forma exhaustiva, por exceder de las pretensiones del presente trabajo, todos los instrumentos internacionales existentes que directa o indirectamente se sustentan sobre el principio, sirva la presente selección de los más representativos como muestra significativa de su verdadera trascendencia.

En el ámbito de la protección de menores de edad, el convenio de la Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, establece, precisamente atendiendo al interés del menor, una excepción a la regla general, tanto en materia de atribución de competencias a las autoridades del lugar de residencia del menor, como al principio de aplicación de su ley interna.



En temas de adopción internacional, el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internación, el 29 de mayo de 1993, tiene por objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional Artículo 1.

Tal como se observa, en el ámbito internacional, tampoco hay un consenso del cual podamos sacar una conclusión definitiva de que es el principio de interés superior del niño. Sabemos que es un conjunto de derecho que acuerpan al niño y requieren que toda decisión que involucre a un menor de edad, sea beneficiosa para el mismo, también entendemos el espíritu de la ley, el cual no es muy complicado de explicar, el cual es la protección que el estado debe a los menores de edad, enfocándose en tomar las decisiones correctas para poder implementarlo, pero acá es donde entra la duda ¿Son estas decisiones las correctas?.

Y surge la duda porque no encontramos ni un parámetro a nivel nacional y a nivel internacional en el cual podamos basarnos e indicar esta norma significa esto o esta norma significa aqueo, como tal el espíritu de una ley, si bien es cierto es sujeto a interpretaciones las mismas personas que las crearon deben de por lo menos dar una guía del mismo, tal como lo es por ejemplo el código civil de Guatemala Decreto 106 y su exposición de motivos, la cual articulo por articulo y capitulo por capitulo nos va indicando el sentir de la misma.



Surge como una necesidad que la asamblea de general designe un órgano como lo es el consejo de derechos del niño perteneciente a la misma realice un comunicado, pero no un comunicado más indicando que están conscientes del problema de interpretación, sino un comunicado más fuerte que evidencie no solo el problema, pero también que presente una solución asertiva y puntal, de que se va a resolver, cuáles serán la interpretación adecuada, y cuáles son los parámetros institucionales para la aplicación de dicho principio, ya que si esto no es posible y si esto no se diera, se seguiría en la incertidumbre, en la cual nos encontramos de forma presente, de que cada estado interpreta de forma completamente diferente e incluso de forma errónea, pero no se podría tomar ninguna sanción en contra de estos estados o ninguna medida ya que si no hay un consenso en lo que es cada norma y cada artículo, ni siquiera un sentido global o explicación de lo que es el principio.

Por lo que sin aun saberlo algunos estados podrían estar violentando dicho principio, como lo es en el caso de Guatemala según el criterio del autor de este trabajo de investigación, el cual se ha comprobado desde un análisis exhaustivo, de leyes nacionales, así como de leyes internacionales, comparando derecho nacional con el internacional, comparando criterios de varios autores reconocidos, los cuales han sido mencionados en este trabajo de investigación, he llegado a la conclusión que no se puede seguir más especulando los parámetros del principio. Ya que el principio no es ajeno a la materia internacional, es lo más lógico que su órgano creador sea el encargado de presentar la solución al problema que el mismo incurrió al sentar una serie de parámetro y explicar el sentido estricto del principio.



Es importante que se comprenda, que el interés superior del niño, más que una doctrina, una explicación jurídica, también es de carácter social, por lo cual, es importantísimo abordarlo desde un punto de vista de las ciencias sociales, la cuales nos indican que el interés superior del niño, tiene que ser la respuesta y la elección primordial para el estado, ya que esta nos indica que el futuro de la sociedad, son los niños del presente y que estos deben de ser e interés primordial del estado, porque sin estos el estado correría peligro en su existencia y podría llegar hasta desaparecer si no se protege a la juventud.

