

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO



**FINES DE LA ADOPCIÓN Y SUS IMPLICACIONES  
SOCIALES Y JURÍDICAS**

**M. Sc. BYRON ISRAEL VELÁSQUEZ ACOSTA**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2021

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

**FINES DE LA ADOPCIÓN Y SUS IMPLICACIONES  
SOCIALES Y JURÍDICAS**

**TESIS DOCTORAL**

Con distinción

**CUM LAUDE**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el

**M. Sc. BYRON ISRAEL VELÁSQUEZ ACOSTA**

previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTOR EN DERECHO**

Guatemala, octubre 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 González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

PRESIDENTA:	Dra.	María del Rosario Velásquez Juárez
VOCAL:	Dra.	Rosa del Carmen Bejarano Girón
SECRETARIA:	Dra.	Vilma Liceth Rojas Montejo

**RAZÓN:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 15 de julio de 2021

Doctor  
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria zona 12.

Distinguido Señor director

En cumplimiento de la resolución D.E.E.P. D.E.D. No. 027-2021, de fecha 5 de mayo de 2021, en la cual consta mi nombramiento como tutora de tesis del **MSc. Byron Israel Velásquez Acosta**, proferido por la dirección a su digno cargo, acepté la tutoría, orientación y seguimiento de la tesis doctoral del maestro antes mencionado denominada, **Fines de la adopción y sus implicaciones sociales y jurídicas.**

El referido trabajo fue ampliamente discutido con el postulante **Velásquez Acosta**, convenimos en que era necesario implementar algunas reorientaciones de forma y de fondo, a su propuesta inicial, las cuales fueron satisfechas completamente.

El contenido científico y técnico del trabajo reúne los requisitos necesarios, los métodos y técnicas de investigación utilizadas fueron las adecuadas conforme a la naturaleza de esta. Fue consultada la bibliografía pertinente al tema y en mi opinión adecuada, en cantidad y calidad; y las conclusiones congruentes con el desarrollo del trabajo de investigación.

El planteamiento que el maestro Velásquez Acosta efectúa en relación con la adopción y el enfoque social y jurídico del cual dota a su investigación es imprescindible en un tema de esta naturaleza, sobre todo porque las personas destinatarias y afectadas son niños, niñas y adolescentes; si bien es cierto que el instituto de la adopción nació con fines egoístas, porque en las soluciones positivas que el Derecho Romano brindó y adaptó a la problemática de la época, se planteaba el destino de los bienes, de las relaciones patrimoniales de que era titular el *de cuius*, al momento de su fallecimiento sin tener un heredero legítimo, en el devenir de la dinámica social, se fue degradando la figura, prevaleciendo el interés de las personas adultas y en algunas legislaciones la adopción fue considerada como un acto de piedad.



---

Dra. María Elisa Sandoval Argueta  
Abogada y Notaria. Colegiado 2632.  
Teléfonos: 22197830/5699-2844

En épocas no muy lejanas, se consideró al instituto de la adopción como una fuente que proveía de un hijo o hija a un matrimonio que no había sido dotado por la naturaleza del don de la procreación, el concepto de la adopción fue evolucionando hasta convertirse en un manantial que provee de amor, cuidados, alimentos y bienestar en general a un niño, niña o adolescente que por diversas circunstancias no lo tiene; es decir que se invierte el sujeto principal de la adopción para centrarse en el bienestar de los y las menores de edad, un instrumento para la restitución de derechos fundamentalmente desarrollarse plenamente como ser humano en un ambiente familiar.

Para bien de esta noble institución, hoy, se define la adopción como una institución social de protección y de orden público, tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona, congruente con el derecho internacional, que cobra vigencia mediante la ratificación y aceptación de convenios internacionales en materia de derechos humanos y en particular con las disposiciones que a la niñez se refieren.

Actualmente el concepto de adopción contiene principios como el de protección, interés superior del niño, legalidad, subsidiaridad, conocimiento informado, no discriminación, trato equitativo, oficialidad, gratuidad y cooperación internacional; y aunque la recepción del nuevo concepto de adopción y su nuevo régimen legal, en Guatemala ha estado lleno de inconvenientes, tómesese en consideración que la eficacia del cumplimiento y obediencia a la ley, pasa por una serie de condiciones necesarias tales como la evidencia que muestre en la realización del valor justicia, validez formal, claridad en su redacción, coercibilidad, perfeccionamiento de las disposiciones en cuanto a su completitud, flexibilidad y capacidad de adaptarse a la realidad social, publicidad y el apoyo de otros órdenes normativos como la moral, aspectos de orden técnico, dotación de infraestructura y recursos; al menos ya está dado el reconocimiento para que el instituto de la adopción tenga toda esa regulación, y superados los valladares para su implementación se pase al nivel de aplicación.

 Estimo que la ponencia personal del maestro **Byron Israel Velásquez Acosta** cobra vigencia e importancia en el marco del contexto contemporáneo jurídico-social, cuando la institución de la adopción tiene un sentido más humano, también considero que es una guía bastante completa e ilustrativa para quienes bregan con este cuerpo de conocimiento tan especializado, como es la adopción, que sirva para reinterpretar la concepción de la familia y de la adopción, considerar el interés superior de niños, niñas y adolescentes; pero por sobre todo desarrollarse plenamente como individuos y como seres sociales y su derecho humano a ser felices, lo cual redundará en la construcción de relaciones armónicas, fortalecimiento de la familia y una sociedad saludable en la cual estén debidamente atendidas aquellas personas que por azares del destino se han visto privados de un ente tan importante en el desarrollo y crecimiento de los seres humanos como lo es la familia.

Por las razones antes expuestas estimo que el trabajo de tesis doctoral efectuado por el maestro Velásquez Acosta cumple con los requisitos reglamentarios de la Escuela de

Estudios de Postgrado y en esa virtud me permito **dictaminar favorablemente**, a fin de que se continúe con el procedimiento correspondiente para que el ponente en su oportunidad efectúe la defensa de este trabajo de investigación.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para patentizarle mis muestras de consideración y respeto.

Atentamente,

  
Dra. María Elisa Sandoval Argueta  
Tutora de Tesis.

**Licda. María Elisa Sandoval de Aqueche**  
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 14 de octubre de 2021

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

### **FINES DE LA ADOPCIÓN Y SUS IMPLICACIONES SOCIALES Y JURÍDICAS**

Esta tesis fue presentada por el Mtro. Byron Israel Velásquez Acosta, del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán  
Colegiada 5456



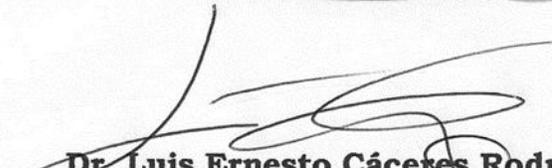
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,**  
Guatemala, 21 de octubre del dos mil veintiuno.-----

En vista de que el MSc. Byron Israel Velásquez Acosta aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** con distinción **Cum Laude** lo cual consta en el acta número 36-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“FINES DE LA ADOPCIÓN Y SUS IMPLICACIONES SOCIALES Y JURÍDICAS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

## **Dedicatoria**

A Dios por sus bendiciones.

A mi esposa Evelyn Maribel Colindres de León, por su valioso apoyo.

A mis hijos Byron Eduardo y José Ángel, esperando les sirva de motivación.

A mis padres, Virgilio y Eloisa (QEPD) por ser la base de los que ahora soy.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por la formación y oportunidades que me han brindado.

## Contenido



Introducción .....	1
Capítulo I. Antecedentes históricos .....	6
1. Origen de la familia .....	6
2. Evolución de la familia y la adopción en la época antigua .....	8
2.1 Código de <i>Ur-Nammu</i> .....	9
2.2 Código de Hammurabi .....	9
2.3 Leyes Hititas .....	12
2.4 Código Asirio.....	13
2.5 Egipto.....	15
2.6 Grecia .....	16
2.7 Roma .....	18
2.8 Derecho germánico.....	20
3. La evolución de la familia y la adopción en la sociedad feudal .....	20
4. La familia y la adopción en el capitalismo .....	29
Capítulo II. Estudio histórico de la adopción en el marco jurídico de Guatemala .....	48
1. El Código Civil de 1877 .....	48
2. La reforma de 1882 al Código Civil .....	50
3. La reforma de 1926 al Código Civil .....	50
4. El Código Civil de 1933 .....	51
5. La Constitución de la República de Guatemala de 1945.....	51
6. Decreto Número 375 del Congreso de la República de Guatemala (Ley de Adopciones) .....	52
7. La Constitución de la República de Guatemala de 1956.....	54
8. El Código Civil de 1963 .....	55
9. La Constitución de la República de Guatemala de 1965.....	58
10. Ley Reguladora de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria .....	58
11. La Constitución Política de la República de 1985 .....	60
Capítulo III La recepción del derecho internacional en materia de adopciones en el derecho interno de Guatemala .....	62



1. Definición de derecho internacional .....	62
2. Antecedentes del derecho internacional público .....	62
3. Los derechos humanos en el marco del derecho internacional .....	65
4. El marco convencional de la adopción .....	71
5. La recepción del derecho internacional en el derecho interno de Guatemala .....	76
6. Consecuencias de la falta de incorporación del derecho internacional al derecho interno .....	85
Capítulo IV. La adopción en la Ley de Adopciones .....	89
1. Definición de la adopción en el sistema jurídico guatemalteco actual .....	89
2. Clases de adopciones .....	90
2.1 Atendiendo a la residencia habitual del niño y de la familia interesada en la adopción .....	90
2.2 Atendiendo al sujeto que puede ser adoptado .....	91
2.3 Atendiendo al sujeto que adopta .....	94
3. Procedimiento de la adopción .....	94
3.1 Fase judicial. La declaratoria de adoptabilidad .....	95
3.2 Fase administrativa. Procedimiento administrativo .....	97
3.3 Fase judicial. La homologación .....	100
4. Seguimiento postadoptivo y búsqueda de orígenes .....	100
5. Derechos que se logran realizar por medio de la adopción .....	101
Capítulo V. Las implicaciones jurídicas y sociales de la Ley de Adopciones .....	103
1. El establecimiento del Consejo Nacional de Adopciones como Autoridad Central en la materia .....	103
2. El letargo en los casos en transición .....	108
3. Los procesos de protección todavía no permiten defender y garantizar eficazmente los derechos del niño .....	115
4. El controversial abrigo en familia sustituta .....	120
5. El uso excepcional del cuidado residencial .....	127
6. El conocimiento informado en la adopción .....	138
7. Las adopciones prioritarias .....	143
8. La subsidiaridad de la adopción internacional .....	147
9. Servicios postadoptivos .....	151
10. La adopción por familias homoparentales .....	154

Conclusiones.....163  
Bibliografía .....165  
Referencias jurídicas .....171





## Índice de gráficas

Gráfica 1. Adopciones internacionales en el mundo: niños adoptados 1963- 2013	38
Gráfica 2. Estados Unidos de América y Guatemala: tasa bruta de natalidad de 1960 al 2018	39
Gráfica 3. Estados Unidos de América y Guatemala: tasa de mortalidad infantil 1960-2018	40
Gráfica 4. Estados Unidos de América y Guatemala: tasa de fertilidad 1960-2018	40
Gráfica 5. Estados Unidos de América y Guatemala: Prevalencia de uso de método anticonceptivo 1965-2016	41
Gráfica 6. Adopciones aprobadas en Guatemala y niños recibidos en adopción en Estados Unidos de América	87
Gráfica 7. Consejo Nacional de Adopciones: Distribución por programas del presupuesto asignado en el 2020	107
Gráfica 8 Estado de los expedientes de adopciones en transición al 15 de diciembre del 2009	111
Gráfica 9. Consejo Nacional de Adopciones: sentencias judiciales y su presunto incumplimiento con la Ley de Adopciones	117
Gráfica 10. Consejo Nacional de Adopciones: niños declarados adoptables por año de notificación de la resolución y que aún están pendientes de ser integrados en familia adoptiva, al 20 de junio del 2019	127
Gráfica 11. Hogares de protección: servicios que se proveían a los niños abrigados en el 2007	129
Gráfica 12. Hogares de protección: distribución etaria de los niños que estaban abrigados a finales del 2007	129
Gráfica 13. Hogares de protección: motivos por los que están abrigados los niños a finales del 2007	130
Gráfica 14. Consejo Nacional de Adopciones: niños en entidades de abrigo 2010 - 2018	135
Gráfica 15. Consejo Nacional de Adopciones: distribución de los niños abrigados en hogares, por edad, en el 2013	136
Gráfica 16. Consejo Nacional de Adopciones: motivo de abrigo de los niños institucionalizados en 2013	137
Gráfica 17. Consejo Nacional de Adopciones: madres y/o padres orientados y seguimientos posteriores a la decisión de preservación familiar 2014-2019	142
Gráfica 18. Consejo Nacional de Adopciones: adopciones nacionales y adopciones prioritarias 2008-2019	145
Gráfica 19. Consejo Nacional de Adopciones: niños pendientes de ubicación y adopciones nacionales 2008.2019	147
Gráfica 20. Consejo Nacional de Adopciones: tendencia en las adopciones nacionales y en las adopciones prioritarias 2008-2018	150



Gráfica 21. Consejo Nacional de Adopciones: requerimientos de servicios en búsqueda de orígenes 2016-2019 ..... 154

## Índice de tablas

Tabla 1. Comparación entre el Código de la Niñez y la Juventud y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia .....	82
Tabla 2. Consejo Nacional de Adopciones: clasificación de hogares en el 2017 y 2018 .....	134

## Índice de figuras

Figura 1. Código de Hammurabi.....	10
Figura 2 Guatemala: fases de la adopción conforme a la Ley de Adopciones .....	95

## Lista de siglas y acrónimos

CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CICIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNA	Consejo Nacional de Adopciones
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJ	Corte Suprema de Justicia
Ley PINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia
MP	Ministerio Público
NNA	Niño, niña o adolescente
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de Naciones Unidas
PGN	Procuraduría General de la Nación
SBS	Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República de Guatemala
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia



## Introducción

El derecho es un elemento cultural que evoluciona para responder a las necesidades de cada sociedad históricamente determinada. La adopción, que implica tomar como hijo propio a alguien que biológicamente descende de otras personas, es una institución jurídica que surgió en un momento de la Antigüedad, no ha sido estática sino cambiante, ha evolucionado e incluso sufrido cambios radicales para adecuarse a los requerimientos que se dan dentro de la sociedad.

La adopción está relacionada con la familia, pues como se anotó arriba, significa que alguien deja a su familia biológica para integrarse a la adoptiva. Esto hace que sea necesario estudiar la evolución de la familia como el marco en el que se da la adopción, lo que permite conocer que el surgimiento de la propiedad privada provoca la necesidad de la sucesión y que ante la falta de descendientes (sin haber inventado el testamento) permite el uso de la adopción como una opción para tener sucesores. El invento de la sucesión testamentaria deja sin importancia la adopción. El cristianismo fortalece la tendencia a la extinción. No obstante, posteriormente, sucesos concretos hacen que se le incluya en la legislación, tanto en España como en Francia, y de ahí llega a Guatemala. Esa adopción se entendía como un acto de piedad o de asistencia de un adulto hacia un niño que estaba fuera del amparo de sus padres, en el que el centro de los procesos era la familia adoptiva. Esta manifestaba su deseo de adoptar y entonces se buscaba al niño que podía integrarse con ellos, muchas veces sin importar si el adoptado contaba con la atención de su familia biológica.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Guatemala ratificó ese instrumento internacional el 6 de junio de 1990, el cual entró en vigencia el 2 de septiembre del mismo año.

La Convención implica reconocer que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. En este marco, los Estados asumen



compromisos que pueden alcanzarse si se cuenta con una legislación interna congruente. En ese contexto, el Congreso de la República de Guatemala emitió, entre otros, el Decreto Número 27-2003 que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Ley PINA) y el Decreto Número 77-2007 que contiene la Ley de Adopciones.

En el primer cuerpo legal sobresalen los artículos 18 y 22. En el 18 se expresa que todo niño, niña y adolescente (NNA) tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia, en tanto que en el 22 se reconoce la institución de la adopción de los NNA, debiendo garantizarse que en el ejercicio de esta se atienda primordialmente a su interés superior y se practique conforme a los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia, aceptados y ratificados por Guatemala.

En el segundo cuerpo legal se creó el Consejo Nacional de Adopciones (CNA), en el que se reconoce la adopción como una institución de interés nacional y se regula su procedimiento judicial y administrativo.

De lo expuesto se desprende que hay dos realidades, la anterior y la posterior al inicio de la vigencia de la ley de adopciones. Por ello resulta necesario hacer una sistematización de los antecedentes generales de la adopción, relacionarlos con la realidad guatemalteca, para mediante un procedimiento científico, inferir cuáles han sido los fines de la institución y luego establecer cuáles son las implicaciones sociales y jurídicas que esta tiene, de lo cual se ha escrito poco y parece ahora oportuno hacerlo, dado que recientemente se han alcanzado trece años de vigencia de la Ley de Adopciones. Esta encierra un procedimiento diferente al que tradicionalmente se desarrolló y por lo mismo tiene implicaciones sociales y jurídicas particulares, por lo que el problema de investigación se definió así:

¿Cuál es el fin de la adopción y cuáles son sus implicaciones sociales y jurídicas?

Por la naturaleza de la investigación que se planteó, esta no tenía inicialmente una delimitación temporal y espacial, únicamente una material, que es la que se ha descrito en los párrafos anteriores. No obstante, en el desarrollo del trabajo la atención se fue concentrando en Guatemala, y al tratar las implicaciones, se tiene como temporalidad el



ámbito que inicia con la vigencia de la Ley de Adopciones (30 de diciembre de 2007) al 2019.

Las hipótesis que se buscó comprobar con la investigación son:

- En la medida que el fin de la adopción sea la restitución del derecho a vivir en un ambiente familiar se asegura la realización de otros derechos humanos.
- Actualmente, la adopción es una institución que tiene implicaciones en la familia y en la sociedad, que repercutirán en una adecuación del ordenamiento jurídico de la misma en Guatemala.

Los objetivos que se persiguieron son:

En general:

- Determinar cuál es el fin de la adopción y establecer qué implicaciones sociales y jurídicas tiene esta institución.

En particular:

- Analizar los principales antecedentes históricos de la adopción como institución, particularizando la atención en el marco jurídico guatemalteco.
- Identificar cuáles son los fines de la adopción, considerando las diferentes variedades que presenta esta institución en la legislación guatemalteca.
- Establecer que implicaciones tiene actualmente la adopción en lo social y lo jurídico, en el contexto nacional.

La metodología que se aplicó en la investigación parte del reconocimiento de que la realidad es dinámica, tiene una historia y que, al comprenderla, permite entender el presente y tener alguna reflexión sobre el futuro.

Para demostrar las hipótesis se tomó una postura en la que se reconoció la necesidad de una pluralidad de métodos, principalmente de carácter cualitativo. Se aplicó un método de investigación documental en el que las técnicas que se utilizaron son la lectura y el fichaje. Estas técnicas se aplicaron al consultar artículos, revistas, libros, informes y expedientes administrativos y judiciales, así como otras fuentes de información en internet. Se hizo uso del análisis para descomponer los textos y estudiar cada uno de sus



elementos, lo que obligó a que posteriormente se hiciera uso de la síntesis. Se utilizó la deducción al tomar en cuenta lo general de la teoría y luego relacionarlo con la realidad en materia de adopciones que se tiene en Guatemala. Igualmente, se hizo uso de la inducción después de analizar los casos particulares e inferir las respectivas conclusiones. Dentro de los elementos claves a estudiar están algunas sentencias judiciales e informes de entidades gubernamentales, que permitieron comparar dos momentos, uno antes y otro posterior a la vigencia de la ley de adopciones, con lo que se estableció las diferencias entre estos y consecuentemente se pudo concluir sobre las implicaciones sociales y jurídicas que se dan con la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Este informe consta de cinco capítulos. En el primero, se tratan los antecedentes históricos, comenzando por el origen de la familia, la evolución de esta y el surgimiento de la adopción en la Época Antigua, el desarrollo que tuvo dentro de la sociedad feudalista y finalmente los cambios radicales que presenta en la sociedad capitalista. En el segundo, se presenta un estudio histórico de la adopción en el marco jurídico de Guatemala, considerando su tratamiento en los códigos civiles de 1877, 1933 y 1963 así como su inclusión en las Constituciones Políticas de 1945, 1956, 1965 y 1985 y el desarrollo especial que se dio desde la primera Ley de Adopciones (Decreto Número 375 del 5 de mayo de 1947) hasta llegar a la contenida en el Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

Asimismo, en el tercer capítulo se hace referencia a la recepción del derecho internacional en materia de adopciones en el derecho interno de Guatemala, para lo que se hacen consideraciones sobre el marco convencional de la adopción, la recepción por medio de la Ley PINA y especialmente en la Ley de Adopciones. El cuarto, por su lado, encierra un análisis de la adopción en la Ley de Adopciones, la definición de la adopción en el derecho guatemalteco, las clases de adopción que se reconocen legalmente, el procedimiento de adopción, el seguimiento postadoptivo y la búsqueda de orígenes, para finalizar con la identificación de los derechos que se pueden restituir por medio de esta institución. En el quinto, se estudian las implicaciones sociales y jurídicas de la Ley de Adopciones, entre las que se tienen el establecimiento del CNA como autoridad central

en la materia, el letargo en la resolución de los casos en transición, las dificultades que encierran los procesos judiciales de protección integral de la niñez y adolescencia, el controversial abrigo en familia sustituta, el uso excepcional del cuidado residencial, el conocimiento informado en la adopción, las adopciones prioritarias, la subsidiaridad de la adopción internacional, los servicios postadoptivos y la adopción por familias homoparentales. Finalmente, se presentan las conclusiones a las que se llegó con el proceso de investigación.





## Capítulo I. Antecedentes históricos

### 1. Origen de la familia

El derecho es un elemento cultural que evoluciona para responder a las necesidades de cada sociedad históricamente determinada. La adopción como una institución jurídica surgió en un momento, no ha sido estática sino cambiante, ha evolucionado e incluso sufrido cambios radicales para adecuarse a los requerimientos que se dan dentro de la sociedad. El origen de la adopción se explica por la evolución que ha tenido la familia.

Según Morgan, citado por Engels (2017), la familia ha atravesado por cuatro etapas: la familia consanguínea, la familia punalúa, la familia sindiásmica y finalmente la familia monogámica. En cada una de estas, se distinguen características que se pueden parafrasear así (Engels, 2017):

- a) La familia consanguínea. En esta las abuelas y los abuelos son esposos entre sí, de igual manera los hijos de estos, es decir, las madres y los padres como generación constituyen parejas entre sí, y luego todos los hijos como tercera generación también tienen relaciones entre sí. Los niños son hijos de todas las mujeres y los hombres de la generación anterior y tienen como abuelos a los padres y madres de esas mujeres y de esos hombres. Los ascendientes y los descendientes son los únicos que quedan excluidos de estos deberes y derechos que surgen del matrimonio. En esta familia todo niño tiene como madre y como padre a todas las mujeres y a todos los hombres de la generación anterior. En ese contexto, no pudo darse el concepto de niño huérfano o abandonado. El parentesco se computaba por la línea materna.
- b) La familia punalúa. Al primer progreso de exclusión de las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, ahora se une uno nuevo, la exclusión de las relaciones entre hermanos, hijos de una misma mujer (hermanos uterinos). Estos procesos son una ilustración de la selección natural, que seguramente mostró, que las tribus que la adoptaban tenían un desarrollo más rápido y completo. En esta familia un niño tiene como madres a su madre biológica y a las demás mujeres y como padre a todos los hombres de la tribu, menos a los hermanos de su madre



biológica. De igual manera que en el caso anterior, en esta familia no hay problemas con la sucesión hereditaria, pues no ha surgido la propiedad privada y tampoco existen niños huérfanos o abandonados.

- c) La familia sindiásmica. Implica uniones conyugales por un tiempo más o menos largo, en donde la mujer tiene un esposo principal entre todos los demás y el hombre tiene a una mujer como pareja principal entre todas sus mujeres. Los vínculos se pueden disolver con facilidad por una u otra parte, pero los hijos siempre pertenecen a la mujer. Esta es la familia que presenta América antes de su descubrimiento y conquista. En el marco de esta forma de organización de la familia, la división natural del trabajo implicó designar al hombre como el responsable de procurar la alimentación y los instrumentos de trabajo necesarios para ello; por consiguiente, era, por costumbre, el propietario de dichos instrumentos, y al momento de romperse el vínculo conyugal, se los llevaba consigo. La descendencia solo se contaba por línea femenina, y según la primitiva ley de la herencia imperante en la gens, los miembros de esta heredaban al principio de su pariente gentil fenecido. En ese momento, estos bienes eran de poca importancia y pasaban en la práctica a los parientes más próximos, es decir, a los consanguíneos por línea materna, por lo que el hombre no tenía interés en conocer o tener descendientes identificados. En esta organización tampoco era posible el concepto de niño huérfano o abandonado.
- d) La familia monogámica. En Europa, la familia presentó otra etapa más avanzada. La domesticación de animales y la cría de ganado habían permitido una riqueza cada vez mayor y la misma, siguiendo los patrones de la etapa anterior, sería heredada por los parientes consanguíneos por línea materna del difunto, pero no estaría disponible para sus hijos, pues ellos pertenecen a la gens de la madre y no a la de su padre. La riqueza cada vez más caudalosa, creada por el hombre, no quedaba con la gens de los hijos. Para superar la dificultad, fue necesario que, en lo venidero, los descendientes de un miembro masculino permanecieran en la gens, pero los de un miembro femenino, saldrían de ella, pasando a la gens de su padre. Así, con el surgimiento de la propiedad privada y la preocupación por su transcendencia, quedaron abolidos la filiación femenina y el derecho hereditario



materno, sustituyéndolos la filiación masculina y el derecho hereditario paterno. En esta etapa el niño ya cuenta solamente con un padre y una madre y si se da la muerte del progenitor, sigue en la gens de él, no queda huérfano ni abandonado, este es el momento del surgimiento del patriarcado. Cuando se daban las guerras, se mataba a los hombres de las tribus derrotadas y solo ocasionalmente eran esclavizados<sup>1</sup>, en algunas ocasiones las mujeres pasaban a poder de los triunfadores, así como los hijos de estas. La preocupación del hombre por la trascendencia de su patrimonio y la continuidad de la adoración de sus dioses solo se puede alcanzar si se tiene hijos. Este elemento histórico permite obtener un indicio para explicar el surgimiento de la adopción, no por la condición del niño, sino por la necesidad del hombre a garantizar la sucesión hereditaria.

## **2. Evolución de la familia y la adopción en la época antigua**

Las sociedades de la Antigüedad presentaron formas de organización despótico tributarias y esclavistas. Esto implica que se trata de sociedades politeístas en las que la religión tuvo un papel relevante para facilitar el ejercicio del poder político. En las sociedades esclavistas la fuerza de trabajo es proporcionada por los esclavos, los que ya son capaces de producir un excedente económico que permite cubrir las necesidades de sus amos, quienes quedan liberados de la obligación de trabajar y tienen tiempo para contemplar la realidad y buscar algunas explicaciones sobre ella. Las sociedades esclavistas crearon el derecho como instrumentos al servicio de la clase dominante, con fuertes vínculos con la religión y dando la calidad de personas únicamente a los esclavistas, no así a los esclavos, a quienes se les tiene jurídicamente como cosas, como animales o herramientas parlantes.

Para conocer cómo evolucionó la institución de la familia, y con ella la sucesión y la adopción, se hace referencias a algunas sociedades y cuerpos jurídicos relevantes de la antigüedad.

---

<sup>1</sup>La fuerza de trabajo todavía no está en capacidad de producir un excedente, por tanto, conservar vivos a los derrotados no implica contar con una fuente de riqueza adicional sino una carga para los triunfadores.



## 2.1 Código de *Ur-Nammu*

El Código de *Ur-Nammu* es el texto jurídico más antiguo que ha llegado hasta estos días, fue creado entre los años 2100 y 2050 a. C., durante el reinado de *Ur-Nammu* de Ur (2112 - 2095 a. C.), quien es citado en el prefacio. Hay algunos historiadores que consideran que en realidad data del reinado de su hijo *Shulgi*, por lo que también recibe el nombre de Código de Shulgi (Drapkin, 1982). Su ámbito territorial es Mesopotamia.

Este código está escrito en sumerio, la primera traducción se debe a Samuel Noah Kramer y fue publicada en 1952. Se basó en el primer hallazgo, dos fragmentos encontrados en Nippur. En ellos se distinguían el prefacio y cinco leyes. Posteriormente, se halló otra copia en Sippar, con ligeras variantes. El código distingue dos estratos sociales, los hombres libres y los esclavos (Drapkin, 1982).

En este código se hace referencia al concepto de huérfanos, cuando el rey expresa: “El huérfano no lo entregué al rico” lo que permite inferir que era al rey a quien correspondía la decisión de ubicar a los huérfanos en familia. Por ello, se considera que ya se tiene la adopción como una práctica social; sin embargo, no se tienen elementos para identificar con precisión el fin de esa institución.

## 2.2 Código de Hammurabi

El Código de Hammurabi data del 1750 a.C., en Babilonia; está contenido en una estela de 2.25 metros de altura por 50 centímetros en zona más ancha. En la parte superior está representado Hammurabi de pie, delante del dios solar de la equidad en Mesopotamia, Shamash; en tanto que debajo están inscritos en caracteres cuneiformes acadios, las 282 leyes que regían la vida cotidiana. La estela fue encontrada en Susa, (Irán) donde en 1200 a. C. fue llevada como botín de guerra por el rey de Elam, Shutruk-Nakhunte. Se conserva en el Museo del Louvre (París) (Drapkin, 1982).

De la lectura del Código de Hammurabi, (Anónimo, sf) se desprende que Babilonia se basó en una familia patriarcal en la que el parentesco se determinó por el lado del padre.

Esto se desprende de la norma que establece que, si un hombre estaba preso y en su casa no había comida, la esposa podría entrar en la casa de otro e incluso alumbrar hijos, pero cuando regresaba el marido, la mujer volvía con él, pero los hijos seguían con su padre.

Figura 1. Código de Hammurabi



Tomado de [https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo\\_de\\_Hammurabi](https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi)

La importancia de los hijos se evidencia con otros dos ejemplos:

- a) si un hijo era rehén por razones de embargo y moría por golpes, si el padre lo probaba; ejecutaban al hijo del mercader y
- b) si un hombre raptaba al hijo menor de edad de otro hombre, lo ejecutaban.

Para la celebración del matrimonio, un hombre o su padre, podía comprar a una mujer para que fuera esposa y el padre de la joven entregaba una dote. Si la joven era una sacerdotisa, podía ofrecer una esclava a su esposo para procrear.

En esta familia no se permitían las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes de primer grado. Si un hombre tenía relaciones con su hija, sufría del destierro y si un hombre yacía con su madre, después de muerto su padre, ambos eran quemados.

El padre de familia era el que disponía de la propiedad. La propiedad tenía limitaciones. Un militar o un colono no podían escriturar parte de su campo, su huerto o su casa en favor de su esposa o de su hija, ni darlos para saldar una deuda. No obstante, se reconoce que un padre sí podía extender un documento sellado en el que regalaba a su esposa un campo, una huerta o un objeto; bienes que después de muerto, no podían ser reclamados por los hijos para sí, quedaban en posesión de la madre, la que no podía venderlos, pero sí podía posteriormente decidir quién de sus hijos sería el heredero de estos.

Los hijos eran quienes podían heredar. Se heredaba el patrimonio del padre y la dote de la madre. Si una mujer no podía procrear, el hombre se podía divorciar o tener una concubina, que incluso podía ser una esclava. El padre podía declarar “sois hijos míos”



a los hijos que tuvo con la concubina para que cuando muriera, ellos tuvieran derecho a la herencia. Un padre podía pretender desheredar a un hijo, pero era un juez el que decidía si la falta que motiva esa intención era suficientemente grave.

Como se anotó antes, el hombre puede dejar un peculio a la esposa; sin embargo, si no lo hace, ella tendrá derecho a parte de la herencia en igual proporción que un hijo.

Si una viuda con hijos pequeños se convertía en esposa de otro hombre, se debía describir en una tablilla el patrimonio del primer marido y quedaba en custodia del marido nuevo y de ella, y no podrían venderlo, pues posteriormente se lo debían entregar a los hijos.

Se reconoció la adopción. Un hombre podría tomar un recién nacido, adoptarlo y criarlo, sin embargo, si no lo trataba como hijo, el niño regresaba con su padre biológico. Igualmente, si el niño no cesa de buscar a sus padres, debería volver a la casa de su padre. Si un artesano se lleva un niño para criarlo y enseñarle el oficio, no podía ser reclamado; pero si no le enseñaba, el niño podía regresar a la casa de su padre. Esto último, permite interpretar que, en algún momento, la adopción se pudo considerar como una fuente de mano de obra.

De la descripción anterior, se infiere en el marco del Código de Hammurabi, que la adopción existió como una institución que permitía a un hombre contar con hijos para asegurar la continuidad de su patrimonio o de su oficio y no con otro fin. Esto se confirma al considerar que se le permitía al hombre que había adoptado, “deshacerse” del niño, cuando lograba formar una familia y tener hijos propios, aunque se le obligaba a entregar un peculio al niño, formado por bienes muebles (no podía incluir el campo, el huerto o la casa).

El niño adoptado también podía recibir un castigo si decía “tú no eres mi padre, tú no eres mi madre”, le cortaban la lengua; y si averiguaba y se marchaba a la casa de su padre biológico, le sacaban un ojo. Estas normas evidencian que es al adoptante y no al adoptado a quien se reconoce como sujeto de derechos.



## 2.3 Leyes Hititas

Hatti o Imperio hitita fue un Estado de la Antigüedad que se originó cerca del siglo XVII a. C. y sucumbió cerca del siglo XII a. C. El territorio en que se asentó es Anatolia (hoy Turquía).

Estas leyes fueron recopiladas aproximadamente en 1650 a. C. y resumidas en neohitita hacia 1350-1200 a.C. Consta de dos series de 100 disposiciones cada una (Tablillas I y II), llamadas por los hititas "Si un hombre" y "Si una viña", por sus respectivos comienzos (Fatás Cabeza, 2001).

De la lectura de estas normas, se infiere que persiguieron principalmente proteger la vida y la propiedad privada, así como regular el precio de algunos bienes y las relaciones sexuales.

Cuando se celebraba el matrimonio, el padre de la novia tenía que aportar una dote, la que quedaba en poder del esposo si la mujer moría, salvo que ella viviera en la casa de su padre. Si era un pastor o un guardia el que tomaba como esposa a una mujer libre, esta se tendría como esclava por cierto tiempo y los hijos de ella podían ser explotados, pero no tendrían la calidad de esclavos.

La madre podía repudiar a su hijo, rasgándole el traje; pero, también podía volverlo a tomar como su hijo. No hay referencia de que el padre pudiera repudiar a su hijo.

La mujer podía repudiar a su esposo y el hombre podía divorciarse de su esposa. El hombre podía quedarse con la tierra y los hijos.

No se admitían las relaciones sexuales entre un hombre y su madre o su hija o hijo. Tampoco se permitían con la madrastra en tanto viva con el padre. Sí se permitía que un hombre libre tuviera relaciones con mujeres hermanas libres e incluso con la madre de estas, en tanto vivieran en ciudades diferentes. También se permitía que dos hermanos tuvieran relaciones con la misma mujer; pero no era permitido que un hombre tenga relaciones con la esposa de su hermano (en tanto esté vivo) o con la hermana de



su esposa. Si el esposo muere la mujer es tomada como esposa por un hermano, si este muere, será tomada por el padre, y si muere este, por el hijo del hermano.

La descripción anterior permite conocer cómo los hitos avanzan hacia la conformación de la familia monogámica patriarcal, basada en la propiedad privada y consecuentemente caracterizada por la división en clases sociales.

## 2.4 Código Asirio

El pueblo asirio se asentó al norte de Mesopotamia. El código data del siglo XII y XI a. C. De la lectura de las normas de este código se desprende que el parentesco se determina por el lado del padre, quien tiene el derecho de propiedad (Wagner, 1999). La lectura del código (Fatás Cabeza, 2001) permite identificar lo siguiente:

La hija que se casaba podía vivir en la casa de su padre y no tenía derecho a heredar, pues el patrimonio del esposo que fallece, incluyendo las joyas que utilizó para “adornarla”, se dividían entre los hermanos del difunto, si no había hijos. Si había hijos, ellos se quedan con la herencia, incluyendo las joyas. La mujer que tenía hijos era entregada en matrimonio a su suegro, salvo cuando él también había fallecido, entonces era viuda y podía ir a donde quisiera.

Si la mujer entraba en la casa de su esposo, la dote y todo cuanto llevaba, así como los bienes que le entregaba su suegro, pasaban a disposición de sus hijos y los hermanos de su esposo no podían reclamar. El esposo podría despojarla de esos bienes y decidir a qué hijo entregárselos.

Si una viuda contraía segundas nupcias y tenía un hijo póstumo del marido anterior y él se criaba en la casa del nuevo esposo; pero no se redacta una tablilla relativa a su adopción, no tendría parte en la herencia de la casa de quien lo crio, pero tampoco sería responsable de sus deudas. Conservaba su derecho a heredar en la casa de quien lo engendró.

También se reconoció alguna variante de la sucesión por representación. Si un hombre le quita la vida a otro heredero, cuando todavía no se había repartido la herencia, lo



entregaban al pariente de la víctima quien decidía si lo mataba o se quedaba con la herencia de él.

Según Ángel Luis González Torres (2007), quien hace una síntesis de la obra de Georges Cantenau, la adopción podía darse en un matrimonio, con o sin hijos, ya sea de la esposa o de la concubina, a quien se le consideraba parte de la familia. El poder del padre sobre los hijos era igual para los adoptivos quienes tenían los mismos derechos de sucesión que el resto de los hijos, pero nunca en su detrimento. El acto de la adopción se celebraba ante testigos, en el que el adoptado ofrecía un regalo de diverso valor al padre adoptivo como agradecimiento. Este regalo dio lugar a ciertos procedimientos para eludir la ley, sobre todo en bienes que no se podían vender, sino únicamente transmitir por herencia, como ocurre con los feudos reales. El padre podía invalidar la adopción y devolver al hijo adoptivo; sin embargo, esto no era frecuente, dada la necesidad de abundante mano de obra por parte de la sociedad y del Estado, lo que motivaba a que se conformaran familias numerosas y se favoreciera la adopción.

Según Justel, (2018) quien ha hecho un estudio de la documentación cuneiforme mesopotámica y siria, a lo largo de esta, se encuentran diferentes ejemplos de impresiones de pies infantiles en arcilla, tanto escritas como anepígrafas, que seguramente tenían como fin la identificación de niños que eran vendidos o adoptados.

Justel (2018) es del criterio de que, en épocas de crisis, como la que vivió la Siria de los siglos XIII–XII a. C., un hijo sería realmente importante a la hora de contribuir en trabajos del hogar, o incluso con el objetivo de ser vendido posteriormente y así recibir una remuneración. Ello generaría que las familias que tuvieran hijos no deseados optarían por lo general por dichas soluciones, así como por las entregas en adopción, recomendables a varios niveles: social (no estaría mal visto, sino que eran prácticas legales), económico (recibían dinero por sus hijos) o sentimental (no condenaban a su descendencia a una muerte segura o a un futuro incierto); por lo que apenas se posee referencia de que niños abandonados posteriormente sean salvados y hechos esclavos

Justel afirma que la “mayor parte de las adopciones próximo-orientales conocidas son de adultos” (Justel, 2018, pág. 82), aunque se tiene evidencia de diez contratos encontrados



en Nuzi, en los que un niño es entregado en adopción, compareciendo siempre al menos uno de los padres biológicos, quien siempre vela por los beneficios de su hijo. Sin embargo, hay cuatro documentos en los que aparece dentro de la fórmula la condición de que si el padre adoptivo tuviera hijos biológicos, estos heredarían como si fueran primogénitos, y el joven adoptado sería considerado menor.

Según Justel (2018) los contratos de adopción para los adultos podían estar relacionados con los testamentos, y tratan más puntos que la adopción, pues incluyen el propósito básico que consiste en disponer de los bienes y asuntos que atañen al adoptado para después de la muerte del adoptante.

## **2.5 Egipto**

En Egipto, la familia seguía un modelo patriarcal y nuclear, estaba integrada restringidamente por los cónyuges y los hijos; aunque también podían convivir en el hogar las hermanas viudas o solteras de los cónyuges, los padres de estos o incluso la concubina, a quien se le consideraba parte de la familia (Alonso y Royano, 1998) (Campagno, 2006),

Para la conformación de una familia se celebraba un contrato que representaba una garantía para la mujer, pues el esposo se comprometía a garantizar la satisfacción de las necesidades de quien sería su esposa. Cada hombre podía celebrar cuantos contratos quisiera siempre que su condición económica se lo permitiera, de ahí que se desprende que la familia de Egipto no era monogámica por disposición legal. La mujer se traslada a la casa del esposo y el parentesco se define por la línea paterna (Alonso y Royano, 1998).

La propiedad privada, principalmente sobre la tierra, se caracterizaba por el principio de indivisibilidad. Los bienes no se podían dividir, el hijo primogénito sucedía al padre, aunque hay evidencias de algunas excepciones en las que se hacía un reparto entre varios hijos. De no haber descendientes, se optaba por extraños (Alonso y Royano, 1998). Según Alonso y Royano, en el Papiro Boulag X, en sus líneas 10 y 11, expresa:



*“Dice el Horus, Vida, Salud y Fuerza: A quien entierra a sus padres se debe entregar la propiedad...”* (Alonso y Royano, 1998, pág. 44)

Según Baelo Alvarez (2013), cuando la pareja no podía tener hijos los adoptaban para garantizar la preservación del patrimonio, celebrando un contrato, casi siempre con un extraño que no contaba con los recursos suficientes para cuidar a su descendiente.

Como se nota, la estructura de la familia evitaba el desamparo de la mujer y los niños, por lo tanto, la presencia de niños huérfanos eran limitada. La adopción se practicó como negocio jurídico entre el padre biológico y el padre adoptivo y tenía como fines facilitar la última etapa del ciclo de vida del adoptante y garantizar la sucesión del patrimonio, así como los cultos religiosos.

## **2.6 Grecia**

La familia fue una institución importante para Grecia. Vergara (2013, pág. 15), citando a Homero, escribe la frase *“Sin clan, sin ley, sin hogar, nada se es”* que evidencia la afirmación anterior. El origen biológico de la mujer no se perdía ni con el matrimonio. Vergara, citando a Platón, expresa que *“la perpetuación de la descendencia mediante los hijos legítimos... era una exigencia de la que ningún griego podía desentenderse”* (2013, pág. 18). El propio Platón, en Las Leyes, propuso crear una comisión de mujeres, instalada en el templo de *Ilicia* –diosa de la natalidad– para inspeccionar el interés por la procreación de hijos durante los diez primeros años de matrimonio; si esta no existía, el matrimonio debía disolverse (Vergara Ciordia, 2013). El divorcio era habitual, ya que el matrimonio no constituía la familia, era solo su comienzo. Lo que realmente constituía la casa (*oikía*) era la descendencia legítima.

En otro contexto, Vergara, citando a Finley expresa que *“un alma sin tumba era un alma sin morada, errante y sin sosiego. Enterrar al muerto era un deber sagrado de la familia, se trataba de asegurar la felicidad del difunto en el más allá y de demandar su protección”* (2013, pág. 10). El antepasado venía a ser un dios protector que irradiaba su poder desde el fuego que en un altar de la casa debía permanecer siempre encendido. El altar



del fuego era el *hogar*, desde el que el dios bienhechor conservaba la vida del *oikos*. Cada familia tenía sus dioses.

En cuanto a la sucesión, según Calero Secall (1997), en el derecho ático se conoció dos tipos de sucesión, la testamentaria y la legítima, aunque debe tenerse presente que solo en Atenas existió el testamento como medio para que una persona dispusiera el destino de sus bienes para después de la muerte, pues en el Código de Gortina<sup>2</sup>, en la isla de Creta, aún no se usaba el testamento.

En criterio de Calero Secall (1997), en cuanto a la libertad de testar en Atenas, existen opiniones discordantes entre los investigadores, puesto que unos admiten esta posibilidad solo en ausencia de descendencia masculina, mientras que otros consideran que los padres gozaron de esa libertad testamentaria incluso con descendencia masculina, aunque debían respetar los derechos familiares de los sucesores naturales.

En Atenas, solo heredaban los hijos varones del padre y cuando solo existía descendencia femenina, el padre nombraba mediante testamento a un hijo adoptivo que entonces heredaba sus bienes, pero a la vez debía casarse con la hija, de forma que el descendiente nacido de su misma sangre, el nieto, heredara sus bienes (Calero Secall, 1997). Este argumento muestra que la adopción sigue vinculada a la sucesión del patrimonio del padre.

En tanto en Gortina, donde solo se conocía la sucesión legítima, la hija concurría con sus hermanos, aunque los hijos obtenían dos partes cada uno en tanto las hijas una cada una.

La adopción representó para Grecia igual que para todas las civilizaciones antes estudiadas en este documento, una solución para lograr la trascendencia del patrimonio, cuando no se tenía hijos varones.

---

<sup>2</sup> Gortina era una ciudad ubicada en Creta, la isla más grande de Grecia. En algún momento llegó a ser aliada de Roma y se consideró la capital de la provincia romana de Creta y Cirene.



## 2.7 Roma

La periodización de la historia de Roma, con base en su estructura política, permite identificar tres etapas: la monarquía, la república y el imperio.

En la monarquía, la fuente principal del derecho fue la costumbre, por tanto, prevaleció un derecho no escrito, en el que la participación del pontífice fue importante para interpretar las normas e incluso para fijar sanciones. La familia estaba integrada alrededor del padre (*pater familias*), que era el único reconocido como persona con plena capacidad jurídica (*sui iuris*) y por tanto tenía la exclusividad de gozar del derecho de propiedad (Bialostosky, 2011).

En la república, el derecho romano reconoció dos tipos de familia: la agnaticia en el *ius civile* y la cognaticia en el *ius honorarium*. La primera se caracterizó porque los vínculos se establecían por el sometimiento al poder y protección del *pater familias*. La segunda considera que los vínculos de sangre son los determinantes. Sin embargo, indistintamente de qué familia se trate, para lograr la perpetuidad de esta se necesitaba de hijos varones nacidos de justas nupcias; para garantizar que no se extinguiría el culto a los dioses domésticos, conservar la posición política y lograr la transmisión del nombre y del patrimonio del *pater familias* (Bialostosky, 2011).

En este contexto, igual que en otras sociedades de la Antigüedad, la adopción se practicó como un medio para asegurar la trascendencia de la propiedad, el nombre o la adoración a los dioses de la familia. Según Eugène Petit, citada por González Román (2007), la adopción era una institución del derecho civil que surgió porque la familia estaba expuesta a extinguirse, ya sea por la esterilidad de la unión o por la descendencia femenina.

En Roma, esta institución tomó dos manifestaciones: la *adrogatio* y la adopción propiamente dicha.

