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

TERMINACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN GUATEMALA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

CARLOS BENJAMIN RUMPICH NOJ

GUATEMALA, MAYO DE 2024

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

TERMINACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN GUATEMALA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS BENJAMIN RUMPICH NOJ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2024

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

DECANO	M.Sc.	Henry Manuel Arríaga Contreras
VOCAL I	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Pedro Jose Luis Marroquin Chinchilla
Vocal:	Lic.	Luis Alberto Patzan Marroquin
Secretario:	Lcda.	Brenda Lisseth Ortiz Rodas

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Ronald David Ortiz Orantes
Vocal:	Lic.	Edwin Orlando Xitumul Hernández
Secretario	Lcda.	Ninfa Lidia Cruz Oliva

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

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 22 de noviembre de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, **WALTER ROLANDO PÉREZ FIGUEROA**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **CARLOS BENJAMIN RUMPICH NOJ**, con carné **201242090**, intitulado **TERMINACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN GUATEMALA, DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.**

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 29 / 03 / 2022. f) _____
Asesor(a)
(Firma y Sello)

LICENCIADO WALTER ROLANDO PÉREZ FIGUEROA
ABOGADO Y NOTARIO

LIC. WALTER R. PÉREZ FIGUEROA
ABOGADO Y NOTARIO
1ª Calle 3-84 zona 3, Chimaltenango.
wperezfigueroa@yahoo.es

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Chimaltenango, 15 de junio de 2022.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
22 ENE. 2024
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Hora:
Firma:

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por este medio me dirijo a usted, el motivo de la presente es para informarle que, en cumplimiento de la resolución de fecha 22 de noviembre de 2021 emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis, que me nombra como asesor de tesis del estudiante **CARLOS BENJAMIN RUMPICH NOJ**, con número de carné estudiantil 201242090, sobre el tema intitulado: "TERMINACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN GUATEMALA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL", procedo a dictaminar de la siguiente forma:

A. El tema seleccionado por el autor y el trabajo de investigación realizado es de importancia, y relevancia académica, en él se pretende exponer los avances en materia de derechos humanos, cuya categoría constitucional permiten y avalan las decisiones judiciales, cuando la norma positiva no ha previsto tal situación y es necesaria la protección integral de la persona. El trabajo posee una redacción clara, práctica y de fácil comprensión con un excelente contenido técnico, filosófico y científico.

B. En el presente dictamen, se determina expresamente que el trabajo de investigación realizado por el estudiante, cumple con los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público de Tesis, y que la metodología fue basada en el método científico: analítico, deductivo, inductivo, sintético y jurídico así como las técnicas de investigación utilizadas, documental y bibliográfica, habiendo recomendado las que mi criterio son las adecuadas e idóneas para el tipo de investigación realizada, y basado en el plan de investigación.

C. La investigación mencionada, realiza una contribución, científica, filosófica y doctrinaria, sobre un tema novedoso y de actualidad para profesionales del derecho, así como para la población en general, al ser un tema de interés social de constante evolución, cuyo el fin principal es proteger a la persona y familia.

LIC. WALTER R. PÉREZ FIGUEROA
ABOGADO Y NOTARIO
1ª Calle 3-84 zona 3, Chimaltenango.
wperezfigueroa@yahoo.es

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

D. La conclusión discursiva, formulada por el postulante, es el resultado del estudio y análisis del problema, y por consiguiente, firme y congruente con el mismo. En mi opinión el trabajo constituye una contribución jurídica, al evidenciar e introducir al desarrollo jurídico guatemalteco las nuevas corrientes doctrinarias sobre la hermenéutica del nuevo constitucionalismo en materia de derechos humanos.

E. La Bibliografía utilizada fue cuidadosamente recopilada, incluye autores especializados en la teoría general del derecho, derecho de familia, derecho constitucional y derechos humanos, tanto nacionales como autores internacionales, aportados atinadamente por el postulante.

F. De conformidad y en cumplimiento, con el Artículo 31 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico respectivo, expresamente declaro que no soy pariente del estudiante **CARLOS BENJAMIN RUMPICH NOJ**, dentro de los grados de ley. Así mismo recomendé al estudiante la modificación del esquema preliminar de temas, con el fin de adecuar el contenido de forma lógica razonable que permita una comprensión práctica del contenido.