Por lo cual, el principio de interés superior del niño es una cuestión de interés superior también del estado, ya que si este no cuida este principio, estaría desechando a una gran cantidad de su población a problemas sociales, que se verán reflejados en las estadísticas del estado en un futuro, y estas a la vez serán una carga para el mismo, las cuales tarde o temprano este tendrá que solventar, por lo cual se ve como más factible y más sencillo abordar el problema desde su inicio que dejarlo crecer y que este repercuta con una fuerza aún mayor.

Entonces una de las soluciones que nos da las ciencias sociales, es que se creen instituciones sociales de protección fuertes y duraderas, que no respondan solamente al capricho de un gobierno de turno, si no que estas sean instituciones sólidas, con bases fuertes para poder durar años, no importando que gobierno este de turno, y teniendo que trabajar en conjunto con cualquier persona que se encuentre en el cargo.



4.2. El principio del interés superior del niño aplicado en la legislación guatemalteca

En legislaciones anteriores a la vigente no encontramos que Guatemala haya establecido de algún modo lo que es el interés superior del niño, como los antecedentes que hemos podido observar en todo el trabajo de investigación es hasta la legislación actual y los tratados internacionales que por primera vez se menciona dicho interés, pero no de una forma específica como tal, sino que esta se deja interpretación de autoridades en materia y estas toman en cuenta el mismo para los criterios de adopción en el mejor de los casos.

En el análisis posterior y en todo el trabajo de investigación, en la historia de Guatemala se ha llegado a la conclusión, que no existe ninguna definición a nivel nacional de lo que es, el principio de interés superior del niño, por lo cual el principio del interés superior del niño si bien es cierto es aplicable en algunos casos que involucren a los menores, este queda completamente a disposición de la autoridades de turno implementarlo, conforme al criterio que ellos manejen en ese determinado espacio de tiempo.

Si hacemos una breve búsqueda en la legislación guatemalteca, no encontraremos en ninguna norma jurídica el significado o la escancia como tal de lo que es el principio de interés superior del niño, tampoco logramos localizar resoluciones de la Corte Suprema de Justicia y tampoco ningún tipo de resolución o mención de parte de la Corte de Constitucionalidad.



Entonces nos encontramos a la incógnita siguiente ¿Quién o quienes implementar este principio en el ámbito jurídico en Guatemala? Y más importante ¿En que se basan para interpretarlo de la manera más adecuada posible?.

Dentro del análisis exhaustivo se ha podido sacar la conclusión que ninguna de las dos cortes mencionadas anteriormente, ninguna ha emitido jurisprudencia alguna acerca de lo que es el interés superior del niño, no se sabe si es por falta de interés o porque simplemente no consideran el asunto de manera importante al país, por lo cual nos vemos forzados a que las personas que interpretan dicho principio y emiten dichos criterio son normalmente y para el uso de este trabajo de investigación los Tribunales de niñez y adolescencia, los cuales los jueces a cargo, son los que aprueban judicialmente la adopción de los menores de edad, para los cuales el proceso administrativo ha concluido y estos fueron aprobados para adoptabilidad, por el Consejo Nacional de Adopciones, para lo cual el mismo consejo solicita la homologación judicial, esto quiere decir que la persona, sujeto o entidad que autoriza las adopciones en Guatemala es el organismo judicial, a través de los órganos mencionados anteriormente.

Pero como este órgano interpreta el principio de interés superior del niño, pues a esta incógnita jamás podremos tener respuesta, ya que a la inexistencia de una base guía que por lo menos nos indique lo más mínimo de la esencia de dichos derechos, una interpretación judicial descansa únicamente en la plena subjetividad del juzgador, el cual va a resolver sobre el asunto de las adopciones por la autoridad que le fue conferido, por la Corte Suprema de Justicia.