La *adrogatio* solamente se podía dar entre dos *sui iuris*, en donde uno se sometía a la potestad de otro, por tanto, se trata generalmente de mayores de edad con plena capacidad jurídica, en donde al someterse uno al poder de otro, cedía su patrimonio, cambiaba su nombre y dejaba de adorar a sus dioses. Esos efectos hacen que para que



se dé la *adrogatio*, en un principio, fue necesario contar con la aprobación de los pontífices y de la asamblea popular. En el Imperio (siglo II d. C.) solo se necesitaba contar con la *rescriptio* del príncipe y ya podían ser adrogados los impúberes y las mujeres. La *adrogatio* podía extinguirse por emancipación del adrogado, lo que implicaba que perdiera sus derechos hereditarios, pero si era impúber, conservaba su derecho a la cuarta parte de la sucesión (*cuarta antonina*) (Morineau Iduarte & Iglesias González, 1998).

La adopción propiamente se daba cuando un *pater familias (sui iuris)* tomaba como hijo propio a un *allieni iuris*, es decir, a alguien que estaba bajo la patria potestad de otro. En este caso, por ser *allineni iuris*, no tenía patrimonio, modificaba su nombre por la adopción, pero no se perdía la adoración de los dioses, pues la familia de origen no se extinguía. Dados esos efectos, la adopción no requería aprobación de los pontífices ni de la asamblea popular, lo que lo califica como un asunto de contenido privado, para el que el Estado solamente definió las formalidades. El padre biológico emancipaba (*mancipatio*) tres veces al hijo, el padre adoptivo respondía emancipando al hijo en favor del padre biológico. Finalmente, se simulaba un juicio ante un magistrado, en el que el padre adoptivo reclamaba la patria potestad sin contradicción del padre biológico, con lo que el magistrado sentenciaba en favor del padre adoptivo. Si se extinguía la adopción por la emancipación, el que fue adoptado regresaba a su familia de origen y recuperaba la posición que tenía para fines de sucesión; pero si el padre biológico ya había muerto y la herencia ya se había repartido, el adoptado perdía derecho en ambas sucesiones. Para superar ese inconveniente, durante la etapa del Imperio, Justiniano en el año 550 modificó el régimen de la adopción con estas consideraciones: a) si el hijo es dado en adopción a un extraño se denomina adopción menos plena, el adoptado no sale de su familia de origen ni de la patria potestad del padre biológico, por tanto, el único fin es tener derechos sucesorios sobre el patrimonio del padre adoptivo, quien puede emanciparlo en cualquier momento, con lo que extingue el derecho de heredar. b) si el hijo es adoptado por un ascendiente de sangre, la adopción es plena, la patria potestad la ejerce el padre adoptivo y aun con la emancipación, no pierde el derecho a suceder (Morineau Iduarte & Iglesias González, 1998).



## 2.8 Derecho germánico

Al principio, la sucesión en el derecho germánico solamente podía ser legítima, pues no existía el testamento. Esta condición hizo surgir la adopción como el medio para conseguir tener como sucesor a un extraño. Según Ortega Campos (1961), si bien se pueden emitir las afirmaciones anteriores, no existe amplia y precisa información al respecto.

En el derecho germánico se dieron tres formas de adopción:

La *adoptio in hereditatem*, que, según Ortega Campos (1961), citando a Shupfer, se entendía como un acto entre vivos, en el que se instituía un heredero, con intervención del rey y del pueblo; y que, cuando se trataba de hijos ilegítimos, lograba su legitimación, pues esta no se alcanzaba, ni con el matrimonio posterior de los padres. Esta adopción es la que se conoce posteriormente como *Adfiliatio* por los visigodos.

La *adoptio in fratrem*, que según Ortega Campos (1961), implicaba el nacimiento de un vínculo entre dos personas que se comprometían a ayudarse mutuamente, mediante el intercambio de sangre de venas punzadas, que cada uno succiona con relación a la vena del otro.

La *unio prolium* que permite al nuevo cónyuge adoptar como hijos a los de la viuda o viudo que contrae matrimonio (Vidaurre, 1834).

## 3. La evolución de la familia y la adopción en la sociedad feudal

La sociedad feudal se desarrolló posteriormente a la desintegración del Imperio romano y se caracterizó por tener como clases sociales fundamentales a los señores feudales o terratenientes y a los campesinos o siervos de la gleba. Los primeros eran los dueños de la tierra, el principal medio de producción; y los segundos, carecían de medios de subsistencia y de producción, por lo que se sometían a los terratenientes para tener acceso a la tierra y poder producir. La ley de funcionamiento de esta sociedad explica que los campesinos al trabajar la tierra son capaces de producir un excedente económico, que se conoce como renta de la tierra y del cual se apropian los señores feudales por ser



dueños del principal medio de producción (Kuscynsky, 1985). Una característica más de esta sociedad fue el fuerte peso que tuvo la Iglesia católica, la que normalmente estaba vinculada al poder político. Esto se gestó desde Roma, cuando el emperador Constantino, en el año 313 d. C mediante el Edicto de Milán, proclamó el cristianismo como la religión oficial del Imperio, lo que permitió que esta se expandiera en todos los ámbitos de la vida (Bialostosky, 2011).

El cristianismo se caracterizó por la poca tolerancia a la actividad sexual. Tanto en el Viejo Testamento como en El Nuevo Testamento, se encuentra evidencias al respecto, por ejemplo, las palabras de San Pablo a la comunidad de Corintio: *“Huyan de las relaciones sexuales prohibidas. Cualquier otro pecado que alguien cometa queda fuera de su cuerpo, pero el que tiene esas relaciones sexuales peca contra su propio cuerpo”* (I Corintios 6:18, Biblia Latinoamericana). En este contexto, los hijos procreados fuera de matrimonio o en relaciones ilícitas llevan consigo el pecado y son rechazados.

La continuidad de la línea familiar dependía de los hijos legítimos, entendiéndose como estos aquellos nacidos dentro del matrimonio y que, como consecuencia del derecho, obtenían un reconocimiento legal. Los huérfanos eran integrados con sus familiares extendidos, si ellos los aceptaban.

Las normas que surgieron en el marco del cristianismo hacen que la adopción creada por los romanos, tienda a desaparecer. Un punto que favoreció esa tendencia es la consideración con relación a Jesús. Según Vallverdú *“curiosamente, es durante la Alta Edad Media y en este contexto religioso cuando reaparece en España una herejía cristiana que afirma que Jesucristo es un mero hombre, aunque adoptado por Dios. Tal desviación de la ortodoxia teológica apareció en el siglo II ...Dios se había limitado a adoptarlo como hijo. Por tanto, no había identidad trinitaria entre Padre-Hijo-Espíritu Santo. Estas ideas fueron condenadas por diversos Sínodos ... resulta evidente la importancia de la noción de paternidad biológica ...como opuesta a la adoptiva: la naturaleza del hijo debe toda su grandeza a la del padre, por lo que la adopción impide que los caracteres extraordinarios del progenitor pasen al hijo. Subyace la idea de la sangre como principio vital y determinante en la relación paterno-filial”* (2004, pág. 40).

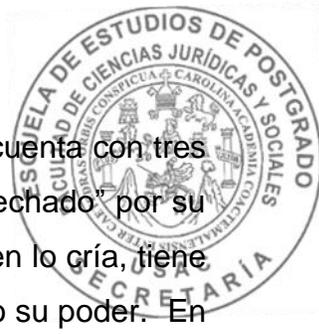


El derecho germano tomó como base al derecho romano, sin embargo, modificó algunas de sus instituciones. En la adopción, como se explicó antes, crearon *la adfiliatio*, la que en esta etapa se fundamentó en razones de caridad y de piedad. Vallverdú, citando a Otero Varela, expresa que: “*Los pueblos germánicos introducirán un nuevo concepto, el de perfiliatio, o “introducción en la genealogía” un acto similar al de la adopción romana pero que será perseguido por la Iglesia al constituir una práctica de reconocimiento de la filiación extra matrimonium, es decir, de los hijos fruto de las relaciones extraconyugales*” (2004, pág. 38). La institución del *perfilatio* es la que se recogerá en los cuerpos jurídicos del rey Alfonso X.

A Alfonso el Sabio, rey de Castilla, se le reconoce como autor de tres obras jurídicas importantes, dos de ellas son el *Fuero Real* y *Las Siete Partidas*, de las que la segunda es posterior a la primera. No se tiene precisión sobre la fecha de la creación de estas obras, pero siguiendo a Pérez Martín “*se puede afirmar que, con respecto a la fecha de composición del Fuero Real, se podía considerar como opinión generalmente aceptada la expresada por Martínez Marina: el Fuero Real fue compuesto a últimos de 1254 o principios de 1255*” (2015, pág. XVIII).

Según se lee en la introducción del *Fuero Real* (Real Academia de Historia, 1836) Don Alfonso, rey de “Castilla, Toledo, Galicia, Sevilla, Córdoba, Murcia, Jahen, Baeza, Badaioz y de Argarve”, entendiendo que no hay un fuero y que se juzga por albedrío de los gobernadores, emite el *Fuero Real*.

El *Fuero Real* consta de cuatro libros. El primero contiene doce títulos y se refiere a normas que regulan aspectos religiosos, relaciones con el rey y el rol de sus funcionarios. El segundo cuenta con trece títulos y norma los procedimientos judiciales, los elementos de prueba y la autoridad a quien corresponde conocer y resolver. El tercero está conformado por veinte títulos y trata el matrimonio, la herencia, la guarda de los huérfanos y sus bienes, así como, otros negocios como la compraventa, el cambio y el empréstito. El cuarto cuenta con veinticinco títulos que hacen referencia a los que dejan la fe católica o incurren en otras conductas que deben ser penadas.



El título XXII “De los desechados y de los que los desechan” del libro IV cuenta con tres leyes. En la ley I se preceptúa que, si un niño o mayor de edad es “desechado” por su padre o por otro, se pierde todo poder sobre él, aun si fuera siervo; y quien lo cría, tiene derecho a pedir la devolución de las costas al padre o a quien lo tuvo bajo su poder. En la ley II se dice que, si el niño o siervo fuere “desechado” sin conocimiento del padre o de quien lo tenía en su poder, el poder sobre él no se pierde, pero deberá cubrirse las costas a quien lo ha criado. En la ley III se expresa que quien “deseche” a un niño y no hubiere quien lo cría y muere, también debe morir.

La otra obra jurídica atribuida a Alfonso X es “Las Siete Partidas”, que como su nombre lo define, consta de siete partidas, cada una dividida en varios títulos y dentro estos, algunas leyes. En este trabajo son de interés la cuarta y la sexta partidas; las que permiten analizar y determinar cuál era la finalidad de la adopción en este cuerpo normativo.

La sexta partida consta de 16 títulos en los que trata los testamentos y la herencia. En el título 3, ley 1, se expresa que es importante para el testador la institución de herederos, *“porque deja lo suyo a hombre que quiere bien, y pártese (sic) su alma de este mundo más holgadamente por ello”* (Alfonso X, s.f., pág. 315). En la ley 2 se define que pueden ser instituidos como herederos el emperador o emperatriz, el rey o reina; la cámara de cada uno de ellos; la Iglesia y las obras de piedad; así como, la ciudad, villa o concejo, y todo hombre, bien sea padre, hijo, o caballero; cuerdo o loco; mudo, sordo o ciego; gastador de sus bienes; clérigo, lego o monje.

En el título 13, ley 2, se hace referencia a los parientes que pueden suceder a aquel que no ha dejado testamento o habiéndolo celebrado, este no puede surtir efectos. Se reconoce tres grados y líneas, una de descendientes, otra de ascendientes y la tercera de a través o colateral, que incluye a los hermanos y a los tíos; así como a los que nacen de ellos. Estas normas se complementan con el contenido de los títulos 13, 15 y 16 de la partida cuarta en los que se hace referencia a los hijos. El 13 trata la definición de hijos legítimos, entendiendo estos como aquellos que nacen dentro matrimonio celebrado conforme a las leyes de la Iglesia y en la ley 2 se define que los hijos legítimos heredan a sus padres y a sus abuelos y a otros parientes, lo que no pueden hacer los que no son



legítimos. En el 15 identifica quienes son hijos no legítimos y en el 16 se consideran los hijos prohijados.

De lo anotado, se infiere que el causante, en el acto del testamento, puede establecer como heredero a cualquiera, quien puede o no ser su hijo, por lo que no necesita adoptar (prohijar). Ahora si se da el caso que alguien muere intestado, solo pueden heredar los hijos legítimos (categoría que no incluye a los prohijados o adoptados). Consecuentemente, el prohijamiento o la adopción en la época feudal no tiene como finalidad lograr la trascendencia del patrimonio, sino más bien, es una alternativa para pretender reconocer hijos procreados fuera de matrimonio, razón por la que la Iglesia católica rechaza la institución.

No obstante, igual que en la Antigüedad, continúa la preocupación por el alma del causante. Una muestra se tiene en el título 15, ley 2, cuando se expresa que si al partir la herencia, se establece que hay cosas mal ganadas, estas deben volver a su propietario, para evitar que el alma de aquel que así las ha conseguido, sea penada.

El título 16, siempre de la partida sexta, trata la guarda de los huérfanos y los bienes que heredan después de la muerte de sus padres. En la ley 1 se hace referencia a la tutela que debe ser otorgada en favor del huérfano menor de 14 años o la huérfana menor de 12. En la ley 2 se preceptúa que esta tutela puede ser, en su orden, testamentaria, legítima o judicial.

La adopción o prohijamiento se desarrolla en la partida cuarta, la que consta de 27 títulos. El 20 se titula "*De los criados que hombre cría en su casa, aunque no sean sus hijos*". Dentro de este título hay dos leyes:

- 1) En la ley uno se trata la crianza. Se expresa que hay dos maneras de crianza. La primera se crea una cosa de la nada y esto corresponde solamente a Dios. La segunda se da cuando una cosa crea otra y la pueden hacer los seres humanos por el saber y el poder que les viene de Dios. Esta segunda se puede dar por tres razones: por deudo de la naturaleza (los padres a los hijos); por bondad y mesura



(un hombre cría un hijo de otro hombre extraño con quien no tiene parentesco); y, por piedad (criar a un desamparado o “echado”).

- 2) En la ley dos, se dice que “criado” deriva del latín “*creare*” que significa “*criar y enderezar la cosa pequeña, de manera que llegue a un estado en el que pueda protegerse*” (Alfonso X, s.f., pág. 262), por sí misma. Luego se diferencian los términos “*crianza*” y “*nudrimiento*”, expresando que crianza es “*cuando alguno hace pensar de otro que cría, dándole de lo suyo todas las cosas que fueran menester para vivir, teniéndole en su casa y en su compañía*”; (Alfonso X, s.f., pág. 262), mientras que nudrimiento, “*es enseñanza que hacen los ayos a los que tienen en su guarda y los maestros a los discípulos*” (Alfonso X, s.f., pág. 262) y que por tal razón reciben una remuneración.

Estas dos leyes permiten inferir que, si bien la Iglesia no se inclina por la adopción, sí ve de manera satisfactoria que se realicen obras por bondad y por piedad, que pueden consistir en criar al hijo de un extraño<sup>3</sup> o a un niño que ha sido abandonado. Estos niños “*criados*” realizaban trabajos domésticos en la casa de su “*protector*”.

El título 16, siempre de la partida IV, trata de los hijos prohijados y se desarrolla también en dos leyes.

En la ley 1, se dice que *adoptio* quiere decir en romance prohijamiento y que es una forma establecida por las leyes para que los hombres puedan ser hijos de otros que no son sus padres biológicos.

En la ley 2, se preceptúa que puede prohijar todo hombre libre que no está bajo la patria potestad, siempre que sea dieciocho años mayor que aquel a quien quiere prohijar, que “*haya poder naturalmente de engendrar, habiendo sus miembros para ellos, y no siendo tan de fría naturaleza por la que se lo impida*” (Alfonso X, s.f., pág. 256). La mujer solamente podía prohijar si hubiese perdido algún hijo en batalla en servicio del rey o si su hijo es miembro de un concejo.

---

<sup>3</sup> El concepto de extraño debe entenderse de la misma manera que en materia de sucesión. En este caso un extraño es un padre o madre biológicos que no forma parte de la familia de la persona que pretende criar al niño.



Los requisitos así exigidos para prohijar confirman que la finalidad de la adopción no es permitirle hijos a aquel que no puede tenerlos para que su patrimonio trascienda después de su muerte, pues solo puede prohijar el que puede tener hijos.

Por otro lado, debe considerarse que hay dos conceptos “criar” y “prohijar”, donde el primero es más extenso que el segundo. No se necesita prohijar (adoptar) al hijo del extraño o al abandonado para poder criarlo. La finalidad de la crianza sería por bondad y mesura o por piedad, pero en la práctica implica la provisión de mano de obra barata.

En este punto se tiene como complemento la ley 28 del título 12 de la tercera partida. En esta se hace referencia a que las cosas sagradas, santas o religiosas están al servicio de Dios y las rentas que se obtienen son para cubrir mesuradamente las necesidades de los clérigos y el remanente debe aplicarse en obras de piedad, incluyendo dar de comer y vestir a los pobres y en hacer criar a los huérfanos, entre otras.

Otras normas jurídicas de interés están en la Novísima Recopilación de Leyes de España, de Carlos IV, la que está integrada por doce libros y que implicó una actualización de la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de 1567.

El libro VII “De los pueblos; y su gobierno civil, económico y político” contiene 40 títulos, de cuales, son de interés el XXXVII y XXXVIII.

El XXXVII se titula “*De los expósitos y de las casas para su crianza, educación y destino*”, y del que se toman las normas siguientes.

La Reyna Gobernadora de Madrid emitió una disposición el 22 de diciembre de 1677, en la que ordena que los niños expósitos sean preparados para la marina y que se integren desde pequeños a los navíos.

El Rey Carlos III emitió la real orden del 2 de julio de 1778 en la que ordena que los niños expósitos y huérfanos sean entregados con las formalidades correspondientes a



personas que puedan mantenerlos y educarlos en oficios útiles al público y no en “violentos manejos del cuerpo”<sup>4</sup> como ha ocurrido en algunos lugares.

El rey Carlos IV por real cédula del 11 de diciembre de 1796, emitió el reglamento para establecimiento de las casas de expósitos, crianza y educación de estos. En este documento se hace referencia a que han muerto muchos niños expósitos y eso obliga a tener que crear más casas, que debe establecerse una cada doce o catorce leguas, que la administración estará a cargo de las autoridades de la Iglesia católica, y que cada casa debe contar con mujeres que se encarguen de amamantar a los niños, que la lactancia debe durar un año o lo que el médico recomiende y que estos niños deben permanecer en la casa de quien los ha cuidado hasta los seis años; cuando, si no hay persona que quiera adoptarlo o prohijarlo, deberán pasar a un hospicio o a una casa de misericordia, de huérfanos o de niños desamparados. También refiere que muchos niños han muerto por la mala atención y que para asegurar su sobrevivencia es menester que la mujer que los ha cuidado cuente con un estipendio que corresponda a lo que se necesita para criar a un niño pobre, pero que debe existir certeza de no entregar el expósito a su madre biológica. Asimismo, se define que, si la persona que encuentra a un niño frente a su casa desea quedarse con él, el párroco puede autorizarlo, en este caso se debe tratar de alguien que pueda criarlo y no tendrá derecho al estipendio. Otra causa de muerte para los expósitos es su exposición en el campo y durante la noche, por lo que se deja de penar el abandono, se permite que la persona haga la entrega en la Iglesia o en un lugar seguro y que incluso las autoridades apoyen, pero si a pesar de eso, se deja al niño en un ambiente en que puede ocurrir la muerte, será castigado. En cuanto a los expósitos de Indias, expresa que no se pueden acomodar a las normas que en ese momento está emitiendo, por lo que requiere al Consejo de Indias dar las providencias que permitan el acomodamiento y que, si para conservar la vida de los expósitos se necesita de más recursos, le propongan cómo obtenerlos, sin afectar el real erario.

---

<sup>4</sup> En la *Novísima Compilación* se describe que, de la casa de expósitos de Valencia, se ha entregado dos niños a personas que integran una compañía de volatines (trapezistas) que han obligado a los niños a realizar ejercicios violentos con su cuerpo.



En el título XXXVIII “*De los hospitales, los hospicios y otras casas de misericordia*”, se recopila como leyes V y VI, la real resolución del 21 de julio de 1780 de Carlos III. Se define que los hospicios inicialmente deben formar a los niños y las niñas en la lectura, la escritura y el conteo, así como orientarlos religiosamente. Posteriormente, en el caso de los niños, deben formarlos en un oficio y cuando estén calificados en el mismo, podrán valerse por sí mismos e ir a donde les plazca. Si el hospicio no tiene un artesano o se considera que lo que conviene es una actividad agrícola, el niño es entregado a un artesano o un labriego para su formación. En el caso de las niñas su orientación es hacia los oficios de la costura y los domésticos, luego podrán salir para el matrimonio o como criadas de una casa, de no existir ninguna de esas opciones pueden ser entregadas a un familiar o quedarse como maestras en el hospicio. Tanto para niños como para niñas, una vez ya conocen el oficio, trabajan y la tercera parte de la remuneración es utilizada para formar un peculio que les será entregado al salir del hospicio.

En materia de sucesiones, la Novísima Recopilación de Leyes de España no presenta cambios a las normas anteriores. Continúa la libertad de testar, pero se impone la obligación de dividir la herencia en tres partes: una legítima, que implica reparto conforme a la ley entre los herederos forzosos, una para mejora de terceras en donde el otorgante puede favorecer a alguno o algunos de los herederos forzosos y otra de libre disposición. Los herederos forzosos son los hijos legítimos, en ausencia de ellos se tiene al cónyuge y luego a los ascendientes. Los prohijados no tienen los derechos de los hijos legítimos.

En conclusión, en la época feudal la adopción presentó una tendencia a desaparecer, los niños de padres biológicos que no podían criarlos, podían entregarlos a alguien que tuviera más posibilidades económicas y los niños abandonados (echados) podían ser también criados por un protector; en ambos casos se consideraban una fuerza de trabajo para las actividades domésticas. El prohijamiento (adopción) no fue una práctica recurrente, pues ahora ya no se requiere de hijos para la perpetuación del patrimonio, el nombre de la familia o la adoración de los dioses; existe libertad para testar y no se requiere la calidad de hijo legítimo para que una persona sea instituida como heredero. Por otro lado, si no se otorga testamento o si este no puede surtir efectos, la sucesión legítima solo permite que hereden los hijos legítimos (no así los prohijados) y en ausencia



de ellos, heredan los parientes en la línea ascendente, descendiente o colaterales. En algunas oportunidades la adopción se utilizó para legitimar hijos concebidos fuera del matrimonio, pero ahora, el marco jurídico, apegado a la posición de la Iglesia, no da la calidad de legítimo al prohijado.

#### **4. La familia y la adopción en el capitalismo**

La sociedad capitalista surge en el seno de la sociedad feudal. Dentro del feudalismo surgen contradicciones entre los señores feudales como clase dominante y la pequeña burguesía como una clase en ascenso (Kuscynsky, 1985). Los señores feudales son los propietarios de la tierra y quienes tienen “atados” a los campesinos a la actividad agrícola. Los pequeños burgueses desean ampliar la escala de sus talleres y para eso requieren de materias primas, fuerza de trabajo y de un mercado para vender su producción. Sin embargo, el área rural no les proveía de las materias primas pues los terratenientes dedican sus tierras a la producción agrícola, y; los campesinos, no podían integrarse como obreros, pues estaban atados al feudo (Kuscynsky, 1985). Evidentemente, los intereses de los terratenientes se oponen a los de los pequeños burgueses. La agudización de las contradicciones conduce a un movimiento revolucionario, que deja como clase dominante a la burguesía, la que se aprovecha del trabajo del proletariado gracias a que conserva la propiedad sobre los medios de producción y que los trabajadores carecen de medios de subsistencia (Marx, 1971).

Una sociedad históricamente determinada en la que se manifiestan estas contradicciones es la francesa, la que tiene como inicio de este proceso revolucionario, la toma de La Bastilla por parte de los insurgentes, el 14 de julio de 1789. En el marco de la Revolución, se integró una Asamblea Constituyente que tomó como primer medida votar la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, el 26 de agosto de 1789. El 3 de septiembre de 1791 se aprobó la primera Constitución de la historia de Francia, creando una monarquía constitucional en donde el rey compartía el poder con la Asamblea Legislativa. El 10 de agosto de 1792 las masas asaltaron el palacio de las Tullerías; la Asamblea Legislativa suspendió las funciones constitucionales del rey y luego convocó a la elección de un nuevo Parlamento al que se le dio el nombre de



Convención Nacional, el que abolió la monarquía, proclamó la república y creó un nuevo calendario en el que 1792 sería el año uno de la nueva era. Las funciones ejecutivas quedaron a cargo de un Comité de Salvación Pública. Esta Convención Nacional emitió una nueva *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* en 1793 y aprobó una nueva Constitución en 1795. en la que el ejecutivo queda a cargo de un directorio. La aprobación de la nueva Constitución generó revueltas que el ejército buscó controlar y que finalmente se reprimen con el golpe de Estado del 9 de noviembre de 1799, ejecutado por Napoleón Bonaparte, quien instauró el consulado (Thiers, 1840).

Como se ha dicho antes, la adopción era una institución que había caído en desuso. Sin embargo, en esta etapa de la historia de Francia se registran algunos antecedentes. Uno de estos es el estudio sobre la adopción presentado por el diputado de la Asamblea Legislativa Jean-Jacques Delivet-Saint-Mars, el 14 de enero de 1792, lo que permitió que el 18 de enero de ese mismo año, Rouger Labergerie encarga al Comité de Legislación la inclusión dentro del plan de leyes civiles aquellas relativas a la adopción (Vallverdú, 2004). Otro antecedente, que, si bien no es de la adopción propiamente, dado que no se había regulado esta materia, pero que puede tener alguna relevancia, se da como consecuencia del asesinato de Louis-Michel le Peletier, diputado de la Convención Nacional y quien había emitido un voto decisivo para que se condenara a muerte al rey Luis XVI, lo que conduce a que posteriormente la Convención Nacional, en un acto simbólico y decisivo, adopta en nombre del pueblo francés, a la hija de Michel Le Peletier, el 25 de enero de 1793 (Vallverdú, 2004).

En Francia hubo varios intentos de formular normas relacionados con la adopción, dentro del proyecto de código civil, sin embargo, su regulación se dio cuando Napoleón Bonaparte mostró interés y logró la materialización del Código Civil de los franceses, el 21 de marzo de 1804, al cual posteriormente también se le denominó Código Napoleón, Código Napoleónico y otros nombres. Bonaparte había establecido el cargo de cónsul, luego el de cónsul vitalicio y después el de emperador, este último con carácter hereditario, sin embargo, él no tenía hijos con su esposa Josefina, por lo que, para lograr la trascendencia del puesto, encontró en la adopción una alternativa. Nuevamente, la



adopción resurge como una institución que permitirá la continuidad de la familia en el ejercicio del poder político (Vallverdú, 2004).

De conformidad con los artículos 344 y 346 del Código de Napoleón, la adopción era una facultad del adoptante, que podía ejercerla un hombre o una mujer mayor de cincuenta años; que debía contar con quince años más que la persona a quien se pretendía adoptar; que no tuviera hijos o descendientes legítimos, y; de estar casado, contara con el consentimiento de su cónyuge; teniendo como única excepción el caso de tutor oficioso que tenía riesgo de morir antes que el pupilo.

Según lo normado en el artículo 345 se podía adoptar a la persona que, en su menor edad, y al menos por seis años, se le haya socorrido y cuidado sin interrupción, o, a aquel que haya salvado la vida al adoptante, bien en un combate, en un incendio o de perecer en las aguas. En este segundo caso, bastará que el adoptante sea mayor de edad, tenga más años que el adoptado y no tenga hijos ni descendientes legítimos y, si es el caso, contar con el consentimiento del cónyuge.

Por su parte, en el artículo 346 se estableció que se podían adoptar únicamente a los mayores de edad (21 años); quienes, si era menores de 25 años y tenían padre, madre o ambos debían contar con el consentimiento de estos; y si eran mayores de esa edad, debían recibir el consejo de ellos.

La adopción formalmente se iniciaba ante un juez de paz, quien levantaba un acta, de la cual se presentaba copia al tribunal, quien establecía si se cumplía con la ley y que el adoptante goza de buena reputación, y con base a esto, resolvía ha lugar o no ha lugar a la adopción.

Según lo establecido en el artículo 348, en esa normativa se tienen como efectos de la adopción: el adoptado quedaba en su familia natural y conservaba en ella todos sus derechos, sin embargo, se prohibía el matrimonio entre adoptante, el adoptado y sus descendientes, entre los hijos adoptivos de una misma persona, entre el adoptado y los hijos que pueda tener después el adoptante, entre el adoptado y el consorte del adoptante y recíprocamente entre el adoptante y el consorte del adoptado. El adoptante y el



adoptado tenían recíprocamente la obligación de alimentos. El adoptado no tenía derecho a heredar los bienes de los parientes del adoptante, pero sí a sucederle al él, como hijo legítimo, aun cuando naciesen otros hijos con esa calidad. Si el adoptado moría sin descendientes, los bienes entregados a él por el adoptante volvían a él; pero los demás, eran heredados por los parientes bilógicos del adoptado.

Otra institución relacionada con la adopción era la tutela oficiosa (artículo 361), según la cual toda persona mayor de 50 años, sin hijos o descendientes legítimos, que quisiera dentro de la menor de edad de otra persona, unirla a sí por un título legal, podía ser su tutor oficioso, obteniendo el consentimiento del padre y madre o de quien viva de estos dos y a falta de ambos del Consejo de Familia y si el niño no tiene parientes conocidos se obtenía el consentimiento del hospicio o de la municipalidad del pueblo de su residencia. El tutor debía contar con el consentimiento de su pareja. Esta tutela solo podía darse sobre niños menores de 15 años y también iniciaba su trámite ante un juez de paz. Esta tutela conllevaba la obligación de alimentar, educar y poner en estado de ganar su vida al pupilo. Cuando el pupilo llegaba a la mayoría de edad y manifestaba su consentimiento, podía ser adoptado por el tutor. Si alcanzada la mayoría de edad, pasaban tres meses y no lo adoptaba, tenía que indemnizarlo, lo que puede entenderse como entregarle lo necesario para que pueda valerse por sí mismo. Si el tutor creía que podría morir antes de que el pupilo llegará a la mayoría de edad, podía adoptarlo por testamento.

También se normó los casos de niños abandonados. En el artículo 58 se prescribía que la persona que encontrara a un niño recién nacido estaba obligada a llevarlo al oficial del estado civil, como también los vestidos y demás efectos que hubiese hallado con él, y a declarar todas las circunstancias del tiempo y lugar en que lo hubiese encontrado; de lo que se haría una sumaria circunstanciada, se consignaría la probable edad del niño, los nombres que se le dieron y la autoridad civil a quien se entregó. Según el contenido de los artículos 478 y 479, el niño huérfano de padre y madre podía ser emancipado a los 18 años, si el Consejo de Familia le tenía por capaz; y si el tutor o un pariente del menor de edad emancipado, lo solicitaba, se le nombraba un curador.



Otras disposiciones de interés para este trabajo son las contenidas en los artículos 375 al 381, en las que se expresa que el padre podía usar como medio de corrección el arresto de su hijo por no más de un mes y si el hijo es mayor de 16 años se podía pedir su arresto hasta por seis meses. El padre asumía la obligación de pagar los alimentos y suministros necesarios. La madre no podía hacer uso de ese castigo, salvo que concurrieran dos de los más próximos parientes paternos.

Así como en Francia la adopción había caído en desuso, y de no ser por el interés personal de Napoleón, no hubiese sido incluida en el Código Civil, en otros países se dan circunstancias parecidas. Por ejemplo, en Italia, según Puig Peña, al discutirse el proyecto de Código Civil italiano de 1865, Pisanelli propuso la abolición de la institución, dando como argumentos que era un concepto aristocrático y que bajo las legislación en vigor se había practicado rara vez, que generaba muchas sospechas, que no era racional porque *“altera el estado verdadero de las personas y falsea la naturaleza;... que colocaba al lado de una familia legítima una familia ficticia y la más de las veces acumulaba celos, odios y rencores”* (Puig Peña, 1976, pág. 474), Sin embargo, Mancini, en la discusión, calificó a la adopción de *“institución moral y benéfica, vínculo de afecto y gratitud entre las personas y, algunas veces, de aproximación entre las diversas clases sociales”* (Puig Peña, 1976, pág. 474). Puig Peña (1976) también hace referencia a que en España la adopción cayó en desuso y que cuando se discutió el proyecto de Código Civil de 1851, hubo casi unanimidad en excluirla, sin embargo, a decir de García Goyena, hubo un vocal de Andalucía que manifestó que en su región se presentaban algunos casos, y por tal motivo se incluyó.

En tanto que en Europa la adopción tenía una tendencia a desaparecer, pero era incluida en las legislaciones por razones particulares y generalmente encerraba muchos requisitos, en América se dio una tendencia diferente.

En Massachusetts, Estados Unidos de América, se emite una ley para permitir la adopción de niños (Vallverdú, 2004), la que fue decretada por la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes y luego aprobada por el gobernador, el 24 de mayo de 1851, y quedó contenida en el capítulo 323 con ocho secciones (General Cort of Massachusetts, 2020, pág. 815). Según esta ley, cualquier persona podía solicitar la



adopción de un niño ante un juez. Para la adopción se requería el consentimiento por escrito de ambos o alguno de los padres biológicos del niño, o el sobreviviente de ellos; o en ausencia de ambos, del tutor legal; y si no tiene, del familiar más próximo; y, si no lo hay, el juez podía nombrar a una persona para que, como amigo del niño, emitiera el consentimiento. Si el niño tenía catorce o más años, la adopción no se realizaría sin su consentimiento. Se estipula que no se tramitarían solicitudes presentadas por personas sin el consentimiento de su cónyuge, si es que estaban legalmente casadas y nunca la de la mujer casada. Una vez recibida la petición, si el juez consideraba que son conformes las identidades y las relaciones de las personas y que efectivamente tenían capacidad para criar y educar al niño. Emitía un decreto en el que hacía constar dichos hechos y ordenaba, que después de esa fecha, el niño debía ser considerado y tomado para todos los efectos y propósitos legales como hijo del peticionario o peticionarios. Como efectos de esta adopción, el niño adoptado tenía derecho a la sucesión patrimonial y el padre o los padres derecho de obediencia; se buscaba que el niño se tuviera como nacido en el seno de la familia adoptiva y mediante el decreto se rompía la relación entre el niño y sus padres biológicos, por tanto, no existían ya obligaciones ni derechos entre ellos. El decreto podía ser impugnado mediante apelación por los peticionarios o por el niño por medio de su representante, ante la Suprema Corte.

Es inquietante conocer cuál era el contexto en el que surge esta ley con disposiciones tan diferentes a las que históricamente se habían dado. El comportamiento del crecimiento poblacional en Massachusetts entre 1790 y 1860 ha sido una preocupación de algunos estudios, entre los que sobresale el realizado por Vinovskis (1978) , quien usó herramientas estadísticas para un análisis de regresión multivariable de la fertilidad diferencial entre Massachusetts, municipios y regiones. Este permite conocer que la tasa de natalidad de Massachusetts en el periodo en estudio disminuyó, lo que se explica por la urbanización e industrialización, en un contexto en el que la tasa de mortalidad de niños menores de 10 años estuvo estable y que también se vio afectada por la emigración que se dio en las primeras décadas, aunque en las últimas se ve compensada por una inmigración, lo que se evidencia en las cifras de 1860, cuando el 65.4 % de la población de Massachusetts había nacido en el estado, el 13.3 % fuera del estado, pero dentro de Estados Unidos de América y el 21.3 % provenía de afuera, especialmente de Irlanda.



También se manifiesta que esto hizo que disminuyera la demanda de servicios educativos en las escuelas públicas. Otras variables que explican el comportamiento de la natalidad son de orden religioso, nivel de educación y actividad económica en que participa la población (Vinovskis, 1978).

Por los resultados que obtiene Vinovskis se puede entender que la adopción se utilizó como una institución para apoyar a aquellos padres que no tenían o no podían tener hijos y que necesitaban realizarse en su rol.

Según Vallverdú (2004), en este periodo, las adopciones se caracterizan por un secretismo de los orígenes lo que permite inferir dos elementos: por un lado, los padres se avergüenzan de su infertilidad y, por el otro, se cree que los abandonados o huérfanos pueden ser resultado del pecado; lo que hace que lo mejor sea comenzar una vida nueva, ocultando el pasado, obviamente esta es una posición promovida y favorable para los padres adoptivos.

Contrariando la tendencia progresiva que presentaba la adopción en Massachusetts, en Nueva York se da una situación diferente. Nueva York se había convertido en una de las principales ciudades de los Estados Unidos, gracias a su industrialización, pero, sobre todo, al desarrollo del comercio, que derivó de su puerto, por el cual para 1860 entraba más de dos terceras partes de las importaciones y salía un cuarto de sus exportaciones (Burrows & Wallace, 1998). A mediados del siglo XIX, más de la mitad de los neoyorquinos habían nacido en el extranjero; entre 1820 y 1890, más de 10 millones de inmigrantes se establecieron en la metrópoli huyendo de la crisis económica y de las persecuciones que tenían lugar en Europa, la mayoría eran alemanes e irlandeses: los primeros abandonaron su país tras las Revolución de 1848 y los segundos a causa de la hambruna irlandesa (Burrows & Wallace, 1998). Algunos de estos inmigrantes se enrolaron en el Ejército de la Unión en la Guerra de Secesión. La guerra, la industrialización, los accidentes de trabajo, la inseguridad ciudadana y la pobreza en medio de gran riqueza, son factores que inciden en que haya muchos vagabundos, especialmente niños abandonados. En ese contexto social se establece Children's Aid la que "fue fundada en 1853 por Charles Loring Brace y un grupo de reformadores sociales en un momento en que los asilos y casas de acogida de huérfanos eran los



únicos servicios sociales disponibles para niños pobres y sin hogar en la ciudad de Nueva York. Children's Aid operaba casas de hospedaje, programas de aire fresco y escuelas industriales para apoyar a unos 30 000 niños pobres y huérfanos que vivían en las calles de la ciudad” (2020). Esta fundación desarrolló un programa que colocaba niños de la ciudad sin cuidado parental en los hogares de todo el país. Los niños fueron trasladados a sus nuevos hogares en los trenes que finalmente fueron etiquetados como "trenes de huérfanos" o "trenes de bebé" (Askeland, 2006), (Housel, 2015). Entre 1854 y 1929 se trasladaron aproximadamente 250 000 niños, quienes eran adoptados con pocos o nulos trámites en las estaciones mismas en la que hacía parada el tren a donde iban las familias que buscaban un hijo y escogían aquel que creían que más les convenía (Vallverdú, 2004). El argumento evangelista que fundamentaba estos eventos partía de la premisa de que los hijos del ingente flujo migratorio europeo, en su mayor parte judíos y católicos extremadamente pobres, debían ser arrancados de su contexto cultural, para ir a familias protestantes (Vallverdú, 2004). Muchos de esos niños no fueron tomados como hijos sino como fuerza de trabajo para el área rural, sobre todo, en regiones poco pobladas y donde la mano de obra era necesaria dada la abolición de la esclavitud. Como se dijo antes, en estos procesos de “adopción” no se seguían formalismos y por tanto no se requirió del consentimiento de los padres biológicos, menos el del niño, quien muchas veces era subido al tren contra su voluntad.

Si bien podría entenderse que retirar a los niños de las calles de Nueva York para enviarlos a las familias de otros estados tenía como fin el bienestar del niño, pareciera que también se logró otro propósito, cuando, por ejemplo, en la página de internet de la Iglesia Evangélica Pueblo Nuevo, se expresa que, “gracias a esas acciones, se dio una disminución del crimen juvenil, según los informes de la policía de Nueva York” (Iglesia Evangélica Pueblo Nuevo, 2020).

Según Puig Peña (1976), a partir de 1914, la adopción presenta un cambio total de dirección que determina un desarrollo inusitado, los huérfanos de guerra eran numerosos y los hogares con falta de hijos eran abundantes; lo que hace que la legislación se vuelva flexible para la práctica de la adopción.



En 1924, después de la Primera Guerra Mundial, en el seno de la Sociedad de Naciones, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, el primer antecedente en materia de derechos humanos de la niñez, conocido como “La Declaración de Ginebra” y que es una adaptación de la formulación que hicieron las hermanas Eglantyne Jebb y Dorothy Buxton, inspiradas en las atrocidades de la Primera Guerra Mundial (Verhellen, 2002). Este texto fue modificado y luego nuevamente aprobado por la Sociedad de Naciones en 1934. Ninguna de las dos declaraciones hace referencia al derecho del niño a vivir en un ambiente familiar o a la institución de la adopción, no obstante que su nacimiento se inspiró en la vulnerabilidad que presentan los niños en la postguerra.

Sin embargo, es después de la Segunda Guerra Mundial que se utiliza con más frecuencia la adopción, ahora con un carácter internacional<sup>5</sup>, como una respuesta humanitaria a la situación en que han quedado varios niños. Esta tendencia puede entenderse como contradictoria al marco convencional. En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la que en su artículo 16, numeral 3, define que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En 1959, ese mismo organismo multilateral mediante resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959, aprobó la *Declaración de los Derechos del Niño*, y en el principio 6, define que el niño debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y que, salvo circunstancias especiales, no debe ser separado de su madre en la corta edad. Según el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), familias de Estados Unidos y algunas de Canadá, Australia y Europa, adoptaron niños huérfanos por la guerra, de Alemania, Italia y Grecia; y en menor medida de China y Japón (1999).

La misma tendencia se presentó en los años cincuenta del siglo XX, cuando como consecuencia de la Guerra de Corea, hubo niños huérfanos o abandonados, muchos de ellos, hijos de soldados estadounidenses y madres asiáticas, y se volvió a presentar años

---

<sup>5</sup> La adopción es internacional cuando se dan alguno o los dos supuestos siguientes. a) Los padres interesados en la adopción son de una nacionalidad distinta a la de la persona que se espera adoptar. b) El adoptado va a ser trasladado a un país distinto a aquel en el que reside habitualmente.



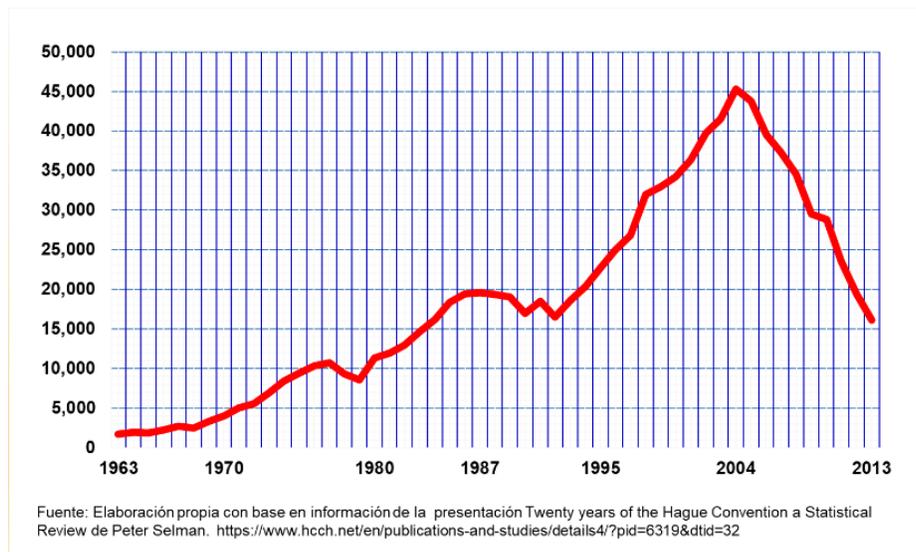
después con la Guerra de Vietnam. Posteriormente, la adopción adquiere una imagen de “solidaridad con el tercer mundo” (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, 1999).

Algunos Estados hicieron esfuerzos por regular la adopción. Por ejemplo, el Estado que ahora se conoce como Tanzania formuló su primera ley de adopciones en 1942; Irlanda, en 1952, e, India, en 1956 (Economic & Social Affairs United Nations, 2009).

Los primeros esfuerzos por orientar técnicamente el procedimiento de la adopción surgen en 1960, cuando bajo los auspicios de la Oficina Europea de las Naciones Unidas, se celebró un seminario sobre adopción internacional en Leysin, Suiza; y posteriormente, en 1971, se celebró una conferencia mundial sobre adopción, acogimiento y hogares de guarda en Milán, Italia, en la que se reiteró la insuficiencia de las normas internacionales para salvaguardar los intereses de los niños adoptados (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, 1999).

También hubo preocupaciones en el ámbito jurídico, dado que el marco legal del país de origen del niño normalmente era distinto al del país receptor o al de los padres adoptivos.

Gráfica 1. Adopciones internacionales en el mundo: niños adoptados 1963- 2013



Con el fin de normar esa realidad, en 1965, en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, se formuló el “Convenio sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de

Decisiones en Materia de Adopción”.

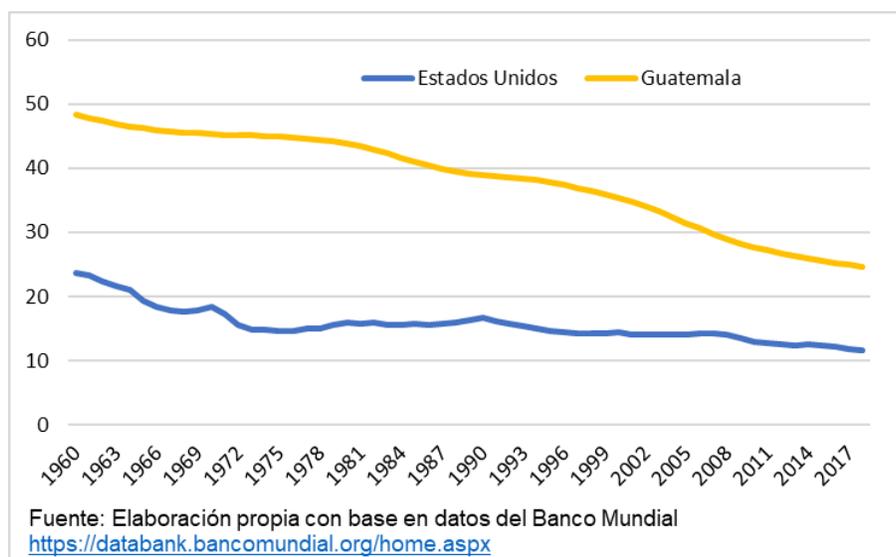
Las preocupaciones aumentaron en la medida en que las adopciones internacionales también lo hicieron. La gráfica 1 muestra cómo desde 1963 hasta el año 2004, el



comportamiento de las adopciones internacionales presentó una tendencia creciente, aunque es de notar que hubo una etapa en que se estancó el proceso, e incluso tuvo un ligero descenso, sin embargo, el crecimiento se aceleró de 1993 al 2004.