G. En conclusión y por lo anterior, tomando en cuenta que el presente trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada por mi persona y con mi dirección, habiéndose apreciado el cumplimiento de los presupuestos tanto de forma como de fondo, y que cumple con lo establecido en el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; procedo en mi calidad de asesor a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el trabajo de investigación antes mencionado como requisito esencial para que el estudiante pueda optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciendo su atención, me suscribo de usted como su más atento y seguro servidor.

Deferentemente:

Lic. Walter Rolando Pérez Figueroa.
Abogado y Notario

LICENCIADO WALTER ROLANDO PÉREZ FIGUEROA
ABOGADO Y NOTARIO

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D. ORD. 84-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintiséis de enero de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **CARLOS BENJAMIN RUMPICH NOJ,** titulado **TERMINACION DE LA ADOPCION EN GUATEMALA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.** Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C.A.

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

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DECANO
GUATEMALA, C.A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA

DEDICATORIA

A DIOS: Por ser siempre mi benefactor brindarme su gracia, paciencia y una pequeña parte de su infinita sabiduría, te pido nunca me desampares.

A MIS PADRES: Eliseo Rumpich y Maria Concepcion Noj Hernandez, por brindarme hasta hoy día todo su cariño y cuidado, su comprensión, ser el apoyo fundamental, incansable e incondicionado para alcanzar cada una de mis metas, de manera especial esta que hoy les dedico.

A MIS HERMANAS SOBRINOS Y SOBRINAS: Por su cariño tan especial hacia mí, ser el aliciente para alcanzar nuestras metas comunes y personales, su dedicación, nuestras vivencias, su ayuda y apoyo generoso en cada día.

A MIS AMIGOS: Por la amistad de toda una vida, la ayuda incondicionada en cada etapa de la vida personal y estudiantil. Y a los profesionales de derecho quienes han depositado en mí su confianza de esta bella profesión.

A: La Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por el honor de pertenecer y egresar de ellas habiendo forjado en sus aulas el conocimiento de una carrera profesional.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

PRESENTACIÓN

Esta investigación de tipo cualitativa delimitada principalmente al derecho constitucional, tiene como finalidad, determinar concretamente como objeto de estudio, si es posible terminar la adopción en Guatemala, con base en los derechos fundamentales expresados constitucionalmente y en aquellos derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales que gozan de preeminencia y la misma jerarquía constitucional aplicados en el derecho interno.

El lapso de tiempo para el desarrollo de este trabajo comprende desde el mes de enero del año 2008 a diciembre del año 2020, circunscrito al territorio de la República de Guatemala, teniendo como objeto de estudio la adopción; institución jurídica propuesta como reparadora y restituidora del derecho a la familia, la protección, la seguridad, la vida digna y sobre todo la dignidad de la persona humana, quienes como sujetos de esta institución son nominados como adoptante y adoptado.

Pretendemos con este trabajo establecer los fundamentos de viabilidad para la terminación de la adopción en Guatemala, como medida excepcional en favor del adoptado y adoptante; y exponer los argumentos de las nuevas corrientes doctrinarias del neoconstitucionalismo que presentan una nueva forma en la exégesis de los derechos humanos, a tal grado, de justificar la toma de decisiones no expresadas taxativamente en el ordenamiento jurídico por parte de los órganos jurisdiccionales, cuya única finalidad debe ser la protección de la persona humana como fin principal del Estado y la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A