Ante esta incertidumbre no nos queda más que analizar casos verídicos, en donde da una completa tristeza el desempeño de dicha autoridad, ya que la en la mayoría de casos no se ven a los niños como personas humanas que necesitan una familia y los cuales tiene derecho a una, sino que se ven como un simple expediente de juzgado el cual, para la resolución del mismo, es un lapso de dos a tres años de promedio por ejemplo citamos el siguiente caso:

Según el reconocido diario Prensa Libre, de la república de Guatemala, con su publicación de 17 de junio del año 2012, una niña de tan solo días de nacida fue dejada enfrente de una estación de bomberos, y la procuraduría general de la nación, realizo todos los estudios e investigaciones para encontrar un recurso familiar idóneo, lo cual tuvo un resultado negativo, por lo cual la niña fue enviada a una casa hogar, ósea se institucionalizo a la niña, el organismo judicial tardo un periodo de dos años para dar declarar la adoptabilidad de la niña un tiempo sumamente largo, **sin embargo este mismo juzgado se tardó en notificar la resolución al consejo nacional de adopciones en un tiempo total de cinco años.**

Es completamente inaceptable y completamente inhumano el accionar de estas dos entidades estatales, se evidencia por completo la ineficacia burocrática de la cual ya es costumbre en Guatemala, pero también la falta de interés, humanidad y valor que le dan las instituciones a la vida del niño en cuestión.

No queda duda por completo que el interés superior del niño fue violentado en todas las modalidades con este tipo de actuar por parte de las instituciones que se supone fueron



creadas para defender a los menores de edad, es completamente inaceptable que la interpretación del interés superior del niño quede en manos de este tipo de autoridades enfermas que no ven al niño como un problema humano, sino más con un simple expediente administrativo judicial, resulta asta repugnante el actuar del estado respecto a este tema.

Como bien lo sabemos el estado es uno solo, según la teoría de la división de poderes el Estado está dividido en tres poderes, pero en esencia es uno solo y queda en evidencia, la responsabilidad de los tres poderes ósea el estado, el cual no hace completamente nada para cambiar o redirigir el problema, ni siquiera un análisis social y humano del daño que el mismo está causando.

La defensa del órgano de justicia que actuó con un retardo increíble fue la carga judicial que estos afronta, sabemos de la mora judicial que el Organismo Judicial presenta, pero no es posible que esto sirva como una excusa en un tema humano, estamos hablando del futuro de Guatemala, de niños que no tienen la culpa la desorganización, falta de planificación y falta de motivación que las autoridades en materia tienen.

Las cosas tienen que cambiar, se tiene que evitar la violación de estos derechos a toda circunstancia posible, el estado tiene que hacer un fuerte análisis del tema y como lo hemos repetido varias veces en este trabajo de investigación y a criterio personal del autor, evolucionar o quedarse estancado violentando los derechos que este tiene que proteger.



No es posible que un proceso de adopción, en donde el menor fue abandonado a los pocos días de su nacimiento tarde un aproximado de 7 años en poder darse, 7 años que el menor permaneció institucionalizado, violándole el derecho de una familia, pero se llega a la conclusión que el estado prefiere esa solución a evolucionar en la materia.

Situación del menor que, aunque tiene ya el visto bueno por parte de una autoridad lenta de darlo en adopción, esto no pasara de noche a la mañana ya que se tiene que postular una familia y esta tiene que llenar los requisitos y todo el proceso previamente explicado en este trabajo de investigación.

A esto sumarle el criterio terrible que el consejo nacional de adopciones maneja, el autor de este trabajo de investigación considera que el criterio de darle prioridad al niño que están arriba de los 10 años de edad, es un criterio completamente herrado, inhumano y violador de derechos humanos.

Una pregunta que vale la pena hacerse con esta información del párrafo anterior es la siguiente ¿Quién le da autoridad al consejo de elegir que niños son los que tiene prioridad sobre otros y que niños van a ser dejados como segunda opción?.

¿Qué impacto podría tener este tipo de decisiones del Consejo Nacional de Adopciones?.

Es de suponer que el consejo conoce del interés superior del niño, a nivel nacional, así como a nivel internacional, si el consejo como lo hemos visto anteriormente está



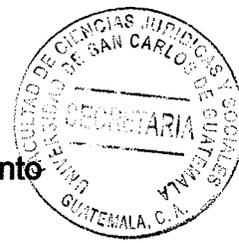
integrado por un grupo de trabajo cada uno especializado en su materia, entonces que es lo que lleva al consejo a tomar este tipo de decisiones, que a la vista de este investigador, y tomando en cuenta el interés superior del niño, considera que son decisiones que no toman en cuenta el interés completo de todos los niños en estado de adopción, claramente se ve un sesgo en la decisión que toma sobre que niños van a ser adoptados en primer lugar y que niños quedar relegados como segunda opción.