El auge que presentan las adopciones internacionales tiene como una variable explicativa la tasa bruta de natalidad, la que a su vez se determina por la cantidad de mujeres, la fertilidad de ellas, las prácticas anticonceptivas, la incorporación de la mujer a la actividad laboral, los movimientos de liberación femenina, la postergación de la maternidad, la legalización del aborto; y, complementariamente, la mortalidad infantil, entre otras. Para evidenciar estas relaciones se presentan las gráficas 2, 3, 4 y 5 en las que se muestra el

*Gráfica 2. Estados Unidos de América y Guatemala: tasa bruta de natalidad de 1960 al 2018*



comportamiento de algunas de esas variables demográficas en Estados Unidos de América, uno de los principales países receptores, y, Guatemala, país de origen y de interés en este estudio.

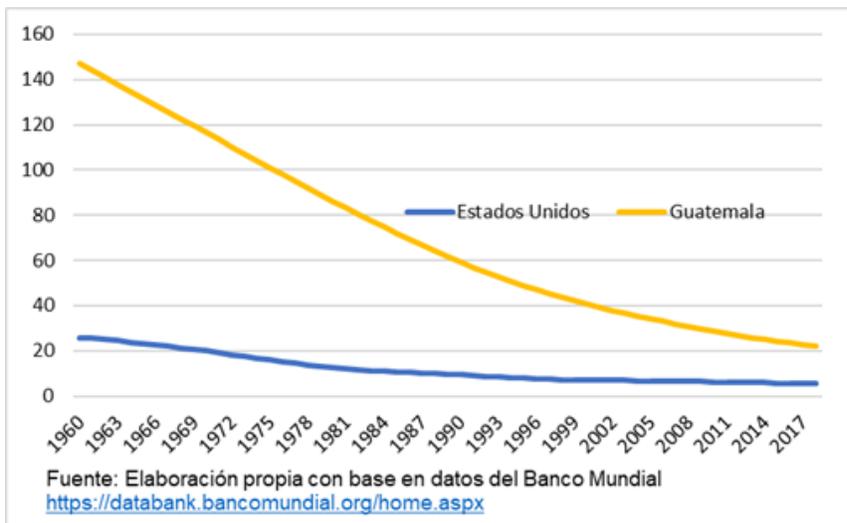
La tasa bruta de natalidad es una razón

que expresa cuantos nacimientos se dan por cada mil habitantes. Esta tasa presenta una tendencia decreciente en ambos países, sin embargo, siempre ha sido más baja en Estados Unidos de América que en Guatemala. Curiosamente, en el periodo que se detiene el crecimiento de las adopciones internacionales a nivel mundial, coincide con una relativa estabilidad en la tasa bruta de natalidad de los Estados Unidos de América.

La tasa bruta de natalidad se complementa con la tasa de mortalidad infantil, la que se puede definir como una razón que mide cuántos niños mueren antes de cumplir un año por cada mil nacimientos que se registran. De nuevo, Guatemala se caracteriza por una alta tasa de mortalidad infantil que afortunadamente ha presentado una tendencia



Gráfica 3. Estados Unidos de América y Guatemala: tasa de mortalidad infantil 1960-2018



decreciente. En Estados Unidos de América la tasa de mortalidad infantil también es decreciente, aunque con una pendiente poco pronunciada.

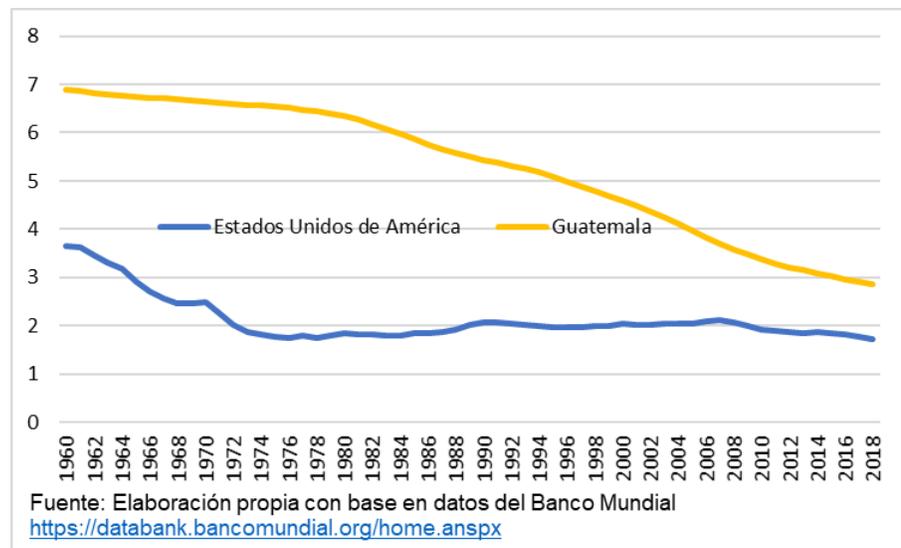
La tasa de fertilidad total representa la cantidad de hijos que tendría una mujer si viviera hasta el final de sus años de

fertilidad y tuviera hijos de acuerdo con las tasas de fertilidad actuales específicas por edad.

La tasa de fertilidad de Guatemala ha sido siempre más alta que la de Estados Unidos de América, sin embargo, es significativo que mientras en Guatemala este indicador siempre ha tenido un comportamiento

Gráfica 4. Estados Unidos de América y Guatemala: tasa de fertilidad 1960-2018

descendente, en Estados Unidos el comportamiento ha sido con diferentes pendientes; coincidiendo con la tasa de natalidad. Los años en que las adopciones internacionales a nivel mundial

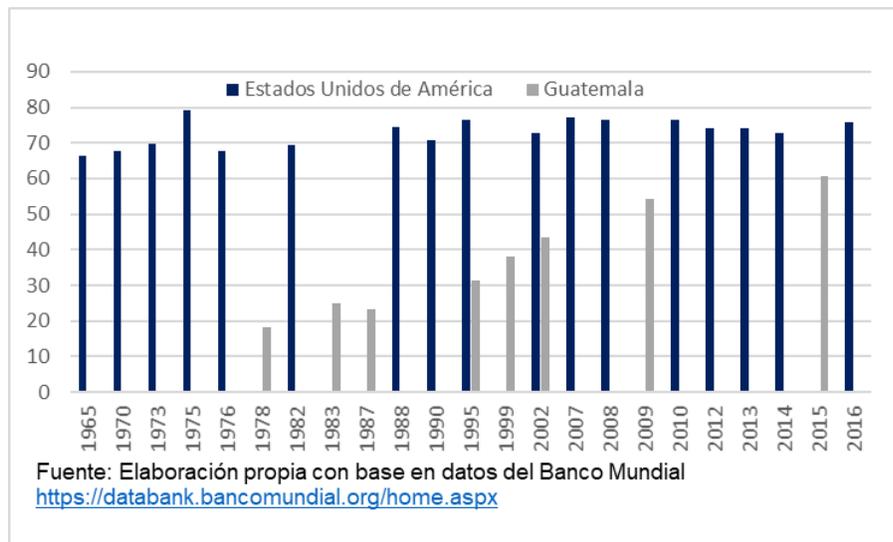




permanecieron sin aumento o disminuyeron, la tasa de fertilidad total en Estados Unidos aumentó.

Otra variable de interés es el uso de métodos anticonceptivos. La tasa de prevalencia de

*Gráfica 5. Estados Unidos de América y Guatemala: Prevalencia de uso de método anticonceptivo 1965-2016*



uso de métodos anticonceptivos es el porcentaje de mujeres o parejas sexuales de estas que utilizan cualquier método anticonceptivo. Suele medirse solo para las mujeres casadas de entre 15 y 49 años. La gráfica 5 muestra una diferencia cultural existente entre

Estados Unidos de América y Guatemala. El uso de un método anticonceptivo y el registro de esta información es más frecuente en los Estados Unidos de América en donde casi el 80 % de la población hace uso de uno mientras que en Guatemala hay poca información y esa práctica se ha ido estableciendo gradualmente, alcanzándose hasta en los últimos años un 60 %. Este es otro elemento que va a incidir en que relativamente haya menos niños en Estados Unidos de América que en Guatemala.

Las anteriores comparaciones entre Estados Unidos de América y Guatemala permiten mostrar algunas de las condiciones, que, en un marco sin regulación, dieron lugar a que la adopción se estableciera como un mercado y se considerara al NNA como una mercancía que generaba abundantes réditos para los que los ofrecían a padres adoptivos desesperados, que por pertenecer a una economía industrializada contaban con poder de compra para alcanzar su objetivo. En la medida en que esta práctica se expandió, se conoció de más abusos sobre los NNA y se hizo necesario impulsar iniciativas orientadas a atender el interés superior de ellos.



En 1979 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas resuelve sobre la necesidad de tratar el tema de la adopción internacional y en su resolución 1981/18 requiere a la Asamblea General de Naciones Unidas que incluya dentro de su agenda el “proyecto de declaración sobre los principios sociales y jurídicos en materia de adopción de niños y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, la que resuelve incluirlo en el programa preliminar de la trigésimo séptimo periodo de sesiones, en 1981<sup>6</sup>.

El proyecto incluía 25 principios en los que se reconoce que la mejor manera de asegurar el bienestar del niño es con el bienestar de la familia; que la primera prioridad del niño es que lo atiendan sus padres biológicos, que si ellos no pueden, lo hagan otros miembros de la familia y, que si eso no es posible, se considere una familia sustitutiva. Se expresa que si el niño no puede ser atendido por su familia biológica entonces se considere su colocación en un hogar de guarda o en adopción, antes que ponerlos en instituciones, a no ser que las necesidades particulares del niño puedan satisfacerse mejor en una institución especializada. Se señala que la colocación de niños en hogares de guarda debe ser un servicio planificado y temporal, como paso hacia un estado de permanencia para el niño, que incluya su restitución a su familia biológica o la adopción, pero que no se limite a ellas. También se define que el propósito fundamental de la adopción es proporcionar una familia permanente al niño que no puede recibir los cuidados de su familia biológica; que los procedimientos de adopción deben ser lo suficientemente flexibles, que los padres biológicos deben contar con tiempo suficiente y con asesoramiento adecuado para llegar a una decisión, aunque se reconoce que lo mejor

---

<sup>6</sup> No obstante, ese proyecto de declaración no se discutió por la Asamblea General de Naciones Unidas. En 1982, durante la celebración del trigésimo séptimo periodo de sesiones, en la 107.ª sesión plenaria del 16 de diciembre de 1982, la asamblea general decidió postergar la discusión del proyecto de declaración, dado que, entre otros puntos, la Comisión de Derechos Humanos estaba elaborando un proyecto de convención sobre los derechos del niño, y; que algunos Estados miembros propusieron algunas enmiendas que obligan a realizar reformas al proyecto. En 1983, durante el trigésimo octavo periodo de sesiones, en la 101.ª sesión plenaria del 19 de diciembre de 1983 se vuelve a postergar la decisión, tomando los mismos argumentos que en la ocasión anterior y ahora solicitando al Secretario General que comparta el proyecto con los Estados miembros y presente en el próximo periodo las opiniones recabadas. En 1984, durante el trigésimo noveno periodo de sesiones, en la 99.ª sesión plenaria del 13 de diciembre de 1984, se posterga nuevamente la decisión, con los mismos argumentos, y ahora, haciendo un llamamiento a los Estados miembros para que hagan consultas sobre los elementos que debieran incluirse y la posibilidad de firmar un documento. Finalmente, en 1986, durante el cuadragésimo primero periodo de sesiones, en la 93.ª sesión plenaria, se aprobó la declaración mediante la resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986.



para el niño es que esa decisión se tome cuanto antes. Se establece que debe existir certeza de que el niño adoptado pasa a ser parte integral de la familia adoptiva, que los gobiernos deben determinar si sus servicios nacionales para la infancia son suficientes, y que debe tenerse en cuenta a los niños cuyas necesidades no son satisfechas por los servicios existentes, pues para algunos de ellos, la adopción en otros países puede ser considerada un medio adecuado de proporcionarles una familia.

La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional se aprobó hasta el 3 de diciembre de 1986. En su preámbulo reafirma el principio 6 de la *Declaración de los Derechos del Niño* proclamada en la resolución 1366 (XIV) del 20 de noviembre de 1959, que establece que, siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. Manifiesta que existe una preocupación por el gran número de niños que quedan abandonados y huérfanos a causa de la violencia, los disturbios internos, los conflictos armados, los desastres naturales, las crisis económicas o los problemas sociales; refiere a que los intereses del niño deben ser considerados fundamentales; y, no obstante ser una declaración y por tanto su naturaleza jurídica implica que no es vinculante, reconoce que en los distintos sistemas jurídicos existen otras instituciones valiosas que representan una alternativa a la adopción; que las disposiciones de la declaración serán pertinentes, solamente si la institución está reconocida y reglamentada por el derecho interno de un Estado; que lo declarado no afectan en modo alguno a las instituciones que existen en otros sistemas jurídicos y que representan una alternativa a la adopción. Finalmente, reitera que los principios que se enuncian no imponen al Estado ninguna institución.

No obstante, la flexibilidad que se desprende del preámbulo de la declaración en los artículos que integran la versión final, se nota una mayor exigencia al Estado. Se declara que el niño, en todo momento, deberá tener un nombre, nacionalidad y representante legal; que debe contarse con una autoridad encargada de la supervisión para velar por el bienestar del niño en los hogares de guarda y se deja de hacer referencia a la



institucionalización. Al tratar el tema de la adopción, amplían la obligación de disponer asesoramiento para la toma de decisiones, ahora, ya no solo para los padres biológicos sino también para los adoptivos, e incluso para el niño, cuando proceda, y, se exige que se observe la relación entre el niño y los padres adoptivos previamente a la aprobación de la adopción. Al considerar la adopción internacional, se le da un carácter subsidiario y se manifiesta que esta procede solamente cuando los gobiernos de los países de origen y recepción hayan establecido políticas, legislación y una supervisión respecto de la protección de los niños que son adoptados; que deberán implementarse políticas y promulgar leyes que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños; que en ningún caso deberá tener como resultados beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; que deberá practicarse por conducto de los organismos o autoridades competentes y deberá aplicarse las mismas salvaguardas y normas existentes respecto de las adopciones en el país de origen; y, asegurarse la validez legal de la adopción en ambos países.

En 1989 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la CDN<sup>7</sup> en la 61.<sup>a</sup> sesión plenaria mediante resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, luego de diez años de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (Carmona Luque, 2010). En el preámbulo de este instrumento internacional se expresa que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; en tanto que, se infiere de los artículos 9, 20 y 21 que los Estados se comprometen a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, pero que cuando en atención a su interés, tengan que ser privados temporal o permanentemente de su medio familiar, tendrá derecho a la protección y asistencia especializada del Estado, y; en caso que no sea posible la reintegración con su familia biológica o ampliada y si el Estado Parte

---

<sup>7</sup> Borrás (2010) señala que la CDN a la que se refiere como la convención de 1989 de Nueva York, tiene como peculiaridades: a) que define y utiliza el término de niño, en sustitución de “el menor” que se utilizó anteriormente; b) toma al niño individualmente pues es para uno que se deben buscar las medidas que correspondan según el caso concreto, y; c) se ha tomado la edad de 18 años como límite para reconocer la etapa de la niñez.



permite la adopción, esta se utilice como el medio para la restitución del derecho a vivir en un ambiente familiar.

La CDN, ahora sí con un carácter vinculante, permite dar a la adopción un enfoque diferente, en donde el interés del adulto y de la familia quedan supeditados al interés superior del niño<sup>8</sup>.

La tendencia del uso de la adopción se estancó e incluso decreció escasamente, en los años en que se discutía la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional” así como la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

En 1993, las adopciones presentan una tendencia de crecimiento acelerado, como se ha anotado y se ha ilustrado antes. Esa tendencia estaba creando problemas humanos y jurídicos y no existía un marco jurídico multilateral que permitiera el desarrollo de los principios que encerraba la CDN.

Ya en diciembre de 1987, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya había presentado una nota en la que se analizaban los defectos del Convenio de La Haya de 1965 en materia de adopción y se sugería la necesidad de un nuevo convenio que cubriese la ausencia de garantías sustantivas en materia de adopción internacional y de un sistema de cooperación entre los países de origen y de recepción. En la décimo sexta sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que tuvo lugar en octubre de 1988, se decidió que la tarea de un nuevo convenio sería incluida en los trabajos de la décimo séptima sesión. La décimo séptima sesión tuvo lugar el 10 de mayo de 1993 y el proyecto de convenio fue examinado en sesión plenaria y aprobado por unanimidad el 29 de mayo de 1993.

---

<sup>8</sup> El interés superior del niño, según Miguel Bruñol (2012) implica que coexisten otros intereses y que dentro de todos el del niño es el superior, lo que hace que se le tenga como un principio general y rector en el que se considera que el interés del niño es la máxima realización de derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, no solamente considerando su número sino también su importancia relativa.

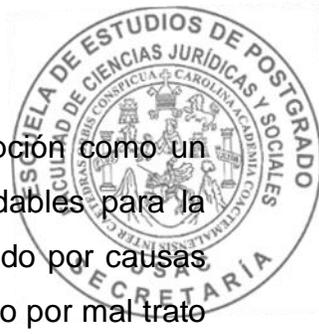


En el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional se considera como primordial el interés superior del niño y se crea una estructura de cooperación internacional, que puede permitir alcanzar los objetivos plasmados en el artículo 21 de la CDN, según el cual *“los Estados Partes promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo, mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”*.

Según la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, en el Convenio de 1993 se conjugan objetivos claramente diferentes. Contiene ciertos aspectos de instrumentos provenientes de diversas áreas como derechos humanos, cooperación administrativa y judicial y derecho internacional privado (2008).

En el preámbulo los Estados Signatarios reconocieron que para el desarrollo armónico de la personalidad del niño, él debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión; recordaron que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen; y que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen. Asimismo, manifestaron estar convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños; para lo que es conveniente establecer disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por la CDN.

Para el 2004, que es cuando alcanza el punto más alto la práctica de las adopciones internacionales, los seis países que más niños daban en adopción eran China, Rusia, Guatemala, Corea, Ucrania y Colombia; en tanto que, al considerar el destino, el 51 % de las adopciones correspondían a los Estados Unidos de América y el 49 % a países de Europa (Selman, 2011).



Según Smith y Foten (2012), en un marco en que se entiende la adopción como un mercado, consideran que se ha mantenido la demanda de niños saludables para la adopción en los países de recepción, sin embargo, la oferta ha disminuido por causas políticas y dilemas éticos. Se sabe sobre muertes de niños de origen ruso por mal trato infantil en Estados Unidos de América, China ha concentrado sus esfuerzos en la colocación de niños con necesidades especiales en tanto que Guatemala estableció una moratoria. En este contexto, se empiezan a promover la maternidad subrogada junto con la fertilización *in vitro* como alternativas.

Como se infiere, la adopción es una institución jurídica y social que ha evolucionado y se ha adecuado a las necesidades de cada etapa del desarrollo social. Empezó como una institución al servicio de los padres adoptivos que tenía como finalidad asegurar la trascendencia del patrimonio, la posición política o el culto a los dioses. Posteriormente, como consecuencia de la posición de la Iglesia con relación al matrimonio, las prácticas anticonceptivas y las relaciones extramatrimoniales, junto a una más completa regulación de la sucesión; la adopción fue utilizada como una fuente de mano de obra barata, aunque poco a poco, cayó en el olvido. Ocasionalmente, se le retomó en el marco jurídico como consecuencia de intereses particulares. El comportamiento de algunas variables demográficas hace que se considere nuevamente, tratando de atender la necesidad que presentan algunos jefes de hogar de realizarse en el rol de padres, lo que se dificultaba por limitaciones para la procreación, ya sea por causas naturales o sociales (como los procesos de urbanización e industrialización, entre otros); lo que no excluyó que se siguiera considerando como un medio para agenciarse de mano de obra relativamente barata. Los intereses que prevalecían eran los de los adultos. Ya en el siglo XX se vuelve una práctica inspirada en los huérfanos y poco a poco toma relevancia en el ámbito internacional. Los problemas sociales y jurídicos que encerró hicieron que se ejerciera presión para que se regularan los procedimientos de adopción en un contexto en que el niño ocupa el centro y su interés es el superior, definiendo la adopción como una institución que tiene como fin la restitución de los derechos del niño, especialmente el que implica desarrollarse en un ambiente familiar. Ahora queda por tratar el desenvolvimiento de esta institución en el ámbito nacional.



## Capítulo II. Estudio histórico de la adopción en el marco jurídico de Guatemala

### 1. El Código Civil de 1877

De conformidad con el informe rendido al señor presidente de la República de Guatemala, por la comisión integrada para conformar el Código Civil y el de procedimientos civiles; pasó más de medio siglo para que Guatemala contará con un proyecto de Código Civil; en ese lapso lo que se aplicó fue la normativa que dejó España, principalmente las siete partidas y el fuero de Alfonso X, las que a su vez derivaban del derecho romano de la Antigüedad.

El primer Código Civil de Guatemala fue emitido mediante el Decreto Gubernativo Número 176 del presidente de la República Justo Rufino Barrios, el 8 de marzo de 1877 y entró en vigor el 15 de septiembre de ese mismo año.

La comisión que se conformó para elaborar ese Código Civil y de procedimientos civiles al rendir un informe al presidente de la República y presentar el proyecto, hace referencia a que la adopción no se trataba en el ámbito de la Iglesia católica y que el Estado necesitaba incluir estas inscripciones en el Registro Civil. La adopción es incluida en el título VII, del artículo 267 al 284.

Se definió la adopción o prohijamiento como el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante y su trámite se llevaba ante el juez de primera instancia.

Se establecieron como requisitos para adoptar, que el adoptante sea mayor de treinta años; sea quince años mayor que la persona a quien pretende adoptar; no tener hijos legítimos ni ilegítimos reconocidos, y, si está casado, que concorra el consentimiento del cónyuge, salvo que estén separados; teniéndose presente que este simple consentimiento no implica que este cónyuge también es adoptante. También, se necesitaba del consentimiento de los padres del que sería adoptado o del tutor; si es menor de edad, lo que puede interpretarse en el sentido que podían ser adoptados tanto los menores de edad como los mayores.

Se tenía como limitaciones que el tutor no podía adoptar a su pupilo, a menos que haya terminado la tutela y se tuvieran aprobadas las cuentas de esta. También se estableció



que ninguna persona podía ser adoptada por más de dos personas, a menos que se trate de cónyuges.

Dentro de los efectos de la adopción estaba el derecho del adoptado a utilizar el apellido de su padre adoptante. El hijo adoptado sería heredero forzoso si el padre adoptivo no tenía hijos legítimos, legitimados o ilegítimos reconocidos o padres legítimos. El adoptado y su familia biológica conservaban sus derechos de sucesión legítima, sin embargo, al morir el adoptado sin descendencia legítima, los bienes entregados por el padre adoptivo regresaban a él o a quienes sobrevivan de su familia. El adoptado no tenía derecho a los bienes de los parientes del adoptante. El hijo adoptivo que estuviere en la minoría de edad a la muerte del padre adoptivo volvía con su familia biológica. Entre adoptante y adoptado existía la obligación recíproca de prestarse alimentos. Estos elementos permiten inferir que la adopción que caracterizó a esta época fue la simple<sup>9</sup>.

La adopción no era revocable sin causa. La revocatoria de la adopción se tramitaba ante un juez de primera instancia y solo procedía cuando había causa, entendiendo por estas las mismas que fundamentaban la desheredación de los herederos forzosos. Si el adoptado negaba la certeza de la causa, debía probarse por parte del adoptante.

En el título XIII dedicado al Registro Civil, específicamente en los artículos 439 y 462 se definía que en el Registro Civil se asentaran las adopciones al margen de las partidas de nacimiento, cuando se presentaba la constancia legal de la misma, la que era una obligación del adoptante y debía cumplirla en los ocho días siguientes a la celebración de la adopción.

En el artículo 961 se definía que el vínculo entre el adoptante y el adoptado hacía nacer el parentesco civil, el que persistía, aunque se disolviera la adopción. Ese parentesco

---

<sup>9</sup> Tradicionalmente, la adopción puede ser plena o simple. La plena no es revocable y el adoptado tiene en la familia adoptiva (tanto la nuclear como en la extendida) los mismos derechos y obligaciones de todo hijo, por lo que rompe todo vínculo con su familia de origen. La simple es revocable, el adoptado no crea vínculos jurídicos con la familia adoptiva, solamente con quien lo ha adoptado y conserva los vínculos con su familia de origen. En el periodo en estudio, la adopción era simple dado que podía revocarse de darse ciertas causas, el adoptado no tiene derechos sobre los bienes de los familiares del adoptante y en caso de que el padre adoptivo muera, el adoptado regresa a su familia de origen o a la institución que lo abrigaba antes de la celebración de la adopción.

también existía entre el adoptado y la familia del adoptante, mientras subsistiera la adopción.



## **2. La reforma de 1882 al Código Civil**

El Código Civil de 1877 sufrió reformas mediante la Ley de Reformas al Código Civil contenida en el Decreto Número 272 del presidente de la República Justo Rufino Barrios, la cual entró en vigor el 1 de abril de 1882. Dentro de los requisitos para adoptar, se amplió la edad del adoptante, requiriendo que fuera mayor de sesenta años. También estableció la necesidad del consentimiento ante juez de quien iba a ser adoptado, cuando era mayor de catorce años. Asimismo, se definió que si el adoptante estaba casado necesita del consentimiento de su cónyuge (antes no era necesario si estaba separado). En materia de sucesión se limitaron aún más las posibilidades de sucesión del hijo adoptivo con relación al padre adoptivo, pues antes tenía derecho después de los padres y el cónyuge, mientras que con la reforma tenía derecho después de los ascendientes legítimos o ilegítimos reconocidos y el cónyuge. Por otro lado, se reconoció el derecho de sucesión de los hijos ilegítimos reconocidos del adoptado. Las causas de revocatoria de la adopción no sufrieron cambios, sin embargo, dado que con la reforma se suprimió las causas de desheredación, se incluyeron en un artículo nuevo (artículo 99 del Decreto Número 272).

## **3. La reforma de 1926 al Código Civil**

El 30 de junio de 1926, mediante el Decreto 921 del presidente de la República José María Orellana, se hizo una nueva reforma al Código Civil. En este caso se sustituyó el libro I, que trataba lo relativo a las personas. Dentro de las disposiciones transitorias del decreto, específicamente en el artículo 519, se extinguió la adopción, y en el artículo 520, se dispuso que subsistirían las adopciones verificadas con anterioridad, pero imponía al padre adoptivo la obligación de garantizar los bienes del menor que no provinieran del padre adoptivo y que de no cumplir, siendo el adoptado menor o incapacitado, debería ser puesto en tutela, a menos que existieran los padres biológicos. Esta tendencia a excluir la adopción no tiene correspondencia con la realidad internacional de ese



momento, aunque quizás sea el reflejo de lo que ocurrió en Europa cinco décadas atrás, como se explicó en el capítulo anterior.

#### **4. El Código Civil de 1933**

La posición descrita sobre la adopción se confirmó en el Decreto 1932, del 3 de mayo de 1933, emitido por la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala y que contenía un nuevo Código Civil. También, en las disposiciones transitorias, en el artículo 1195 de ese cuerpo jurídico, se estableció que subsistirían las adopciones verificadas con anterioridad, con un texto similar al que contenía la reforma referida anteriormente.

#### **5. La Constitución de la República de Guatemala de 1945**

El periodo revolucionario que inició el 20 de octubre de 1944 comprendió cambios importantes en la vida política, jurídica, social y económica de Guatemala. En ese contexto, la Constitución Política de la República era un instrumento importante para instaurar un nuevo orden social.

En La Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente el 11 de marzo de 1945, se instituye nuevamente la adopción, incluyéndola por primera vez en la carta magna. Para ese momento en Europa estaba en auge la adopción internacional, como se describió en el capítulo anterior. Esta constitución es la primera en la historia de Guatemala que desarrolla ampliamente las garantías individuales y sociales<sup>10</sup>. En el Título III Garantías Individuales y Sociales, Capítulo II Garantías Sociales, Sección III La familia, específicamente en el artículo 75, se instituyó la adopción como un beneficio de los menores de edad y se estableció que una ley regularía esta materia.

---

<sup>10</sup> Esta circunstancia es el reflejo de lo que internacionalmente se estaba gestando. Según Farrajoli (2002) después de la Segunda Guerra Mundial se comprendió que el principio de mera legalidad, considerado como garantía frente a la jurisdicción y la administración no es suficiente frente a los abusos de los legisladores y poderes totalitarios, lo que hace nacer un nuevo movimiento constitucionalista orientado por la Carta de ONU en 1945 y luego la Declaración Universal de 1948.



## **6. Decreto Número 375 del Congreso de la República de Guatemala (Ley de Adopciones)**

El Congreso de la República de Guatemala, mediante el Decreto Número 375 del 5 de mayo de 1947, aprobó el Decreto Número 63 emitido por la Junta Revolucionaria de Gobierno el 24 de febrero de 1945. La Junta Revolucionaria de Gobierno emitió normas para regular la adopción antes de que se decretará la Constitución de la República de Guatemala, y ahora se aprobaba esa regulación por el Congreso de la República, atendiendo así el precepto constitucional de crear una “ley de adopciones”. Esta contenía 22 artículos y en su parte considerativa expresaba que era conveniente, en beneficio de los menores desvalidos, dictar disposiciones que tendieran a incrementar la asistencia social; lo que era congruente con el artículo 1 de la misma, en el que se definía la adopción como el acto jurídico de asistencia social por el que se toma como hijo propio a quien no lo era por naturaleza. Al comparar esta definición con la contenida en el primer Código Civil (1877) se nota que la tendencia es la misma, aunque ahora precisa que tiene como fin la asistencia social en beneficio para los menores desvalidos.

En este decreto se estableció que la adopción no constituía ni estado civil ni parentesco entre el adoptante y el adoptado, solo producía los mismos derechos y obligaciones que la ley establecía entre padres e hijos, lo que incluía la obligación recíproca de prestarse alimentos y el derecho del adoptado a usar el apellido del adoptante. Esto representó un retroceso con relación a lo dispuesto en el Código Civil de 1877, en el que se reconocía el parentesco civil.

De conformidad con el Decreto Número 375, podían ser adoptados los menores de edad, siempre que concurriera una de las circunstancias siguientes: a) huérfanos de padre y madre; b) hijos de padres pobres o incapaces; c) hijos fuera de matrimonio y; d) expósitos o que se encuentren asilados en establecimientos de beneficencia pública o previsión social. No existía la posibilidad de la adopción de mayores de edad, como podía darse al amparo del Código Civil de 1877, lo que confirma que la institución de asistencia social era para los menores de edad.



Podían adoptar las personas solteras mayores de cuarenta años, que no tuvieran hijos bajo su patria potestad; los cónyuges que no tuvieran hijos y el cónyuge de cualquier edad, al hijo del otro cónyuge.

Se volvió a incluir prohibiciones en cuanto a que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo el caso de cónyuges; y que el tutor no podía adoptar al pupilo, mientras no estuvieran aprobadas judicialmente las cuentas de la tutela.

En materia de sucesiones se volvió a tener las mismas limitaciones, el adoptante no podía suceder al adoptado y el adoptado solo podía suceder al adoptante en ausencia de descendientes, ascendientes o cónyuge. A diferencia de la legislación ordinaria anterior, en esta trasciende la obligación del adoptante a prestar alimentos, por lo que debían restarse de la herencia y proveerse hasta la mayoría de edad del adoptado; sin embargo, irónicamente, se estableció que el adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante volvería al poder de sus padres, tutores o institución de beneficencia pública o previsión social de la que procedía. El adoptado y su familia biológica siguen conservando sus derechos a sucesión recíproca. Se está siempre ante una adopción simple.

Como novedades se incluyó que la adopción no terminaba por la mayoría de edad del adoptado, salvo que aquel así lo solicitara ante juez de primera instancia del domicilio del adoptante, quien resolvería la cuestión en forma de incidente. También se ofreció alguna protección por parte del Estado al adoptado, cuando se estableció que, si el adoptante era de costumbres depravadas o daba mal trato al adoptado, previa denuncia de cualquier persona o a instancia del Ministerio Público (MP), el juez de primera instancia instruiría las averiguaciones y si hubiera mérito, a pedimiento de parte, se pondría término a la adopción y se dispondría que se aseguraran los alimentos del adoptado.

El trámite de la adopción se iniciaba por el adoptante, mediante solicitud por escrito ante el juez de primera instancia de su domicilio. Con su ratificación, el juez corría audiencia al MP por seis días, el que era parte en el proceso, así como a los padres, tutores o representantes legales de la institución en que se encontraba quien se pretende adoptar. Una vez rendidos los medios de prueba que se requerían para probar los requisitos para adoptar y sin oposición, el juez declaraba haber lugar a la adopción. Si había oposición, el juez atendiendo a la conveniencia y seguridad del menor, declaraba haber lugar o no



a la adopción, siendo apelable la decisión judicial. Este es un elemento novedoso que puede entenderse como el inicio de la aplicación del principio del interés superior del niño en Guatemala, el cual es uno de los compromisos que asumió el Estado cinco décadas más tarde. Si el adoptado tenía bienes, se ordenaba el inventario y tasación de estos, así como el establecimiento de las garantías que correspondían para asegurar su buena administración. Después de declarar haber lugar a la adopción, el juez autorizaba la escritura pública respectiva, teniendo como comparecientes al adoptante y a quien representaba legalmente al adoptado. No se hace referencia al consentimiento del adoptado para este trámite, lo que representa un retroceso con relación a la legislación anterior, pues en el Código Civil de 1877, se pedía el consentimiento del adoptado a partir de los catorce años. Después de autorizada la escritura pública, el adoptado pasaba al poder del adoptante, así como los bienes si es que los había. El testimonio de esta escritura pública debía presentarse al Registro Civil para efectos de inscripción.

La revocatoria de la adopción, igual que en la ocasión anterior, se podía dar solamente si se daba alguna de las cuatro causas que contiene la ley, siendo estas: 1) por atentar el adoptado contra la vida o el honor del adoptante, de su cónyuge, ascendientes o descendientes; 2) por causar maliciosamente al adoptante una pérdida de más de la tercera parte de sus bienes; 3) por acusar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia, de sus ascendientes, descendientes o de su cónyuge, y; 4) por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o cumpliendo sentencia firme en causa criminal.

## **7. La Constitución de la República de Guatemala de 1956**

En 1954 se vivió la contrarrevolución, la que dejó sin efecto la Constitución del periodo revolucionario. El 2 de febrero de 1956, la Asamblea Constituyente decretó una nueva Constitución de la República de Guatemala, en la que en el título IV Derechos Humanos, Capítulo III, la Familia, específicamente en el artículo 91, se expresaba que la adopción estaba instituida en beneficio de los menores de edad y que los adoptados adquirirían la condición legal de los hijos de los adoptantes.



Si bien el enfoque de beneficencia continúa es interesante que constitucionalmente se definiera que los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes, lo que implica que por ser tales, no puede terminar la adopción (ni por mutuo consentimiento ni por revocatoria) y por tanto se sientan las bases para una adopción plena, sin embargo, la legislación ordinaria no sufrió ninguna adecuación para desarrollar la disposición constitucional. Siguió en vigor la ley de adopciones (Decreto Número 375).

## **8. El Código Civil de 1963**

EL 14 de septiembre de 1963, mediante el Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdía, se decretó un nuevo Código Civil para Guatemala, el cual entró en vigor el 1 de julio de 1964. Dentro del Título Final, específicamente en el artículo 2179 se deroga la ley de adopciones (Decreto Número 375), entre otras.

Este nuevo código está conformado por cinco libros de los cuales el primero trata la persona y la familia y se integra con dos títulos, siendo el segundo sobre la familia y en él se incluye la adopción en el capítulo V (del artículo 228 al 251). En este código se reconocía el parentesco civil que nace de la adopción, solo existe entre el adoptante y el adoptado y prohíbe el matrimonio entre ellos en tanto exista la adopción.

En este Código Civil se definía la adopción como el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona. No obstante, permitía legalizar la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad. Esta definición permite afirmar que, no obstante tener un nuevo código, no hubo una evolución en la concepción de la institución, se le sigue teniendo como un acto de asistencia o beneficencia social a los menores de edad, igual que ocurrió con la derogada Ley de Adopciones. Asimismo, parece interesante que los legisladores hayan reconocido que la práctica social encerraba actividades al margen de la ley (las adopciones de hecho) en las que los niños eran tomados como hijos sin seguir formalidades y sin que el Estado garantizara el respeto de sus derechos, y, ahora, se ofrecía la posibilidad de regularización.



A diferencia de la ley de adopciones derogada, en el código no se definieron requisitos para adoptar, solamente se confirman algunas de las prohibiciones antes establecidas. También dejó de precisarse quién podría ser adoptado, solamente se desprende que se trata de menores de edad y excepcionalmente de mayores que han sido adoptados de hecho en su minoría de edad, así como el cónyuge que puede adoptar al hijo de su pareja.

Como efectos de la adopción, se reconoció que nacía el parentesco civil solamente entre adoptante y adoptado, sin embargo, los adoptados y los hijos del adoptante deben ser considerados, tratados y presentados a las relaciones sociales, como hermanos. También surgen para adoptante y adoptado, recíprocamente, los mismos derechos y obligaciones que hay entre padres e hijos.

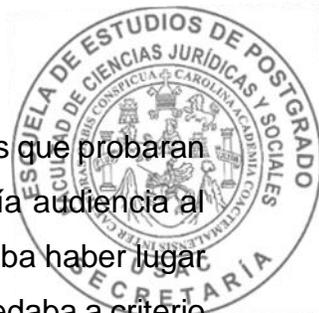
Se siguió con la prohibición de que alguien pueda ser adoptado por más de una persona, salvo cuando se trata de cónyuges, y la adopción del pupilo por el tutor, en tanto no se hayan aprobado las cuentas y entregado los bienes al protutor.

En materia de sucesión, en el código hay una regulación en el mismo sentido que se hizo en la Ley de Adopciones derogada; el adoptante no es heredero legal del adoptado, pero este si lo es de aquel, aunque sus hijos no podrán heredar por representación; no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los otros hijos del adoptante; si el adoptado no es heredero tiene derecho a los alimentos, pero solamente en la porción que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades. El adoptado y su familia biológica conservan su derecho de sucesión recíproca, lo que implica que la adopción no rompe los vínculos con ella por tanto la adopción sigue siendo simple, calidad que se confirma al normarse que el adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres biológicos o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere.

El procedimiento para la adopción era esencialmente el mismo que contenía la ley de Adopciones derogada. Este era iniciado por el adoptante ante el juez de primera instancia de su domicilio<sup>11</sup> mediante una solicitud por escrito, proponiendo testigos que dieran fe

---

<sup>11</sup> Mediante el Decreto Ley 206 del jefe de Gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, del 7 de mayo de 1964, que contiene la Ley de Tribunales de Familia, se estableció la jurisdicción de los juzgados de familia y, entre los asuntos que se incluyeron, están las adopciones.



de su solvencia económica y de su buena conducta, así como otros medios que probaran el cumplimiento de requisitos establecidos para la adopción. El juez corría audiencia al MP quien revisaba las diligencias y si no tuviere oposición, el juez declaraba haber lugar a la adopción y mandaba que se otorgara la escritura respectiva. Ya no quedaba a criterio del juez resolver atendiendo a la conveniencia y seguridad del menor de edad, cuando existía oposición. En la escritura de adopción debían comparecer el adoptante y quien tiene la representación legal del adoptado. Con la firma de la escritura el adoptado pasaba a poder del adoptante, así como los bienes, si es que existían. El testimonio de la escritura debía presentarse al Registro Civil para efectos de inscripción.

La adopción podía terminar por mutuo consentimiento de adoptante y adoptado, cuando este haya cumplido la mayoría de edad; o por revocación.

La revocación podía darse por causas similares a las que contenía la ley derogada, aunque más generales. Estas son: 1) por atentar el adoptado contra la vida y (en la ley derogada en vez de “y” se utilizó “o”) el honor del adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendientes; 2) por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable (antes se refería a más de la tercera parte) de sus bienes; 3) por acusar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge; y 4) por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia (en la ley derogada se agregaba en este numeral “o cumpliendo sentencia firme en causa criminal”).

Este nuevo código incluía el procedimiento para la revocatoria. Esta se tramitaba por el adoptante ante el juez de primera instancia, con intervención del MP y de las personas que prestaron su consentimiento para constituir la adopción. La resolución que declaraba la revocación de la adopción, o la pérdida o suspensión de la patria potestad del adoptante, obligaba al juez a tomar inmediatamente las providencias oportunas para que el menor de edad volviera al poder de sus padres si existieren, o quede bajo la tutela de algún pariente hábil o del centro asistencial que correspondía. Si se trataba de la suspensión de la patria potestad, podía conseguirse la rehabilitación y consecuentemente quedaba en vigor la adopción.



## **9. La Constitución de la República de Guatemala de 1965**

Posteriormente, se decretó una nueva Constitución en la que se mantuvo el reconocimiento de la adopción, ahora como un párrafo final de un artículo que, aunque muestra un ligero enfoque de protección de los derechos del niño, se sigue definiendo la adopción como un beneficio para los menores de edad. En la Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965, en el título III Garantías Sociales, capítulo I, La Familia, se incluyó en el artículo 87 la obligación del Estado de velar por la salud física, mental y moral de los menores de edad, para lo que dictará las leyes y creará las instituciones necesarias para su protección y educación. Declaró que los centros de asistencia social establecidos y creados por entidades particulares son de utilidad pública y gozarán del apoyo del Estado y que las leyes de protección a los menores de edad son de orden público. En el marco de ese artículo también se agregó un último párrafo en el que se instituye la adopción en benéfico de los menores de edad, señalando que los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes.

## **10. Ley Reguladora de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria**

Según Aguirre Godoy (1993), la división de la jurisdicción en contenciosa y voluntaria es una clasificación doctrinaria aceptada en los códigos procesales. Una diferencia entre estas es que la primera se caracteriza primordialmente por la existencia del contradictorio, en tanto que, en la segunda, hay ausencia de discusión de partes y la actuación de los órganos del Estado se concentra en una función certificante de la autenticidad del acto, o a responder a una mayor formalidad exigida por la ley.

El Decreto Ley 107 del jefe de Gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdía, contiene el Código Procesal Civil y Mercantil, incluye la jurisdicción voluntaria en el libro IV, título I. En el artículo 401 se expresa que la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Este cuerpo de normas procesales o de procedimientos no incluía el de la adopción de manera nominativa, pero por la naturaleza de la relación



jurídica, se tiene como parte de la jurisdicción voluntaria, sin dejar de tener presente que su regulación específica está contenida únicamente en el Código Civil, como se expuso antes.

El 3 de noviembre de 1977, el Congreso de la República de Guatemala aprobó el Decreto Número 54-77, que contiene la Ley Reguladora de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. En la parte expositiva del decreto se expresa que en ese momento la mayor parte de las materias comprendidas en la jurisdicción voluntaria estaban atribuidas a los órganos jurisdiccionales, lo que recargaba el volumen de trabajo que tenían que soportar los tribunales. Esta experiencia, que se había tenido en los asuntos que se delegaron a los notarios, había sido satisfactoria, era conveniente ampliar la función del notario para que pudiera llevar a cabo actos en que no hay contención, para facilitar la celebración de los actos de la vida civil.

El procedimiento de adopción fue incluido en el título II, capítulo VI de la Ley Reguladora de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en seis artículos, del 28 al 33, lo que permitía que el trámite de adopción se siguiera ante un juez, como se regulaba en el Código Civil, o, ante un notario, conforme a ley relacionada con la jurisdicción voluntaria.

Según lo preceptuado en esta ley, la adopción podía ser formalizada ante notario público, sin que se requiriera previa aprobación judicial de las diligencias. La solicitud de la persona que desee adoptar a otra, se hacía ante el notario, presentando la certificación de la partida de nacimiento correspondiente y proponiendo el testimonio de dos personas honorables, a efecto de acreditar las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral para cumplir las obligaciones que la adopción impone, y el informe u opinión favorable, bajo juramento, de una trabajadora social adscrita al Tribunal de Familia de su jurisdicción. Si el menor tenía bienes, se levantaba inventario notarial y se constituiría garantía suficiente por el adoptante, a satisfacción del notario. Si el solicitante hubiere sido tutor del menor, el notario debería tener a la vista los documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y que los bienes fueron entregados. Llenados los requisitos anteriores, el notario corría audiencia al MP (posteriormente la Procuraduría



General de la Nación [PGN])<sup>12</sup> y si esta institución no objetaba, se otorgaba la escritura respectiva. En el caso de que hubiera objeción, se remitía el expediente al tribunal competente para que dictara la resolución procedente. En la escritura de adopción debía comparecer el adoptante y los padres del menor, o la persona o institución que ejercía la tutela. El notario extendía el testimonio para presentarlo a los registros que procedía, a fin de que se hicieran las anotaciones respectivas.

## **11. La Constitución Política de la República de 1985**

Después de una inestabilidad política, expresión de los conflictos socioeconómicos que imperaban en el país, la Asamblea Nacional Constituyente decreta una Constitución política, el 31 de mayo de 1985. En el Título II Derechos Humanos, Capítulo II Derechos Sociales, sección I familia, se incluye el artículo 54, en el que el Estado reconoce y protege la adopción, se determina que el adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante y se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

Al igual que en la Constitución anterior, se vuelve a sentar las bases para pasar de la adopción simple a la plena, sin embargo, la legislación ordinaria no sufre ningún cambio y por tanto no se atiende el mandato constitucional. Por otro lado, es interesante que, a diferencia de las versiones anteriores, esta Constitución no instituye la adopción, sino la declara y protege, y si bien en el contexto se hace referencia a obligaciones del Estado para con la niñez, ahora no se incluye que la adopción sea exclusiva para los menores de edad.

---

<sup>12</sup> El Congreso de la República de Guatemala emitió el Decreto 512 del 25 de mayo de 1948, el cual contenía la Ley Orgánica del Ministerio Público y en la que se establecía que la institución funcionaría con tres secciones: fiscalía, procuraduría y consultoría. Ese decreto fue derogado parcialmente por el Decreto Número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, del 3 de mayo de 1994, en lo concerniente a la sección de fiscalía, la cual, como función sustantiva del Ministerio Público, estaría regulada en esta nueva ley orgánica; dejando las otras dos secciones, como funciones de la PGN, siempre en el marco del Decreto 512. Esto quedó plenamente aclarado mediante el Decreto Número 25-97 del Congreso de la República el cual fue emitido el 9 de abril de 1997, en el que en el artículo 1 se establece que salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione el Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la PGN.