HIPÓTESIS

Terminación de la adopción en Guatemala; al referirnos a ella, debemos entenderla como hacer cesar todos sus efectos desde el momento de su declaración; liberando de todos los derechos, responsabilidades y obligaciones al adoptante y adoptado, como sujetos de la misma; esta sería su principal finalidad. Esto es posible solo si, el fundamento para lograr esta declaración sea indubitablemente que la adopción representa mayor perjuicios que beneficios en el desarrollo de sus sujetos. La viabilidad del tema se hace desde una perspectiva constitucional, porque es únicamente la Constitución Política de la República de Guatemala la que puede amparar la toma de decisiones judiciales más allá del derecho positivo y el motivo para ello únicamente debe ser la protección de los principios, valores, y derechos que ella misma establece.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La misma se basa en razonamientos lógicos analíticos, deductivos e inductivos; que proveen la conclusión, que la protección de los derechos humanos abren la posibilidad a los órganos jurisdiccionales de tomar decisiones no explicitas en la ley, mediante ejercicios de hermenéutica, sobre todo la constitucional, ampliando sus disposiciones a los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Con toda certeza podemos afirmar que la terminación de la adopción en Guatemala es posible en atención a los predicados constitucionales de la protección a la vida, la integridad, la libertad y la dignidad de la persona humana, cuando estos hallen grave amenaza de no restitución y únicamente como medida excepcional de última instancia.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. Derecho civil..... 1
   1.1. Antecedentes..... 1
   1.2. Definición de derecho civil..... 4
   1.3. Fuentes del derecho civil..... 6
      1.3.1. Fuentes históricas..... 6
      1.3.2. Fuentes materiales..... 7
      1.3.3. Fuentes formales..... 7
   1.4. La relación jurídico civil..... 8
      1.4.1. Definición de relación jurídica..... 9
   1.5. Derecho objetivo..... 11
   1.6. Derecho subjetivo..... 13

CAPÍTULO II

2. Constitución y derechos humanos..... 17
   2.1. Constitución definición..... 20
   2.2. Parte dogmática de la constitución..... 22

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

2.3. Derechos humanos y derechos fundamentales..... 24

2.4. Características de los derechos humanos..... 33

2.4.1. La universalidad..... 34

2.4.2. La supra y transnacionalidad..... 35

2.4.3. La irreversibilidad de los derechos humanos..... 35

2.4.4. La progresividad de los derechos humanos..... 36

2.4.5. La posición preferencial de los derechos humanos..... 38

2.4.6. La eficacia *erga omnes* de los derechos humanos..... 39

2.4.7. La fuerza expansiva de los derechos humanos y el principio *favor libertatis*..... 40

CAPÍTULO III

3. La persona individual y la familia..... 43

3.1. La persona individual..... 43

3.2. La capacidad de la persona individual..... 46

3.3. Circunstancias que modifican la capacidad..... 49

3.3.1. La edad como circunstancia que modifica la capacidad..... 50

3.3.2. Las enfermedades mentales como circunstancias que modifican la capacidad..... 52

3.3.3. Dependencia a sustancias psicotrópicas como circunstancias que modifican la capacidad..... 54

3.4. Estado de familia..... 54

3.5. Derecho de familia..... 56

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A

3.6. La filiación..... 60

3.7. La patria potestad..... 62

CAPÍTULO IV

4. La adopción definición..... 65

4.1. Antecedentes históricos de la adopción como institución jurídica.... 67

4.2. Clases de adopción..... 72

4.2.1 La adopción simple..... 72

4.2.2 La adopción plena..... 73

4.3. Naturaleza jurídica de la adopción distintas teorías..... 76

4.3.1. Teoría contractual..... 76

4.3.2. Teoría del acto condición..... 77

4.3.3. Teoría institucional..... 78

4.3.4. Teoría institucional desde la perspectiva del niño como sujeto de derecho..... 79

4.4. Regulación de la adopción y su rectoría en Guatemala..... 80

4.5. Efectos de la adopción según la legislación guatemalteca..... 82

4.6 Proceso de adopción en Guatemala..... 84

4.6.1 El proceso de adopción 85

CAPÍTULO V

5. Terminación de la adopción en Guatemala desde una perspectiva

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

constitucional..... 89

5.1. Terminación de la adopción como derecho a la autodeterminación individual..... 90

5.2. Terminación de la adopción en atención al interés superior del niño y adolescente..... 93

5.3. Terminación de la adopción como derecho a la dignidad humana y al desarrollo integral de la personalidad..... 97

5.4 Viabilidad para terminación de la adopción..... 99

CONCLUSIÓN DISCURSIVA..... 101

BIBLIOGRAFÍA..... 103

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

INTRODUCCIÓN.