Este criterio que maneja el Consejo Nacional de Adopciones actualmente, según a la investigación realizada y la información brindada por el Consejo Nacional de Adopciones, las familias guatemaltecas a la hora de considerar la adopción, tiene una preferencia de edad de menos de 10 años.

Si sabemos que esta es la preferencia que hace el consejo dándole prioridad a los niños mayores de 10 años los cuales tiene una menor posibilidad de ser elegidos, y esto crea un problema nuevo, ya que los niños que quedan como segunda opción según el consejo nacional de adopciones, algunos si bien les va quedan en hogares temporales como él nos programas de familias sustitutas y en el peor de los casos estos serán institucionalizados.

Lo cual tiene un impacto negativo en los niños como lo veremos a continuación:

Según Carmen Leticia Alba Vega y Érica Fabiola Gómez Garibay, ambas psicólogas del Hogar Cabañas, en ciudad de México, indican que el impacto de estar institucionalizados lo derivan en tres aspectos negativos, siendo los siguientes:



a) Nivel de desarrollo de pensamiento crítico: “El elemental desarrollo de pensamiento crítico, reflejados en una serie de indicadores, como son:

La poca capacidad de elaborar preguntas, la dificultad de dar razones y fundamentar sus opiniones, hacer distinciones y establecer relaciones, usar analogías para entender, clasificar y categorizar, detectar supuestos e implicaciones y anticipar consecuencias; además de que no dominan algunas disposiciones sociales tales como escuchar a los otros con atención y con un intento autentico de internet lo que el otro dice, hablar con confianza y estar abierto a escuchar otras posibilidades.

Todos estos aspectos determinan el bajo nivel de concepción de su experiencia, vivir en una institución, cumplir un horario, vestir igual, jugar con unos y pelear con otros, sentir alegría, orgullo, enojo, o tristeza en las trivialidades de cada día, saber o no el día que regresara su familia o se incorporaran a un nuevo hogar, someterse a lo que debe hacer y elegir cuando se puede hacer, discernir entre lo fácil y lo difícil, lo bueno y lo malo, son estas y muchas más cuestiones que ameritan ser re-significadas con estrategias específicas que facilitan la formación de un juicio propio y el enriquecimiento del sentido de la vida misma.”

b) “Nivel Cognitivo: Desde otro punto de vista educativo, los niños y las niñas que viven institucionalizados, son personas con particulares niveles de desarrollo cognitivo, porque sus mismas condiciones de vida los exentan de conocimientos altamente significativos que se adquieren en el seno familiar. Por ejemplo: un niño pequeño puede saber que lo que como se llama piña, pero si se le muestran varias frutas en su estado natural como una sandía, un melón, una piña, y se le pregunta cuál de ellas saboreo y



que dé el nombre de cada una de ellas, muestra notable dificultad de nombrar de manera precisa la etiqueta correspondiente, debido a que no ha tenido la oportunidad previa de conocer su forma, color y textura.

La privación a la que están expuestos los conduce a tener fallas en la adquisición de habilidades básicas de pensamiento; tales como: el autocontrol, establecer relaciones espaciales y temporales. Elaborar hipótesis, observar y escuchar cognoscitivamente que les dificulta acceder a nuevos y variados campos de conocimiento.