Se ha estudiado cómo surge la adopción en el ámbito jurídico de Guatemala. La adopción se incluye en el Código Civil de 1877 y se le definió como un acto de beneficencia (para menores y mayores de edad) y luego en 1926 se le expulsa del ordenamiento jurídico, para que luego resurja durante el periodo revolucionario, en un marco constitucional en el que se le siguió definiendo como un beneficio. Sin embargo, a diferencia de la ocasión anterior, es exclusivo de los menores de edad y se establece el compromiso de crear una ley ordinaria que regule esa materia. La contrarrevolución de 1954 deja sin efecto aquella Constitución, se decreta otra, que, aunque siguió considerando la adopción como un acto de asistencia social, significó sentar las bases para dejar atrás la adopción simple, pues se establece que los adoptados tienen legalmente la condición de hijos; sin embargo, no se concretaron cambios en la legislación ordinaria. Posteriormente, en 1963, la adopción deja de estar regulada en una ley específica y pasa a ser incluida nuevamente en el Código Civil, que, atendiendo la definición contenida en la Constitución, no encierra una modificación de fondo en la adopción. En la Constitución de 1965, en un marco normativo en el que se le imponen obligaciones al Estado, con alguna orientación de protección de los derechos del niño, se instituye nuevamente la adopción como un beneficio de los menores de edad, lo que es congruente con lo que se había normado ordinariamente dos años antes en el Código Civil y que únicamente presenta una variación en 1977 cuando se permite a los notarios realizar el trámite correspondiente. En la Constitución de 1985 se da un cambio, pues no se instituye la adopción, como ocurría en las otras Constituciones, sino se le reconoce y protege, no se le califica como un beneficio o asistencia social y tampoco se precisa que sea propia para los menores de edad, no obstante, la legislación ordinaria no sufre ningún cambio sino hasta veintidós años después, cuando se da la recepción del marco convencional internacional en el derecho interno, aspectos que se desarrollarán en el capítulo siguiente.



## Capítulo III

### La recepción del derecho internacional en materia de adopciones en el derecho interno de Guatemala

#### 1. Definición de derecho internacional

El derecho internacional, al igual que el interno, presenta dos ramas: la pública y la privada. Ossorio expresa que el primero “*es el que determina las normas jurídicas que rigen la relación de los Estados entre sí y también las de estos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional*” (1981, pág. 236) mientras que el segundo “*es el que determina las normas jurídicas aplicables a las relaciones civiles, comerciales y laborales entre personas de distintas nacionalidades, ya se encuentren dentro de un mismo Estado o en Estados diferentes*” (Ossorio, 1981, pág. 236).

En este trabajo de investigación interesan ambas ramas. La primera, da el marco en el que participa en el Estado de Guatemala en la comunidad internacional y, la segunda, en el contexto de la adopción internacional, una institución jurídica que implica una relación entre personas provenientes de Estados diferentes. Por ahora se centra la atención en el derecho internacional público.

#### 2. Antecedentes del derecho internacional público

Las relaciones entre territorios con soberanías diferentes han existido desde la esclavitud, por lo tanto, también se ha observado la necesidad de regulación. Se puede ubicar un ejemplo en la sociedad romana. Roma creó el *ius civile* como un conjunto de normas que regulaban las relaciones entre sus ciudadanos en la ciudad de Roma o una milla alrededor. Gracias a la actividad militar Roma se fue expandiendo, dominando territorios y esclavizando pueblos, lo que obligó a tener que crear el *ius Gentium*, que puede entenderse como un conjunto de normas para regular las relaciones que se daban entre quienes integraban esos territorios. Durante el Imperio romano el *ius gentium* fue determinante para resolver los conflictos que surgían en el exterior de la ciudad de Roma.

En la época feudal, el derecho romano logra trascender, aunque influenciado por los germanos y el cristianismo. Ese derecho apoyado en la Iglesia logró regular las relaciones entre distintos reinos.



La sociedad capitalista se caracteriza por separar el poder político de la influencia de la Iglesia y eso hace que en esa etapa del desarrollo se carezca de normas para regular las relaciones entre los Estados nacionales nacientes. Como consecuencia, fue común el uso de la guerra para resolver los conflictos. Los efectos de la guerra en la infraestructura productiva, la fuerza de trabajo, los recursos naturales, los mercados, etc., hace que se tome conciencia de que esta no es el medio idóneo para resolver conflictos (Álvarez Londoño, 2006).

Los Estados nacionales celebraron reuniones para tratar estos temas y se crearon organismos internacionales<sup>13</sup>.

En 1945, representantes de 50 países se reunieron en San Francisco, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, para redactar la Carta de las Naciones Unidas. Los delegados deliberaron sobre la base de propuestas preparadas por los representantes de China, la Unión Soviética, el Reino Unido, y los Estados Unidos de América (los que triunfaron en la Segunda Guerra Mundial) en Dumbarton Oaks, Estados Unidos de América, entre agosto y octubre de 1944. La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 por los representantes de los 50 países. Polonia, que no estuvo representada, la firmó más tarde y se convirtió en uno de los 51 Estados Miembros fundadores. Las Naciones Unidas existe oficialmente desde el 24 de octubre de 1945.

---

<sup>13</sup> Entre los organismos internaciones que se crearon se tienen a la Unión Internacional de Telecomunicaciones fundada en 1865, con el nombre de Unión Telegráfica Internacional; y, la Unión Postal Universal que se creó en 1874. En 1899, se celebró la Conferencia Internacional de la Paz en La Haya, en la que se aprobó la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales y se creó la Corte Permanente de Arbitraje. En 1919, después de la Primera Guerra Mundial, se estableció la Sociedad de Naciones, en virtud del Tratado de Versalles, para promover la cooperación internacional y para lograr la paz y la seguridad, la cual cesó sus actividades al no ser capaz de evitar la Segunda Guerra Mundial. El Tratado de Versalles es un tratado de paz que se firmó en Versalles, ciudad de Francia, el 28 de junio de 1919. Sus signatarios fueron, por una parte, los que vencieron, y por la otra, los que fueron derrotados. No obstante que en las negociaciones previas se habló de la aplicación de principios de buena fe, los Estados vencidos firmaron por coacción, pues el tratado no fue negociado con Alemania, sino le fue impuesto (Ossorio, 1981, pág. 762). En el contexto de la Segunda Guerra Mundial, se retoma por parte de los vencedores, el esfuerzo por crear una entidad de carácter internacional, con prácticamente los mismos fines que la Sociedad de Naciones. El nombre de "Naciones Unidas" fue acuñado por el presidente de los Estados Unidos de América, Franklin D. Roosevelt, en plena Segunda Guerra Mundial, cuando representantes de 26 naciones aprobaron la "Declaración de las Naciones Unidas", en virtud de la cual, sus respectivos gobiernos se comprometían a seguir luchando juntos contra las potencias del eje (Alemania, Italia y Tokio).

Guatemala es uno de los 51 Estados Miembros fundadores (Naciones Unidas Guatemala, 2020).

En el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas se definen los propósitos de la organización, se expresa que el primero es mantener la paz y la seguridad internacionales y, se incluye dentro del tercero, que uno de estos es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. En esta Carta se hace seis veces referencia al concepto “derechos humanos”.

Regionalmente, se hicieron esfuerzos de integración y de regulación de las relaciones entre los Estados, desde Simón Bolívar, quien convocó a un Congreso en 1826, pero es hasta en 1889, cuando se celebra la primera Conferencia Internacional Americana, en Washington, D.C., en atención a una invitación de los Estados Unidos de América y en la que se discutió y recomendó un plan de arbitraje para resolver los conflictos que podrían darse entre ellos como consecuencia del crecimiento de tráfico comercial y los medios de comunicación. Así, se asumió el compromiso de favorecer el crecimiento del mercado, conformándose la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, la que luego se denominó Unión Panamericana y, finalmente, al ampliarse sus funciones, se ha denominado Secretaría de la Organización de Estados Americanos. Las Conferencias Internacionales Americanas se siguieron celebrando hasta 1970 cuando como consecuencia de las reformas a la carta de la organización, se sustituyeron por las Asambleas de la Organización de Estados Americanos. En la IX Conferencia Internacional Americana, se suscribió la Carta de la Organización de Estados Americanos, en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948. En esa carta se expresa que la organización, dentro de las Naciones Unidas, se debe tener como un organismo regional y así se confirma en los cinco propósitos que se definieron inicialmente en el artículo 4. Al estudiar el texto original de 1948, solamente se encuentra una referencia a los derechos fundamentales (no se utiliza el concepto de derechos humanos) y se hace en los principios contenidos en el artículo 5, literal j) en el que se expresa que los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer





distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo<sup>14</sup>. Esta carta fue reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, el Protocolo de Washington en 1992, y el Protocolo de Managua en 1993. La versión actual incluye ocho referencias a los derechos humanos. En el artículo 53 literal e) se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en el artículo 106 se define su función principal, siendo esta la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Además, se expresa que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, la competencia y el procedimiento de dicha Comisión y de los otros órganos encargados de esa materia.

### **3. Los derechos humanos en el marco del derecho internacional**

Dentro de la sociedad capitalista, en cada Estado nacional se fue desarrollando el concepto de derechos humanos. Según Fioravanti (2009), existen tres modelos que permiten explicar las libertades y por tanto los derechos humanos, siendo estos el individualista, el historicista, y el estatalista. Los nombres que se le dan refieren al elemento que sobresale en la construcción de estos conceptos, pero no deben entenderse como excluyentes. El individualista se basa en una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en un enfoque que no reconoce lo que hubo antes de esta sociedad (Revolución francesa). El historicista tiene una doctrina individualista e histórica, construida en un enfoque antiestatal (la revolución de los Estados Unidos de América). El estatalista tiene una doctrina historicista y estatalista, construida con un enfoque anti individualista (los juristas del Estado de derecho del siglo XIX).

Según Ramírez y Payares (2011) se pueden identificar cinco teorías de fundamentación de los derechos humanos:

- a) La teoría legal que tiene al derecho positivo como fundamento de los derechos humanos, y, por tanto, estos carecen de entidad jurídica mientras no hayan sido proclamados, lo que se desprende de la exposición de Hans Kelsen en la que se puede tener a un derecho humano como un derecho subjetivo que no es otra cosa

---

<sup>14</sup> Este mismo principio estaba contenido en el artículo 5 literal j) de la versión original de la Carta de la Organización de Estados Americanos.



que el reflejo de una obligación establecida por una norma jurídica positiva (Kelsen, 1982)<sup>15</sup>.

- b) La teoría subjetivista que tiene a la autonomía individual como fundamento. En esta se considera que las libertades son los valores primariamente constituidos. Los derechos humanos son una instancia que contribuye al desarrollo de la autonomía del individuo y son relevantes cuando lo protegen de otros individuos, de la sociedad o del Estado.
- c) La teoría intersubjetiva que resulta del desarrollo de la ética discursiva o moral civil, en la que hay dos elementos básicos: el derecho del hombre a ejercer su capacidad de autolegislación y el valor de las leyes universalmente aceptadas, marco que permite a Adela Cortina, según Ramírez y Payares, identificar dos tipos de derechos, aquellos que se descubren mediante una reflexión trascendental, que son denominados derechos pragmáticos, equivalentes a los derechos humanos y, por otro lado, aquellos derechos que son reconocidos por la comunidad concreta y que resultan de un procedimiento discursivo, que solo puede darse si se respetan los pragmáticos.
- d) Teoría ética o axiológica en la que se considera que los derechos humanos debieran denominarse derechos morales, pues su origen está en la ética, es decir, en la reflexión a partir de la cual se identifican las exigencias imprescindibles para una vida digna. El derecho positivo y la política solo los reconoce y garantiza. La seguridad-autonomía es el valor que fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica; la libertad, los derechos civiles y políticos, y la igualdad, los derechos económicos, sociales y culturales.
- e) Las teorías objetivas, que buscan fundamentarse en un elemento que existe independientemente de la voluntad y la conciencia. Entre estas está la que considera las necesidades humanas básicas, es decir, aquellas exigencias que se consideran ineludibles para el desarrollo de una vida digna y que se vuelven la realidad antropológica que ayuda a descubrir las exigencias éticas generales, que

---

<sup>15</sup> Ante una posición positivista como la contenida en esta teoría, vale la pena tener en mente la opinión de Pérez Luño (2004), quien afirma que los derechos fundamentales encierran una doble confluencia. Por un lado, se encuentran la tradición filosófica humanista con la técnica de positivación. Por otro, se da un punto de mediación entre las libertades individuales y las sociales.



jurídicamente representan los derechos de carácter universal. Otra es la de la dignidad del ser humano, entendiendo por esta una categoría filosófica que hace referencia a una cualidad de cierto tipo de seres, cuyo desarrollo existencial descansa en ellos mismos, lo que en sentido práctico implica un principio axiomático que se resume en el deber de no ser tratado como medio sino como un fin en sí mismo.

Los esfuerzos por reconocer los derechos humanos que se logran concretar internamente van a tener una manifestación a nivel internacional<sup>16</sup>. Como se anotó en el primer capítulo, en 1924, al seno de la Sociedad de Naciones se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño y posteriormente la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y; la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional en 1986, todas estas discretas en relación con la responsabilidad del Estado, como consecuencia de que ninguna de ellas es una convención que obligue a las partes (Ramírez García & Pallares Yabur, 2011). En 1966 se logró dos convenciones temáticas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y; en 1989 se proclamó la CDN. En estos tres elementos se prevé la existencia de un organismo que supervise y vigile a los Estados respecto de las obligaciones adquiridas en esa materia, lo que según Ramírez y Pallares (2011) da lugar a identificar dos subsistemas dentro del sistema universal de derechos humanos, uno basado en la Carta de Naciones Unidas y otro basado en tratados internacionales temáticos.

El subsistema basado en la Carta de Naciones Unidas encierra procesos principalmente políticos, sus investigaciones buscan más una descripción del Estado que guardan los derechos humanos, definir estándares globales y emitir recomendaciones generales. Sus órganos son:

---

<sup>16</sup> Pérez Sánchez (2019) hace una descripción sobre las personas que participaron y los eventos que resultaron en el reconocimiento de los derechos humanos al seno de Naciones Unidas.



- a) La Asamblea General, facultada en el artículo 10 de la Carta, para discutir cualquier tema relacionado con los fines de la organización, entre ellos, los derechos humanos.
- b) La Comisión de Derechos Humanos que dejó de ser un órgano del Consejo Económico y Social para depender de la Asamblea General, con el nombre de Consejo de Derechos Humanos, que incluye dentro de sus procesos los exámenes periódicos universales, los procedimientos confidenciales, la sesión anual y algunos procedimientos especiales.
- c) El Consejo Económico y Social que ahora tiene un carácter administrativo de recursos dedicados a la promoción de los derechos humanos.
- d) El Consejo de Seguridad que de conformidad con la Carta tiene como misión mantener la paz y seguridad internacional, y que también cumple funciones como la intervención humanitaria, que le permite determinar las amenazas en contra de la paz para proteger los derechos humanos, principalmente en conflictos internos; la imposición de sanciones de tipo económico, financiero, embargos de armas, etc., y establecer tribunales penales internacionales.
- e) La Secretaría General de la que depende el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que su mandato consiste en administrar y dirigir los recursos y esfuerzos financieros, humanos y técnicos de todos los organismos del sistema universal.

El subsistema basado en tratados internacionales temáticos de derechos humanos, dentro de los que, para efectos de este trabajo, destaca es el Comité de los Derechos del Niño. Este comité se establece en el artículo 43 de la Convención de los Derechos del Niño, con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados. El procedimiento está definido en los artículos 44 y 45 de la Convención. Los Estados se comprometieron a presentar un informe sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos, en el plazo de dos años, a partir de la fecha en que haya entrado en vigor la convención para ese Estado, y luego, cada cinco años. En los informes se deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones



derivadas de la convención, así como contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate. El Comité podrá pedir a los Estados más información. El Comité examinará los informes y hará sus recomendaciones. Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas podrán estar representados en el examen o incluso podrán ser asesores o presentar informes, si así lo considera el Comité.

En el ámbito regional, el instrumento principal es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José. Fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

En el artículo 17 se trata la protección a la familia. Igual que en la Convención Universal, se declara que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por esta y por el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, que este solo se puede celebrarse con el pleno consentimiento de los contrayentes y que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

En cuanto a los niños, solamente en tres oportunidades se hace referencia al término. El primero, en el epígrafe del artículo 19, y, en el segundo caso, en ese mismo artículo, al expresarse que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

En el artículo 31 se expresa que podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77, en los que se hace referencia a quienes pueden proponer nuevas normas y que condiciones deben cumplirse para que aquellas entren en vigor.



En el artículo 33 se define que los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados son: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Según Ramírez y Pallares, (2011), las funciones de la comisión se pueden clasificar en consultivo-promocionales, administrativas y cuasijurisdiccionales. La última clase se diferencia de las anteriores al hacer referencia en sus procesos a hechos concretos: sujetos particulares, autoridad señalada y recomendaciones específicas. Ese proceso de comunicaciones puede solicitarlo un Estado contra otro o una persona o varias contra el Estado.

Por otra parte, la Corte IDH tiene dos competencias principales: la emisión de opiniones consultivas y la contenciosa. La primera es de carácter multilateral y no litigiosa, su finalidad no es dar respuesta a un caso concreto<sup>17</sup>. En la segunda, se exige que el Estado haya aceptado la jurisdicción de la Corte y por tanto se compromete a cumplir la decisión de esta, su objeto principal es resolver una controversia sobre si existe o no una violación a la Convención. La legitimación activa de este procedimiento está reducida a los Estados y a la CIDH y solo en relación con los hechos y el procedimiento cuasijurisdiccional llevado ante la misma<sup>18</sup> (Ramírez García & Pallares Yabur, 2011).

---

<sup>17</sup> Un ejemplo de la competencia en emisión de opiniones se tiene en la opinión OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002, la que se emite en atención a la consulta planteada por la CIDH el 30 de marzo del 2001, con relación a que hay distintas legislaciones y prácticas de los países americanos en las que la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa. La CORTE IDH emitió la opinión en la que reitera que los niños son titulares de derechos y no solo objetos de protección y señala otros elementos que deben atenderse al interpretar las normas jurídicas. Las opiniones se emiten con base en ciertos antecedentes, pero encierran un carácter abstracto, dado que no están dirigidas a un caso en concreto, a hechos particulares o sujetos determinados.

<sup>18</sup> Un ejemplo de la competencia contenciosa se tiene en el caso Ramírez Escobar y otros versus Guatemala, presentado por la CIDH en contra del Estado de Guatemala, el 12 de febrero del 2016. Los hermanos Ramírez Escobar fueron separados del ambiente familiar, institucionalizados y luego se les separó para darlos en adopción notarial, con varias irregularidades. La CORTE IDH condenó al Estado de Guatemala en la sentencia del 2 de marzo del 2018. Como se puede notar esta competencia se ejerce en un caso concreto, con un sujeto con legitimidad activa y se tiene una condena contra un sujeto de derecho internacional determinado. Estas sentencias por ser parte del derecho internacional cuentan con una débil coercibilidad en el esfuerzo que se puede seguir para lograr su ejecución.



#### 4. El marco convencional de la adopción

La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y, conforme a su artículo 49, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. De los 195 Estados soberanos que existen, 193 forman parte de Naciones Unidas y de estos solo 1 no han ratificado esta convención (Estados Unidos de América).

A esta convención se le critica por estar estructurada con base en un preámbulo y una lista de 54 artículos (Carmona Luque, 2010), y en 11 de ellos se hace referencia a la familia. Esta atención a la familia comienza desde el preámbulo, luego de recordar que en la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Se manifiesta también que existe el convencimiento de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En consonancia con ese espíritu, en el artículo 9 numeral 1, los Estados se comprometieron a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, con la única excepción, cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y el niño debe permanecer solamente con uno de ellos.

En el artículo 12, los Estados reconocen el derecho del niño a expresar su opinión libremente en los asuntos que lo afecten y esta deberá ser tomada en cuenta. En todo proceso judicial o administrativo se dará la oportunidad al niño, para escucharlo, incluyendo obviamente, aquellos en los que se le separe de sus padres.



En el artículo 20 se reconoce que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese ambiente, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, quien, de conformidad con sus leyes nacionales, establecerá tipos de cuidado alternativo para ellos. Entre esos cuidados están, entre otros, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Del contenido del artículo 20 se desprende que convencionalmente se está identificando la adopción como una medida (no la única) para restablecer el derecho a vivir en un ambiente familiar, en aquellos niños que tuvieron que ser separados de sus padres. La adopción deja de estar en función de los adultos y ahora está teniendo como centro al niño.

En el artículo 21 los Estados asumen compromisos relacionados con el procedimiento de la adopción. Se evidencia que no todos los Estados reconocen esta institución, pero se acuerda que en el caso que un Estado la reconozca o permita deberá:

- a) Cuidar que el interés superior del niño sea la consideración primordial;
- b) Velar porque la adopción sea autorizada por autoridad competente;
- c) Que la autoridad, atendiendo las leyes y procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información fidedigna, determine que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales;
- d) Que cuando se requiera el consentimiento de una persona para la adopción, este se haya dado con conocimiento de causa, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- e) Reconocer que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;



- f) Velar porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- g) Adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- h) Promover, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo, mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales, y;
- i) Garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Los artículos de la convención antes anotados permiten identificar que la adopción se orienta por los principios siguientes:

- a) **Principio proteccionista.** La adopción es una medida de protección que busca restituir derechos vulnerados a un niño. La adopción deja de ser considerada como una acción de beneficencia o de asistencia social del adulto para el niño, pues en el marco de la convención se le puede definir como una institución que permite restituir los derechos vulnerados a un niño, en particular el de vivir en un ambiente familiar. Complementariamente, deja de ser una figura jurídica que puede ser utilizada para cualquier niño, pues ahora solo es admisible para un niño que no puede vivir con sus padres o familia ampliada.
- b) **Principio del interés superior del niño.** Este es un principio general (aplicable no solamente en la adopción) ya que debe ser observado, como una consideración primordial, en todas las decisiones que tomen los órganos legislativos, los tribunales o las autoridades administrativas; o, en las medidas que ejecuten las instituciones públicas o privadas.
- c) **Principio de legalidad.** Este consiste en que los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que la ley establece. En este caso, para que una autoridad determine que la adopción es admisible, debe ser competente para el efecto y seguir el procedimiento establecido legalmente. En contraposición al principio de legalidad se tiene el de libertad, propio de toda persona, en tanto no ejerce una



función pública, y que implica que se puede hacer todo aquello que la ley no prohíba. Al considerar estos dos principios se puede deducir que la adopción es una institución que con la convención ha dejado el ámbito privado (derecho civil) para pasar al público (derechos humanos), en el que el Estado tiene un papel determinante.

- d) **Principio de subsidiaridad.** Este se aplica cuando existen varias alternativas entre las que hay por lo menos una que solo se puede utilizar en defecto de las demás. La subsidiaridad se da en dos ámbitos. En los tipos de cuidado, la adopción es uno que es admisible solamente cuando no es posible que el niño siga en el seno de su familia biológica o de la ampliada, por lo que la adopción es la última alternativa. También se da al considerar la adopción internacional, dada la admisibilidad de la adopción, se preferirá que el niño sea adoptado por una familia del ámbito cultural del que él es originario antes que la integración a una familia residente en uno distinto dentro del territorio, y este último, antes que una colocación en el extranjero.
- e) **Principio de consentimiento informado.** Este consiste en que las personas que participan en el procedimiento de adopción deben dar su consentimiento voluntariamente después de haber sido orientadas. El proceso de orientación debe tener como propósito identificar alternativas y ponerlas a disposición de los interesados, así como, enterarlos plenamente de las consecuencias que resultaran de la decisión que se tome. En el caso de los padres biológicos deben saber que hay opciones para conseguir el apoyo del Estado y la sociedad para cumplir su función y estar conscientes de las consecuencias jurídicas y sociales de la emisión de su consentimiento, el cual finalmente se emite porque así lo quieren y no porque no pueden cuidar a sus hijos.
- f) **Principio de no discriminación y trato equitativo.** Este se evidencia principalmente en la adopción internacional. Las expectativas que se tiene sobre la vida del niño en el país receptor deben ser por lo menos equivalentes a las que se podían dar en el país de origen. El Estado en el que se recibirá al niño adoptado debe garantizar, por lo menos, las mismas salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.



- g) **Principio de cooperación internacional.** Este principio encierra un componente pragmático muy general, aplicable en la adopción internacional y que consiste en obligar a los Estados a tener que concertar arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación para la adopción y la protección de los derechos de los niños adoptados. Estos acuerdos definen los roles que corresponden a los Estados, sus autoridades y organismo de adopción internacional, así como también pueden definir en qué tipo de niños es susceptible un proceso de adopción, qué características de familias adoptivas se valorarán, cómo se evaluará la idoneidad de las familias, cómo se hará el seguimiento postadoptivo, etc.
- h) **Principio de oficialidad.** La iniciación, impulso y desarrollo de los procesos judiciales y de los procedimientos administrativos que encierra la adopción depende de un órgano público y no de la mera voluntad de las personas individuales. El proceso de protección del niño que conduce a determinar que es admisible la adopción es de carácter judicial, inicia con una actuación de una entidad gubernamental y una vez se declara la adoptabilidad, los procedimientos se siguen en atención al interés del niño y no por la voluntad de la familia interesada en adoptar. Si se trata de una adopción internacional, los Estados previamente celebran acuerdos de cooperación y son ellos quienes por medio de sus autoridades en materia de adopciones inician, impulsan y desarrollan el procedimiento de adopción y el seguimiento postadoptivo.
- i) **Principio de gratuidad.** Los procesos de adopción son gratuitos, el Estado no cobra por estos y debe adoptar las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella. Este principio puede ser cuestionable porque no obstante no existe un cobro por ser parte en estos procesos, si existe un costo de oportunidad para las personas que participan en los momentos previos a que una autoridad determina que un niño es susceptible de ser adoptado como durante el proceso de adopción propiamente, además de otros costos mínimos que resultan de acreditar algunos requisitos establecidos. Sin embargo, el fin es la eliminación de los beneficios financieros indebidos, por parte de las personas que pueden tener un rol intermediario entre las familias que tienen interés en adoptar

y las autoridades que dirigen ese procedimiento, especialmente cuando se trata de la adopción internacional.



## 5. La recepción del derecho internacional en el derecho interno de Guatemala

La relación del derecho interno y el derecho internacional se puede estudiar desde un punto de vista doctrinario o desde uno positivo.

Desde un punto doctrinario, de conformidad con Monroy Cabra (2010) existen dos teorías para explicar la relación entre el derecho internacional y el interno.

La teoría dualista considera que hay dos derechos que son independientes, el internacional regula la relación entre Estados en tanto que el interno regula las relaciones entre las personas de un Estado o entre el Estado y sus habitantes. Como un Estado es soberano, define su derecho constitucional sin tomar en cuenta el derecho internacional y para que este último pueda aplicarse internamente necesita de un acto del poder legislativo del Estado receptor.

La concepción monista considera que solo hay un sistema normativo y eso da lugar a tener con primacía, ya sea al interno o al internacional. El primer caso es consecuencia de la soberanía estatal absoluta y, por tanto, niega el derecho internacional. En el segundo se considera que el derecho internacional es superior y que de él dependen los ordenamientos jurídicos de los Estados.

El derecho internacional tiene como fuentes primarias a la costumbre y a los convenios y tratados, y como fuentes secundarias a la doctrina, los principios generales del derecho y a las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales internacionales. La recepción de esas normas por parte de un Estado suele estar determinada por la fuente de que se trate. En este trabajo es de interés el marco jurídico de carácter convencional.

En este contexto, es importante hacer referencia a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre Derecho de los Tratados entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales entre sí. Las normas contenidas en los artículos 26, 27 y 46 son relevantes. En el 26 está contenida la norma "*Pacta sunt servanda*", que implica que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido



por ellas de buena fe. En el 27, se hace referencia al derecho interno y la observancia de los tratados, se establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En tanto que en el 46 se hace referencia a que el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Estas normas muestran que estas convenciones se inclinan por una teoría monista con prevalencia del derecho internacional.

Guatemala relaciona el derecho internacional con el interno en el artículo 46 de su Constitución Política de la República. En este se reconoce la preeminencia del derecho internacional, estableciéndose el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Esta norma constitucional permite inferir que Guatemala tiene una postura especial exclusiva para el derecho convencional (no para la costumbre internacional) y siempre que se tenga como materia los derechos humanos. En las demás materias, el derecho convencional no tiene reconocida esa preeminencia. Esta concepción monista que se presenta en la Constitución Política de la República es coincidente con la de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre Derecho de los Tratados entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales entre sí.

La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49. El Gobierno de la República de Guatemala suscribió la convención el 26 de enero de 1990; sin embargo, eso no hizo que se diera por integrada al derecho interno pues se requería un acto de manifestación de voluntad del organismo legislativo. El Congreso de la República de Guatemala, mediante el Decreto Número 27-90 del 10 de mayo de 1990 aprobó el convenio que contiene la CDN, el cual comenzó su vigencia el 23 de mayo de 1990, que es el día de



su publicación en el Diario Oficial. El 6 de junio de 1990, se depositó el instrumento de ratificación ante el secretario general de Naciones Unidas.

De conformidad con el contenido del artículo 4 de la CDN, los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos y en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Para Bácares Jara (2012), de ese artículo se desprenden dos puntos esenciales. En primer lugar, cuando menciona “medida legislativa”, evidencia que para los Estados Parte es prioridad modificar su marco jurídico para hacerlo acorde a la Convención. En segundo lugar, al señalar “medida administrativa y de otra índole”, se está invocando a la creación de entes y figuras dentro del Estado, especializadas en dar cumplimiento a los derechos del niño por medio de políticas públicas.

En ese marco, Guatemala, como todos los Estados Parte, hizo un primer esfuerzo por adaptar su marco legal. El Congreso de la República de Guatemala emitió el Decreto Número 78-96 que contenía el Código de la Niñez y la Juventud, el 11 de septiembre de 1996, el cual entraría en vigor, según su artículo 287, un año después de su publicación, es decir, el 27 de septiembre de 1997.

En el Código de la Niñez y la Juventud se creaba un sistema de protección descentralizado, en tres niveles: nacional, departamental y municipal. El Consejo Nacional de la Niñez y la Juventud tenía entre sus funciones la gestión y administración de recursos, la autorización de la creación y funcionamientos de programas de atención directa y coordinar el trabajo de los consejos departamentales y municipales. En los tres ámbitos geográficos se tenía consejos integrados paritariamente por el Estado y representantes de la sociedad y las decisiones se tomaban por mayoría absoluta. El Consejo Nacional estaba integrado por 8 representantes del Estado que participaban como consecuencia del cargo público que ocupaban y 8 representantes de la sociedad, 6 elegidos por las organizaciones no gubernamentales y 2 por las asociaciones



estudiantiles. Los consejos departamentales y municipales mantenían prácticamente esa representación.

En cuanto a la adopción, se puede hacer referencia al contenido de la sección V Derecho a la familia y a la adopción; capítulo I Derechos Individuales, título II Derechos Fundamentales.

En el artículo 18 se define que todo niño, niña y joven<sup>19</sup> tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

En el artículo 19 se expresa que el Estado deberá fomentar por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia como base de la sociedad y asegurarle al niño, niña y joven, la convivencia familiar y comunitaria, en un ambiente sano, libre de injerencias que puedan afectar su desarrollo integral por parte de sus progenitores o de quienes lo asisten, protegen, cuidan o conviven con él.

En el artículo 20 se establece que el Estado deberá apoyar programas que tiendan a la localización de los padres o familiares de algún niño, niña y joven, a fin de obtener información que facilite el reencuentro familiar.

En el artículo 21 se precisa que la falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad. Si no existe otro motivo que por sí solo autorice que se decrete la medida, los niños, niñas y jóvenes serán mantenidos en su familia de origen. El Estado prestará la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, promoverá y velará por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de estos.

---

<sup>19</sup> En el artículo 2 del Código de la Niñez y la Juventud, se considera niño o niña, para los efectos de la ley a toda persona desde su concepción hasta los doce años cumplidos, y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años.



En el artículo 22, el Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y jóvenes debiendo garantizar que en el ejercicio de esta se atienda primordialmente a su interés superior.

En el artículo 23 se establece que solamente las autoridades competentes deben determinar con apego a las leyes, procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible, y que una ley de la materia regulará lo relativo a la adopción.

En el artículo 24 se preceptúa que el Estado velará porque los niños, niñas y jóvenes que hayan de ser adoptados en otro país, gocen por lo menos de los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes, respecto de la adopción en el país de origen.

Estas normas podían desarrollarse en una Ley de Adopciones, la cual era inminente para contar con procedimientos de adopción acordes a lo establecido en la CDN. La adopción debía dejar el enfoque de beneficencia y asistencialista para convertirse en la institución que permite restablecer los derechos de aquellos niños que no están en un ambiente familiar.

Sin embargo, el Código de la Niñez y de la Juventud nunca entró en vigor<sup>20</sup>. El Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto Número 4-2000, postergó indefinidamente el inicio de la vigencia del código, tomando como justificación que el

---

<sup>20</sup> Según el artículo 287 del el Decreto Número 78-96 que contenía el Código de la Niñez y la Juventud, su vigencia comenzaría un año después de su publicación, es decir el 27 de septiembre de 1997; sin embargo, el 25 de septiembre de 1997, el Congreso de la República de Guatemala emitió el Decreto Número 84-97 en el que se suspende el inicio de la vigencia por un periodo de seis meses, por lo que se establece que el vigor comience el 27 de marzo de 1998. Esta suspensión se justificó, según la parte considerativa del decreto, porque no se había realizado todas las acciones tendientes a la aplicación positiva del código. El 25 de marzo de 1998, el Congreso de la República de Guatemala emitió el Decreto Número 23-98 en el que nuevamente se suspende el inicio de la vigencia por seis meses, identificándose como justificación en la parte considerativa, la necesidad de analizar las propuestas de reforma que se tenían, a fin de armonizar los intereses de la sociedad guatemalteca representada por las instituciones estatales y organizaciones de la sociedad civil inmersas en la defensa y promoción de los derechos del niño y precisándose en el artículo 2 del referido decreto, que dentro de ese plazo la Comisión de la Mujer, del Menor y la Familia del Organismo Legislativo debería escuchar la opinión de la Conferencia Episcopal, la Alianza Evangélica de Guatemala, así como aquellos sectores involucrados en el análisis del mismo. El 22 de septiembre de 1998, el Congreso de la República de Guatemala emite el Decreto Número 54-98 en el que se vuelve a suspender la vigencia, ahora hasta el 1 de marzo de 2000, justificando que no se ha llegado a consensos, por lo que la comisión del legislativo debería continuar escuchando las opiniones de aquellos sectores involucrados en el análisis de este, a fin de llegar a acuerdos necesarios para elaborar las reformas correspondientes. Finalmente, mediante el Decreto Número 4-2000, el Congreso de la República de Guatemala postergó indefinidamente el inicio de la vigencia del código



Estado no contaba con la infraestructura básica, en cuanto a los procedimientos administrativos y judiciales especiales para su aplicación y carecía de los recursos económicos y humanos necesarios para el efectivo cumplimiento de las disposiciones contenidas en el código. También se expresó que era necesario escuchar las opiniones de los diferentes sectores sociales, con la finalidad de proponer un proyecto de código viable desde el punto de vista económico, financiero, cultural, social y moral.

El 4 de junio del 2003, el Congreso de la República emitió el Decreto Número 27-2003 que contiene la Ley PINA, la cual inicia su vigencia al día siguiente de su publicación. En el artículo 264 se deroga el Código de la Niñez y la Juventud, aquel cuerpo normativo que nunca entró en vigor.

Al comparar la Ley PINA con el Código de la Niñez y la Juventud se puede identificar los puntos en que no se llegó a consensos. Aquella estructura administrativa descentralizada y con fuerte participación de la sociedad desaparece, ahora se tienen algunas entidades públicas sin la coordinación que ofrecía aquel modelo. Esta es una debilidad que ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, quien ha emitido recurrentemente observaciones al respecto. Conceptualmente, ahora se tiene al niño como a aquella persona que es menor de trece años y adolescente al que supera esa edad, pero es menor de dieciocho.

En cuanto al tema de interés, la comparación permite identificar pocos cambios. Incluso sigue siendo la sección V, compuesta con los artículos del 18 al 24. Entre las diferencias se tiene que en la Ley PINA cada artículo tiene un epígrafe y se sustituye el término “joven” por el de “adolescente”. Como se muestra en la tabla 1, sobresalen las diferencias en los artículos 19, 21 y 22.

En el artículo 19, al referirse a que el Estado tiene la obligación de garantizarle al niño la convivencia familiar en un ambiente sano se sustituyó “*libre de injerencias que puedan afectar su desarrollo integral por parte de sus progenitores o de quienes lo asisten, protegen, cuidan o conviven con él*” por “*y propicio para su desarrollo integral*”. Ello evidencia la posición de quienes se oponían al inicio de la vigencia del código, pues ellos argumentaban que esa normativa dejaba a los hijos “liberados del control de sus padres o encargado”.

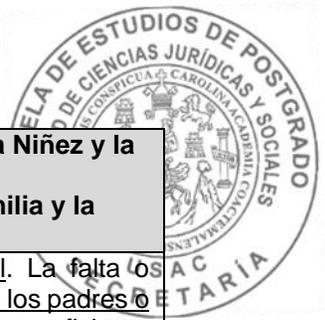


Igual percepción se tiene al comparar el artículo 21, pues el Estado deja de ser el responsable de promover y velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños; para convertirse en un facilitador de instituciones, instalaciones y servicios, ya no para el cuidado de los niños, sino de apoyo a la promoción de la unidad familiar. El Estado minimiza su rol en la relación niño-familia-Estado, evidenciando que se prefiere privilegiar el componente privado que el público.

Finalmente, el artículo 22 de la Ley encierra un texto adicional, señalando que la adopción debe atender, además del interés superior del niño, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia, aceptados y ratificados por Guatemala agregado innecesario que permite enfatizar la preeminencia del derecho internacional. Contrario a la realidad, en la que ante la falta de una normativa específica para los procedimientos de adopción, se siguieron utilizando aquellos que no respetan los derechos contenidos en la CDN.

*Tabla 1. Comparación entre el Código de la Niñez y la Juventud y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia*

<b>Código de la Niñez y la Juventud Sección V. Derecho a la Familia y la adopción.</b>	<b>Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Sección V. Derecho a la Familia y la adopción.</b>
ARTÍCULO 18. Todo niño, niña y <u>joven</u> tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta asegurándole la convivencia familiar y comunitaria en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.	ARTÍCULO 18. <u>Derecho a la familia</u> . Todo niño, niña y <u>adolescente</u> tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.
ARTÍCULO 19. El Estado deberá fomentar por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia como base de la sociedad y asegurarle al niño, niña y <u>joven</u> , la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano, <u>libre de injerencias que puedan afectar su desarrollo integral por parte de sus progenitores o de quienes lo asisten, protegen, cuidan o conviven con él.</u>	ARTÍCULO 19. <u>Estabilidad de la familia</u> . El Estado deberá fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y <u>adolescente</u> la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y <u>propicio para su desarrollo integral.</u>
ARTÍCULO 20. El Estado deberá apoyar programas que tiendan a la localización de los padres o familiares de algún niño, niña y <u>joven</u> , a fin de obtener información que facilite el reencuentro familiar.	ARTÍCULO 20. <u>Localización</u> . El Estado deberá apoyar programas que tiendan a la localización de los padres o familiares de algún niño, niña y <u>adolescente</u> , a fin de obtener información que facilite el reencuentro familiar.



<p align="center"><b>Código de la Niñez y la Juventud Sección V. Derecho a la Familia y la adopción.</b></p>	<p align="center"><b>Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Sección V. Derecho a la Familia y la adopción.</b></p>
<p>ARTÍCULO 21. La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad.</p> <p>a) Si no existe otro motivo que por sí solo autorice que se decrete la medida, los niños, niñas y <u>jóvenes</u> serán mantenidos en su familia de origen.</p> <p>b) El Estado prestará la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, promoverá y <u>velará</u> por la creación de instituciones, instalaciones y <u>servicios para el cuidado de los mismos.</u></p>	<p>ARTÍCULO 21. <u>Carencia material.</u> La <u>falta o carencia de recursos materiales de los padres o de la familia</u> no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad. Si no existe otro motivo que por sí solo autorice que se decrete la medida, los niños, niñas o <u>adolescentes</u> serán mantenidos en su familia de origen. El Estado prestará la asistencia apropiada a los padres, <u>familiares</u> y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y <u>cuidado</u> del niño, promoviendo y <u>facilitando</u> para ello la creación de instituciones, instalaciones y <u>servicios de apoyo que promuevan la unidad familiar.</u></p>
<p>ARTÍCULO 22. El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y <u>jóvenes</u> debiendo garantizar que en el ejercicio de esta se atienda primordialmente a su interés superior.</p>	<p>ARTÍCULO 22. <u>Adopción.</u> El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y <u>adolescentes</u> debiendo garantizar que en el ejercicio de esta se atienda primordialmente a su interés superior <u>y conforme a los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala.</u></p>
<p>ARTÍCULO 23. Solamente las autoridades competentes deberán determinar con apego a las leyes, procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible. La ley de la materia regulará lo relativo a la adopción.</p>	<p>ARTÍCULO 23. <u>Admisibilidad de la adopción.</u> Solamente las autoridades competentes deberán determinar con apego a las leyes, procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible. La ley de la materia regulará lo relativo a la adopción.</p>
<p>ARTÍCULO 24. El Estado velará porque los niños, niñas y <u>jóvenes</u> que hayan de ser adoptados en otro país, gocen por lo menos de los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes, respecto de la adopción en el país de origen y sujeto a los procedimientos establecidos en la ley de la materia.</p>	<p>ARTÍCULO 24. <u>Igualdad de derechos.</u> El Estado <u>deberá</u> velar porque los niños, niñas y <u>adolescentes</u> que hayan de ser adoptados en otro país, gocen por lo menos de los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes, respecto de la adopción en el país de origen y sujeto a los procedimientos establecidos en la ley de la materia.</p>

La descripción anterior muestra los atrasos que se dieron para la recepción de la CDN en Guatemala. La convención fue ratificada por Guatemala el 10 de mayo de 1990 y entró en vigor el 2 de septiembre de ese mismo año, sin embargo, la ley que permite el desarrollo de los compromisos asumidos por el Estado inició su vigencia hasta el 4 de junio del 2003, trece años después. La situación es más compleja cuando se centra la atención en la adopción. La Convención reconoce la adopción como una institución que



permite restituir derechos al niño, sin embargo, aun cuando se crea un marco jurídico general y en él se hace referencia a la necesidad de una ley especial para las adopciones, esta entra en vigor hasta el 31 de diciembre del 2007, diecisiete años después del inicio de la vigencia de la convención. El Estado de Guatemala no cumplió oportunamente con sus compromisos y permitió que se realizaran procesos de adopción en un esquema irregular, al no adecuar su legislación al paradigma<sup>21</sup> de protección integral, contenido en un convenio internacional de derechos humanos, que tiene preeminencia al derecho interno, según la Constitución Política de la República de Guatemala.

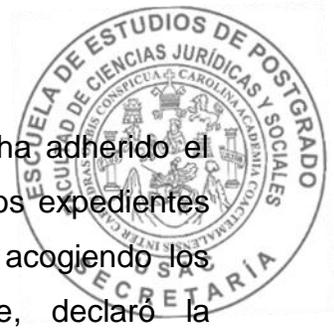
Un elemento más a considerar es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993, al cual se adhirió Guatemala y luego fue aprobado por el Congreso de la República, mediante el Decreto Número 50-2002, emitido el 13 de agosto del 2002, nueve años después de su elaboración. En la parte considerativa del decreto en referencia se reconoce que el Estado de Guatemala está dentro de los países con los índices más elevados en adopciones internacionales y que por no contar con una legislación específica, acorde con las disposiciones internacionales, el proceso de adopción se prestaba a ambigüedades e inexactitudes sobre el procedimiento a seguir. Como se anotó en el capítulo I de este trabajo, este convenio busca regular las relaciones entre los Estados y los actores que participan en las adopciones internacionales, así como desarrollar los principios contenidos en la CDN. El Convenio establece estándares internacionales que deben observarse en los Estados para una adopción internacional; promueve la aplicación del principio del interés superior del niño; privilegia la permanencia del niño en su medio familiar; promueve el desarrollo de servicios de asesoría y de seguimiento; busca garantizar el libre consentimiento de los padres biológicos; da prioridad a la adopción nacional, y; contempla la creación de una autoridad central en materia de adopciones.

Un grupo de abogados interesados en continuar con el trámite notarial interpusieron una inconstitucionalidad, argumentando que el Congreso de la República solo puede aprobar

---

<sup>21</sup> En este trabajo se entiende como paradigma las descripciones que al respecto hace Kuhn (2004), que puede parafarsearse como la realización universalmente aceptada, durante un tiempo, que no se complementa con otras y que proporciona modelos de problemas y soluciones, a una comunidad científica.

los convenios suscritos o ratificados, pero no aquellos en los que se ha adherido el presidente de la República. La Corte de Constitucionalidad acumuló los expedientes 1555-2002 y 1808-2002 y emitió el fallo, el 13 de agosto del 2003, acogiendo los argumentos presentados por los interponentes; consecuentemente, declaró la inconstitucional del Decreto Número 50-2002.



## **6. Consecuencias de la falta de incorporación del derecho internacional al derecho interno**

Ante la falta de incorporación del derecho internacional al derecho interno, los procedimientos de adopciones se siguieron desarrollando en el marco del Código Civil y la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria. El primero definiendo un procedimiento que se seguía ante un juez de primera instancia de familia y el segundo ante un notario, un profesional liberal con fe pública y que dirigía un procedimiento con más celeridad; y, aunque más oneroso, preferido por la mayoría de las familias interesadas en adoptar (Secretaría de la Paz de la Presidencia de la República de Guatemala, 2009)

De conformidad con el capítulo VI de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, el notario podía formalizar el procedimiento de adopción sin que se requiriera previamente aprobación judicial de las diligencias. El procedimiento iniciaba a petición del o los interesados en la adopción; quienes presentaban sus certificaciones de partida de nacimiento, dos testigos que dieran fe de las buenas costumbres y su capacidad económica para poder adoptar y el informe, opinión o dictamen de una trabajadora social adscrita al tribunal de familia de la jurisdicción. Si el menor de edad tenía bienes se levantaba inventario y se constituía garantía sobre ellos, y si se trataba del tutor debía tener aprobada la rendición de cuentas y entregados los bienes. Cumplidos estos requisitos, se corría audiencia a la PGN y si no había objeción, se resolvía otorgar la escritura pública correspondiente. En la escritura debían comparecer el adoptante y los padres o la persona que ejerciera la tutela. El testimonio de esta escritura se presentaba en los registros para que se hicieran las anotaciones respectivas.



De la descripción anterior se desprende que el centro del procedimiento era la familia interesada en adoptar, quien inicia e impulsa el trámite notarial; el niño no era el sujeto, su interés superior y su opinión no son valorados, se le trataba más como un objeto de negociación. El trámite era principalmente privado y por tanto no se observaba el principio de oficialidad.