El ordenamiento jurídico se organiza jerárquicamente, posicionando en su cúspide la Constitución Política de la República de Guatemala, norma suprema que inspira y establece, los principios y valores axiológicos que fundamentan el orden jurídico social; mismo que afirma como eje central a la persona humana, elemento en que halla su razón de ser. Si la esencia del ordenamiento jurídico es la persona, elocuente debemos pensar que su contenido se desarrolla para garantizar el máximo disfrute de aquellas facultades inherentes a ella; la adopción como institución jurídica social se ha concebido como rapadora y restituidora de esos derechos, mismos que en adelante nominamos derechos humanos o derechos fundamentales; derechos que en lo jurídico transcienden a su significado literal.

El tema se eligió para exponer que no todos los casos de adopción son exitosos; que existen casos en los cuales no se llega a una consumación de los fines para los cuales se constituye; también en el demostrar algunos de los motivos que conllevan a dicho desenlace; condiciones que tienen como resultado, la vulneración en el goce de los derechos fundamentales; que ante ello, actualmente no existe una norma que pueda subsanar o aún mejor, prevenir dichos riesgos; para ello se plantea la terminación de la adopción desde la norma constitucional; utilizando como única razón la efectiva protección de los derechos fundamentales, de quien los requiera sea el adoptante o adoptado.

Por ello este trabajo tiene como objetivo establecer los fundamentos jurídicos que sirvan como criterios para la calificación de los derechos a invocar en una eventual terminación de la adopción, así como trazar la viabilidad de dictar judicialmente esta declaración; objetivo satisfecho concretamente desde los argumentos de los derechos fundamentales que más adelante se relacionan; y la utilización de los métodos: analítico, sintético, deductivo, inductivo y comparativo así como las técnicas bibliográficas y documental. Los primeros nos permiten identificar si estas y otras instituciones jurídicas relacionadas, se ajustan a la realidad social; a través del método inductivo, partiendo de leyes escritas mediante ejercicios de exegética buscar el

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

verdadero significado de los predicados constitucionales; y el comparativo, al confrontar la regulación jurídica interna con otros países y con el derecho internacional a través de los convenios internacionales.

El presente trabajo se ha divido en cinco capítulos, el primero abordando el origen de la ciencia del derecho, su división, las fuentes y esa facultad objetiva o subjetiva de exigir el pronunciamiento de derechos a favor; el segundo expresa la constitución como norma suprema, que enuncia y desarrolla los derechos fundamentales y humanos; el tercero desarrolla la persona individual y la familia como elementos principales, pues si es la adopción la institución de protección de estos, no podemos dejar de lado dichos temas; el cuarto delimita la adopción como tema central de esta investigación, su origen, naturaleza, fines, regulación, entre otros. El quinto desarrolla como unidad de análisis la terminación de la adopción en Guatemala, si son los principios y valores constitucionales el fundamento de su creación, pueden estos mismos principios y valores ser el fundamentos de su terminación.

Se plantea la terminación de la adopción desde una perspectiva constitucional porque ella no se limita al derecho positivo interno, ampliando sus garantías a la universalidad y supranacionalidad de los derechos humanos. Al ser el catálogo de los derechos fundamentales o humanos bastante amplio, nos limitamos a establecer la terminación de la adopción desde el derecho a la autodeterminación, el interés superior del niño y adolescente, y desde la dignidad de la persona humana.

Al realizar este análisis evidenciamos un desfase entre realidad social y derecho, recomendamos, a los organismos estatales en el límite de su competencia crear las herramientas legales para un seguimiento efectivo y permanente a la fase de post adopción, sobre todo al sistema judicial que encargado de la aplicación e interpretación del orden jurídico, su único fin sea la protección a la persona, porque aunque sean pocos casos de adopción con resultados no favorables, estos existen y requieren de una efectiva tutela constitucional.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO I

1. Derecho civil

Querer conocer la esencia del derecho como ciencia o al menos una aproximación de ella, nos conduce forzosamente a sus inicios, máxime si nos referimos al derecho civil; el que encontramos como área común de todas las demás áreas de la ciencia del derecho; por el transcurso del tiempo, el derecho civil es el área del derecho más antigua. Su origen se remonta al inicio del imperio romano, siglos antes de Cristo, fueron los romanos precisamente quienes dieron este significado al derecho de sus ciudadanos *ius civile* normas de aplicación exclusiva, el derecho civil se desarrolla conjuntamente con este imperio y se extiende con el por todo oriente medio, el norte de África y Europa; Francia recibe una influencia directa del derecho romano y de este se traslada casi textualmente hacia américa latina, especialmente a Guatemala.