Las habilidades básicas de pensamiento deber enseñarse y ejercitarse de manera significativa, intencional y sistemática, es necesario brindar a los niños la ayuda necesaria, adecuada a su nivel de desarrollo intelectual y habilidades para que participen activamente en su medio ambiente y logran trascender más allá del aquí y el ahora.”

c) Educación inicial: Esta tarea educativa lleva a actuar no solo en lo presente sino de manera preventiva cuando se interviene de manera responsiva en los primeros años de vida. Un bebe debe recibir respuesta cuando sonrío y cuando balbucea retroalimentar sus emisiones, o un niño pequeño que a cierta edad debe caminar con equilibrio y coordinación y ser capaz de tomar piezas pequeñas con su dedo pulgar e índice, u otros niños que tienen la disposición de escuchar con atención un cuento durante 15 minutos, u otros más que saben nombrar cada parte de su cuerpo, dibujar un rectángulo o hasta un rombo, son algunas de las habilidades que las escalas de desarrollo estandarizadas refieren para cada edad y que los menores institucionalizados en la mayoría de ocasiones no logran dominar en relación



cronológica a la generalidad de los niños que crecen en un ambiente familiar; de ahí que desde los primeros meses o años de su vida empiezan a tener un atraso significativo en su desarrollo.

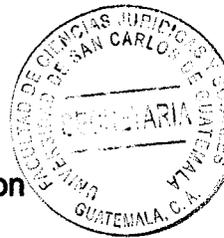
Lo peculiar de estas acciones es que los niños institucionalizados son privados de la medicación, intencional o no, que ocurre en escenarios naturales y de convivencia social y que afectan y determinan su personalidad.

Con estos riesgos mencionados anterior mente por las psicólogas en cuestión, es alarmante lo que un niño institucionalizado tiene que pasar incluso algunos por años soporta estas condiciones de un estado que tiene el deber de protegerlos pero que ha fallado en hacerlo.

Incluso el estado arriesga más a la población institucionalizada menor de edad, al juntar a los niños abandonados con menores de edad en conflicto con la ley en las casas hogar ya que no se hace una separación de niños que están en la misma por este tema y de los otros que se encuentran por algún conflicto con la autoridad.

Se debe tener un claro mapa de las personas que ingresan al sistema y así poder hacer una selección de que niños asignar a que centro de cuidado del estado, ya que no podemos solamente asignar niños como estos, lleguen a los centros.

Esto a lo que nos lleva es que estas instituciones hagan más daño a los niños ya que estas se convierten en una reclutadora para el crimen en Guatemala, ya que como es



de conocimiento general las maras tiene integrantes menores de edad que algunos son enviados a este tipo de casas hogar donde se encuentran con dicho semillero de niños abandonados por el estado, los cuales están deseosos de poder sentirse parte de algo y algunos deciden pasar a formar parte de dichas pandillas callejeras o dedicarse a una vida de criminalidad fuera de esta.

No solo esto se le suma el trato brutal que algunos sufren en ese ambiente con violaciones a sus derechos mínimos, por parte de sus cuidadores, aqueas personas que se supone tiene que tener las mejores intenciones para con ellos.

Es alarmante la situación en la que se encuentra Guatemala respecto a todo el tema, ya que no se puede hablar solo de una cuestión en específico sin antes poder observar todo lo que tenga que ver con el mismo, así como las posibles repercusiones que este puede llegar a tener, en un futuro próximo, si el país no hace nada por cambiar no solo se está poniendo en riesgo el futuro de los niños, sino también el futuro del país.

No sería demás decir que para que el estado, solucione todos los problemas los cuales fueron planteados en este trabajo de investigación, se tomara en cuenta las mismas soluciones que fueron planteadas por el autor de este trabajo de investigación, las cuales no requieren de una reforma completa, sino de una integración de normas y una sinergia institucional, cuestión que el estado debería de haber ya tomado en cuenta y realizar una investigación para analizar el daño y beneficios que esto podría acarrearle.



Por lo cual, siguiendo estas recomendaciones, se vería una solución eficaz, al problema y a la violación de derechos que el estado comete, con sus instituciones, a nivel nacional y a nivel internacional, por tanto, seguir u observar una perspectiva diferente no solo es recomendado, sino también urgente, para que se puedan solventar los problemas y la ineficacia institucional que se ha presentado de forma constante por todos estos años.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la República de Guatemala, actualmente se maneja un criterio erróneo, manejado por las instituciones antes mencionadas en este trabajo de investigación, según él informa brindado por las personas que tienen relación en los procesos de dichas instituciones y la investigación hecha por el autor, se determina que efectivamente el interés superior del niño, no se está tomando en cuenta como principio primordial.