La adopción formalmente no era utilizada como una institución de protección de los derechos del niño, sino como una acción de beneficencia o asistencialismo, aunque en esencia se le tenía como un negocio. UNICEF (2007) estableció que la mayoría de los niños dados en adopción oscilaban entre los 0 y 6 meses, seguidos de los de 6 meses a 2 años. Se analizó 118 expedientes y de estos, 86 estaban bajo la responsabilidad de una cuidadora y 31 permanecían en una casa hogar. El fin de estos procesos no era la protección de los derechos de los niños.

La oferta de niños se realizaba por internet, mostrando catálogos u ofreciendo campamentos. Se ofrecía como atractivo la facilidad, la rapidez, pocos requisitos y servicios de escolta para el niño.

Para que el oferente pudiera tener al niño o niña para dar en adopción, se conformaron redes ilegales dedicadas a la trata de personas, en las que participaban notarios, “jaladoras”, médicos, centros de abrigo, registradores civiles e incluso jueces. Las “jaladoras” se encargaban de robar o comprar niños a sus madres biológicas, en otros casos ejercían amenazas, coacciones o engaños para que les dieran a los niños en adopción. Algunas veces se trataba de niños sustraídos a los que les falsificaban todos los documentos y recurrían a mujeres que suplantaban a las madres biológicas. En otras ocasiones, los hogares de protección presentaban niños que habían sido “arrebataados” de sus madres como niños abandonados por sus progenitores, ante un juzgado de niñez y adolescencia, iniciándose así un proceso de protección, en el que el juez, sin ordenar una investigación y sin los estudios pertinentes de la PGN para establecer el origen del niño, decretaba el abandono (Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, 2010). En ese contexto, las madres biológicas no daban su consentimiento y si lo hacían, este no era informado y el procedimiento para recabarlo no atendía el principio de legalidad. Según el informe de UNICEF (2007) el 70 % de los niños dados en adopción

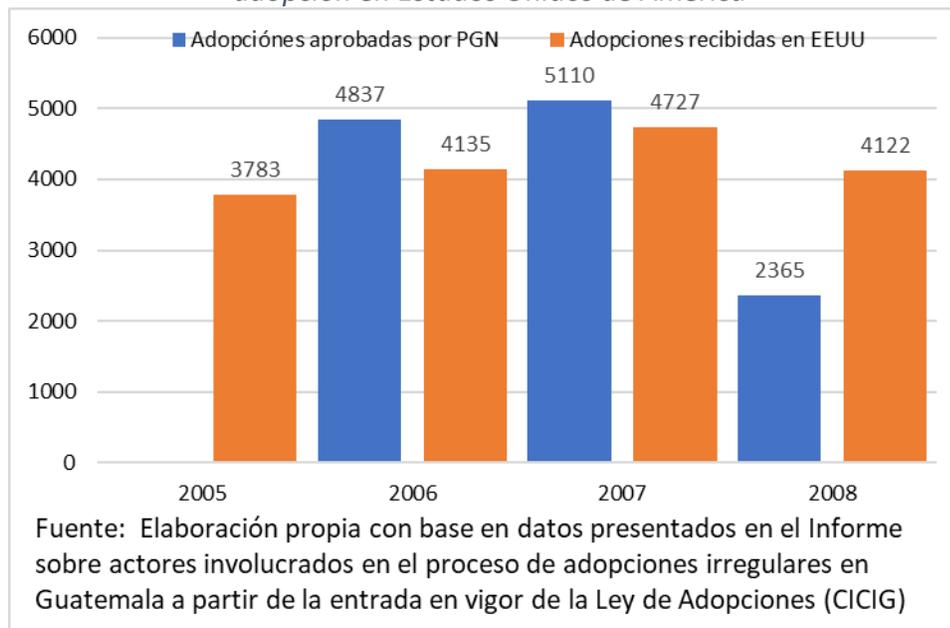


eran entregados voluntariamente por las madres; en cuatro meses del 2005 se detectó que 120 madres adolescentes habían hecho la entrega.

Por otro lado, estas adopciones no atendían el principio de subsidiaridad. No se considera a la adopción como la última alternativa para la ubicación del niño sino como la primera opción. De igual manera, no se atiende la subsidiaridad de la adopción internacional. La gráfica 6, elaborada con base en cifras de CICIG (2010), muestra la cantidad de adopciones que se aprobaron por la PGN y la cantidad de niños guatemaltecos adoptados por los Estados Unidos de América. La comparación es enigmática. La cantidad de niños que ingresaron al Estado receptor es superior a los casos aprobados por la autoridad guatemalteca, aquí se debe reconocer que hay dos fuentes de información y que seguramente el momento del registro no es el mismo. Pero, resulta de interés establecer que la mayoría de las adopciones que se autorizaron en Guatemala eran internacionales y que aproximadamente el 92 % de los casos implicaron el traslado del niño hacia los Estados Unidos de América.

Consecuentemente, tampoco se respetó el principio de trato equitativo, pues el principal

*Gráfica 6. Adopciones aprobadas en Guatemala y niños recibidos en adopción en Estados Unidos de América*



país de destino es uno de los dos Estados que no han ratificado la CDN.

Esta información se complementa con la ofrecida por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (2007), quien afirma que en el

2005 ingresaron 8445 expedientes a la PGN y que de estos solo 4048 obtuvieron el visto bueno, de los que 3,978 (el 98 %) fueron adopciones internacionales.

La gráfica 6 también permite conocer la tendencia creciente que tenían las adopciones antes de la vigencia de la Ley de Adopciones. Esto se explica en parte por los beneficios económicos que significaban. Según cálculos, cada adopción implicaba honorarios de \$US 35,000, lo que representaba, para el 2007, un ingreso en el territorio de cerca de \$US 200 millones (Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, 2010). Esto no era congruente con el principio de gratuidad que se promueve en la CDN.

Otro principio que no se atendió en esa época es el de cooperación internacional. Nunca hubo un seguimiento postadoptivo y, por tanto, no se supo de los fracasos que se dieron. La falta de participación de los Estados en el proceso de adopción impidió que se celebraran acuerdos entre ellos para establecer procedimientos de seguimiento, que permitieran garantizar el éxito de la adopción, atendiendo las eventualidades que se presentaban o dando asistencia para formar a los padres y a los hijos adoptivos en el nuevo entorno familiar.





## Capítulo IV. La adopción en la Ley de Adopciones

### 1. Definición de la adopción en el sistema jurídico guatemalteco actual

El 77-2007 que contiene la Ley de Adopciones, en su artículo 2, entre otras definiciones, incluye la de la adopción, así: *“Institución social de protección y de orden público, tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona”*.

Formalmente, la adopción ha dejado de ser vista como un medio de beneficencia o asistencia social y ahora se le tiene inspirada en la protección de los derechos del niño. De conformidad con los artículos 7, 8 y 9 de la CDN y el 18 y 19 de La Ley PINA; el niño tiene derecho a vivir en su medio familiar y cuando debe ser separado de sus padres y no cuenta con una familia ampliada que pueda abrigarlo, se utilizará la adopción como institución para restituir ese derecho. La adopción ahora tiene como centro al niño, el procedimiento solamente se puede iniciar cuando él ha sido vulnerado en sus derechos, pues el fin es la restitución de estos.

Hay quienes afirman que *“la nueva norma no ha contribuido a una verdadera protección de los niños, aunque ha servido para engrosar la administración pública .... Han sido la Administración Pública y el Organismo Judicial, no los niños y los padres que entregan a sus hijos en adopción, los verdaderos beneficiados con todo el proceso”* (Fernández Luiña & Lynch, 2020, pág. 20). Una afirmación como esta, es consecuencia de no interpretar la protección integral como la garantía y defensa de los derechos del niño, y fijar la atención únicamente en la disminución que se presentó en el número de adopciones por año y en las erogaciones que presupuestariamente el Estado tiene que asumir para cumplir con su rol en el marco de ese nuevo paradigma.

Otro principio que se observa en la definición es el de oficiosidad. Ahora la adopción es una institución que ha dejado su carácter privado y ha pasado a tener uno público. La adopción es una medida de protección para restituir un derecho y en ese recorrido la participación del Estado es clave. El Estado, por medio del Organismo Judicial, decreta que un niño debe ser separado de sus padres y que no existen posibilidades de



reintegrarlo o de ubicarlo en su familia ampliada, por lo que declara la adoptabilidad. Una entidad del Estado es la responsable del proceso administrativo que permite, con base a la evaluación del niño, determinar qué familia es la más idónea para su integración, supervisa la convivencia y resuelve que el niño debe tenerse como integrado. Finalmente, un juzgado de familia es quien aprueba la adopción. El proceso ahora tiene una fuerte intervención por parte del Estado.

## **2. Clases de adopciones**

Estas clasificaciones están contenidas en los artículos 9, 12 y 13 de la Ley de Adopciones, en los que se reconocen varios tipos de adopción con base en los criterios de clasificación siguientes:

### **2.1 Atendiendo a la residencia habitual del niño y de la familia interesada en la adopción**

- a) Adopción nacional. Es aquella adopción en la que tanto el adoptado como los adoptantes, son residentes habituales del mismo país.
- b) Adopción internacional. La definición de esta se desprende del contenido del artículo 2 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, del que se infiere que una adopción internacional es aquella en la que el niño con residencia habitual<sup>22</sup> en un Estado (Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado (Estado de recepción), después de su adopción en el Estado de origen o incluso para realizar la adopción en el Estado de recepción.

Esta clasificación permite identificar el principio de subsidiaridad. Este principio está formalmente contenido en la Ley PINA, sin embargo, es con la Ley de Adopciones que queda claramente establecido. El niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres, pero si esto no es posible debe buscarse la posibilidad en la familia ampliada y solamente cuando esto no es viable, se puede considerar la adopción como una opción; lo que

---

<sup>22</sup> El concepto “habitual” que contiene el Convenio es el equiparable al de “permanente” que se desarrolla en el capítulo IV, del título II del Código de Migración contenido en el Decreto Número 44-2016 del Congreso de la República de Guatemala.



permite entender que la adopción es una institución de carácter subsidiario. La clasificación contenida en artículo 9 de la Ley de Adopciones permite reconocer que cuando el niño es declarado judicialmente adoptable, la primera opción es buscar una familia en el ámbito nacional y si se ha constatado y examinado adecuadamente que no hay posibilidades de una adopción nacional, entonces se puede proceder a la adopción internacional. La adopción nacional tendrá siempre derecho preferente, la adopción internacional procederá subsidiariamente.

Para los programas de adopción internacional es vital atender el principio de cooperación internacional. Los Estados deben tener acuerdos que faciliten la adopción y garanticen los derechos de los niños sin discriminación, de tal manera que el trato que reciba el niño en el país en el que residirá, sea igual o mejor al que se recibe en el país de origen y, no distinto al que se da a los otros niños en el Estado de recepción.

## **2.2 Atendiendo al sujeto que puede ser adoptado**

- a) Adopción de NNA huérfano o desamparado. Para la realización de esta adopción debe haberse dado previamente un proceso judicial de protección en el que el juez ha ordenado las investigaciones correspondientes para determinar el origen del niño y fehacientemente se ha establecido que no se puede localizar a sus padres o familia extendida, que por tanto existe una vulneración al derecho de vivir en un ambiente familiar y que consecuentemente es procedente declarar la adoptabilidad.
- b) Adopción de NNA que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia. Aquí también se tiene previamente un proceso judicial de protección en el que se determina que los padres han vulnerado el derecho del niño a vivir en un ambiente familiar y no es posible la reintegración ni hay una familia ampliada en la que se le pueda ubicar. En la misma resolución en que se determina que hay una vulneración se debe declarar la adoptabilidad para que se pueda proceder administrativamente con el proceso de adopción. La necesidad de contar con una declaratoria de adoptabilidad hace que esta clase de adopciones sean similares a las de la literal anterior.



- c) Adopción de NNA cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían. Existen causas por las que se pierde la patria potestad, sin embargo, algunas de ellas pueden desaparecer y dar lugar al restablecimiento<sup>23</sup>. En estos casos, no podría declararse la adoptabilidad. Se necesita que en un procedimiento judicial se halla determinado que las causas de pérdida no desaparecerán, por lo que el niño tiene vulnerado el derecho a vivir en un ambiente familiar y que es procedente declarar la adoptabilidad para iniciar el procedimiento administrativo respectivo. El camino por seguir es similar al que corresponde a los dos tipos anteriores. En estos casos la pérdida de la patria potestad no debiera ser el factor determinante para la declaratoria de adoptabilidad, pues deben establecerse las posibilidades de abrigo, en la familia ampliada.
- d) Adopción de NNA cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción. En este tipo se observa el principio de consentimiento informado, el cual es desarrollado en los artículos 36, 37 y 38 de la Ley de Adopciones. Los padres biológicos pueden dar su consentimiento para que su hijo sea dado en adopción, sin embargo, este debe ser emitido posteriormente a un proceso de orientación en el que se les informa sobre las alternativas que existen a esa decisión, así como de las consecuencias de esta; garantizando que la misma se tome porque así se quiere y no porque no se pueda cuidar al niño. Si se trata de casos en que esa inclinación era consecuencia de que los padres creían no poder atender a sus hijos, se les ofrece opciones y se les apoya en el desarrollo

---

<sup>23</sup> De conformidad con el artículo 274 del Código Civil, la patria potestad se pierde: 1) por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2) por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3) por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4) por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieron de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y 5) por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. En tanto que de conformidad con el artículo 277 del mismo código, el juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los casos siguientes: 1) cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos; 2) cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º del artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes; y 3) cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º de este artículo.



de las fortalezas parentales, sociales, económicos y emocionales necesarias para el cuidado del niño, lo que es congruente con el contenido del artículo 6 de la ley, en el que se establece que la situación de pobreza o extrema pobreza en que viven los padres, no constituye motivo suficiente para dar en adopción a un niño y que el Estado debe promover y facilitar la creación de políticas, instituciones, programas y servicios de apoyo; que mejoren las condiciones de vida y promuevan la preservación familiar. Estos casos pueden iniciar ante un juzgado o en cualquier entidad; pero, deben ser remitidos al CNA, para que se proceda con la orientación correspondiente, por parte de un equipo multidisciplinario. Si, después de la orientación, los padres biológicos deciden dar a su hijo en adopción, se hará del conocimiento de un juzgado de niñez y adolescencia para que en un proceso de protección emita la resolución en que se establece vulnerado el derecho a vivir en un ambiente familiar y declare la adoptabilidad. Con esta, se inicia el procedimiento administrativo, como en los tipos anteriores. Normalmente, en estos casos quien acude es una madre soltera, muchas veces afectada emocionalmente, por eso, esa decisión no se puede dar sino hasta después de seis semanas del nacimiento del niño, tiempo necesario para que surja un apego y se tome conciencia de las consecuencias que trae una decisión (artículo 10 de la Ley). Cabe aclarar que el consentimiento de los padres biológicos es con relación a dar a sus hijos en adopción, no en cuanto a elegir a la familia que adoptará al niño.

- e) Adopción de hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad. Este tipo de adopción no se judicializa, sigue teniendo las características de los procedimientos regulados en la normativa anterior. Se sigue formalizando en una escritura pública autorizada por notario, pero previamente, debe contarse con un dictamen del CNA (Artículo 39 de la Ley).
- f) Adopción de mayor de edad. Si una persona mayor de edad manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado. También puede ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso

consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela. Este tipo de adopción sigue un procedimiento similar al anterior. El CNA emite un dictamen y el trámite concluye en una escritura pública autorizada por un notario.



### **2.3 Atendiendo al sujeto que adopta**

- a) Adopción por familias heteroparentales. Pueden adoptar el hombre y la mujer, unidos en matrimonio o por unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, con o sin hijos, siempre y cuando se tenga el consentimiento de los integrantes de la familia nuclear y se halla establecido que son idóneos para la adopción. Aquí cabe como un caso especial el de la adopción del hijo de cónyuge, en el que el adoptante es un padre o una madre adoptiva.
- b) Adopción por familias monoparentales. Pueden adoptar el hombre o la mujer que no se encuentra unido en matrimonio o en unión de hecho declarada conforme a la legislación nacional. Estas adopciones también tienen un carácter subsidiario con relación a las de la familia heteroparental, pues solamente proceden cuando así lo exija el interés superior del niño.

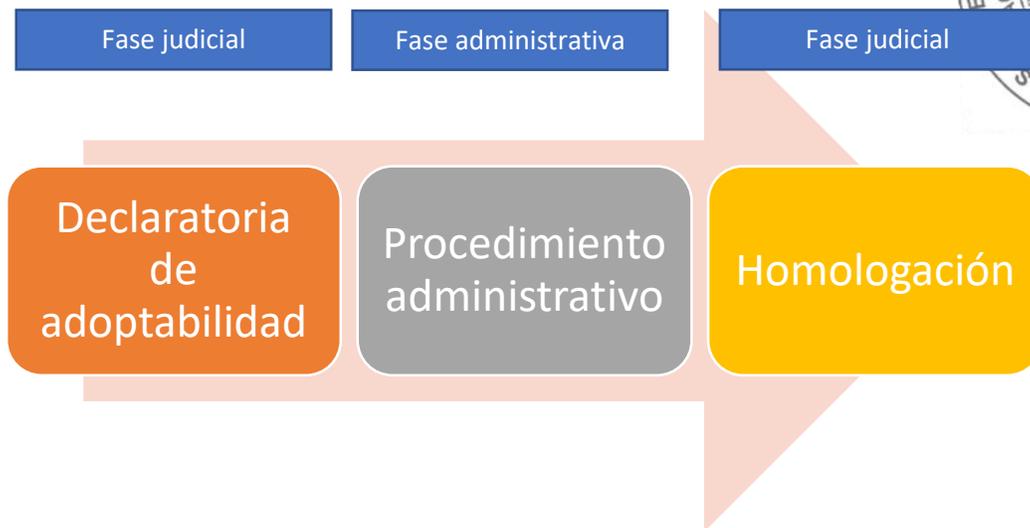
### **3. Procedimiento de la adopción**

De lo antes expuesto se ha podido identificar principalmente dos procedimientos. Uno, el principal, que se sigue para la adopción de niños que han sido declarados adoptables. Otro, para las adopciones de hijo de cónyuge o de mayor de edad. Aquí se desarrolla el primero.

Dado que se reconoce que la adopción es una institución social de protección y que consecuentemente se le tiene como el medio idóneo para restituir el derecho de un niño a vivir en un ambiente familiar, su procedimiento comienza cuando judicialmente se ha establecido que tal derecho está violentado, por tanto, se pueden identificar tres grandes fases así:



Figura 2. Guatemala: fases de la adopción conforme a la Ley de Adopciones



### 3.1 Fase judicial. La declaratoria de adoptabilidad

De conformidad con el artículo 104 de la Ley PINA, los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia tienen dentro de sus atribuciones conocer, tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio, que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia y que, por medio de una resolución judicial, se ordene el cese de la amenaza o violación de un derecho o la restitución de este.

Según el contenido del artículo 108 de la Ley PINA, la PGN representa legalmente a aquellos NNA que carecen de ella y dirige, de oficio o a requerimiento de parte o del juez competente, la investigación de los casos de NNA amenazados o violados en sus derechos

La amenaza o violación puede ser al derecho que tienen la niñez y adolescencia a vivir en un ambiente familiar.

En el artículo 2 de la Ley de Adopciones se define la adoptabilidad como una declaración judicial, dictada por un juez de la niñez y la adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de este con su familia. La adoptabilidad



tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a vivir en un ambiente familiar y el desarrollo integral del niño.

En el artículo 35 de la Ley de Adopciones se establecen condiciones para declarar la adoptabilidad. Se expresa que al concluir el procedimiento de protección de la niñez y adolescencia y habiéndose realizado las diligencias señaladas en la Ley PINA, el juez según proceda, podrá dictar una sentencia que declare la violación del derecho a una familia de un niño y ordenará la restitución de este por medio de la adopción. El juez de la niñez y la adolescencia en esa resolución deberá declarar la adoptabilidad del niño y ordenará a la Autoridad Central que inicie el proceso de adopción.

Ese mismo artículo establece los requisitos que deben cumplirse para declarar la adoptabilidad del niño, así:

- a) El niño tiene la necesidad de una familia adoptiva porque no puede ser cuidado o reinsertado en su familia biológica;
- b) El niño está en capacidad afectiva y médica de beneficiarse de la adopción;
- c) El niño es legalmente adoptable, y;
- d) Las personas, incluyendo al niño, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción:
  1. Han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular con relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen;
  2. Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito;
  3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y;
  4. El consentimiento de la madre se ha dado únicamente después del nacimiento del niño.



En tanto que en el artículo 12 de la Ley de Adopciones se establece la condición que hace que alguien pueda ser adoptado, así:

- a) El NNA huérfano o desamparado;
- b) El NNA que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia;
- c) Los NNA cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían;
- d) El NNA cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción;
- e) El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad;
- f) El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela.

### **3.2 Fase administrativa. Procedimiento administrativo**

Después que el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia ha emitido la sentencia que declara adoptable a un niño, esta debe ser notificada al CNA, para que inicie el procedimiento administrativo.

De conformidad con el artículo 23 literal h), la Autoridad Central abrirá un expediente de cada niño en estado de adoptabilidad, en el que constarán sus datos personales y circunstancias, incluyendo fotografías; su identificación plena, mediante la certificación de la partida de nacimiento; y el documento que contenga su impresión plantar y palmar; la impresión de las huellas dactilares de la madre y del padre, cuando sea el caso, y otros medios científicos; así como su historial médico.

Por otro lado, el CNA desarrolla sus funciones para contar con una base de familias idóneas para la adopción.



En el artículo 13 de la Ley de Adopciones se establece que pueden adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado. También se expresa que pueden adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño.

En el artículo 14 de la Ley de Adopciones se establece que los sujetos que soliciten adoptar a un NNA deberán tener una diferencia de edad con el adoptado no menor de veinte años; poseer las calidades de ley y cualidades morales y socioculturales; así como aptitudes que permitan el desarrollo pleno del NNA. Estos elementos se valoran mediante un estudio psicosocial; que abarca aspectos legales, económicos, psicológicos, médicos, sociales y personales; practicado por un equipo multidisciplinario y quien finalmente emite opinión sobre la idoneidad, la cual es una declaración que se hace constar en un certificado en el que se considera que los futuros padres adoptivos son capaces e idóneos para asegurar de un modo permanente y satisfactorio el cuidado, respeto y desarrollo integral del niño; así como permite conocer sus motivaciones y expectativas al desear adoptar.

En el artículo 15 se preceptúa que no es necesaria la obtención del certificado de idoneidad en tres casos: a) cuando la adopción sea de un mayor de edad; b) cuando la adopción sea del hijo o hija de uno de los cónyuges o unidos de hecho o, c) cuando se trata de la familia que previamente ha albergado al NNA.

En el artículo 16 se identifica quienes tienen impedimento para adoptar, así:

- a) Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y de la personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del NNA;
- 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 que no le hayan sido aprobadas las 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 esta no haya sido reestablecida por juez competente.

Además de los impedimentos antes anotados, se tiene que valorar las prohibiciones contenidas en el artículo 10 de la Ley de Adopciones.

El procedimiento administrativo está normado del artículo 43 al 48 de la Ley de Adopciones y desarrollado de los artículos 41 al 46 del Reglamento de la Ley de Adopciones.

Un equipo multidisciplinario constituirá una junta técnica que, con base a las características del niño, solicitará a la Unidad de Registro, los expedientes de un máximo de tres familias certificadas idóneas con motivación y expectativas que sean congruentes al perfil y a las necesidades del niño que se espera emparentar.

De las familias idóneas presentadas, se seleccionará a aquella que mejor satisfaga las necesidades integrales del NNA<sup>24</sup>. Los criterios que se tomarán en cuenta son el interés superior del NNA; su identidad cultural y su historia; sus características físicas y emocionales y sus necesidades especiales. También se tomará en cuenta los resultados de las pruebas médicas y psicológicas, así como las evaluaciones socioeconómicas del NNA y de la familia. De esta actuación se levanta un acta en el libro de emparentamientos.

Posteriormente se notifica a la familia seleccionada y en una entrevista personalizada se le presenta documentalmente el historial del NNA, sus características y datos personales.

---

<sup>24</sup> En ese momento lo que se busca es correlacionar las necesidades infantiles con las capacidades de los adultos y para eso es conveniente contar con un listado exhaustivo de ambos elementos. Según Jesús Palacios (2007) se deben listar las necesidades del niño considerando las que surgen por el pasado (privación, adversidad y separación); la vinculación, la adaptación y la integración; y, las relacionadas con la identidad adoptiva. En las capacidades se debe considerar las relacionadas con la historia y las características personales y familiares, las condiciones y circunstancias de vida, el proyecto de adopción, las capacidades educativas generales y relacionadas con la adopción y la intervención profesional.



En el caso que la familia acepte la asignación, se procede a la preparación del NNA y de la familia para el primer encuentro, con el acompañamiento psicológico. Posteriormente se iniciará un periodo de convivencia y socialización por no menos de cinco días. Del inicio de este periodo debe darse aviso al juzgado de la niñez y adolescencia que declaró la adoptabilidad y a la institución o familia que abrigaba al NNA. La entrega del NNA a la familia seleccionada se hará con el acompañamiento del equipo multidisciplinario. Un psicólogo y un trabajador social realizarán las visitas que sean necesarias al lugar donde reside la familia seleccionada, para evaluar y apoyar la adaptación del NNA y la familia.

Al concluir el periodo de convivencia y socialización se tomará la opinión del NNA y se emitirá el informe de empatía que señala la calidad de la relación entre la familia seleccionada y el NNA, y con base a él, la Dirección General del CNA emitirá el certificado de empatía. Posteriormente el equipo Multidisciplinario deberá emitir una opinión profesional que orientará la resolución final de la Autoridad Central, considerando las prohibiciones que se establecen en el artículo 10 de la Ley de Adopciones. Con la notificación de la resolución final se tiene por concluida la fase administrativa.

### **3.3 Fase judicial. La homologación**

El juez de familia es el competente para conocer de esta fase. Los interesados presentan la solicitud de aprobación de la adopción al juez, quien verificará que el procedimiento administrativo de adopción cumple con los requisitos de la Ley de Adopciones y el Convenio de La Haya, y sin más trámite, homologará y declarará con lugar la adopción y ordenará su inscripción en el Registro Nacional de las Personas de Guatemala, otorgando la custodia del niño, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero, cuando se trata de adopción internacional.

El juez no deberá declarar con lugar la adopción o emitir la resolución final de adopción, si se encuentra que algún requisito legal no ha sido respetado.

### **4. Seguimiento postadoptivo y búsqueda de orígenes**

Si bien la adopción se tiene por formalmente realizada con la autorización del juez de familia, todavía hay dos elementos que complementan el proceso.



El seguimiento postadoptivo que implica una evaluación de la adecuada adaptación y desarrollo del NNA adoptado, con respecto a la nueva familia y entorno social, durante los dos años posteriores al inicio de la convivencia. Esa evaluación da la oportunidad de identificar aquellos puntos en los que se debe trabajar para lograr las fortalezas necesarias y el desarrollo de temas como la revelación y la disciplina asertiva. Cuando se trata de adopciones internacionales, los acuerdos entre los representantes de ambos Estados son fundamentales para garantizar el éxito de la adopción.

La búsqueda de orígenes es un elemento que se puede presentar en el futuro del adoptado. Llega un momento en la vida en que estará interesado en conocer su origen y para esto debe tener la preparación psicológica respectiva. En el expediente de adopción debe incluirse todos aquellos indicios que puedan permitir al adoptado conocer su origen y si es posible obtener elementos materiales que permitan mostrar lo que los padres biológicos sentían por él.

## **5. Derechos que se logran realizar por medio de la adopción**

Según Bácares Jara (2012), la adopción es un hecho jurídico elevado a derecho, para promover el ingreso del NNA victimizado gravemente por sus propios progenitores, a un ambiente familiar distinto, que está interdependiente con el derecho a ser protegido por el Estado cuando hay violencia familiar y vulneración al derecho a ser criado por una familia. En este trabajo se ha definido la adopción como una institución que permite la restitución de derechos, pero eso no deja de lado que se le pueda entender como un derecho instrumental, que permite realizar el derecho que tiene el niño a la protección del Estado y a vivir en un ambiente familiar; y con esto se permite la realización de otros derechos como el derecho a la recuperación física y psicológica por la vulneración y el proceso de protección al que fue sometido; los derechos a la alimentación, la educación, la recreación, a las actividades recreativas, al descanso, al esparcimiento, al juego, a la vida cultural, a la vida artística, a un nivel adecuado de vida y a ser orientado por sus padres, y; derecho a acceder y recibir información que promueva su bienestar, entre otros.

Algunos de estos derechos son más realizables si se trata de una adopción que se da en el entorno cultural del que proviene el NNA que si se opta por uno distinto. De ahí, que la adopción es más pertinente en el ámbito nacional que en el internacional.





## Capítulo V. Las implicaciones jurídicas y sociales de la Ley de Adopciones

### 1. El establecimiento del Consejo Nacional de Adopciones como Autoridad Central en la materia

Con la entrada en vigor de la Ley de Adopciones y el Convenio de La Haya de 1993 se necesitó establecer la estructura identificada en el convenio, la cual está basada principalmente en la autoridad central y en los organismos acreditados.

El convenio establece un sistema de autoridades centrales de todos los Estados contratantes y les impone obligaciones de cooperación entre sí, a través del intercambio de información general relativa a la adopción internacional, la supresión de cualquier obstáculo a la aplicación del convenio y la responsabilidad de disuadir cualquier práctica contraria a los objetivos de este. Las autoridades centrales también tienen responsabilidades en los procesos de adopción en concreto, las cual pueden delegar.

Dentro de las buenas prácticas en la implementación del convenio, se manifiesta que es importante “*preservar la independencia de la autoridad central de presiones políticas o diplomáticas inapropiadas*” (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008, pág. 49).

Guatemala observa esa práctica en el artículo 17 de la Ley de Adopciones al crear al Consejo Nacional de Adopciones (CNA), como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. En ese mismo artículo se le designa al CNA como la autoridad central de conformidad con el Convenio de La Haya.

La autonomía que se ha otorgado al CNA es congruente con las buenas prácticas pues le permite alguna independencia de las presiones políticas y diplomáticas, sin embargo, esta se ve limitada por dos factores: 1) la dependencia financiera dado que sus recursos provienen del presupuesto público que prepara el Organismo Ejecutivo y aprueba el Organismo Legislativo, y; 2) su máxima autoridad está integrada por un consejo directivo conformado por tres integrantes, uno designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, uno designado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y un integrante de la SBS; lo que implica que los tres son nombrados discrecionalmente por

el Estado. La sociedad no tiene incidencia en la elección de los designados ni participa directamente en la integración de la máxima autoridad.

Siempre en el marco de las buenas prácticas, se ha expresado que una autoridad central debe estar bien establecida, contar con el personal y los recursos adecuados para ocuparse de los expedientes sobre adopción, desarrollar los procedimientos e informar a todas las personas, organismos e instituciones pertinentes acerca de sus funciones (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008).

Guatemala atendió esa buena práctica al legalmente establecerse que el CNA cuenta con un patrimonio propio, definirle una estructura mínima y una asignación presupuestaria; se le provee de los recursos y la posibilidad de contratar personal, para tener una actuación calificada. No obstante, el inicio fue difícil, la Ley de Adopciones comenzó su vigor el 31 de diciembre del 2007 y los recursos provenientes del presupuesto del ejercicio fiscal 2008 no llegaron pronto. El CNA comenzó sus funciones sin contar con una sede propia y con la colaboración de voluntarios (Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones, 2011). La implementación requería seguir un modelo de desarrollo organizacional en el que se satisfacen las necesidades psicológicas y sociales fundamentales de los individuos, con autonomía y control sobre su propio trabajo, en donde la toma de decisiones se basaría en grupos, con procesos de adaptación y consensos, como lo describe Richard F. Elmore (2003)

La experiencia sugiere que las oficinas que ejerce funciones de política y las que se designan como autoridad central deben estar estrechamente relacionadas (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008).

En Guatemala, la función de formulación de políticas de protección integral de la niñez y la adolescencia, de conformidad con el artículo 83 de la Ley PINA, corresponde a la Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia. Esta comisión está integrada paritariamente por representantes del Estado e igual número de representantes de organizaciones no gubernamentales y tiene una junta directiva que es coordinada por la SBS (artículo 86 de la Ley PINA). La autoridad central guatemalteca no tiene una vinculación directa con quien se encarga de la formulación de políticas, pero tampoco es





ajena a esta, al tener un integrante de la entidad que coordina aquel proceso dentro del consejo directivo del CNA.

La autoridad central también debe poseer vínculos estrechos con el sistema judicial y el sistema de protección y cuidado de la infancia. Además, dado que la adopción internacional es un asunto internacional, el acceso directo a las estructuras diplomáticas es útil para las autoridades centrales (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008). La práctica guatemalteca es congruente con estas consideraciones. Como se anotó antes, la máxima autoridad del CNA está integrada por designados del Ministerio de Relaciones Exteriores, el pleno de la CSJ y la SBS, lo que debería permitir estrechos vínculos con esas instituciones.

Generalmente, la autoridad central está establecida en una dependencia gubernamental como un ministerio de la familia o de asuntos sociales o un departamento de salud y bienestar (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008). Guatemala supera estas posiciones al crear una nueva entidad con carácter autónomo, pero con alguna vinculación a las dependencias del Estado que trabajan en materia de protección integral.

El CNA inició operaciones en el 2008 con un presupuesto asignado de diez millones de quetzales y en el ejercicio fiscal 2020 cuenta con uno de veintiún millones de quetzales (Consejo Nacional de Adopciones, 2020). Desde el inicio ha tenido cuatro programas fundamentales, los cuales quedaron presupuestariamente definidos cuando el Ministerio de Finanzas Públicas inició la orientación hacia un presupuesto por resultados (Consejo Nacional de Adopciones, 2020).

- a) Actividades centrales que es común a toda entidad del Estado y que encierra todas aquellas operaciones y erogaciones que no se pueden imputar a alguno de los programas, generalmente comprende las funciones administrativas como la dirección general; la gestión financiera, de recursos humanos, y de otros elementos necesarios; la comunicación social, así como las que corresponden a unidades de asesoría y de control; las cuales son indispensables para el desarrollo de los programas sustantivos.



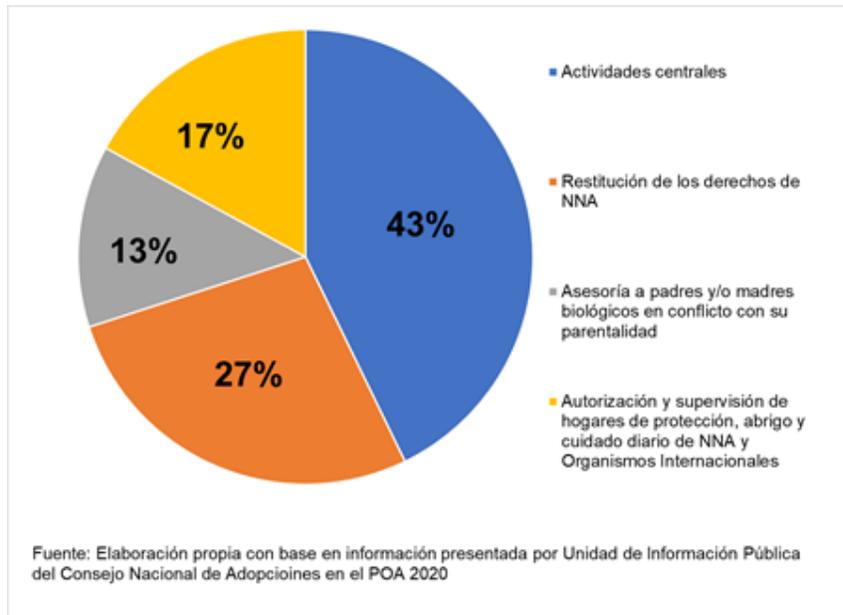
- b) El programa de restitución de los derechos del niño, niña y adolescente que comprende todas aquellas actividades necesarias para que un niño declarado adoptable pueda ser integrado en una familia adoptiva, por tanto, comprende dos líneas de trabajo, una relacionada con el niño y otra con las familias que se postulan a la adopción. Ambas se juntan en el momento del emparentamiento, en las evaluaciones y en los seguimientos que hay que dar al proceso. El producto de este programa son los niños integrados en una familia adoptiva, complementado con el seguimiento postadoptivo.
- c) El programa de madres y/o padres biológicos en conflicto con su parentalidad que incluye las actividades que permiten que una madre y/o padre biológico puedan tomar una decisión informada sobre sus hijos, la cual puede implicar la preservación familiar o la entrega voluntaria para la adopción. El producto de este programa son madres y/o padres informados, sin importar, cual sea su decisión, y; complementariamente el seguimiento a esos casos y la cantidad de personas que se han enterado y pueden replicar información sobre el programa.
- d) El programa de autorización y supervisión de hogares de protección, abrigo y cuidado de NNA y organismos internacionales encierra dos componentes. El primero incluye actividades para autorizar el funcionamiento de entidades privadas que tienen hogares que se dedican al cuidado temporal de NNA que son sujetos de un proceso judicial de protección, así como la supervisión de estas y de las entidades públicas que tienen ese mismo propósito; su producto implica el certificado de autorización de funcionamiento o el informe de supervisión y complementariamente la capacitación de personal de esos hogares. El segundo comprende las actividades necesarias para autorizar a los organismos acreditados en el extranjero, para que puedan participar en los procedimientos de adopción internacional, y, su producto es el documento en que consta esa autorización.

Al analizar la distribución del presupuesto por programas, se evidencia que las erogaciones que corresponden a las actividades centrales absorben el 43 % del gasto y eso puede generar preocupación pues está muy cerca del monto que se destina a las actividades sustantivas de la institución. Sin embargo, ese es el costo financiero



que tiene haber creado una autoridad central autónoma<sup>25</sup>. Si se hubiera designado como autoridad a una oficina de la PGN, como se hizo antes de que la Corte de Constitucionalidad decretara la inconstitucionalidad del Decreto Número 50,2002 del Congreso de la

Gráfica 7. Consejo Nacional de Adopciones: Distribución por programas del presupuesto asignado en el 2020



República, el costo sería menor, pues muchas de esas actividades serían financiadas por la institución de la que dependería la autoridad central, pero, en ese marco la realidad guatemalteca se alejaría de las buenas prácticas en la implementación del convenio.

Hay personas que afirman que la Ley de Adopciones “*subió drásticamente los costes administrativos y temporales, entre otros, de las adopciones*” y que por eso estas cayeron drásticamente (Fernández Luiña & Lynch, 2020, pág. 20). Obviamente, en la medida que el Estado cumple su rol en la protección de los derechos de los NNA aumenta sus erogaciones, pero los beneficios directos e indirectos son superiores. Ahora, en cuanto a la disminución de las adopciones, aunque en parte se explica por el esfuerzo que encierra

<sup>25</sup> En el 2009 el Movimiento por los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud en Guatemala realizó una auditoría social al CNA y en el informe manifiesta con preocupación “se evidencia que los gastos de personal son demasiado elevados con relación al total del presupuesto” dado que el 86.1 % se dedicaba a servicios personales, entre los que el 48.43 % se destinaba a personal permanente, el 34.37 % a personal temporal y 17.37 % para dietas y gastos de representación. Otra preocupación que se expresa es en que 55.86 % es absorbido por las actividades centrales en tanto que solamente el 28:95 % se destinaba a las funciones sustantivas (Movimiento Social por los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud en Guatemala, 2013). El peso de las actividades centrales fue disminuyendo como consecuencia de mejoras en la determinación de costos en cada programa, pero también porque se han ido logrando economías en ellas y fortaleciendo las funciones principales.



la ley en favor de garantizar los derechos de los NNA, también hay que tener en cuenta que esa es una tendencia mundial.

## 2. El letargo en los casos en transición

De conformidad con las buenas prácticas del Convenio de La Haya (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008), debe formularse un plan para su implementación. Este debe partir de una evaluación que permite determinar medidas que se pueden dividir en: a) de emergencia, b) de corto plazo o provisionales y de largo plazo; lo que permite inferir que la implementación debe ser progresiva. Dentro de las medidas de emergencia se incluyen aquellos cambios o acciones inmediatas para la protección del NNA, aquello que puede ser implementado con la entrada en vigor del convenio. En las de corto plazo o provisionales conviene considerar los casos en transición y los nuevos casos. Las de largo plazo encierran la aplicación plena del convenio. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado *“exhorta encarecidamente a los Estados a considerar dividir los cambios procedimentales en dos categorías: aquellos para los casos de adopción ya iniciados en el momento de la entrada en vigor (casos en transición, u otros cambios) y aquellos para los nuevos casos que empezarán después de la entrada en vigor”* (2008, págs. Anexo 2-7).

En Guatemala no se tenía un plan de implementación lo que es comprensible pues este debe ser de carácter técnico y por tanto pertinente que sea formulado por la Autoridad Central. Sin embargo, el Congreso de la República de Guatemala, sin ninguna sustentación, determinó una medida de corto plazo, al hacer referencia a los casos en trámite, en el artículo 56 de la Ley de Adopciones, en el capítulo de disposiciones transitorias, así:

*“Todos los procedimientos notariales y judiciales de adopción que se encuentren en trámite al momento de la vigencia de la presente ley, deben ser registrados ante la autoridad central, en un plazo no mayor de treinta días, para los efectos del registro del caso, estos continuarán el trámite de conformidad con la ley vigente al*

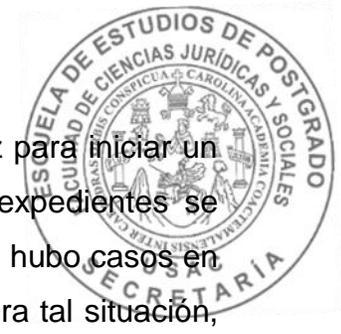
*tiempo de su iniciación. Los casos que no sean registrados en el plazo señalado se resolverán de acuerdo a los procedimientos establecidos en la presente ley.*



Al permitirse que los casos continúen su trámite conforme a la ley anterior, esta norma evidencia el respeto del principio de no retroactividad y consecuentemente proporciona seguridad jurídica a aquellas personas que habían iniciado un proceso de adopción ante un juez (conforme al Código Civil) o un notario (conforme a la Ley Reguladora de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria). Para el efecto, se impone una obligación al juez o al notario, la de registrar el trámite ante el CNA.

El CNA registró 3,062 expedientes de adopción, sin embargo, CICIG al comparar con la base de datos de PGN estableció que había 280 expedientes que no habían sido registrado en CNA y que por tanto los casos en transición eran 3,342, de los que 1,443 había concluido con trámite favorable de PGN al 21 de abril del 2008, incluyendo 337 casos que no fueron registrados ante el CNA y que, por tanto, conforme a lo preceptuado en la Ley de Adopciones, es cuestionable que hayan recibido el trato de casos en transición.

Cuatro meses después del inicio de la vigencia de la Ley de Adopciones, seguían los procesos notariales sin mayor control, incluso sin respetar el Acuerdo 57-2007 de la PGN (que establecía al notario la obligación de avisar sobre el inicio de un expediente dentro de los diez días siguientes) y la Ley de Adopciones (sin aviso ante el CNA). Las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en favor de la niñez guatemalteca y en contra de la violencia contra las mujeres, con base en lo anterior y debido a que varias madres que habían reportado la sustracción de sus hijos e hijas, no tenían noticia de su paradero, con fundamento en el artículo 58 de la Ley de Adopciones, pidieron a las instituciones del Gobierno, verificar el estado de los niños cuyo proceso de adopción se encontraba aún pendiente, con la intención de investigar dónde y cómo se encontraban. Los procesos de adopción fueron suspendidos a finales de abril y el 8 de mayo de 2008, la PGN y el CNA iniciaron un proceso de verificación (Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, 2010). Desde el 8 de mayo al 31 de agosto del 2008, fueron presentados 1,412 niños y niñas, de los que en 1,396 (96 %) expedientes se suscribió un acta que permitió continuar con el trámite en tanto que en 46 (4 %) los procesos fueron



suspendidos. Los niños y niñas fueron puestos a disposición de un juez para iniciar un proceso de protección, y por existir indicios de posibles delitos, los expedientes se remitieron al MP. La verificación no garantizó los derechos de los niños, hubo casos en que niños o niñas sustraídos fueron presentados y sin que se descubriera tal situación, se concluyó la adopción con irregularidades<sup>26</sup>. En el criterio de CICIG *“la verificación fue utilizada como mecanismo para facilitar procesos, en lugar de detectar ilegalidades, lo cual se hizo evidente incluso a través de los medios de comunicación”* (2010, pág. 58), dado que solamente el 30 % de los expedientes pueden considerarse que aparentemente no presentaban irregularidades en el trámite.

Según el CNA, recibió 3,032 avisos notariales, de los que 1,032 niños no fueron presentados a la verificación, y cuyos expedientes estaban a cargo de 188 notarios. Dado que no se podía establecer la situación en que se encontraban los niños, seis meses después de concluida la verificación, el CNA inició un proceso de protección para aquellos ante juzgados de niñez y adolescencia (Consejo Nacional de Adopciones, 2008) (2009). Según CICIG, ese número es incorrecto pues PGN había emitido dictámenes favorables y no había informado al CNA, por lo que, al 31 de agosto, se estableció que realmente eran 432 niños los que no habían sido presentados a la verificación. Es interesante que, de las solicitudes de medidas de protección planteadas por el CNA, en el 60 % de los casos fueron negadas *in limine* bajo el argumento que estos correspondían a los notarios y no al juez (Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, 2010).

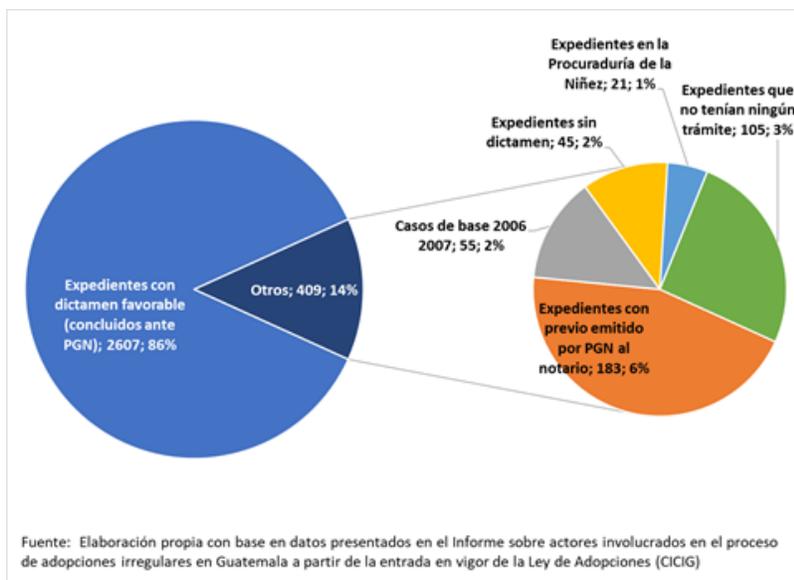
Los retrasos en la solución de los casos en transición generaron repercusiones en Estados Unidos de América, que era el principal destino para estos niños. En el 2009 se creó el movimiento “Guatemala 900” y solicitaron la participación del Congreso de los Estados Unidos de América.

---

<sup>26</sup> La situación que viven las madres que han sufrido la sustracción de sus hijos y los procesos que siguen para recuperarlos, permite recordar a Von Ihering (2004), quien hace una metáfora al comprar: ¿Quién arranca fácilmente al hijo de entre los brazos de su madre?, con ¿quién despoja a un pueblo de sus instituciones y derechos alcanzados a costa de su sangre?, para de ahí concluir que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y derechos está en relación proporcional con el esfuerzo y trabajo que le haya costado alcanzarlos.

Con la finalidad de dar una respuesta a las familias adoptantes, el 11 de septiembre del 2009, la PGN emitió el Acuerdo Número 97-2009, mediante el cual conformó la “Unidad Coordinadora para la Fiscalización y Viabilidad de Expedientes de Adopción”, que tuvo una vigencia de seis meses. Esa comisión rindió un informe el 15 de diciembre del 2009,

Gráfica 8 Estado de los expedientes de adopciones en transición al 15 de diciembre del 2009



los resultados se muestran en la gráfica 8.

De los 3,016 casos, el 86 % ya contaban con dictamen favorable de PGN, lo que implica que para esa fecha se tenían 409 casos pendientes de la transición (Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, 2010).

De la lectura del artículo 56 de la Ley de Adopciones se desprende que los casos en que se cumplió con el aviso ante el CNA debían concluir en la vía que iniciaron. Sin embargo, las irregularidades que se dieron en ellos hicieron imposible jurídicamente que todos concluyeran por la vía notarial, por lo que correspondía iniciarlos como casos nuevos, en el marco de la Ley de Adopciones y el Convenio de La Haya. Parecida es la consecuencia de aquellos en que no se cumplió por parte del notario con dar el aviso respectivo ante el CNA. La diferencia está que en los primeros el procedimiento debe iniciarse en tanto que, en los segundos, lo que queda es resolverlos (solo recorrer la parte final del camino).

La disposición contenida en el artículo 56 “*Los casos que no sean registrados en el plazo señalado se resolverán de acuerdo a los procedimientos establecidos en la presente ley*” encierra una complicación técnica difícil de superar.

En primer lugar, pareciera que encierra una retroactividad de la ley, al establecer que la nueva ley debe aplicarse a casos que fueron iniciados antes del vigor de esta, lo que sería una inconstitucionalidad. Sin embargo, el artículo 36 literal I) de la Ley del



Organismo Judicial ofrece una luz, al establecer que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de las actuaciones judiciales prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir, pero los plazos que hubiesen empezado a correr y las diligencias que ya estuvieron iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Por otro lado, se tienen dos procedimientos, que conforme a la norma deben tenerse como complementarios. No obstante, se está ante dos caminos que se recorren en direcciones contrarias, dado que el anterior buscaba un niño para la familia y el nuevo busca una familia para el niño. Conforme al procedimiento anterior, en el expediente constaba la solicitud de una familia y la documentación de un niño encontrado para ella, sin embargo, al pretender terminarlo conforme a la nueva legislación, habría que asegurarse que se trata de un niño que tiene vulnerado el derecho a una familia y eso debía ocurrir en un procedimiento judicial de protección de los derechos del niño, el cual en muchos casos no se había iniciado (se trataba de entregas voluntarias por parte de madres biológicas sin consentimientos informados, que ahora arrepentidas querían recuperar a su hijo, en otros casos, ellas habían sido identificadas utilizando documentos falsos y ahora no era posible localizarlas o ya habían fallecido; o en otros existía una familia extendida interesada en el abrigo del niño). El procedimiento basado en la irregularidad y el asistencialismo o la beneficencia que ocultaba el lucro, no es compatible con el nuevo paradigma de protección integral. Estos casos debieron adaptarse a la nueva legislación, prácticamente iniciándose en ella, con el único elemento distintivo que se tenía una familia que ya había manifestado interés en adoptar a un niño en particular porque en muchas ocasiones existía alguna vinculación afectiva entre ellos.

Para resolver los casos en transición, tanto los que dieron aviso pero que no pudieron concluir por la vía en que iniciaron, como aquellos que no lo dieron, estos tenían que adecuarse a la nueva normativa, por lo que era necesario aplicar el Convenio de La Haya y por tanto era imprescindible la cooperación internacional entre las autoridades centrales de Guatemala y de los Estados Unidos de América, lo que obligaba a una negociación en la que Guatemala propone la aplicación del convenio con todos los principios que encierra, mientras que los Estados Unidos de América tenían a estos procedimientos



como fuera del Convenio. Si estas posiciones no se aproximaban, los casos en transición no se podrían resolver.

La presión por la resolución pronta de los casos en transición hizo que el presidente de la República<sup>27</sup> conformara una comisión integrada por varias instituciones del Estado así como una mesa técnica interinstitucional coordinada por la CICIG, en la que participarían inicialmente el CNA, la PGN y el MP y que tendría como misión analizar cada caso para establecer la viabilidad que le correspondía y definir un listado cerrado de ellos (Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones, 2011).

Como se anotó antes, en el marco de la Ley de Adopciones y el Convenio de La Haya es necesario llegar a acuerdos de cooperación internacional. En ese contexto, el Consejo Directivo del CNA emitió el Acuerdo CNA-CD-015-2011, del 8 de agosto del 2011, en el que define el procedimiento excepcional para resolver estos casos de adopción internacional, tomando como presupuesto fundamental la vinculación afectiva existente

---

<sup>27</sup> Esa presión estuvo presente desde el 2010 hasta el 2014, y como evidencia se citan algunos ejemplos. 1) La senadora Mary Landrieu, quien, en una visita a Guatemala, el 26 de abril del 2011, cuestionó el informe de CICIG, la que en respuesta hace público un comunicado en el que se lee: *“La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala solicita públicamente a la senadora Landrieu aportar ante la sociedad guatemalteca las pruebas en las que se sustenta para descalificar el contenido del “Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala”. Asimismo, le invita a explicar ante la sociedad guatemalteca cuál es su posición ante las numerosas adopciones de niños y niñas sustraídos ilegalmente a sus padres biológicos”*. publicado en <https://www.cicig.org/casos/cicig-solicita-explicacion-publica-a-la-senadora-landrieu-louisiana-eua-sobre-informe-de-adopciones-ilegales-en-guatemala/>; 2) Otro ejemplo de la presión se puede inferir del texto *“La Asesora Especial para Asuntos de la Infancia, embajadora Susan Jacobs, está de visita en Guatemala del 1 al 3 de julio como parte de una Delegación del Congreso encabezada por la senadora Mary Landrieu. La delegación, que incluye a funcionarios del Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los Estados Unidos (USCIS), se reunirá con funcionarios guatemaltecos para discutir el progreso en la resolución de los casos restantes de transición de adopción internacional”*; publicado como nota para los medios por la Oficina del Portavoz Washington, DC 2 de julio de 2012 y que se puede consultar en el enlace: <https://www.pear-reform.org/2012/07/ambassador-jacobs-travels-to-guatemala-with-sen-mary-landrieu/>; 3) Luego en el 2013 se tiene otro ejemplo *“Un grupo de senadores demócratas y republicanos pidió la intervención del secretario de Estado, John Kerry, para resolver 112 casos de adopciones en Guatemala por parte de parejas estadounidenses, que están atrapados, de acuerdo con una carta a la que tuvo acceso La Hora.”*, publicado en <https://lahora.gt/hemeroteca-lh/piden-intervencion-de-kerry-por-adopciones-en-guatemala/> el 14 de mayo del 2013, y; 4) en el 2014 *“El presidente Otto Pérez Molina aseguró este martes que rechaza las presiones y condiciones de ayuda al país promulgadas en una ley por el mandatario de EE. UU., Barack Obama, en enero último, y criticó la posición de ese país para la resolución de los casos de adopción. “Antes era la crítica de que Guatemala era un país exportador de niños, ahora la crítica es porque no se dan esas adopciones, entonces aquí no vamos a ser juguete de nadie, y las leyes de Guatemala son las que van a decir a qué paso van a avanzar”, expresó el mandatario al criticar la normativa de EE.UU.”* publicado en <https://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/otto-perez-se-declara-contra-presiones-de-eeuu-por-ley-de-adopciones> el 5 de febrero del 2014.



entre los niños y las familias interesadas en adoptarlos, elemento que técnicamente determinado permitiría tener por agotadas las posibilidades de adopción nacional y encaminar estos procesos a la adopción internacional en el marco de la Ley de Adopciones y el Convenio de La Haya de 1993.

Posteriormente el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, como autoridad central en materia de adopciones manifestó su disposición a trabajar conforme a ese procedimiento (Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones, 2011).

El acuerdo en referencia tenía una vigencia de un año, la cual concluía el 19 de agosto del 2012, pero como no se había resuelto todos los casos, se prorrogó por un año más, mediante el acuerdo CNA-CD-006-2012. En julio del 2012 se celebraron reuniones con la participación de entidades del Estado de Guatemala y de los Estados Unidos de América que permitieron definir un listado de 180 casos pendientes de resolver (Consejo Nacional de Adopciones, 2012). Nuevamente, se prorrogó el Acuerdo CNA-CD-015-2011, ahora mediante los acuerdos CNA-CD-011-2013 y CNA-CD-009-2014.

Al 22 de octubre del 2013 había 68 casos pendientes de los cuales solo 37 niños habían sido declarados judicialmente adoptables (Consejo Nacional de Adopciones, 2013). Se puede inferir que había casos en que esa vinculación afectiva no se podía evaluar, posiblemente porque los niños ya no tenían una estrecha relación con la familia o porque se tenía un apego con quien los cuidaba en Guatemala, razón por la que el Consejo Directivo del CNA, mediante el Acuerdo CNA-CD-17-2013, prorrogado por el Acuerdo CNA-CD-10-2014, normó que *“...será suficiente tomar en consideración la opinión del niño de acuerdo a su edad y madurez de querer ser adoptado por la familia extranjera que haya demostrado interés para dar por agotada la posibilidad de una adopción nacional...”*. Al 16 de diciembre del 2014, 17 casos estaban pendientes de resolverse; 2 en la vía notarial, 5 en los que los niños estaban sujetos a un proceso judicial de protección, 5 estaban en el procedimiento administrativo del CNA; y, 5 en la fase judicial que conduce a la homologación (Consejo Nacional de Adopciones, 2014). Al 30 de noviembre del 2015 quedaban 4 casos pendientes en los que existía una familia biológica para ellos.



Como se puede notar, las irregularidades que presentaban los procesos de adopción en el marco de la legislación anterior hicieron que la aplicación de la Ley de Adopciones encerrara un perjuicio para los niños cuyos procesos estaban en trámite, profundizando la vulneración de derechos. Un trámite que notarialmente se hacía en días se convirtió en un conjunto de procesos que duró ocho años. El letargo no debe entenderse como una consecuencia de la Ley de Adopciones sino de las prácticas irregulares en que incurrieron la mayoría de los actores que participaron en esos procesos iniciados por la vía notarial.

### **3. Los procesos de protección todavía no permiten defender y garantizar eficazmente los derechos del niño**

La Ley de Adopciones implica que para que un niño pueda ser sujeto de adopción, debe ser judicialmente declarado adoptable, y que para que tal resolución se emita, es menester que se determine, conforme al artículo 35:

- a) El niño tiene la necesidad de una familia adoptiva porque no puede ser cuidado o reinsertado en su familia biológica. Para establecer este elemento, el juez debe tener a la vista el informe de la investigación sobre el origen del niño, presentado por la PGN, en el que se evidencie que se hicieron las diligencias pertinentes para ubicar a la familia biológica o ampliada del niño y que, al hacer un estudio multidisciplinario, se determinó que no es viable la reintegración familiar.
- b) El niño está en capacidad afectiva y médica de beneficiarse de la adopción. El juez debe valorar los informes de las evaluaciones psicológicas y médicas que permiten garantizar que el niño se beneficia de la adopción, un elemento que no se puede presumir, pues, por ejemplo, puede tratarse de un niño que por estar en una avanzada edad no tenga interés en integrarse como hijo a una familia o puede darse el caso de un niño que por un trastorno emocional o por una enfermedad o discapacidad física tiene al abrigo permanente residencial como una mejor opción para su desarrollo que la ubicación en una familia adoptiva.
- c) El niño es legalmente adoptable; porque efectivamente tiene vulnerado su derecho a vivir en un ambiente familiar y por tanto procede iniciar un procedimiento administrativo de adopción.



d) Las personas, incluyendo al niño teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción, lo han manifestado después de estar bien informados sobre las consecuencias de su decisión. Si la investigación sobre el origen del niño permitió localizar a sus padres, es menester que estos den su consentimiento informado, por escrito y sin vicios. En el caso del niño, también es menester que se cuente con su opinión.

Solo si se establecen estos cuatro extremos, el juez de la niñez y la adolescencia podría emitir la sentencia con la que declara el adoptabilidad del niño y pone fin al procedimiento judicial de protección, para que el CNA inicie el procedimiento administrativo.

En ese proceso de protección participa el niño quien es representado por la PGN o por el representante legal del hogar que ha tenido bajo su responsabilidad el abrigo del niño durante el proceso judicial. Ocasionalmente, cuando se ha requerido de un proceso de orientación a los padres biológicos para que puedan otorgan su consentimiento informado, se requiere la presencia del CNA. El control del proceso de protección corresponde a la PGN, sin embargo, también es en ella en quien recae la obligación de la investigación, las evaluaciones y la rendición de los informes respectivos.

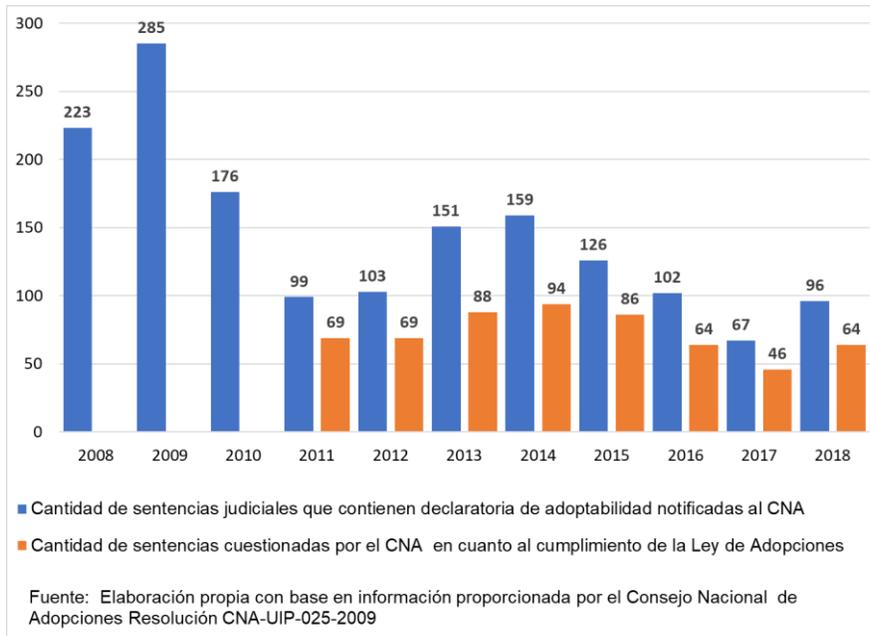
El CNA ha revisado esas resoluciones judiciales y ha concluido en que hay casos en los que esas declaratorias de adoptabilidad se dictaron sin atender lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley de Adopciones, lo que implica que se está declarando adoptables a NNA que posiblemente tengan una amenaza en su derecho a vivir en un ambiente familiar, pero no se han hecho los esfuerzos pertinentes para la preservación familiar por parte del Estado<sup>28</sup>.

Esta situación llevó a que el CNA accionara judicialmente. En su oportunidad buscó la sustitución de la declaratoria de adoptabilidad por otra medida de protección (con

---

<sup>28</sup> En estos procesos judiciales que tienen al niño como sujeto de protección se debe tener presente lo que Von Ihering afirmó: “La defensa de un derecho concreto no es solamente un deber del individuo que es lesionado para consigo mismo, sino que también es un deber para con la sociedad” (2004, pág. 89). En este caso esa doble obligación corresponde a quien representa al niño procesalmente.

Gráfica 9. Consejo Nacional de Adopciones: sentencias judiciales y su presunto incumplimiento con la Ley de Adopciones



fundamento en el artículo 110 de la Ley PINA). Ante la denegatoria se procedió a interponer el recurso de revocatoria (artículo 126 de la Ley PINA). Judicialmente, se estableció el criterio de que la declaratoria de adoptabilidad estaba contenida en una sentencia y que por tanto solo podía impugnarse mediante el

recurso de apelación, el cual comúnmente fue denegado y por tanto se acudió al amparo y a la apelación de la resolución de ese amparo. Finalmente, se alcanzó alguna doctrina legal, como consecuencia de los criterios expuestos por la Corte de Constitucionalidad, en las sentencias del 12 de octubre, 2 y 16 de noviembre, todas del 2011, en los expedientes 2650-2011, 3076-2011 y 2649-2011 respectivamente. Se transcribe lo expuesto en el último de estos.

*“...era el recurso de apelación el que debió haber instado... por ser el idóneo para alcanzar la finalidad pretendida, como lo era dejar sin efecto la declaratoria de adoptabilidad del niño a favor de quien se solicitaron las medidas”.*

*“...esta Corte considera necesario hacer mención, que,....en la declaratoria de adoptabilidad deben demostrarse los siguientes elementos” y se hace referencia a los contenidos en el artículo 35 de la Ley de Adopciones; y al considerar la literal b) del mismo artículo, que trata sobre la capacidad afectiva y médico del niño para beneficiarse de la adopción, manifiesta: “Nunca tal estimación respecto a la aludida capacidad puede ser presumida por el juez..., por lo que la omisión de la práctica de dicha diligencia, por tratarse de un infante abandonado, vulnera sus derechos*



*de igualdad, identidad y familia....”; y agrega: “Sentencia que para declarar la adoptabilidad del niño, debe observar el debido cumplimiento de cada uno de los supuestos establecidos en el referido artículo 35, pues la omisión de alguno de ellos convierte tal declaratoria en improcedente y al juzgador que la dictó en infractor de la ley...”; y, luego hace referencia al procurador de los derechos humanos expresando: “....que la investigación que realice...sobre las posibles violaciones del niño protegido, se establezca si existe responsabilidad...en la tramitación del proceso de protección...”.*

Con base en esta doctrina legal, el CNA debería apelar aquellas sentencias que contienen declaratoria de adoptabilidad, que presuntamente no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 35 de la Ley de Adopciones, lo que implica velar por el interés superior del niño, aunque se tenga que soportar los costos de oportunidad que encierra el proceso judicial, tanto para el niño que seguiría en una inseguridad jurídica como para las instituciones del Estado que asumirían otras actividades procesales.

La Corte de Constitucionalidad se apartó de esa doctrina legal en la sentencia que dictó el 29 de enero del 2013 dentro del expediente 4628-2011, así:

*“...en virtud de que, haciendo un nuevo estudio de la normativa que rige todo lo relativo a la adopción, encuentra que, según lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento de la ley citada, el Consejo Nacional de Adopciones solo intervendrá en el procedimiento de adopción a partir del momento en que el Juez de la Niñez y Adolescencia le notifica la sentencia de declaratoria de adoptabilidad, disposición reglamentaria de la que se puede advertir que esa vinculación se encuentra limitada a cumplir con lo ordenado en la sentencia e iniciar el procedimiento administrativo correspondiente; de ahí que, el ahora postulante, al no ser parte del proceso de medidas de protección, no le es dable plantear ningún tipo de recurso, como la apelación, dada la falta de legitimación que adolece....”*

*“Estima este Tribunal que, en todo caso, la institución legitimada para impugnar, dentro del proceso judicial originario, las decisiones que se tomen en torno a niños sujetos de protección por parte de un órgano jurisdiccional, es la Procuraduría*

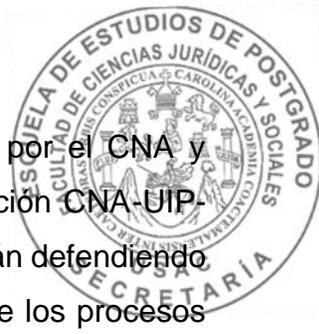


*General de la Nación, en virtud de que, a tenor de lo regulado en el artículo 1.º numeral 2.º, del Decreto 512 del Congreso de la República...”.*

*“Por ello, cuando se resiente una violación a algún presupuesto de legalidad de la sentencia por medio de la cual se le ordena realizar un procedimiento de adopción al Consejo Nacional de Adopciones, este puede acudir directamente a la vía del amparo, contra tal decisión judicial. Esta Corte se pronunció en este sentido en la sentencia de catorce de junio de dos mil doce, dentro del expediente cuatrocientos setenta guion dos mil doce (470-2012), al indicar que «... En el presente caso, aun cuando el Consejo Nacional de Adopciones no formó parte en el proceso de medidas de protección, al ser notificado a efecto de proceder conforme lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento de la Ley de Adopciones, en cuanto a iniciar el procedimiento administrativo ordenado por el juzgador, el mismo tiene legitimación para accionar en amparo en defensa de las funciones que le están encomendados»”.*

Al apartarse de la doctrina legal, la Corte de Constitucionalidad deja disponible la vía del amparo para el CNA, sin dejar de señalar la necesidad de cumplir fehacientemente con los requisitos del artículo 35 de la Ley de Adopciones, pero ahora con la consideración que puede presumirse que estos fueron atendidos y que, de no ser así, el juez es el responsable. Al respecto se transcribe un texto de la sentencia del 18 de enero del 2012 dictada por la Corte de Constitucionalidad en el expediente 4777-2011, lo que es congruente con las sentencias dictadas en los expedientes 2650-2011, 27724-2011 y 3059-2011.

*“Debe indicarse que si bien, una vez firme la sentencia respectiva la declaratoria de adoptabilidad debe ser ejecutada, ello no significa que la tramitación de todas las etapas del procedimiento no deben ser cumplidas... debe entenderse que dichas etapas debieron cumplirse a cabalidad, según lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Adopciones, en lo que fuere pertinente, pues su omisión conlleva responsabilidad de la juez que conoce... que debe solventarse por las vías pertinentes, sean civiles, criminales o disciplinarias...”.*



Las decisiones de los jueces de niñez y adolescencia son analizadas por el CNA y encierran algunos cuestionamientos, según lo que se informó en resolución CNA-UIP-025-2019, por lo que hay indicios para afirmar que posiblemente no se están defendiendo ni garantizando eficazmente los derechos de los NNA que son sujetos de los procesos de protección. La PGN tiene que investigar y evaluar al niño y el juez debe valorar esos elementos de convicción para tomar una decisión, sin embargo, en el informe de CICIG, se expone que en el 2009: *“La misma PGN aceptó que cuenta únicamente con 3 investigadores para todo el territorio nacional y hay audiencias judiciales en las que se admite la ausencia total de investigación por su parte. A pesar de ello, el adoptabilidad del niño es declarada”* (Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, 2010, pág. 9). Esto evidencia que no solo existe una ausencia de coordinación entre las instituciones que deberían conformar el sistema de protección de la niñez y la adolescencia, sino una falta de recursos financieros y humanos para que el desempeño institucional sea eficiente, lamentablemente, son los NNA quienes sufren las consecuencias, al no ser respetados sus derechos.

#### **4. El controversial abrigo en familia sustituta**

Durante el proceso judicial de protección de los derechos del niño es posible que él esté privado de cuidado parental, por lo que deberá considerarse modalidades alternativas de cuidado, las cuales deben promover la aplicación de la CDN y de otras disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativos a la protección y al bienestar de los NNA (Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2009). Las modalidades por considerar en este contexto son temporales, pues se utilizan solamente en tanto se desarrolla el proceso judicial de protección. En general, son dos las opciones: la familia sustituta o hogar de guarda y excepcionalmente el cuidado residencial (institucional). En este momento, la atención se centrará en las familias sustitutas u hogares de guarda, dejando el cuidado residencial para darle tratamiento en líneas posteriores.

En el artículo 21 de la CDN se hace referencia a los hogares de guarda a los que se les tiene como una opción para el cuidado del niño. En el criterio del suscrito, cuando se hace referencia a los “hogares de guarda” se entiende que hay temporales y permanentes, y



cuando se considera que esta modalidad es preferible a la adopción internacional, se está considerando los segundos, dado que, al continuar el niño en un ambiente familiar permanente, aunque no con la calidad de hijo, pero sí en el medio cultural en que nació, existe la posibilidad de garantizar la realización de más derechos.

*“Artículo 21. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:*

.....

*b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;”.*

Consecuentemente, en el marco de la CDN, es el hogar de guarda de carácter temporal el que se tratará en las líneas siguientes.

Para Guatemala, la Ley PINA, considera ese abrigo temporal en una familia, dentro de las medidas de protección, así:

*“ARTÍCULO 112. Medidas. Los juzgados de la niñez y la adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas*

.....

*g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta”.*

En el artículo 114 de la Ley PINA se da prioridad al abrigo en familia sustituta, modalidad que no necesariamente tiene un carácter provisional, pues también puede ser definitiva, según se desprende de la lectura del artículo.

*“ARTÍCULO 114. Abrigo provisional y excepcional. El abrigo será medida provisional y excepcional, utilizable como forma de transición para la colocación provisional o definitiva de niños, niñas y adolescentes en la familia u hogar sustituto y no implicará en ningún caso privación de la libertad”.*



Esta posición se complementa con las disposiciones contenidas en el artículo 18 de la Ley PINA.

*“ARTÍCULO 18. Derecho a la familia. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia”.*

La modalidad de familia sustituta es también considerada en la Ley de Adopciones, con la denominación “hogar temporal”, al cual en el artículo 2, literal h), lo define así:

*“Hogar temporal: Comprende a aquellas personas que no siendo familia biológica o ampliada, reciban a un niño en su hogar en forma temporal, durante el tiempo que dure el proceso de adopción”.*

En el artículo 23 de la Ley de Adopciones se establece entre las funciones del CNA, en la literal f):

*“Velar por los niños en estado de adoptabilidad que ingresen a los hogares de protección y abrigo o al programa de familias temporales del Estado, quienes previa autorización judicial a solicitud de la autoridad central, podrán ser ingresados a entidades de abrigo privadas que se encuentren debidamente registradas y autorizadas de conformidad con esta ley;”*

Y en la literal o):

*“Autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica, y en su caso sancionar a las entidades privadas, hogares de abrigo, hogares sustitutos que se dediquen al cuidado de los niños;”*

De lo transcrito se desprende que las categorías “hogar temporal”, “familias temporales” y “hogares sustitutos” se usan indistintamente. No obstante, la denominación “familias sustitutas” se utiliza en dos ocasiones en la Ley de Adopciones. Una, en el artículo 10 literal b, al referirse a las prohibiciones:



*“ARTÍCULO 10. Prohibiciones. La adopción es una institución social de protección, por lo que se prohíbe: ....*

*b. A los padres biológicos o representantes legales del niño, disponer expresamente quién adoptará a su hijo o hija; salvo que se trate del hijo del cónyuge o conviviente o de la familia sustituta que previamente lo ha albergado...”,*

y, la otra, en las disposiciones transitorias, en el artículo 57, al referirse a la regularización:

*“ARTÍCULO 57. Regularización. Dentro de los treinta días de estar vigente esta ley, la autoridad central en coordinación con la Procuraduría General de la Nación, verificará la situación de los niños sujetos de la presente ley, que se encuentren al cuidado y guarda de personas, familias sustitutas e instituciones privadas para iniciar el proceso de registro, autorización y supervisión establecido en esta ley; así como iniciar los procesos judiciales de protección de los niños”.*

La modalidad de abrigo en familia sustituta fue utilizada por los jueces para colocar temporalmente a los NNA, una decisión congruente con las normas anteriormente descritas. Sin embargo, muchas de las seleccionadas no correspondían al programa de familias sustitutas del Estado o realmente tenían como fin la adopción. Los procesos judiciales de protección son largos, muchas veces duran años y en tanto se tiene una solución definitiva, el niño está abrigado en una familia que pretende adoptarlo. Si la familia tiene esa finalidad, está interesada en que ese niño sea declarado adoptable, lo que no es congruente con el objetivo del proceso de protección, en el cual la declaratoria de adoptabilidad es la última opción, pues lo que se busca es garantizar la preservación familiar. Si el niño llega a ser declarado adoptable, el conflicto de intereses se va a presentar también en el proceso administrativo de adopción, pues la familia sustituta va a pretender adoptar al niño, sin embargo, es el CNA quien tiene la función de buscar la mejor familia para la integración de aquel.

El CNA coordinó reuniones de alto nivel para el fortalecimiento del sistema integral de protección de la niñez, en la que participaron, entre otros, representantes de la CSJ, la PGN y la SBS. Dentro de esas reuniones se acordó analizar técnicamente la regulación de las familias sustitutas, para lo que se organizaron reuniones interinstitucionales que



dieron los insumos para que la CSJ emitiera el “Reglamento para la aplicación de medidas de protección a niños privados de su medio familiar por parte de juzgados que ejercen competencia en materia de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos”, a través del Acuerdo Número 40-2010, de fecha 10 de septiembre de 2010, publicado en el Diario de Centro América el 6 de octubre de 2010 y en vigencia desde el día siguiente de su publicación. Asimismo, el CNA emitió el Acuerdo Interno Número CNA-CD-O10-2010 de fecha 17 de agosto de 2010 y que se denomina “Lineamientos técnicos que establecen la participación de la Familia Sustituta y Hogar Temporal”, publicado en el Diario de Centro América el día 17 de septiembre de 2010 y en vigencia desde el día de su publicación (Consejo Nacional de Adopciones, 2010).

En el artículo 8 del Acuerdo 40-2010 de la CSJ se norma:

*“...El juez ... podrá ordenar el abrigo del niño, niña o adolescente en una familia sustituta, que haya sido previamente acreditada por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, como autoridad competente en materia de medidas de protección y la institución encargada de captar, seleccionar, capacitar y acreditar las familias sustitutas. La medida de protección y abrigo temporal en el seno de una familia sustituta será ordenada ... siempre con carácter temporal, sin exceder de seis meses, siendo su fin primordial evitar que el niño en tal situación sea abrigado en una institución. En ningún caso la familia sustituta designada para protección de los niños, niñas y adolescentes que sean declarados amenazados o violados en su derecho a la familia, podrá solicitar en el futuro la adopción del niño, niña o adolescente que abriga provisionalmente. En ningún caso un juez otorgará protección y abrigo temporal de un niño, niña o adolescente a solicitud de una familia sustituta”.*

Esto se complementa con el contenido del artículo 9 del mismo acuerdo:

*“Artículo 9. Prohibiciones para ser familia sustituta. Tienen prohibición para ser familia sustituta: a) familias extranjeras que carezcan de residencia permanente en el país; b) familias guatemaltecas que soliciten ser familia sustituta de un niño, niña o adolescente cuando se encuentran en el proceso de adopción; y c) familias adoptivas o interesadas en adoptar, los niños, niñas y adolescentes que sean*



*declarados amenazados o violados sus derechos a la familia para no desvirtuar la institución de la adopción, para no poner en riesgo la posibilidad de la reinserción con su familia biológica”.*

En el Acuerdo Interno CNA-CD-010-2010, que luego fue modificado por el Acuerdo Interno CNA-CD-011-2011, también se reguló en el mismo sentido, haciendo referencia a que la naturaleza temporal del abrigo en familia sustituta no admite la posibilidad de la adopción.

El rechazo de las solicitudes de adopción por parte del CNA dio lugar a procedimientos judiciales que concluyeron con sentencias de la Corte de Constitucionalidad, en la cuales se establecieron criterios importantes, tanto con relación a la prohibición establecida en la literal b) del artículo 10, como a la excepción contenida en el artículo 15, ambos de la Ley de Adopciones. Se transcribe parte de la sentencia del 13 de marzo del 2012 dictada en el expediente 3351-2011 cuyo sentido es igual a la del 14 de febrero del 2012 en el expediente 3405-2011:

*“...esta Corte no encuentra facultades como las que se arrogó la autoridad impugnada de rechazar una solicitud de adopción,... En todo caso, la autoridad impugnada, al recibir la solicitud de adopción, debió ordenar la realización de los estudios respectivos de los solicitantes para dictaminar sobre su idoneidad, si fueren procedentes y, en su caso, proceder a realizar la selección de las personas tomándolos en consideración para el efecto”.*

En la sentencia del 13 de marzo del 2012 dictada en el expediente 3351-2011, también se expresa:

*“...si bien los postulantes han albergado a la niña protegida por disposición judicial, bajo la figura de familia sustituta, y por ello encuadra dentro de las excepciones..., no significa que debe ser la selección para adoptar a la niña en mención, sino que solamente pueden figurar dentro de la selección de los padres de la niña, que han sido certificados como idóneos... si a juicio del Consejo Nacional de Adopciones existiere una familia más apropiada para la niña en mención, ...este podrá hacer su elección...”.*



Con relación al artículo 10 liberal b:

*“...dicha normativa, claramente, está dirigida a los padres biológicos o representantes legales del niño, último supuesto que de conformidad con lo regulado en el Código Civil, únicamente le asiste a los padres, en ejercicio de la patria potestad o sus tutores, figuras dentro de las que no se encuentra contemplado la familia sustituta. Si bien la norma regula tres excepciones o reservas, tales supuestos se refieren a los casos de adopción de un cónyuge o conviviente, así como al caso que el padre biológico o su representante decida que sea la familia sustituta la que tome en adopción al niño o niña, pero de ninguna manera se refiere a que aquella persona o personas que hayan figurado como familia sustituta puedan designarse a sí mismas como idóneas para la adopción de un niño o niña o bien designar la persona que debe adoptar...”.*

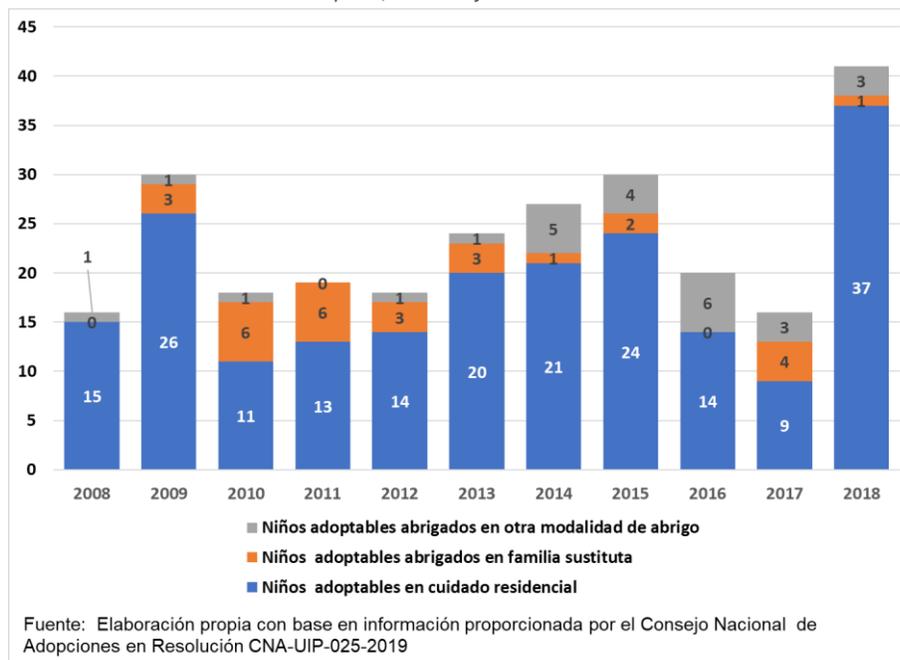
El uso de la modalidad de abrigo en familia sustituta sigue siendo una práctica que no garantiza el respeto de los derechos del niño en el proceso de protección y principalmente en el proceso de adopción. Por ejemplo, en el artículo 13 de la Ley de Adopciones, se establece quiénes pueden adoptar y se da prioridad a una familia heteroparental, pues la monoparental podrá adoptar solamente cuando así lo exija el interés superior del niño; sin embargo, una persona -familia monoparental- (como ocurre en el expediente 3405-2011) puede presentarse a un juzgado, ser considerada como familia sustituta, y si el niño llega a ser declarado adoptable, presentará su solicitud de adopción al CNA, y este al evaluar, ahora con base en el criterio manifestado por la Corte de Constitucionalidad, podrá elegir familia, pero no puede dejar de atender lo que expresó ese órgano: *“...es de tomar en consideración el vínculo afectivo que pueda existir entre estos, más aún cuando el infante ya fue objeto de un abandono...”*, por tanto, la práctica ha llevado a supeditar el interés del niño al de la familia sustituta que quiere adoptar. Este problema se agrava en la medida en que los procesos de protección sean prolongados, lo que se debe a que no se cuenta con un sistema de protección integral, hace falta coordinación entre los actores que participan en la materia, estos no están dotados de los recursos necesarios y otros factores más, que hacen que no se puedan garantizar y defender eficazmente los derechos de los NNA.



Por otro lado, como se ha manifestado en líneas anteriores, el abrigo temporal puede ser en familia sustituta o en cuidado residencial. Sin embargo, para soslayar el ámbito de las normas relacionados con “familia sustituta”, judicialmente se han creado otras figuras, que en esencia son lo mismo, pero con una denominación distinta, en la que se supedita con facilidad el interés del niño al de la persona o las personas que quieren adoptar.

Los datos que muestra la gráfica 10 son preocupantes, porque ponen de manifiesto tres

Gráfica 10. Consejo Nacional de Adopciones: niños declarados adoptables por año de notificación de la resolución y que aún están pendientes de ser integrados en familia adoptiva, al 20 de junio del 2019



realidades: 1) que hay NNA abrigados en familias sustitutas que han sido declarados adoptables desde hace varios años, pero que su proceso de adopción no ha concluido, posiblemente porque la familia no ha presentado o completado su solicitud ante la autoridad central; 2)

hay una tendencia a suplantar la modalidad de familia sustituta por las de “otras modalidades de abrigo” a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, y; 3) los esfuerzos del Estado por implementar un programa de familias sustitutas no son eficaces y por tal motivo, la mayoría de NNA declarados adoptables están bajo la modalidad de cuidado residencial, cuando de conformidad con el marco jurídico, esa sería la última opción. Lo que jurídicamente se considera como la excepción en la práctica es lo común.

## 5. El uso excepcional del cuidado residencial

Como se anotó en líneas anteriores, cuando un niño está privado del cuidado parental, se deben tomar modalidades alternativas de cuidado, siendo preferible el abrigo en una



familia sustituta, y en caso de no ser posible, se opta excepcionalmente en el cuidado residencial (Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2009).

En la Ley PINA se considera el abrigo residencial (en entidad pública o privada) en el artículo 112, así:

*“ARTÍCULO 112. Medidas. Los juzgados de la niñez y la adolescencia podrán determinar, entre otras, las siguientes medidas*

*.....*

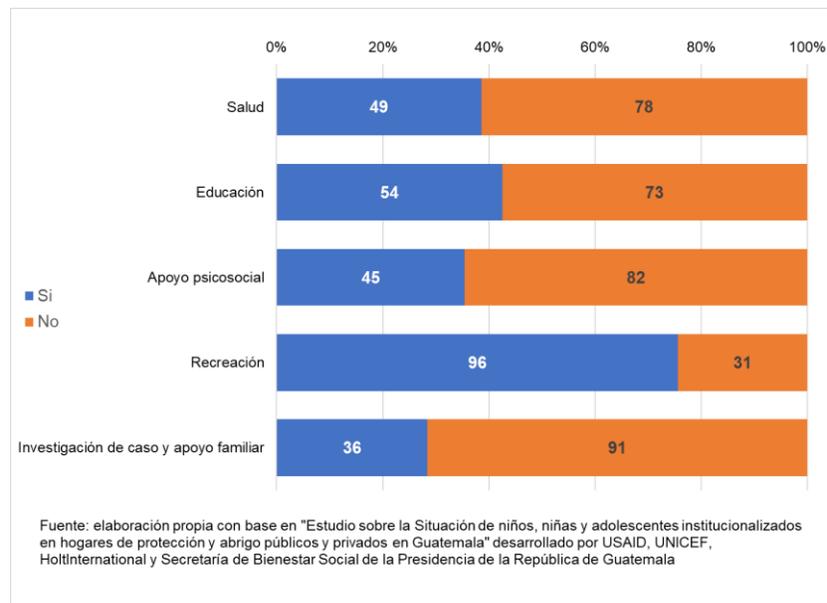
*h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, conforme las circunstancias particulares del caso”.*

Para estudiar las implicaciones que resultan de la Ley de Adopciones en esta temática, es conveniente estudiar los antecedentes que se tenían en el 2007. Holt International Service y la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República -SBS-, con el financiamiento de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos – USAID- y la asistencia técnica de UNICEF (2008), coordinaron la realización de un estudio sobre la situación de los NNA institucionalizados en hogares de protección y abrigo público y privados, entre octubre del 2007 y marzo del 2008. Para ese entonces la SBS tenía un registro de 133 hogares, la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia 190 y, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría de los Derechos Humanos 145. Esos listados se depuraron y quedaron 133 hogares, de los que solamente se hizo el estudio en 127, dado que 3 no tenían personal administrativo y gerencial, pues estaban de vacaciones, y 3 señalaron que darían ingreso solamente si se contaba con una orden judicial. De los 127 hogares, el 90 % (115) se habían constituido por ONGs, el 2 % (2) por personas individuales y el 8 % (10) correspondían a entidades del Estado. No obstante ser el Estado el responsable de proteger a los NNA y de procurarles un acogimiento alternativo adecuado, el abrigo de los NNA queda a cargo de entidades privadas, las cuales deberían contar con la aprobación y supervisión de alguna autoridad. Sin embargo, esa función no estaba establecida legalmente y por tanto no existía un responsable de su realización. En el 2007, la SBS, de manera atrevida, creó reglamentariamente una unidad administrativa con competencia para el efecto; lo

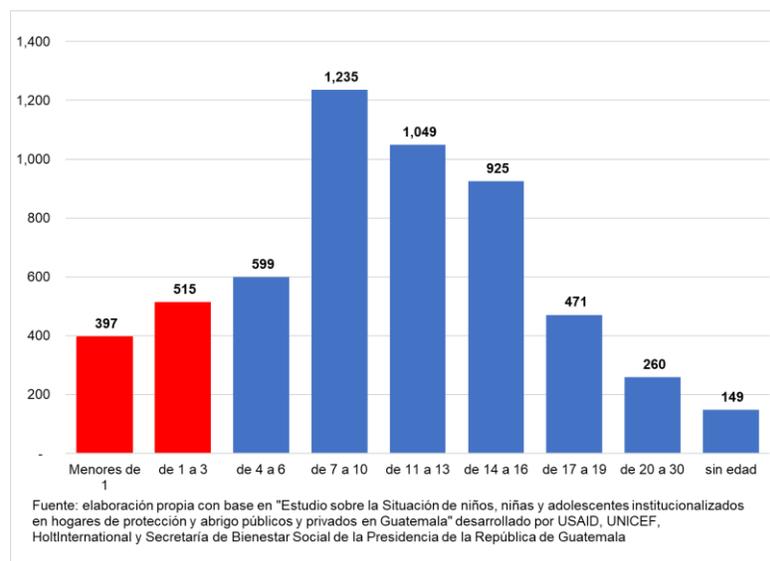


que no fue suficiente para garantizar el respeto de los estándares internacionales en el cuidado residencial. En la gráfica 11 se muestran los servicios que prestaban esos hogares de protección. Como se puede notar, la recreación es la necesidad que más se atiende, sin embargo, el apoyo psicosocial y la investigación del caso y apoyo familiar son temas que quedan al margen en la mayoría de los hogares.

*Gráfica 11. Hogares de protección: servicios que se proveían a los niños abrigados en el 2007*

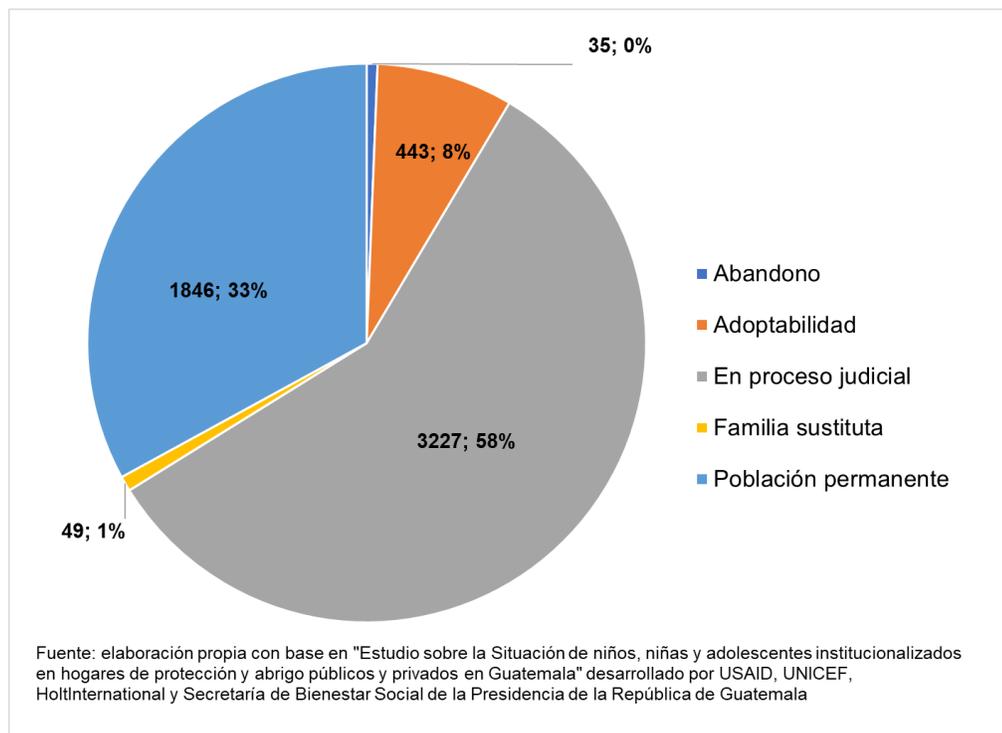


*Gráfica 12. Hogares de protección: distribución etaria de los niños que estaban abrigados a finales del 2007*



En los 127 hogares había 5,600 NNA abrigados, 45 % hombres y 55 % mujeres. La distribución etaria se presenta en la gráfica 12. Como puede notarse, la mayoría de los niños nacieron antes del inicio de la vigencia de la Ley PINA (84%) y solo el 16% es menor de tres años. Los motivos por los que estos NNA estaban abrigados se presentan en la gráfica 13.

Gráfica 13. Hogares de protección: motivos por los que están abrigados los niños a finales del 2007



En la información presentada en la gráfica 13, es cuestionable que el 8 % de los NNA contaran con una declaratoria de adoptabilidad, dado que la Ley de Adopciones entra en vigor cuando el estudio está por finalizar. Sin embargo, puede entenderse que se colocó en ese concepto a todos los niños que estaban en un proceso de adopción iniciado conforme a la legislación anterior (casos en transición).