Por lo cual una de la observación de este trabajo de investigación, es erradicar por completo, lo establecido por una norma ordinaria la cual es; La ley de Adopciones Decreto 77-2007, en especial es su apartado artículo 10, inciso b y g del mismo artículo, ya que esto contrarían por completo el principio de interés superior del niño.

Para lo cual se recomienda modificar el y tomar en cuenta estas opiniones en el proceso, y así poder cumplir con la ordenada la Constitución Política de la República de Guatemala y tratados internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por la Republica de Guatemala.

Una vez haciendo esto, se dejará de poner en peligro, el futuro de cientos de niños, así como su salud no solo física, sino que también la mental, cumpliendo así con lo establecido en la constitución y tratados, y mejorando y actualizando el sistema que se ha venido manejando ya desde hace ya más de catorce años.

Actualizando las normas internar, como ya bien es sabido se cumple con el principio de evolución del derecho, porque el derecho no es una norma estática, el derecho siempre



se va a encontrar en constante evolución, para lo cual Guatemala tiene que adaptarse, evolucionar, para no perecer en normas jurídicas anticuadas, obsoletas y las cuales no están a la altura de la época actual.

Por lo cual el estado se ve en la necesidad de evolucionar, innovar, desarrollar e incorporar procesos e instituciones, para que estas trabajen de una manera más armónica y así poder solucionar las carencias que el estado presenta en su actualidad.



BIBLIOGRAFÍA

ACNUR, Tratado de Directrices del ACNUR, para la Determinación del Interés Superior del Niño. Ed. 1. Mayo 2008

ALEXY, Roberto. El Concepto y la Validez del Derecho. E. Rus. 2010

BÁEZ, Buenrostro Edgar. Derecho de Familia. Ed. Mexca. 2007

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires Argentina. Ed. Heliasta. 1980.

CÁNOVAS, Diego Espín. El Negocio. Ed. Ándalus. 2006

DWORKIN, Richard. Los Derechos en Serio. Ed. Barcelona. 1978

ESTEVEZ, José Loiz. Sobre el Concepto de Naturaleza Jurídica. Ed. Alba. 1998

GOONESEKER, Samuel. El Mejor Interés del Niño. Ed. Schwartz. 2009

LARIOS, Ochaíta Carlos. Tratado Sobre los Derechos de la Adopción, Guatemala. Ed. Tzul 2005

MEDINA, Calzadilla María Aránzazu. La Adopción: Una Institución Jurídica Universal. Tomo 1. 1999

NAVARRO, Rosa Moliner. Artículo "Adoption, family and law". (Adopción, Familia y Derecho). 2009

ORLOTAN, Joseph Luis Eleazar. Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano. Tomo 1 España. 1847.



ROJAS, Edgar Baquerio. Derecho de Familia y Sucesiones. Segunda edición. 2005

RUBELLIN, Devich Fransuar. El Mejor Interés, Principio en la Ley Francesa y su Práctica. Ed. Frazch. 2006

SANTOS, Juan Iglesias. Derecho Romano. Decima octava edición. 1983

STRAUSS, Claude Levi. La Familia, Propiedad Privada y el Estado. Ed. Pen. 2009

VEGA, Alba Carmen Leticia y GARIBAY Gomez Érica Fabiola. Impacto Psicológico del Niño Institucionalizado. Uam.mx.cdi/rfdpicorregido.com (consultado el 28 de marzo de 2021)

VIDE, Carlos Rogel. Derecho de Familia. Ed. Mexca. 2003

<https://www.rae.es>. Real Academia Española. (Consultado: 04 de marzo de 2021)

Legislación:

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

Convención Interamericana de Derechos Humanos. San José Costa Rica. 1969.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Ginebra. 1990.

Código Civil Decreto. Decreto - Ley 106 Guatemala. 1963.

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

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