En la Ley de Adopciones se norma a las entidades públicas y privadas que se dedican al cuidado de los NNA en el capítulo II del título II. Previamente, en el artículo 23 literal o) se define como una función de la autoridad central "Autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica, y en su caso sancionar a las entidades privadas, ... que se dediquen al



*cuidado de los niños*” y en el artículo 28 literal g) se define como función del Equipo Multidisciplinario: *“Supervisar bajo la coordinación con la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, a las entidades públicas y privadas que se dediquen al abrigo de niños”*. Este último texto encierra un pasaje obscuro, pues no puede ser que una unidad administrativa de una entidad autónoma cumpla una función supeditándose a una centralizada que está principalmente regulada en un Acuerdo Gubernativo. Sin embargo, es comprensible que la función sea coordinada, dado que inicialmente se puede interpretar que la SBS es la responsable de los programas de protección, conforme al artículo 259 de la Ley PINA, lo que ahora se entiende con más claridad, con lo preceptuado en el artículo 39 del Código de Migración al expresarse: *“...la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, como ente rector de los servicios esenciales de protección especial de la niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos...”*.

En el capítulo II, artículo 30 se hace referencia a la autorización y supervisión de las entidades privadas. En el artículo 31 está contenida la obligación de las entidades privadas de registrarse y se establecen legalmente cuatro requisitos que deben cumplirse para ese fin, entre los que sobresalen los dictámenes favorables de funcionamiento emitidos por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y por el Ministerio de Educación. En el artículo 32 se establecen otras obligaciones para las entidades privadas. Merece atención especial el artículo 33 en el que se establece que

*“...cuando una autoridad constate que los hogares ... y cualquier otra institución privada que se dedique al cuidado de niños, no ha respetado o que exista el riesgo de que no sea respetada alguna de las disposiciones de esta ley, así como del Convenio de La Haya, informará a la autoridad central y los juzgados de la niñez y la adolescencia, para que sean aplicadas las sanciones respectivas de acuerdo al reglamento de esta ley...”*.

El CNA inspirado en el artículo precitado preparó el proyecto de Reglamento de la Ley de Adopciones, el que finalmente quedó contenido en el Acuerdo Gubernativo 182-2010 del 24 de junio del 2010. Este reglamento en su título VII define las sanciones y el procedimiento a seguir para la aplicación de estas. Las sanciones que se podrían imponer



son una amonestación verbal, una amonestación escrita o la cancelación definitiva de la autorización y registro de la entidad privada de abrigo.

En este contexto hay que recordar el principio de legalidad sancionadora aplicable en el ámbito administrativo. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha sentado jurisprudencia. Por ejemplo, en la sentencia del 9 de enero del 2007, dictada dentro del expediente 758-2004, se pronunció así:

*“Al respecto, esta Corte advierte que el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración, ... Su ámbito de aplicación no se restringe a los asuntos penales, sino que tiene plena validez en todo el campo de la actividad punitiva de la Administración Pública, pues la ausencia de reglas y principios propios que rijan el ámbito sancionatorio del Estado implica que los principios y las garantías sustanciales y procesales del Derecho Penal General sean aplicables mutatis mutandi al derecho administrativo sancionador ...”.*

Y, finalmente, con más precisión expresó:

*“Es decir, el principio de legalidad de las sanciones exige: a) que el señalamiento de la sanción emane directamente del legislador, entonces, las sanciones administrativas deben estar fundamentadas en ley, por lo cual, no puede transferirse a la Administración Pública una facultad abierta en esta materia; b) que este señalamiento sea previo al momento de la comisión del ilícito y también al acto que determine la imposición de la sanción; y c) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable, aunque esto (sic) no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos”.*

Como puede inferirse, el Congreso de la República atribuyó al CNA la función de sancionar, sin embargo, no creó las faltas y las sanciones correspondientes en la ley, por lo que la creación de estas en el reglamento es una inobservancia al principio de legalidad



y consecuentemente son inaplicables. En ese marco, el CNA tiene las funciones de autorizar y de supervisar a las entidades privadas de abrigo, pero no puede sancionarlas cuando incumplen los estándares de abrigo, solo puede informar al juzgado de la niñez y la adolescencia de lo que establezca en sus supervisiones, y si existen indicios de la posible comisión de delitos, presentar las denuncias correspondientes ante el MP.

La eficacia del derecho estatal es más posible cuando este es aceptado, sin embargo, esa postura no se puede esperar en este caso, cuando lo que se busca es garantizar estándares que los administrados no observan en la realidad y muchos de ellos han manifestado intereses y reacciones orientadas a impedir la adecuación del ordenamiento jurídico interno al internacional en el ámbito de los derechos de los NNA. Ante el rechazo de las normas jurídicas, es menester contar con una mayor coacción para lograr la eficacia. Al no permitirse al CNA imponer sanciones, se ha creado una entidad débil, que no garantiza la eficacia de las normas relacionadas con la regulación de las entidades privadas de abrigo.

Esa debilidad se manifiesta en el cumplimiento del artículo 58 de la Ley de Adopciones, el cual se transcribe.

*“ARTÍCULO 58. Plazo para inscripción. Todas las entidades privadas, que tengan a su cargo la guarda y cuidado de niños, niñas y adolescentes, deberán ser inscritas en la autoridad central, dentro de los treinta días siguientes a la vigencia de esta ley”.*

La interpretación de este artículo obliga a considerar tres conceptos: inscripción, registro y autorización. La autorización es el acto que da lugar a poder inscribir en el registro. Entendido así, ninguna entidad cumplió con el mismo, pues lo único que hicieron fue informar sobre su existencia.

En el 2012, cinco años después del inicio de la vigencia de la Ley de Adopciones, el CNA solamente tenía 31 hogares autorizados (Consejo Nacional de Adopciones, 2012). En el 2017 el CNA informa que tiene conocimiento de 165 hogares de los que hay 51 que han dejado de funcionar y que de los 114 que están operando, hay 70 que tiene autorización para hacerlo y 44 que tienen un expediente de autorización en trámite (Consejo Nacional



de Adopciones, 2017). En el 2018 el CNA hace referencia a que hay 124 hogares en funcionamiento de los que solo 76 (61 %) están autorizados y 48 tienen un expediente de autorización en trámite (Consejo Nacional de Adopciones, 2018).

*Tabla 2. Consejo Nacional de Adopciones: clasificación de hogares en el 2017 y 2018*

	2017	2018	Diferencia
<b>Autorizados</b>	70	76	6
<b>En proceso</b>	44	48	4
<b>Totales</b>	114	124	10

Aclaración: en autorizados se integra los datos que el CNA presenta como autorizados y en revalidación de autorización.

Fuente: elaboración propia con base en la información presentada en las memorias de labores del CNA del 2017 y 2018

La debilidad del CNA para lograr la eficacia de las normas relacionadas con las entidades privadas dedicadas al abrigo de NNA, se manifiesta con esos datos. La falta de infracciones y sanciones establecidas legalmente hace que no se pueda garantizar a los NNA un abrigo en el que se atiendan estándares nacionales o internacionales. Los representantes de los hogares saben que la falta de autorización no trae consecuencias jurídicas y, por tanto, no inician el trámite, o si lo hacen, no se esfuerzan por cumplir pronto con todos los requisitos para conseguir la resolución final de su procedimiento, de ahí que el número de expedientes en trámite cambia poco de año a año (del 2017 al 2018 solo aumentó en 6 el número de hogares autorizados y los procesos en trámite aumentaron de 44 a 48, lo que significa que entraron 10 nuevas solicitudes de autorización).

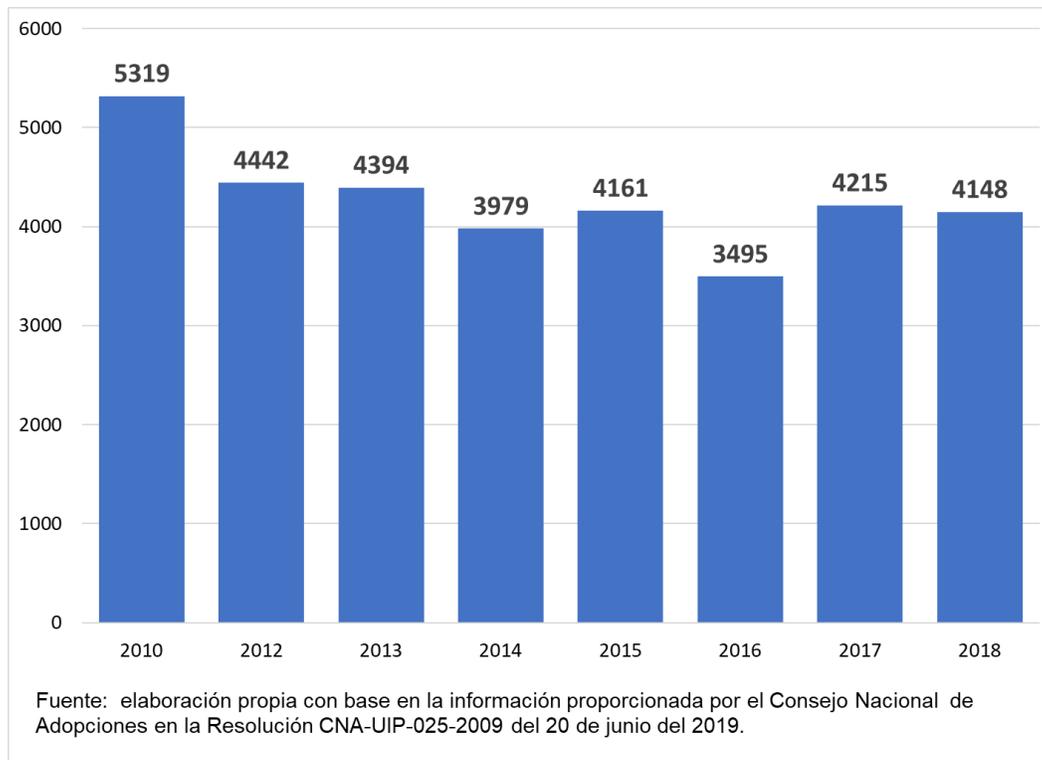
Los datos presentados arriba permiten otros dos juicios. Hay 51 hogares que han dejado de funcionar, seguramente porque ahora ya no tienen una incidencia en los procesos de adopción y por tanto se perdió la razón de su existencia. Pero también se nota que poco a poco surgen nuevos hogares, cuando se supone que el abrigo en ellos debe ser excepcional. La realidad evidencia un esfuerzo de carácter privado que en concreción favorece el uso del abrigo residencial como medida de protección principal ante un débil



esfuerzo del Estado por fortalecer el programa de familias sustitutas, contraviniendo así la CDN.

Para concluir, es conveniente estudiar el comportamiento de la población infantil abrigada en hogares, la que se presenta en la gráfica siguiente.

*Gráfica 14. Consejo Nacional de Adopciones: niños en entidades de abrigo 2010 - 2018*

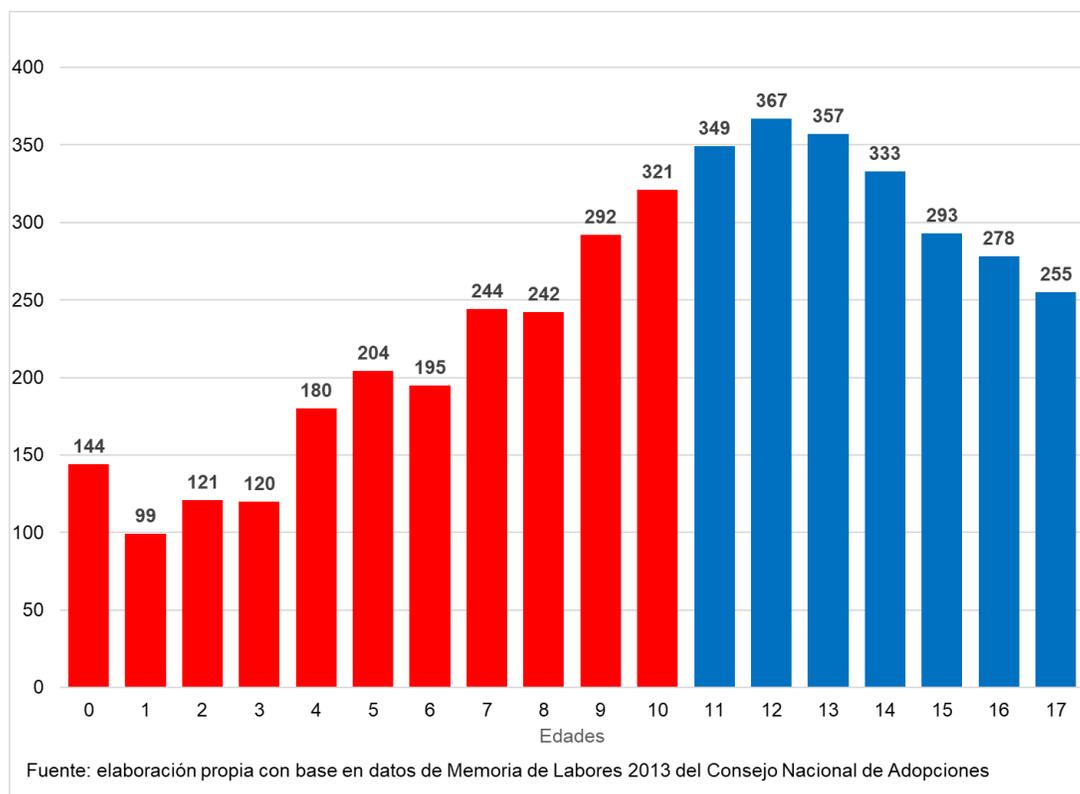


La cantidad de NNA en entidades de abrigo es estable con una ligera tendencia a disminuir, la que se interrumpió en el 2017. Esto implica que existe una desinstitucionalización de la que debiera buscarse una explicación. Del 2017 al 2018 se reduce la cantidad de NNA abrigados en hogares y podría explicarse parcialmente por los esfuerzos del CNA en la ejecución de un plan piloto de desinstitucionalización en tres hogares y la capacitación que esta entidad ha desarrollado con los equipos multidisciplinarios de 113 hogares públicos y privados (Consejo Nacional de Adopciones, 2018). Al comparar la tendencia del número de hogares de protección con la tendencia a la desinstitucionalización lo que se puede inferir es que cada hogar cada vez tiene menos NNA abrigados y eso implica esfuerzos por eliminar las macroinstituciones.



La estructura etaria de la población infantil abrigada en hogares no sufrió una modificación con la que se tenía antes de la vigencia de la Ley de Adopciones. La información a la que se tuvo acceso es la del 2013.

Gráfica 15. Consejo Nacional de Adopciones: distribución de los niños abrigados en hogares, por edad, en el 2013



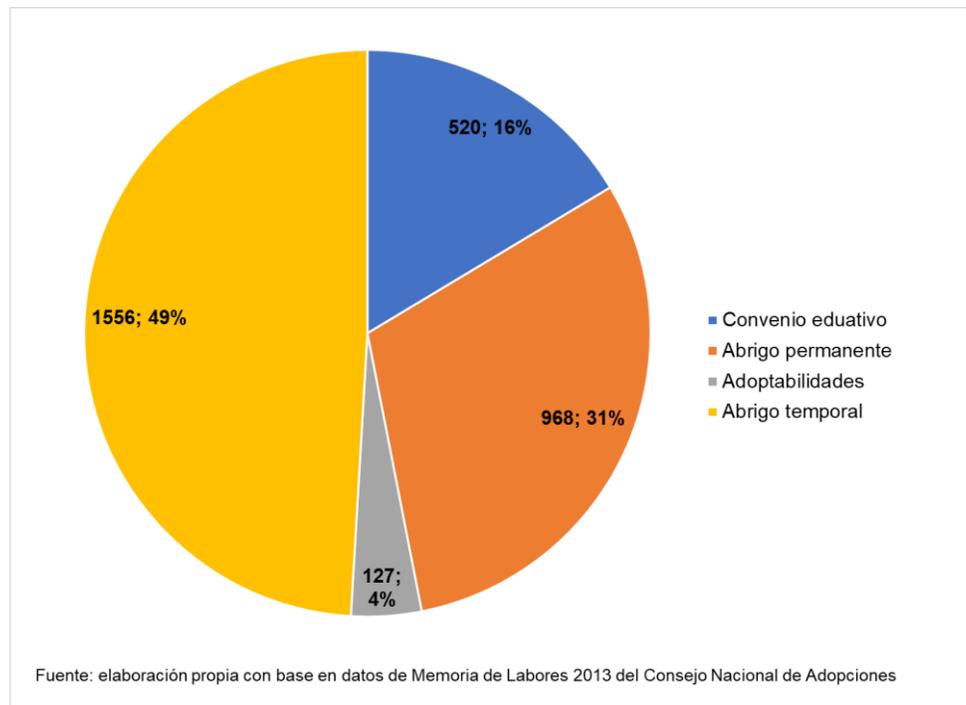
Bajo el supuesto que las cifras del 2007 y 2013 son representativas y comparables, se puede afirmar que hubo una desinstitucionalización de 22 %. Disminuyó la cantidad de niños abrigados menores de 3 años, dado que en el 2007 representaban el 16 % en tanto que en el 2013 fue el 11 %<sup>29</sup>. También disminuyó el porcentaje de NNA mayores de 13 años, en el 2007 era el 30 % y en el 2013 llegó a ser del 26 %. Eso implica que la mayoría

<sup>29</sup> Whethten y otros (2009) hacen un estudio sobre el bienestar de los niños en los hogares de protección en cinco países, aunque no se logra apoyar la hipótesis de que la atención institucional está sistemáticamente asociada con un peor bienestar y desarrollo comparado con la atención comunitaria, si se reconoce que puede afectar perjudicialmente a los niños lactantes y menores de tres años. En estas consideraciones debe tenerse presente que se trata de los cinco países menos ricos y que por tanto las familias no cuentan con los programas sociales correspondientes y que eso hace que el bienestar en ambas medidas de abrigo no presente diferencias significativas.



de los niños institucionalizados se está concentrando en el rango de mayores de 3 y menores de 13 años (54 % en 2007 y 63 % en 2013). El 49 % de los niños que estaban abrigados en el 2013 nacieron durante la vigencia de la Ley PINA (color rojo) y el 24 % lo hicieron cuando estaba en vigor la Ley de Adopciones.

*Gráfica 16. Consejo Nacional de Adopciones: motivo de abrigo de los niños institucionalizados en 2013*



El motivo por el que estos NNA estaban abrigados en el hogar también sufrió modificaciones. Obviamente, al comparar el 2013 con el 2007, el número de NNA adoptables tenía que aumentar, sin embargo, el cambio es de 8 % a 4 %, lo que permite confirmar que, en el 2007, se incluyó en ese concepto, a los niños que tenían iniciado un proceso de adopción conforme a la normativa anterior. La población permanente disminuyó de 33 % a 31 %, lo que implica que ahora se prefiere finalizar un proceso de protección con una declaratoria de adoptabilidad, pero no se considera las posibilidades que realmente existen para que un niño se pueda beneficiar con esta, cuando es mayor de 7 años, pertenece a un grupo de hermanos o presenta alguna enfermedad o discapacidad. El abrigo temporal disminuyó de 58 % a 49 % lo que significa que hay proporcionalmente menos casos en proceso de protección y que posiblemente la mora



judicial ha caído aceptablemente. Un dato que no se consideró en 2007 y que posiblemente modifique el peso que tienen los demás motivos de abrigo, es el que corresponde a aquellos NNA que los padres “voluntariamente” han entregado al hogar para que este se encargue del cuidado correspondiente (por ejemplo, la educación), el cual representa el 16 %. Estos NNA están privados del cuidado parental y por tanto del ambiente familiar en el que deberían desarrollarse, principalmente por razones económicas. El Estado no ha cumplido su rol de empoderar a los padres biológicos y los ha dejado en una vulneración que los “obliga” a entregar a sus hijos a una entidad privada. Estos NNA no debieran estar institucionalizados.

Este último análisis conduce a cuestionar si efectivamente el abrigo residencial está siendo utilizado como una modalidad alternativa de carácter excepcional para aquellos NNA que están privados de cuidados parentales o está tomando otras características.

Como ejemplo de que los hogares no respetan estándares de abrigo, el 8 de marzo del 2017 se dio una tragedia en el Hogar Seguro Virgen de la Asunción, una macroinstitución administrada por la SBS, en la que murieron calcinadas 41 niñas, a quienes el Estado no tuvo la capacidad de cuidar responsablemente. Según el CNA (2017), en ese hogar había 600 niñas, a las que sobrevivieron se les dio atención y seguimiento, lo que permitió que 238 (40 %) fueran reintegradas en su familia al 17 de julio del 2017, lo que evidencia que el sistema de protección de los derechos del niño no está operando eficazmente, muchos de los NNA que están institucionalizados podrían seguir en su medio familiar si se aplicaran otras medidas de protección. Se está abusando del uso de la modalidad de abrigo en centros residenciales.

## **6. El conocimiento informado en la adopción**

Antes de tratar el consentimiento para la adopción, parece necesario analizar el abandono, la opción que compite con la entrega segura, aunque ambos tienen como etapa posterior a la adopción.



El abandono de NNA es una realidad desde la Antigüedad. Por ejemplo, en Roma, los ciudadanos podían tomar al niño abandonado (*alumni*), llevarlo a su casa, alimentarlo y en general darle un trato equiparable al de esclavo, hasta que cumplía la mayoría de edad, cuando era manumitido (Goddard, 2009).

La Iglesia católica, con el apoyo del Estado, es una de las primeras instituciones que busca socorrer a los niños abandonados, creando hospicios para abrigar aquellos infantes abandonados en las calles, iglesias o cualquier lugar público. Algunas veces el abandono se daba frente de alguna casa en donde la madre biológica creía que el niño podría tener un mejor futuro. Un ejemplo literario es el que ofrece José Milla en su novela la “Historia de un pepe” cuando describe que una mujer de clase media deja a un bebé en un canasto en la puerta de una de las casas más grandes y de mejor aspecto del sector principal y más rico de la ciudad (Milla, 1978).

Celton (2008), cita a Necker y a Nizar. Del primero, hace referencia a su obra *Administration des Finances de la France de 1778*, en la que estimaba en 40,000 el número de niños a cargo del Estado, con una mortalidad de alrededor del 90 % en los menores de un año. Del segundo, cita que el 40 % de los niños ilegítimos eran abandonados. El mismo autor hace referencia a las cifras publicadas por primera vez en la *Statistique Générale de la France*, en 1835, de las que se infiere que, en 1831 en un país de 31 millones de habitantes, se abandonaron 35,863 niños, cifra récord en ese país (Celton, 2008). De estas citas, parece necesario resaltar que el abandono de niños era un fenómeno frecuente, que normalmente se trataba de hijos ilegítimos y que la mayoría moría antes de cumplir un año.

En América, la salvaguarda del honor de una mujer soltera y la responsabilidad del padre pudieron ocasionar el abandono de niños. Si el padre era de otra clase social, la exposición del niño daba lugar a que pudiera entrar en la familia de él y muchas veces se convertían en apoyo de las actividades domésticas.

Celton hizo un estudio en Córdoba, Argentina. Presenta información obtenida del libro de bautizos del arzobispado. Se desprende que en el periodo 1760 a 1852, el porcentaje de niños abandonados (expósitos) bautizados, de origen español, sobre el total de bautizos pasó de 7.9 % a 14.6 % en tanto que, el bautizo de hijos ilegítimos sobre el total



de bautizos pasó de 29.5 % a 57.3 %. En cuanto a los bautizos de niños abandonados de origen indígena, se pasó de 3.1 % a 0.5 %, en tanto que, el bautizo de hijos ilegítimos sobre total de bautizos pasó de 6.2 % a 1.1 % (Celton, 2008). Esto muestra que el abandono de niños y los hijos ilegítimos de padres españoles superó ampliamente a lo que ocurría con las familias indígenas. El abandono y los hijos ilegítimos son elementos claves en el mestizaje.

El abandono del niño o su exposición implica someterlo a condiciones en las que peligra su vida. Por eso, esa conducta se penalizó por parte de la mayoría de los Estados. El Estado de Guatemala ha incluido en el capítulo VII “De la exposición de personas a peligro” del Código Penal, dos artículos relacionados<sup>30</sup>:

*“Abandono de niños y personas desvalidas ARTÍCULO 154.- Quien abandonare a un niño menor de diez años o a una persona incapaz de valerse por sí misma, que estuviere bajo su cuidado o custodia, será sancionado con prisión de seis meses a tres años. Si a consecuencia del abandono ocurriere la muerte del abandonado, la sanción será de tres a diez años de prisión. Si solo se hubiere puesto en peligro la vida del mismo o le hayan producido lesiones, la sanción será de tres meses a cinco años de prisión”.*

*“Abandono por estado afectivo ARTÍCULO 155.- La madre que, impulsada por motivos que ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración síquica, abandonare al hijo que no haya cumplido tres días de nacido, será sancionada con prisión de cuatro meses a dos años. Si a consecuencia del abandono resultare la muerte del hijo, la sanción será de uno a cuatro años de prisión”.*

---

<sup>30</sup> Los artículos del Código Penal citados muestran una tendencia a la criminalización. En una posición diferente, aunque sin la eficacia correspondiente, se tiene lo normado en el Decreto Número 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley de Desarrollo Social. En el artículo 15 se establece que la Política de Desarrollo Social y Población considerará, promoverá e impulsará planes, programas y acciones para garantizar el ejercicio libre y pleno de la paternidad y maternidad responsable, entendidas estas como el derecho básico e inalienable de las personas a decidir libremente y de manera informada veraz y ética, el número y espaciado de sus hijos e hijas, el momento para tenerlos, así como el deber de los padres y madres en la educación y atención adecuada de las necesidades para su desarrollo integral; para tal efecto, el Estado fortalecerá la salud pública, la asistencia social y la educación gratuita.



La alternativa a ese abandono brutal es una “entrega segura” y por eso en otros Estados han implementado “*las cajas de bebés*”. Por ejemplo, en Estados Unidos de América se han instalado buzones para la colocación de bebés “no deseados” (BBC News, 2019). En junio del 2011, el Comité de los Derechos del Niño emitió una recomendación contra el uso de esas cajas, pues promueve la violación al derecho que tiene un niño a conocer sus orígenes, sin embargo, hay quienes se oponen, pues esa opción permite, por lo menos, la preservación de la vida del bebé. Una manera de garantizar el derecho del niño a conocer sus orígenes es que la madre sea informada antes o después de retirarse de la caja, incluso concederle la oportunidad de recuperar a su hijo, pero para eso sería necesario realizar pruebas de ADN (Servicio Social Internacional, 2012).

En Guatemala, no obstante, lo dispuesto en las normas penales transcritas, de conformidad con la Ley de Adopciones, existe la posibilidad de que los padres biológicos emitan su consentimiento para que su hijo sea dado en adopción.

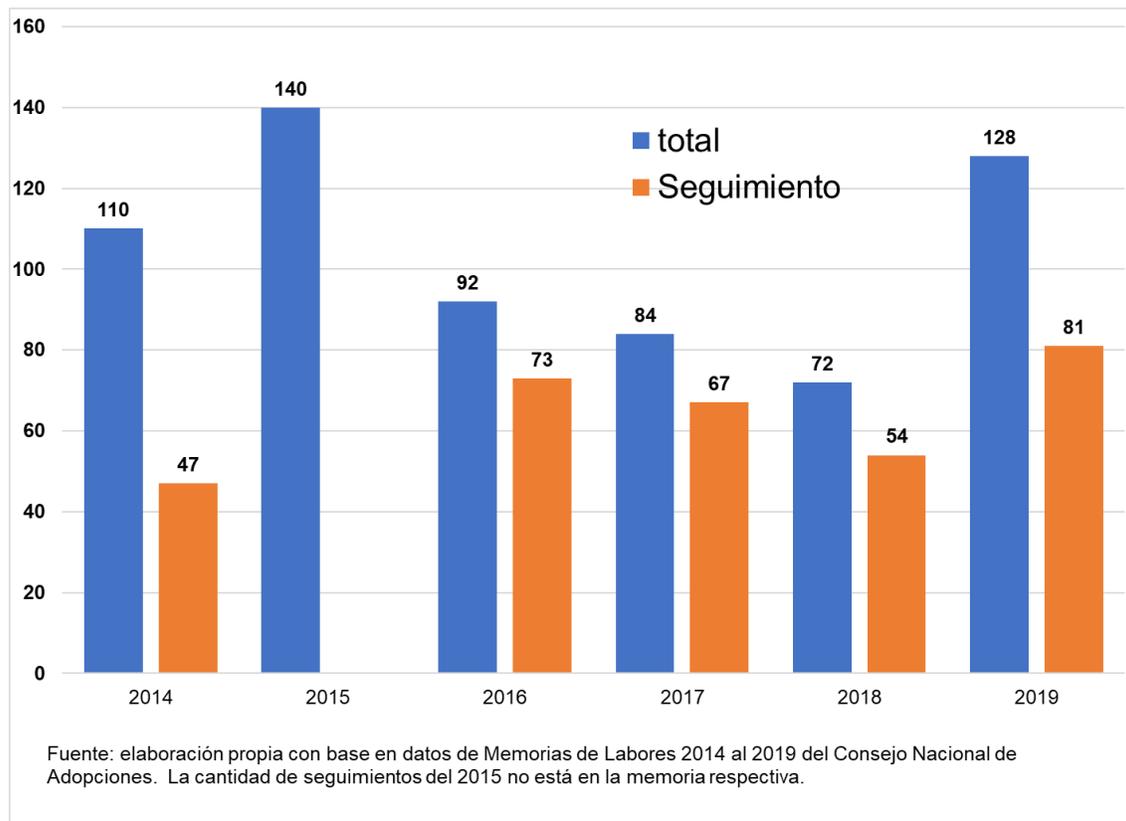
Una de las funciones del CNA es orientar al padre y/o madre biológica que manifiestan interés en dar a su hijo en adopción. En ese proceso, el objetivo no es evitar que el niño sea entregado por sus padres biológicos, sino orientar a estos, para que tomen una decisión consiente de las alternativas que existen y de las consecuencias de esta; sin embargo, indirectamente, se puede tener como éxito la preservación familiar. La finalidad es que la decisión sea tomada porque así se quiere, no porque no se pueda cumplir con el rol de padre o madre, pues de ser el segundo caso, en cumplimiento de los compromisos convencionales asumidos por el Estado, correspondería crear las condiciones necesarias para fortalecer a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones parentales. Esto es congruente con la condición establecida en el artículo 6 de la Ley de Adopciones, al definirse que la situación de pobreza o extrema pobreza no es motivo suficiente para dar a un niño en adopción.

Algunas veces son las madres solteras, jóvenes e incluso adolescentes, las que acuden o son referidas al CNA, en donde se da la asesoría multidisciplinaria correspondiente, pero, aun así, no pueden otorgar su consentimiento, pues en el artículo 10 de la Ley de Adopciones, se establece como prohibición, que el mismo sea emitido durante la gestación o antes las seis semanas del nacimiento del niño. También hay prohibición



para que un menor de edad otorgue el consentimiento sin la autorización judicial correspondiente.

Gráfica 17. Consejo Nacional de Adopciones: madres y/o padres orientados y seguimientos posteriores a la decisión de preservación familiar 2014-2019



La gráfica 17 muestra la cantidad de casos que se han atendido entre el 2014 y el 2019, lo que representa una pobre participación en la sociedad, sin embargo, es significativo que quienes asisten o son referidos, después de la orientación respectiva, conscientemente deciden conservar a sus hijos. Según lo informa el CNA en sus memorias de labores, el porcentaje de madres y/o padres que conservan a sus hijos oscila entre el 30 % y el 90 %, sin embargo, parece más prudente utilizar de referencia para evaluar el éxito en la preservación, los resultados del seguimiento, dado que alguien puede tomar la decisión de conservar a su hijo, pero en la medida que avanzan los días y las fortalezas no son suficientes, puede arrepentirse de tal decisión. El seguimiento se hace para asegurar el empoderamiento de la madre y/o padre, así como para ofrecer o referir a servicios que puedan afianzar la preservación familiar.



## 7. Las adopciones prioritarias

Las adopciones prioritarias son aquellas en las que el niño que se espera ubicar en un ambiente familiar es alguien con necesidades especiales. Muchos Estados han creado programas específicos para este tipo de adopciones. Por ejemplo, en China se llama “Pasaje verde”, en Vietnam, “Lista 2”; en Perú, “Ángeles que aguardan”; en Colombia, “Camino a la esperanza” y en España, “adopción de niños con necesidades especiales”. En Guatemala, hoy se conocen como “Adopciones prioritarias”. Estos programas se caracterizan por la celeridad en los procedimientos de adopción, dado que las necesidades que presentan los NNA exigen una actuación ágil.

Aunque parezca paradójico, el trato especial que se da en estos procesos implica atender el principio de no discriminación.

Este principio está contenido en el artículo 2 numeral 1 de la CDN, en donde los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos enunciados en esa Convención y a asegurar su aplicación, así:

*“a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”* (el subrayado es propio).

La recepción de este principio en el derecho interno está en el artículo 10 de la Ley PINA, cuando se expresa que:

*“...los derechos establecidos en esta ley serán aplicables a todo niño, niña o adolescente sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, nacimiento o cualquier otra índole o condición de estos, de sus padres, familiares, tutores o personas responsables”* (el subrayado es propio).

En la Guía de Buenas Prácticas sobre la puesta en implementación y funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993, también se trata este principio. En el punto 57 se expresa que, en el contexto de la adopción internacional, el principio de no discriminación:



*“pretende garantizar derechos y protección equivalentes a todos los niños adoptados. Se pretende también proteger a los niños más vulnerables y desfavorecidos y garantizarles las mismas posibilidades que otros niños tienen de crecer en un entorno familiar. Los Estados contratantes deben considerar como puede ofrecérseles asistencia especial a las familias que desean adoptar niños con necesidades especiales”* (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008, pág. 35) (el subrayado es propio).

En esa misma guía se manifiesta en el punto 387:

*“los niños con necesidades especiales deben tener las mismas oportunidades de adopción que los otros niños, en atención al principio de no discriminación, aun cuando su adopción requiera de informes detallados, preparación exhaustiva (de los padres adoptivos y del niño), asesoría frecuente y apoyo activo a los padres adoptivos y al niño”* (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008, pág. 101); (el subrayado es propio).

y en cuanto a la familia, en el punto 64, se expresa:

*“En el interés superior del niño, es esencial encontrar unos padres y una familia adoptiva cuyas cualidades respondan a las necesidades de dicho niño. La aptitud para adoptar de los futuros padres adoptivos debe ser evaluada profesionalmente de manera exhaustiva, especialmente si el niño tiene necesidades especiales”* (Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008, pág. 36).

El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado su preocupación por el uso del recurso de la institucionalización para los NNA con discapacidad (población que forma parte de los NNA con necesidades especiales) que se encuentran privados de cuidados parentales, especialmente porque ellos son más vulnerables a cualquier forma de abuso (Jenny & Romanens-Pythoud, 2016).

Los NNA con necesidades especiales deben tener un trato diferenciado para que puedan tener las mismas oportunidades que tienen otros NNA de ser integrados en un ambiente familiar.

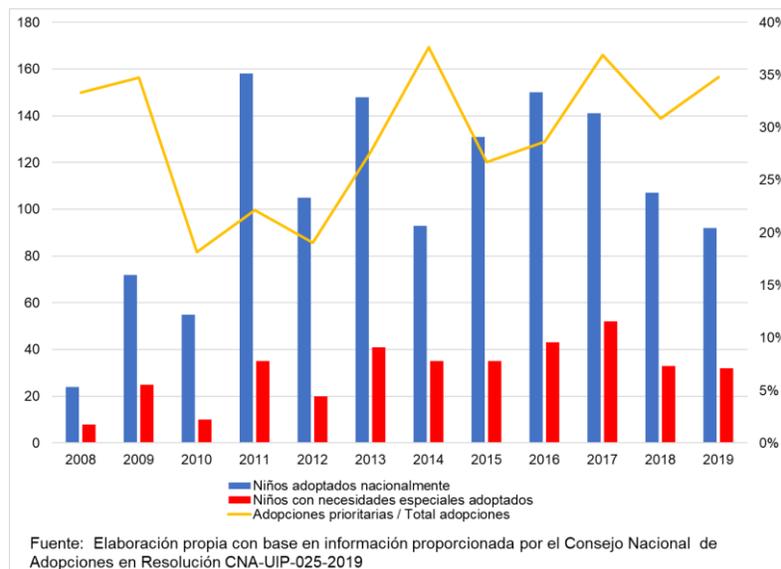


En la guía de buenas prácticas antes referida, se considera como NNA con necesidades especiales: a) los que sufren de un desorden del comportamiento o trauma; b) los que tienen una discapacidad física o mental; c) los que son mayores (normalmente mayores de 7 años), o; d) los que son parte de un grupo de hermanos.

Para Guatemala, esta clasificación se desarrolló en el artículo 51 del Reglamento de la Ley de Adopciones, tomando los mismos grupos de NNA que la guía de buenas prácticas. El tratamiento especial para estos casos dentro del reglamento se centró en la forma de dar por agotadas las posibilidades de adopción nacional, en donde a diferencia de los procesos “ordinarios”, en los que se requieren agotar dos intentos de proponer el expediente del niño a familias residentes idóneas seleccionadas; en los procesos de NNA con necesidades especiales basta con revisar el registro de familias de la institución y establecer que no hay una idónea para ese NNA.

El CNA ha hecho esfuerzos por colocar en familia a los NNA con necesidades especiales, con lineamientos técnicos, cada vez más específicos, sin embargo, los números no presentan una tendencia ni en la cantidad de adopciones prioritarias ni en la proporción que presentan estas dentro de las adopciones nacionales, como puede notarse en la gráfica 18.

*Gráfica 18. Consejo Nacional de Adopciones: adopciones nacionales y adopciones prioritarias 2008-2019*





Las adopciones prioritarias son una implicación de la ley de adopciones. Técnicamente se hacen esfuerzos por colocar a los NNA con necesidades especiales. Se ha ubicado a 369 NNA con necesidades especiales desde el 2008 hasta el 2019.

Como se ha dicho antes, todo niño tiene derecho a vivir en un ambiente familiar, y en ese contexto, la integración de un niño con necesidades especiales en una familia es un fuerte desafío para todo Estado. Se necesita contar con recursos y medidas de protección apropiadas para estos NNA y sus familias, lo que hace que esto sea más difícil en los países en desarrollo o en transición (Servicio Social Internacional, 2012).

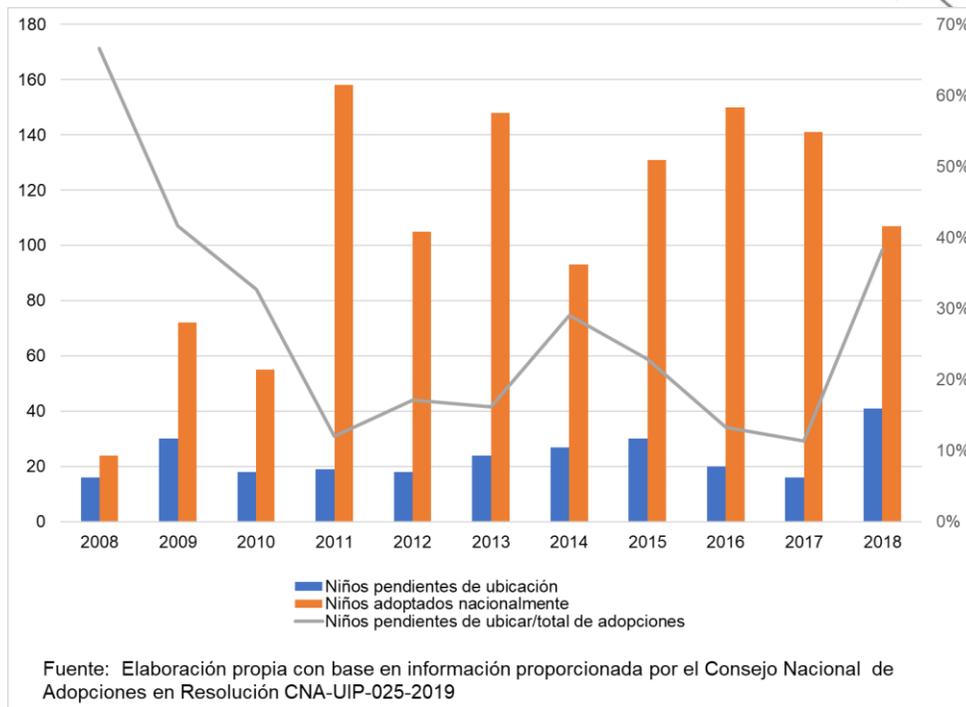
La elaboración del proyecto de vida debe tenerse como una prioridad en los NNA con necesidades especiales, aún, cuando se encuentren institucionalizado, e incluso, debiera tomar formas más innovadoras, como la ubicación (o el cuidado) en una institución en pequeños grupos, el acogimiento familiar grupal (*cluster foster care*), el mantenimiento del niño en su familia cuya cabeza es uno de los hermanos, etc. (Servicio Social Internacional, 2012).

El desafío se evidencia en la gráfica 19. Hay 259 NNA que fueron declarados adoptables del 2008 al 2019 que están pendientes de ubicación en una familia. De ellos, la mayoría son con necesidades especiales. Hay NNA en los que el proceso lleva más de diez años y no se ha podido seleccionar una familia para adoptarlos<sup>31</sup>. Esa misma gráfica muestra el porcentaje que representan los NNA pendientes de ubicación sobre las adopciones realizadas y permite colegir que un alto porcentaje entre el 11 % (en el 2017) y el 67 % (en el 2008) de las declaratorias de adoptabilidad corresponden a NNA con necesidades especiales.

---

<sup>31</sup> Según Gómez Bengoechea, Berástegui Pedro-Viejo, & Adroher Biosca, (2015) la disposición de familias interesadas en adoptar niños con necesidades especiales cada vez es menos y eso no solo ocurre en el ámbito doméstico sino también en el internacional, por lo que muchos de ellos esperarían en vano una integración.

Gráfica 19. Consejo Nacional de Adopciones: niños pendientes de ubicación y adopciones nacionales 2008.2019



## 8. La subsidiaridad de la adopción internacional

La entrada en vigor de la Ley de Adopciones y del Convenio de La Haya de 1993 hace que se tenga a la adopción como una medida subsidiaria a cualquier otra que permita la preservación familiar y luego a la subsidiaridad de la adopción internacional con relación a la adopción nacional. En ese orden de principios, es obvio que una implicación de la nueva normativa es la drástica disminución de las adopciones internacionales lo que no debe entenderse como un efecto negativo sino como la evidencia que ahora la adopción se da en un paradigma de protección en el que los niños dejan de ser considerados como mercancías y pasan a ser sujetos de derechos.

En septiembre del 2008, el Consejo Directivo del CNA presentó una carta al secretario general de la Conferencia Permanente de La Haya, en la que manifestó que se suspendían las adopciones internacionales indefinidamente y que por tanto no se estarían autorizando a organismos acreditados en el extranjero para que siguieran



procedimientos de adopciones internacionales en Guatemala. También se manifestó que el CNA centraría sus esfuerzos en la creación e implementación de procedimientos y en la promoción de la adopción nacional (La Hora, 2008).

En el 2010 se hizo un esfuerzo por iniciar las adopciones internacionales con la formulación e implementación del “Plan piloto para extender las capacidades operativas del CNA con cooperantes extranjeros”, el cual constaba de dos componentes. El primero, orientado a ampliar las capacidades operativas del CNA por medio de la suscripción de convenios de cooperación con otras autoridades centrales y organismos acreditados de adopción, con la finalidad de realizar esfuerzos por beneficiar con la adopción internacional a un grupo de NNA con necesidades especiales, para quienes no ha sido posible encontrar una familia en Guatemala. El segundo, dirigido a fortalecer el Sistema Integral de Protección de la Niñez, el cual presenta debilidades que no permiten garantizar el respeto y defensa de los derechos de la niñez (Consejo Nacional de Adopciones, 2010).

La formulación de este plan contó con la cooperación de UNICEF Guatemala y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, quienes asistieron técnicamente al CNA en la elaboración de un diagnóstico y la definición de las líneas de acción que podrían seguirse para superar las debilidades que se habían identificado.

Para la ejecución del plan piloto se invitó a todas las autoridades centrales y diez países de recepción manifestaron interés en cooperar, siendo estos Austria, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Israel, Italia, Noruega, Suecia y Suiza, a quienes se les pidió que llenaran cuestionarios, con el ánimo de contar con información que permitiera conocer sus fortalezas y debilidades, y consecuentemente, poder seleccionar aquellos con los que se podría trabajar inicialmente.

Un elemento relevante de este plan piloto era la inversión de flujos. Normalmente, las adopciones internacionales implican que un organismo acreditado de un país de recepción envía expedientes de familias idóneas para adoptar a la autoridad central del país de origen y este con base en esas solicitudes determina las posibilidades de ubicar a un niño. En el caso de Guatemala, la intención era que la autoridad central presentaría el expediente del niño para que cada organismo estableciera si tenía expedientes de



familias idóneas y, de ser así, los enviara al CNA para que este procediera con el emparentamiento correspondiente.

Estados Unidos de América retiró su carta de interés en participar en la implementación del plan piloto por considerar que no existía las suficientes salvaguardas para los NNA antes de que el CNA iniciara un proceso de adopción y no se habían eliminado las estructuras de corrupción que caracterizaron la adopción antes del 2007. Por esta razón, que era cuestionable el cumplimiento del Convenio de La Haya de 1993 y principalmente porque no se habían resuelto los casos en transición (Departamento de Estado de Los Estados Unidos de América, 2021) (La Hora, 2010).

El Consejo Directivo del CNA tomó la decisión de suspender la implementación del plan piloto en atención a las recomendaciones que hiciera CICIG en su informe sobre adopciones, hasta que sean superadas las debilidades que encierra el Sistema de Protección, especialmente en relación con el cumplimiento de los requisitos que legalmente se exigen para declarar una adoptabilidad (Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones, 2011).

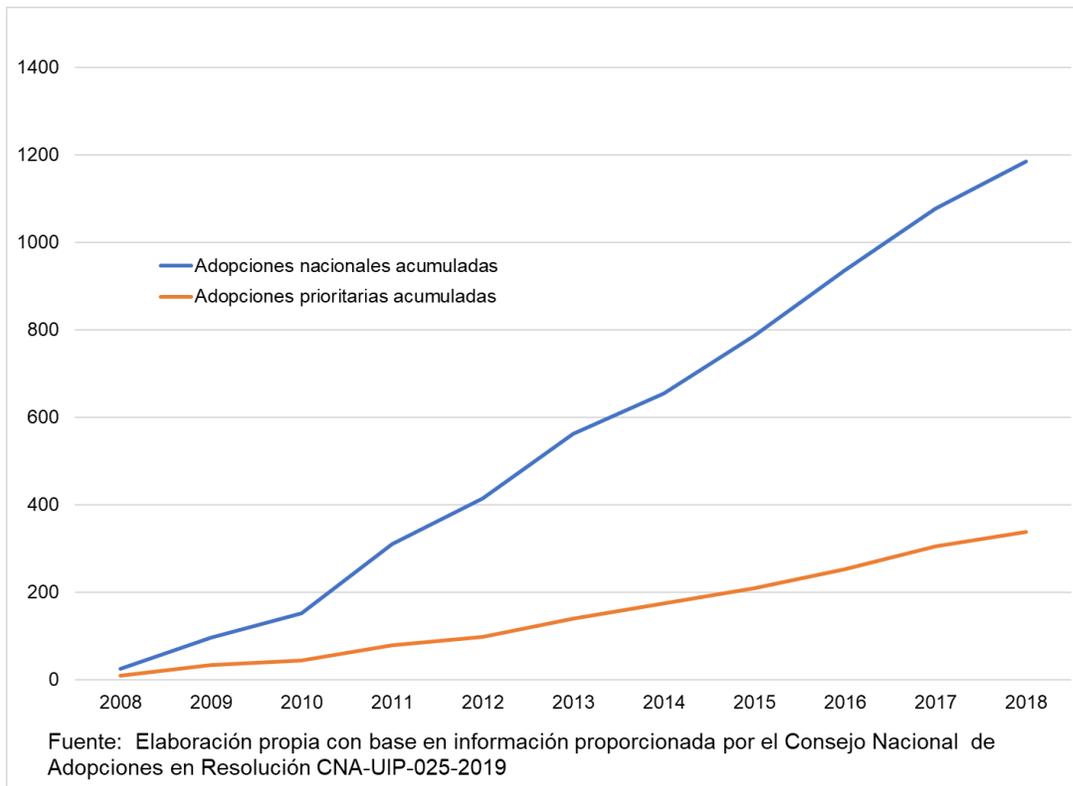
Es conveniente entender que la debilidad del sistema integral de protección de la niñez y las adopciones internacionales son dos variables que no guardan una relación de causalidad directa y que, por tanto, la suspensión de las adopciones internacionales no contribuye a fortalecer el sistema. Es inminente trabajar en las causas de esa debilidad y simultáneamente realizar esfuerzos en la formulación de un plan para iniciar las adopciones internacionales de NNA con necesidades especiales.

Si bien es cierto que los esfuerzos del CNA por colocar a los NNA con necesidades especiales han sido relativamente exitosos, estas adopciones todavía no crecen al mismo ritmo que lo hace el total de las ubicaciones de NNA en familias adoptivas residentes en Guatemala, lo que implica que podría aumentar el número de NNA con necesidades especiales declarados adoptables pendientes de ubicación o sufrir retrasos más

prolongados en la identificación y selección de la familia idónea para ellos. La gráfica 20 muestra esa tendencia.



Gráfica 20. Consejo Nacional de Adopciones: tendencia en las adopciones nacionales y en las adopciones prioritarias 2008-2018



La adopción internacional puede ser una opción para esos NNA que llevan más de cinco años institucionalizados, dado que, en los países desarrollados, los Estados ofrecen mejores servicios para ellos y las familias que los adoptan. Obviamente, se debería tener como excepciones a aquellos casos en que, en atención al interés superior del niño, la ejecución del proyecto de vida del NNA es más viable en el ambiente que hoy está.

El fortalecimiento del sistema de protección y el inicio de las adopciones internacionales debe ser considerados dos objetivos que se pueden alcanzar a la vez, formulando las políticas públicas idóneas.

La adopción internacional puede ser una opción permanente para los NNA con necesidades especiales. Según el Servicio Social Internacional, la proporción de adopciones internacionales de NNA con necesidades especiales ha sido significativa en



algunos Estados de recepción y da como ejemplos Francia, en donde han sido adoptados 298 NNA con necesidades especiales de un total de 421 adopciones internacionales, mientras que en los Países Bajos y Noruega el 95 % de las adopciones internacionales corresponden a NNA con necesidades especiales (Servicio Social Internacional, 2020).

No obstante, también debe tenerse presente una preocupación que manifiesta el Servicio Social Internacional en el 2020. El número de los niños adoptados menores de cinco años está ganando terreno y constituye el perfil mayoritario de los niños adoptados internacionalmente en ciertos contextos, por ejemplo, 37 de 57 en Australia; 63 de 99 en Bélgica; 58 de 85 en Alemania (Servicio Social Internacional, 2020).

## **9. Servicios postadoptivos**

Según Anne-Marie Crine y otros (2008), los servicios postadoptivos son un factor que favorece terminar el proceso de adopción de la manera más exitosa posible.

Los servicios postadoptivos son una demanda para los Estados en el Convenio de La Haya de 1993. El NNA que se integra a una familia adoptiva, los padres adoptivos y los otros integrantes del núcleo familiar, cuentan con antecedentes que afectaran la integración y el desarrollo del niño adoptado. Se necesita garantizar el acceso a servicios cualificados de apoyo después de la adopción, para los padres adoptivos y los hermanos, así como para los padres biológicos, para responder las preguntas y amortiguar o resolver los problemas que puedan surgir.

El NNA antes de la adopción fue sometido a factores que pueden conducir al desarrollo de una conducta problemática. Estos factores pudieron darse antes o después del nacimiento. Entre los primeros están el estrés de la madre durante la gestación, la asistencia perinatal inadecuada; la malnutrición y las enfermedades infecciosas padecidas por la madre; por ejemplo. Entre los segundo, puede estar el abandono; una salud física débil debido a problemas de malnutrición o enfermedades; una estimulación insuficiente o la desatención; la interrupción de los cuidados (existencia de muchos cuidadores o ausencia de estos) y el traslado frecuente a centros residenciales o familias de acogida; el maltrato físico; el desarrollo de conductas indebidas que le permiten sobrevivir en un ambiente residencial pero que son inapropiadas para un ambiente



familiar; la nostalgia por los lazos que se construyeron con cuidadores antes de la adopción; etc. Estos factores incidirán en la creación del apego con los padres adoptivos y probablemente impliquen problemas para establecer relaciones sociales con los otros integrantes de la familia (Bernacchi, Pregliasco, & Crine, 2008), (Mondragón Lasagabaster & Trigueros Guardiola, 2005).

Por el lado de los padres, puede ser que ellos hayan vivido una experiencia traumática por no haber tenido hijos a pesar de desearlo o incluso, después de haberse sometido a diversas intervenciones con ese fin, o peor todavía, si han sufrido la muerte de un hijo. Hay padres que en ese contexto, esperan que el NNA adoptado sea una salvación para el matrimonio; pueden presentar poca flexibilidad; tener expectativas poco realistas sobre la inteligencia, temperamento, necesidades de atención o capacidades del NNA adoptado; escasa empatía o una preparación insuficiente para cumplir el rol de padres adoptivos, que aún en los casos en que ya hayan cumplido ese papel para sus hijos biológicos, no garantiza que tengan las fortalezas suficientes para realizarlo nuevamente, ahora con un NNA que tiene antecedentes diferentes (Bernacchi, Pregliasco, & Crine, 2008).

Los servicios postadoptivos deben cubrir diferentes necesidades que varían de un NNA a otro, pues las dificultades que en cada caso se enfrentan, pueden ser distintas. Las áreas principales son crecimiento y salud física, desarrollo emocional, adquisición del lenguaje, desarrollo cognitivo, aprendizaje escolar, integración social, problemas de conducta, aspectos de identidad y búsqueda de orígenes.

Las necesidades de los padres suelen ser un reflejo de las necesidades de los NNA. Normalmente se busca fortalecer a los padres en el sentimiento de pertenencia, las dificultades para lograr el apego, las estrategias de manejo de la conducta, la identidad y las expectativas.

Con relación a los otros miembros de la familia, hay necesidades de contar con herramientas para organizar las relaciones entre los hermanos cuando en la misma familia hay hermanos biológicos y adoptados; gestionar las relaciones con el resto de la familia ampliada, etc.



Las necesidades de servicios postadoptivos evolucionan a lo largo del tiempo, lo que implica desafíos en diferentes etapas del ciclo de vida familiar.

La Ley de Adopciones tiene como una implicación la creación de los servicios postadoptivos por parte del CNA, quien se hace cargo de dar seguimiento al proceso de adopción durante los dos años posteriores a la integración del NNA en la familia adoptiva.

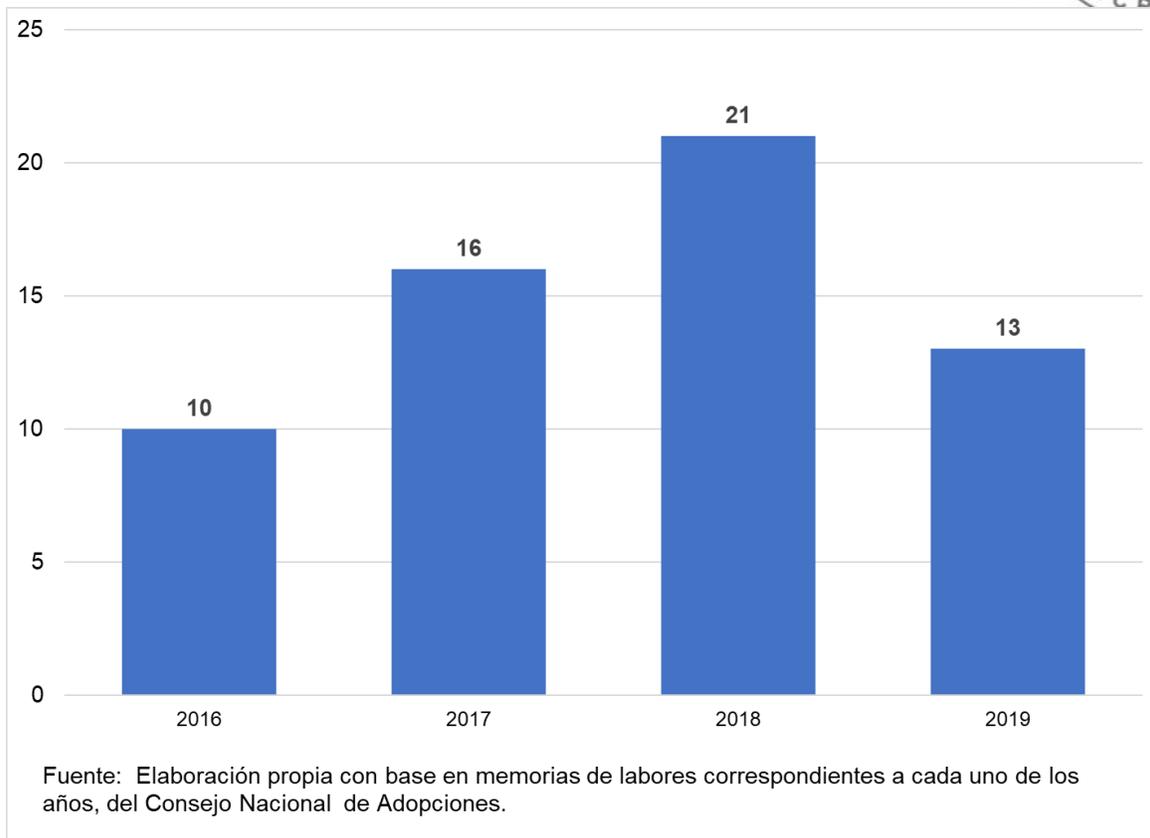
Un elemento importante dentro de los servicios postadoptivos es la búsqueda de orígenes (Negrete Masiá, Freixa Blanxart, & Cruañas Roqué, 2016), con los que se pretende garantizar la realización de los derechos de la persona adoptada, a conocer sus orígenes, su identidad y otros.

El NNA tiene derecho, si expresa la necesidad y en función de su edad y grado de madurez, a conocer su historia y, en particular, siempre que sea posible, datos sobre sus progenitores. Es de suma importancia asegurar la recolección y conservación de la información. Además, es imprescindible un acompañamiento psicosocial cualificado a la hora de indagar sobre sus orígenes.

Estos derechos resultan difíciles de respetar en las adopciones que se celebraron en el marco de la normativa anterior, no obstante, dadas las crecientes indagaciones de los jóvenes y adultos adoptados para conocer su origen, el Estado debe hacer cuanto pueda para progresar en la realización de dicho derecho (Centro Internacional de Referencia para la Protección del Niño en la Adopción, 1999).

Durante los últimos años el CNA ha sido requerido por personas que fueron adoptadas en el marco de la normativa anterior y por tanto hay limitaciones para establecer el origen, sin embargo, se hacen los esfuerzos y se ha apoyado con la orientación multidisciplinaria correspondiente (Consejo Nacional de Adopciones, 2016) (Consejo Nacional de Adopciones, 2017) (Consejo Nacional de Adopciones, 2018) (Consejo Nacional de Adopciones, 2019). La gráfica 21 muestra como ese tipo de requerimiento tiene una tendencia creciente.

Gráfica 21. Consejo Nacional de Adopciones: requerimientos de servicios en búsqueda de orígenes 2016-2019



## 10. La adopción por familias homoparentales

Como se ha anotado con anterioridad, en el artículo 13 de la Ley de Adopciones se establece que pueden adoptar: a) el hombre y la mujer unidos en matrimonio o unión de hecho declarada conforme a la legislación guatemalteca, y; b) las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño. Estas disposiciones son congruentes con el Código Civil, en el que se define el matrimonio, en el artículo 78, así:

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



Mientras que en el artículo 173 del Código Civil al tratar la unión de hecho se expresa que

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

Como puede notarse, la adopción solamente puede ser por un hombre y una mujer y no existe legalmente la posibilidad que se dé por dos personas del mismo sexo. En todo caso podrían adoptar las personas solteras, pero esto es subsidiario al matrimonio o la unión de hecho, pues solo cabe cuando así lo requiere el interés superior del niño. Es decir, cuando no existen posibilidades de ubicar al NNA en una familia heteroparental y es preferible que se le integre con una persona soltera a que siga institucionalizado.

La preferencia sexual es una manifestación de la diversidad entre los seres humanos, la heterosexualidad ha dejado de ser la única reconocida y protegida por el derecho. La homosexualidad, que en un principio se consideró como una enfermedad o un delito y fue objeto de opresión, ahora cuenta con la protección del derecho (Rosas Martínez, 2011). Existen ordenamientos jurídicos en Estados Unidos de América, Canadá, Inglaterra, España, Bélgica, Uruguay, Brasil, Argentina, etc., en los que se reconoce la unión de hecho y el matrimonio de parejas del mismo sexo (Hernández, 2018) (Platero, 2007). Si un matrimonio homosexual pretendiera adoptar en Guatemala, habría que considerar que el mismo puede surtir efectos en Guatemala y por tanto debe tenerse como válido jurídicamente, conforme al artículo 86 del Código Civil.

***“Matrimonio celebrado fuera de la República. El matrimonio celebrado fuera del territorio nacional, en la forma y con los requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, producirá todos sus efectos en la República, a no ser que medie impedimento absoluto para contraerlo por alguna de las causas que determina este Código”.***



De conformidad con el Código Civil, tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio: 1) los parientes consanguíneos en línea recta, y en lo colateral, los hermanos y medio hermanos; 2) los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; y, 3) Las personas casadas; y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión.

Sin embargo, no obstante reconocerse que ese matrimonio puede surtir efectos en Guatemala, no podrían adoptar, pues la Ley de Adopciones no centra la atención en el vínculo que existe entre las personas sino en el género (hombre y mujer) de los padres adoptivos, prioriza la atención en la institución de un modelo de familia y no sobre el medio que puede permitir su constitución. Esa posición conservadora corresponde a las características culturales que presenta Guatemala y refleja las posiciones de aquellos actores que en su momento se opusieron al inicio de la vigencia del Código de la Niñez y la Juventud<sup>32</sup>.

Como se ha dicho antes, la tendencia que sigue el mundo es a proteger jurídicamente la unión de parejas del mismo sexo, sin embargo, en el caso de Guatemala, la postura ha sido distinta. En el Congreso de la República se tiene la iniciativa 5272<sup>33</sup> que con una posición conservadora comprende la “Ley para la protección de la vida y la familia”, la que fue presentada el 27 de abril del 2017 y que ya ha sido aprobada en dos debates. En el artículo 1 se expresa que el objeto de esta es *“la protección del derecho a la vida, la familia, la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer”*; en tanto que en su artículo 14, al referirse al derecho a la familia, se expresa *“a la falta de padre y madre del menor, el Estado deberá otorgar su cuidado y protección a un padre y una madre adoptivos”*. Como puede inferirse, esa iniciativa encierra un retroceso en materia de protección de la niñez, al no tomar como opción de abrigo a la familia ampliada del NNA

---

<sup>32</sup> El Código de la Niñez y la Juventud representó el primer cuerpo jurídico en incluir a las orientaciones sexuales, específicamente en el artículo 11 al referirse al derecho a la *igualdad* “*Los derechos establecidos en esta ley, serán aplicables a todo niño, niña y joven sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, orientación sexual, impedimento físico, nacimiento o cualquier otra condición de estos, de sus padres, familiares, tutores o personas responsables*”(el subrayado es propio). En la Ley PINA se excluyó esta “razón”.

<sup>33</sup> La iniciativa 5272 fue presentada por la Coordinadora Evangélica Nacional de Guatemala y organizaciones cristianas que la integran, con fundamento en el artículo 28 de la Constitución Política de la República, acompañada de 28,826 firmas de ciudadanos guatemaltecos y luego por la bancada del partido político Visión con Valores.



y al derogar la posibilidad de la adopción por personas solteras. De convertirse esa iniciativa en ley, tal como ahora está formulada, y no derogar las disposiciones en cuestión, se tendría un conflicto de leyes, que se resolvería atendiendo el principio de que las disposiciones especiales prevalecen sobre las generales. La opción de abrigo en la familia ampliada está contenida en la Ley PINA en tanto que la posibilidad de la adopción por persona solteras está en la Ley de Adopciones, ambas disposiciones especiales con relación a la Ley para la Protección de la Vida y la Familia. Además, debe recordarse que el derecho del niño a integrarse con su familia ampliada y la adopción, son disposiciones reconocidos en la CDN y tienen preeminencia sobre el derecho interno, por lo que, en atención al principio de jerarquía normativa, no deberían observarse las disposiciones de la nueva ley.

El matrimonio de cónyuges del mismo sexo y la adopción no es un tema ajeno en otras sociedades.

En el Distrito Federal de México se tenía una legislación similar a Guatemala, pero el 29 de diciembre del 2009 la Asamblea Legislativa reformó el artículo 146 del Código Civil, en donde sustituyó en la definición del matrimonio la frase “un hombre y una mujer” por “dos personas” y suprimió la frase “la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”. En cuanto a la adopción no se hizo ninguna reforma pues en el artículo 361 se establece “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes...” (Rosas Martínez, 2011).

El procurador general de la República de México planteó una inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de ese país, considerando varios elementos, uno de los cuales era la adopción. Al respecto el procurador demandó que la adopción por cónyuges y concubinos del mismo sexo vulnera principios y derechos de los NNA susceptibles de adopción, consagrados en la Constitución Federal: el interés superior del niño, el derecho a crecer en una familia y el derecho a la igualdad y no discriminación; argumentó que los legisladores partieron del derecho de los adoptantes y no del niño, que no propiciaron que se encuentre el ambiente más adecuado para el desarrollo del niño y que no consideraron el impacto psicosocial que se produce en un niño al ser adoptado por un matrimonio formado por personas del mismo sexo. También argumentó que la CDN al



referirse al derecho a desarrollarse en una familia, este debe delimitarse en el concepto de familia que la Constitución Federal determina, es decir, la integrada por padre, madre e hijos. Finalmente, expresó que la adopción de niños por cónyuges o concubinos del mismo sexo genera a aquellos una situación de desigualdad o discriminación respecto de los niños adoptados por cónyuges o concubinos de distinto sexo (Rosas Martínez, 2011).

La Suprema Corte de Justicia resolvió que no se podía excluir del régimen legal de la adopción a una categoría de personas definidas por su orientación sexual, porque sería contrario al principio de igualdad y no discriminación. El interés superior del niño debe observarse al evaluar a los posibles adoptantes y establecer qué persona o personas representa una mejor opción de vida para el adoptado, en cada caso en concreto. No se puede afirmar que los cónyuges o concubinos del mismo sexo no pueden ofrecer una opción para el niño. Por otra parte, se manifestó que era insostenible afirmar que los niños adoptados por cónyuges o concubinos del mismo sexo estaban en una situación de desigualdad o discriminación y que el Estado democrático de derecho busca eliminar esas formas de discriminación e intolerancia mediante el reconocimiento y la protección de todo tipo de familia, pero no así su exclusión o negación. Las sociedades son dinámicas, antes eran mal vistas las adopciones interraciales, como también ocurrió con los hijos de madre soltera o padres divorciados o las adopciones que se buscaban mantener en secreto para evitar la discriminación. Una familia heterosexual no es garantía de que un adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo, todo tipo de familia debe ser evaluada en cada caso en particular en el proceso de adopción (Rosas Martínez, 2011).

Otro ejemplo de interés está en Costa Rica, el primer Estado de la región centroamericana en tener como legal el matrimonio homosexual. A diferencia de México, en donde la protección para la unión de cónyuges del mismo sexo deriva de un acto de voluntad del Organismo Legislativo, en Costa Rica no se da ese proceso de formulación de la ley.

En Costa Rica se interpusieron dos inconstitucionalidades contra el Código de Familia, que explícitamente prohibía las uniones entre personas del mismo sexo. La Sala



Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para resolver estos expedientes, como Estado, solicitó una opinión consultiva a la Corte IDH, la que el 24 de noviembre del 2017 adoptó la Opinión Consultiva 24/17 titulada “identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” la que fue notificada el 9 de enero del 2018. Costa Rica planteo cinco preguntas, de las que en este trabajo son de interés la 4 y 5, así:

*4. “Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y*

*5. “En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”.*

Con relación a la pregunta 4, se tiene como respuesta:

*“La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo”.*

Y con relación a la pregunta 5, se respondió así:

*“...los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos. Agregó*



*que si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal consideró que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo. Por otra parte, la Corte reiteró su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. En lo que se refiere al instituto del matrimonio, la Corte señaló que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional. Con base en ello, la Corte indicó que no era admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana”.*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República acumuló y resolvió los dos expedientes con base a la opinión consultiva de la Corte IDH. La Sala dio un plazo de 18 meses a partir de la fecha de la publicación de la sentencia, para la entrada en vigor de la inconstitucionalidad y urgió a la Asamblea Legislativa a modificar las leyes. El Organismo Legislativo no cumplió por lo que las normas relacionadas del Código de Familia quedaron fuera del marco jurídico a partir del 26 de mayo del 2020 y el matrimonio homosexual se legalizó.



La opinión consultiva emitida por la Corte IDH puede trascender en la región, conforme al análisis general desarrollado en el capítulo III de este trabajo.

En cuanto a las adopciones no fue necesaria ninguna modificación. De conformidad con el artículo 103 de la Ley de Adopciones de Costa Rica (Ley 7538), la adopción puede ser individual o conjunta, y al referirse a la segunda se expresa que “*es la decretada a solicitud de ambos cónyuges y solo pueden adoptar así quienes tengan un hogar estable*”, por lo que no hace referencia al género o preferencia sexual de los cónyuges.

De la lectura de la opinión consultiva de la Corte IDH se desprende que la preocupación principal estaba en el principio de igualdad, sin embargo, puede darse un enfoque distinto. Estrada-Vélez (2011) considera que el matrimonio de cónyuges del mismo sexo y la adopción por ellos es un tema que se puede abordar tomando dos argumentos: el reconocimiento del derecho a ser diferentes y los derechos fundamentales del niño.

Estrada-Vélez (2011) cuestiona la sentencia C-184 2001 dictada por la Corte Constitucional de Colombia en la que se “*determinó, en defensa del interés prevalente del menor, la inconstitucionalidad de la adopción entre parejas del mismo sexo por ir en contra de la moral social y del tipo de familia establecido por el constituyente*” y con tal propósito hace referencia a la ponderación y al test de igualdad, como medios para evaluar la razonabilidad de un trato diferenciado entre dos sujetos que están en una situación similar y que parece imponer un trato igualitario; requiriendo ambos el establecimiento del fin a proteger. En el caso de la adopción hay dos fines a proteger, el derecho del niño a una educación moral y el derecho del niño a vivir en un ambiente familiar. En la sentencia en cuestión hubo una inclinación por el primero, sin embargo, resulta difícil de creer que, al estudiar el interés superior del niño, se le limite a un tipo de familia, como parece inapropiado recurrir a la moral social, un punto que permite resolver problemas de la relación del derecho y la moral, pero que deja de lado la relación entre la moral pública y el interés social, la moral pública y el interés de las minorías o quien interpreta esa moral. Otra razón que se suele argumentar es la discriminación social que sufre el niño adoptado por parejas del mismo sexo, cuando esta es la incapacidad de la sociedad para aceptar las diferencias y que induce a creer que es mejor un niño abrigado permanentemente en una institución que uno discriminado.



El tema de la adopción debe analizarse con base en el interés superior del niño, pues preferir su institucionalización, implica que se tiene un niño que tendrá fuertes dificultades para construir lazos afectivos y desarrollar sus capacidades para la inclusión social.

No obstante, lo descrito con relación a otras realidades sociales similares a la guatemalteca y la incidencia que ellas tendrán en el país, sobre todo al considerar que ya existe una opinión consultiva de un organismo regional, la diputada Sandra Morán ha expresado: “La gente no tiene interés. Yo tengo una ley hecha sobre la unión civil, pero estamos muy lejos” (Mazariegos Rivas, 2019), y al ser cuestionada sobre el debate del matrimonio homosexual en el Congreso de la República, expresó: “Legislar este tema serviría de protección para otros derechos. De la niñez principalmente. El derecho a tener una familia. Punto. No se debe discutir si está formada por unos o por otros” (Mazariegos Rivas, 2019).

En Guatemala, todavía no se han iniciado acciones de inconstitucionalidad contra el Código Civil o la Ley de Adopciones ni el Congreso de la República ha desarrollado discusiones con relación a esta temática, pero en la realidad hay otro tipo de familia y posiblemente se estén dando adopciones por parte de personas solteras que de hecho tienen una relación con alguien del mismo sexo. Las reformas son inminentes.



## Conclusiones

1. Del trabajo de investigación realizado se puede demostrar que la hipótesis: *“En la medida que el fin de la adopción sea la restitución del derecho a vivir en un ambiente familiar se asegura la realización de otros derechos humanos”* al demostrar que el fin de la adopción ha cambiado conforme se da el desarrollo social y que su evolución hace que pueda determinar la restitución de derechos. Los fines que presentó la adopción en la época de la esclavitud, el feudalismo y durante una etapa del capitalismo, como una institución al servicio de los padres adoptivos, no permitía determinar la restitución de derechos, pues en ese contexto no se habían reconocido los derechos humanos y no era viable establecer si existía una amenaza o vulneración a los mismos. La CDN se aprobó por la Asamblea de Naciones Unidas en 1989, surgiendo así un nuevo modelo de adopción que gira alrededor del NNA y que define a la adopción como una institución que tiene como fin la restitución de sus derechos, especialmente el que implica vivir en un ambiente familiar.
2. De lo anterior, se establece que, en el caso de Guatemala, se tomaron dos enfoques:
  - a. El estudio histórico, que permite establecer que la adopción se incluyó por primera vez en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Código Civil de 1877, expulsándosele en 1926. Se retomó en la Constitución de la República de 1945 y fue incluida en las Constituciones de 1954, 1965 y 1985. La institución de la adopción se retomó en la Ley de Adopciones de 1945 y luego en el Código Civil de 1963. En estos antecedentes se define a la adopción como un acto de beneficencia o asistencia social y, por tanto, no se le permiten ser un instrumento para lograr la restitución de los derechos del NNA.
  - b. Sin embargo, a la luz de los derechos humanos, la evolución del marco convencional, entre ellos la CDN, influyó en el derecho interno. Guatemala ratificó este convenio en 1989, sin embargo, su recepción se postergó. Es hasta en el 2003, que se aprobó la Ley PINA como un marco general para el desarrollo de la convención; y, el 31 de diciembre del 2007 que inició su

vigencia la Ley de Adopciones, instrumento que permite que la adopción tenga como fin la restitución de derechos del NNA.

3. La segunda hipótesis que se planteó en el contexto que: *“Actualmente la adopción es una institución que tiene implicaciones en la familia y en la sociedad que repercutirán en una adecuación del ordenamiento jurídico de la misma en Guatemala”*. Se estableció que la principal implicación consiste en que la adopción ahora es una medida de protección que no se puede utilizar de manera indiscriminada y que corresponde solamente para aquellos NNA en los que se ha establecido fehacientemente que tienen vulnerado su derecho a vivir en un ambiente familiar. Esto favorece la preservación familiar y exige mayores esfuerzos del Estado y la sociedad para fortalecer a los padres en el cumplimiento de su rol. Ahora, el proceso de adopción está bajo el control del Estado y por eso se creó al CNA, quien debe sumarse a un sistema de protección integral de la niñez y adolescencia. Sin embargo, la realidad guatemalteca deja en duda la existencia de ese sistema, pues si bien hay varios actores, estos no cuentan con la coordinación y los recursos necesarios, lo que no facilita garantizar y defender eficazmente los derechos de los NNA. Una primera evidencia de esas condiciones se dio con el letargo en la resolución de los casos en transición, aunque no puede obviarse que muchos de los problemas que se dieron, resultaron de las irregularidades, que encerraban los procesos iniciados en el marco de la normativa anterior. La debilidad del sistema permite que se vulneren los derechos de los NNA, al declarar adoptabilidades sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos; mostrar preferencia por el cuidado residencial y no por el abrigo en familias sustitutas durante el proceso de protección, o; al tomar como familia sustituta a la que tiene como propósito ser familia adoptiva, o; incluso, al dar nombres distintos a los abrigos para soslayar una norma jurídica. Otra evidencia es la inobservancia de estándares en el cuidado residencial, pues la ley no establece sanciones al respecto. Esas debilidades se han tratado de superar reglamentariamente y de acuerdo con líneas jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad, pero en algunos casos son inminentes las reformas legislativas.





## Bibliografía

### 1. Libros

- Aguirre Godoy, M. (1993). *Derecho procesal civil* (Vol. II). Guatemala: Centro Editorial VILE.
- Álvarez Londoño, L. F. (2006). *La historia del derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Askeland, L. (2006). *Children and youth in adoption, orphanages and foster care: a historical handbook and guide*. Connecticut: Greenwood Publishing Group.
- Bácares Jara, C. (2012). *Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Lima: Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe.
- Baelo Álvarez, M. (2013). *La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor*. La Coruña: Universidade da Coruña.
- Bernacchi, E., Pregliasco, R., & Crine, A. (2008). *Directrices sobre los servicios post-adoptivos*. Florencia: Ministerio de Educación, Política Social y Deporte de Italia.
- Bialostosky, S. (2011). *Panorma del derecho romano*. México: Porrúa.
- Borrás, A. (2010). La evolución de la protección del niño en el derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989. En F. Aldecoa Luzárraga, *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales* (págs. 11-39). Cataluña: Marcial Pons.
- Brañas, A. (1996). *Manual de derecho civil*. Guatemala: Cooperativa de Ciencia Política.
- Bruñol, M. C. (2012). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En UNICEF, *Derechos de la niñez y estándares internacionales* (págs. 3-18). Guatemala: s.e.
- Burrows, E. G., & Wallace, M. (1998). *Gotham, a history of New York Citi to 1898*. Oxford: Oxford University Press.
- Calero Secall, I. (1997). *Leyes de Gorthia*. Madrid: Ediciones Clásicas.
- Campagno, M. (2006). *Estudio sobre parentesco y Estado en el antiguo Egipto*. Buenos Aires: Ediciones del Signo.
- Cárdenas Miranda, E. L. (2001). Adopción internacional. En N. González Martín, & A. Rodríguez Benol, *Estudios sobre adopción internacional* (págs. 25-45). México: Universidad Nacional Autónoma de México.



- Carmona Luque, M. d. (2010). *La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Celton, D. E. (2008). Abandono de niños e ilegitimidad en Córdoba, Argentina. Siglo XVIII-XIX. En Asociación Latinoamericana de Población, *Familias iberoamericanas ayer y hoy, una mirada multidisciplinaria* (págs. 231-251). Río de Janeiro: Asociación Latinoamericana de Población.
- Centro Internacional de Referencia para la Protección del Niño en la Adopción. (1999). *Derechos del niño y adopción nacional e internacional, marco ético orientaciones para la práctica*. Ginebra: Secretariado General del SSI.
- Crine, A.-M., Rossidou, M., Nélias, L., Andradi, J., Tarvidiene, O., Kuentizger, J., . . . Teti, G. (2008). *Directrices sobre los servicios postadoptivos*. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte de España.
- Economic & Social Affairs United Nations. (2009). *Child adoption: trends and policies*. Nueva York: Population Division United Nations.
- Elmore, R. F. (2003). Modelos organizacionales para el análisis de la implementación de programas sociales. En L. F. Aguilar Villanueva, *La implementación de las políticas* (págs. 185-250). México: Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial.
- Engels, F. (2017). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú: Editorial Progreso.
- Farrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Fatás Cabeza, G. (2001). *Leyes hititas y asirias*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- García Laguardia, J. M. (2002). *Breve historia constitucional de Guatemala*. Guatemala: Ministerio de Cultura y Deportes.
- García Maynez, E. (1984). *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, S.A.
- Goddard, J. A. (2009). *Derecho romano clásico I*. México: s.e .
- Gómez Bengoechea, B., Berástegui Pedro-Viejo, A., & Adroher Biosca, S. (2015). *Se busca familia para un niño: perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad*. Madrid: Editorial Dykinson, S. L.
- González Placencia, L., & Morales Sánchez, J. (2012). *Derechos humanos, actualidad y desafíos*. México: Editorial Fontamara.



- González Román, H. (2007). *Derecho romano*. México: Oxford University Express.
- Hernández, F. (2018). *¿Qué antecedentes jurídicos se conocen en el Perú sobre la inscripción de bienes conyugales de matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero?* Lima: s.e.
- Housel, D. J. (2015). *Revolución Industrial*. California: Teacher Created Materials.
- Jenny, M., & Romanens-Pythoud, S. (2016). *Un futuro mejor es posible*. Ginebra: Servicio Social Internacional.
- Justel, D. (2018). *Infancia y legalidad en el Próximo Oriente antiguo durante el bronce reciente (AC. 1500 1100 A.C)*. Atlanta: SBL Press.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Kuhn, T. S. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kuscynsky, J. (1985). *Breve historia de la economía*. México: Ediciones Quinto Sol.
- Marx, C. (1971). *El capital, crítica a la economía política*. México: Editorial Librerías Allende, S.A.
- Milla, J. (1978). *La historia de un pepe*. Guatemala: Editorial Piedra Santa.
- Mondragón Lasagabaster, J., & Trigueros Guardiola, I. (2005). *Asistente social/ trabajador social de la Generalitat Valenciana*. Sevilla: Editorial Mad S.L.
- Morineau Iduarte, M., & Iglesias González, R. (1998). *Derecho romano*. México: Oxford University Express.
- Negrete Masiá, C., Freixa Blanxart, M., & Cruañas Roqué, A. (2016). *Soy adulto, soy adoptado*. Barcelona: Ediciones Octaedro.
- Núñez López, A. (Noviembre de 2009). La adopción internacional. *Revista de Pediatría Atención Primaria*, XI(17), 331-338.
- Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (2008). *Guía Nº 1 en virtud del Convenio de La Haya de 29 de marzo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*. Bristol, Reino Unido: Jordan Publishing Limited.
- Ortega Campos, V. F. (1961). *La adopción y figuras jurídicas afines : estudio histórico comparativo con especial consideración de los derechos español y filipino*. Madrid, España: Universidad de Madrid.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.



- Palacios, J. (2007). *Intervenciones profesionales en adopción internacional*. Sevilla: Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte de España.
- Palacios, J., & Sánchez Sandoval, Y. (1996). *La adopción en Andalucía*. Sevilla: Junta de Andalucía.
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Martín, A. (2015). El Fuero Real, estudio preliminar. En *Fuero Real de Alfonso X El Sabio* (pág. 169). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Sánchez, G. (2019). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Verbum.
- Puig Peña, F. (1976). *Compendio de derecho civil español* (Vol. V). Madrid: Ediciones Pirámide, S.A.
- Ramírez García, H. S., & Pallares Yabur, P. d. (2011). *Derechos humanos*. México: Oxford University Press.
- Real Academia de Historia. (1836). *Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio* (Vol. II). Madrid.
- Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, Holt International Service, UNICEF y USAID. (2008). *Estudio sobre la Situación de Niños, Niñas y Adolescentes Institucionalizados en Hogares de Protección Públicos y Privados de Guatemala*. Guatemala: s.e.
- Secretaría de la Paz de la Presidencia de la República de Guatemala. (2009). *Las adopciones y los derechos humanos de la niñez guatemalteca 1977-1989*. Guatemala: s.e.
- Smith Rotabi, K., & Footen Bromfield, N. (2012). *La disminución de la adopción internacional conduce a nuevas prácticas de la maternidad subrogada en Guatemala*. Virginia: Universidad de Virginia.
- Thiers, M. A. (1840). *Historia de la Revolución francesa*. Paris: Imprenta de Ignacio Ramón Baroja.
- Verhellen, E. (2002). *La Convención sobre los Derechos del Niño: trasfondos, motivos, estrategias, temas principales*. Amberes: Ediciones Garant.
- Vidaurre, M. L. (1834). *Proyecto de Código Civil peruano*. Lima, Perú: Imprenta del Constituyente.
- Vinovskis, M. A. (1978). A multivariate regression analysis of fertility differentials among Massachusetts Townships and regions in 1860. En T. Charles, *Historical studies of changing fertility* (pág. 381). New Jersey, USA: Princeton University Press.



- Von Ihering, R. (2004). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Valleta Ediciones.
- Wagner, C. G. (1999). *Historia del Cercano Oriente*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Whetten, K., Ostermann, J., Whetten, R., Pence, B., O'Donnell, K., Messer, L., & Thielman, N. (2009). *Una comparación del bienestar de los niños huérfanos y abandonados de 6-12 años de edad en centros de atención institucional y de base comunitaria en los 5 países menos ricos*. Durham: Penang Medical College (Malasia).

## 2. Revistas

- Alonso y Royano, F. (1998). El derecho en el Egipto faraónico. *Espacio, Tiempo y Forma*, 19-62.
- Drapkin, I. (1982). Los "Códigos" pre-hammurábicos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 325-346.
- Estrada-Vélez, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Opinión Jurídica*, 21-40.
- Fernández Luiña, E., & Lynch, P. (2020). La política de adopciones en Guatemala. *Revista del Centro para el Análisis de las Decisiones Públicas, Universidad Francisco Marroquín*, 20.
- Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. (1999). Adopción Internacional. *Innocenti digest*(4), 24.
- González Torres, Á. L. (2007). La vida cotidiana en Babilonia y Asiria. *Panta Rei, Revista de Ciencia y Didáctica de la Historia*, 157-179.
- Monroy Cabra, M. G. (2010). El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 107-138.
- Platero, R. (2007). Entre la invisibilidad y la igualdad formal: perspectivas feministas ante la representación del lesbianismo en el matrimonio homosexual. *Revista Cultura, Homosexualidad y Homofobia*, 85-106.
- Rosas Martínez, A. (2011). Algunas implicaciones jurídicas del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México. *Revista Derecho del Estado*, 175-205.
- Selman, P. (2011). Tendencias globales en adopción internacional, ¿en el "interés superior de la infancia"? *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 2.



Servicio Social Internacional. (2012). "Baby boxes" a controversial means of abandonment. *Revista mensual*, 2.

Servicio Social Internacional. (2020). 2019 intercountry adoption statistics: same old trends? *Monthly Review*, 5.

Vallverdú, J. (2004). Reflexiones históricas sobre la adopción. *Revista de Psiquiatría y de Psicología del Niño y del Adolescente*, 28-53.

Vergara Ciordia, J. (2013). Familia y educación familiar en Grecia antigua. *Revista Estudios sobre Educación*, 25, 13-30.

### 3. Informes

Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala. (2010). *Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones*. Guatemala: s.e.

Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones. (2011). *Informe final de gestión 2008-2011*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2008). *Memoria de labores 2008*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2009). *Memoria de labores 2009*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2010). *Memoria de labores 2010*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2012). *Memoria de labores 2012*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2013). *Memoria de labores 2013*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2014). *Memoria de labores 2014*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2016). *Memoria de labores 2016*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2017). *Memoria de labores 2017*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2018). *Memoria de labores 2018*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2019). *Memoria de labores 2019*. Guatemala: s.e.

Consejo Nacional de Adopciones. (2020). *Programa operativo anual 2020*. Guatemala: s.e.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia Guatemala. (2007). *Nuestro desafío: los derechos de la niñez en Guatemala*. Guatemala: se.

Movimiento Social por los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud en Guatemala. (2013). *Compendio de auditorías sociales*. Guatemala: Comisión de Auditoría Social.



#### 4. Sitios web y noticias

BBC News. (19 de febrero de 2019). El buzón para "depositar" bebés recién nacidos no deseados que fue instalado en Estados Unidos. *BBC News*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47002568>

Children's Aid. (28 de junio de 2020). *Children's Aid*. Obtenido de <https://www.childrensaidnyc.org/about/history-innovation>

Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. (07 de febrero de 2021). *Preguntas frecuentes*. Obtenido de [https://travel.state.gov/content/travel/en/Inter-country-Adoption/adopt\\_ref/adoption-FAQs/us-withdrawal-interest-guatemala-pilot-program.html](https://travel.state.gov/content/travel/en/Inter-country-Adoption/adopt_ref/adoption-FAQs/us-withdrawal-interest-guatemala-pilot-program.html)

Iglesia Evangélica Pueblo Nuevo. (20 de junio de 2020). *Iglesia Evangélica Pueblo Nuevo*. Obtenido de [http://www.iglesiapueblonuevo.es/index.php?codigo=bio\\_brace](http://www.iglesiapueblonuevo.es/index.php?codigo=bio_brace)

La Hora. (10 de septiembre de 2008). Guatemala suspende adopciones de niños para extranjeros. *La Hora*. Obtenido de <https://lahora.gt/hemeroteca-lh/guatemala-suspende-adopciones-de-ninos-para-extranjeros/>

La Hora. (9 de octubre de 2010). Salida de EE.UU, es un llamado de atención. *La Hora*. Obtenido de <https://lahora.gt/hemeroteca-lh/salida-de-eeuu-es-llamada-de-atencion/>

Mazariegos Rivas, A. (25 de octubre de 2019). (Falso): El matrimonio homosexual no ha sido anulado a nivel mundial. *Nomada*.

#### Referencias jurídicas

##### 1. De derecho interno

Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente (11 de marzo de 1945).

Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente (2 de febrero de 1956).



Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente (15 de septiembre de 1965).

Constitución Política de República de Guatemala decretada por la Asamblea Nacional Constituyente (31 de mayo de 1985).

Decreto Gubernativo Número 176 del presidente de la República que contiene el Código Civil (8 de marzo de 1877).

Decreto Número 272 del presidente de la República que contiene la Ley de Reformas al Código Civil (1 de abril de 1882).

Decreto 921 del presidente de la República que contiene Reformas al Código Civil (30 de junio de 1926).

Decreto 1932 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala que contiene el Código Civil (3 de mayo de 1933).

Decreto Número 375 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Adopciones (5 de mayo de 1947)

Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley Orgánica del Ministerio Público (25 de mayo de 1948).

Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno de la República de Guatemala que contiene el Código Civil (14 de septiembre de 1963).

Decreto Ley 107 del jefe de Gobierno de la República de Guatemala que contiene el Código Procesal Civil y Mercantil (14 de noviembre de 1963).

Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley Reguladora de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (3 de noviembre de 1977).

Decreto Número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley Orgánica del Ministerio Público (3 de mayo de 1994).

Decreto Número 78-96 del Congreso de la República de Guatemala que contiene el Código de la Niñez y la Juventud (11 de septiembre de 1996).

Decreto Número 25-97 del Congreso de la República de Guatemala que contiene normas que aclaran la competencia de la PGN (9 de abril de 1997).

Decreto Número 84-97 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la suspensión al inicio de la vigencia del Código de la Niñez y la Juventud (25 de septiembre de 1997).

Decreto Número 23-98 del Congreso de la República de Guatemala que contiene una nueva suspensión al inicio de la vigencia del Código de la Niñez y la Juventud (25 de marzo de 1998).



Decreto Número 54-98 del Congreso de la República de Guatemala que contiene una nueva suspensión al inicio de la vigencia del Código de la Niñez y la Juventud (22 de septiembre de 1998).

Decreto Número 4-2000 del Congreso de la República de Guatemala en el que se posterga indefinidamente el inicio de la vigencia del Código de la Niñez y la Juventud (29 de febrero del 2000).

Decreto Número 50-2002 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la aprobación de la adhesión de Guatemala al Convenio de la Haya de 1993 (13 de agosto del 2002).

Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (4 de junio del 2003).

Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Adopciones (11 de diciembre del 2007).

Decreto Número 44-2016 del Congreso de la República de Guatemala que contiene el Código de Migración (20 de septiembre del 2016).

Resolución CNA-UIP-025-2019 de la Unidad de Información Pública del Consejo Nacional de Adopciones del 20 de junio del 2019.

## **2. De derecho externo**

Código Civil de Napoleón Bonaparte del 21 de marzo de 1804, Madrid: Imprenta de la Hija de Ibarra.

Código de Hammurabi, s.f. Madrid: Luarna Ediciones

El fuero real de Alfonso X, s.f. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal.

General Cort of Massachusetts. Capítulo 323 del 24 de mayo de 1851 en State Library of Massachusetts.

Las siete partidas de Alfonso X, s.f. Madrid: Luarna Ediciones.

Novísima Recopilación de Leyes de Carlos IV. Madrid.

## **3. De derecho internacional**

Carta de la Organización de Naciones Unidas suscrita en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945.



Carta de la Organización de Estados Americanos suscrita en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la resolución 1366 (XIV) del 20 de noviembre de 1959,

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986.

Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños aprobadas en la Resolución 64/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 20 de noviembre del 2009.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

Convenio de La Haya sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción de 1965.

Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993

#### **4. Jurisprudencia**

##### **a. Nacional**

Corte de Constitucionalidad. Expedientes 1555-2002 y 1808-2002 acumulados. Sentencia del 13 de agosto del 2003,

Corte de Constitucionalidad. Expediente 758-2004. Sentencia del 9 de enero del 2007.

Corte de Constitucionalidad. Expediente 2650-2011. Sentencia del 12 de octubre del 2011.

Corte de Constitucionalidad. Expediente 3076-2011. Sentencia del 2 de noviembre del 2011.

Corte de Constitucionalidad. Expediente 2649-2011. Sentencia del 16 de noviembre del 2011.

Corte de Constitucionalidad. Expediente 4777-2011. Sentencia del 18 de enero del 2012.

Corte de Constitucionalidad. Expediente 4628-2011. Sentencia del 29 de enero del 2013.



## **b. Internacional**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 “Condición jurídica y derechos humanos del niño” del 28 de agosto del 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” solicitada por el del 24 de noviembre del 2017, solicitada por el Estado de Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia del 9 de marzo del 2018.