1.1. Antecedentes

La palabra derecho tiene gran cantidad de acepciones, en las ciencias jurídicas esta palabra más que un concepto, encierra todo un sistema social aplicado, que en su concepto más simple, se ha señalado como un conjunto de normas escritas creadas para regular la conducta de los individuos, concepto que reúne características más de ley que de derecho; por lo mismo, no es suficiente para comprenderlo del todo, por ello es preciso conocer su origen, significado, finalidad, fuente y su distinción de aquellas otras expresiones semejantes.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La etimología de la palabra derecho "proviene del latín *directum* que a su vez proviene del latín *dirigere* que literalmente se traduce como ordenar, dirigir o guiar."[1] En las ciencias jurídicas, se ha traducido en la expresión sujetarse a una regla o norma, lo que nos conduce a la interrogante, ¿a qué regla o norma se refiere? puede ser a una regla o norma escrita o codificada en la ley, o una norma anterior al propio ordenamiento jurídico, la respuesta se encuentra, en la concepción que se tenga sobre el origen de la ciencia del derecho. Desde una perspectiva *ius* positivista será a una norma establecida a través de un proceso formal de creación; mientras que, en una concepción *ius* naturalista, el derecho es anterior a toda norma derivado de valores intrínsecos al ser humano.

Por tanto, la expresión derecho, en sentido amplio debe entenderse como reglas o normas positivas o naturales que dirigen y guían el actuar de los sujetos hacia una conducta justa.

En sentido restringido, derecho es la facultad de exigir un comportamiento de otros sujetos que le permita gozar de aquellas garantías individuales y colectivas para desarrollarse como ser humano. Desde la percepción del *ius* naturalismo, se manifiesta que el derecho, como facultad de exigir concurre, aunque dicha facultad no se exprese plenamente codificada, o bien la posibilidad de aplicar el codificado más allá de su tenor literal mediante la interpretación extensiva; así lo manifiesta el autor Jorge Llambias "el derecho no se reduce a la ley escrita lo muestra elocuentemente la resistencia de los hechos y las creencias existentes, la ley no puede alterar los hechos materiales, que

[1] Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

suelen ser más poderosos que el dictado de la ley."[2] Lo que quiere decir, el ordenamiento jurídico puede no establecer expresamente un derecho o bien suprimirlo, pero no por ello esa facultad subjetiva deja de existir o nunca existió.

El vocablo derecho también se ha utilizado en sentidos diferentes al etimológico, filosófico y sociológico; se ha hecho común designar así a las ciencias jurídicas. El término derecho en este último sentido tiene incontables representaciones, unas genéricas otras específicas, dependiendo del contexto al que se refiera; cada una de esas acepciones, da una ilustración del objeto o área de las ciencias jurídicas al que hace alusión; sin que por ello deba entenderse como una ciencia fragmentada, o numerosas ciencias, más bien debe de entenderse como un universo aplicado a determinada área que en su momento sea objeto de estudio, para su correcta comprensión.

La ciencia del derecho para su correcto estudio se ha dividido en dos grandes áreas, derecho público y derecho privado; los romanos fueron quienes establecieron la primera división, con respecto a la ciencia del derecho; el *ius privatum* y el *ius publicum*.

"En un principio la distinción romana fue muy vaga, en virtud de que se fundó en simples diferencias procesales, pero posteriormente llegó a alcanzar un significado muy semejante al que se le atribuye en la actualidad principalmente en Francia, Italia y Alemania, según la naturaleza del interés público o privado."[3]

---

[2] LLambias, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil parte general**, tomo I. Pág. 17
[3] Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil I**. Pág. 21

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La principal característica en la que se fundó la división del derecho, fue el interés al que estaba dirigido; el derecho público, dirigido a la regulación y protección de derechos colectivos y el derecho privado regulaba las relaciones interpersonales individuales. Aun así esta división sigue siendo extensa, forzando una subdivisión que se ocupe a su vez en áreas más concretas, como el derecho constitucional, derecho penal, derecho civil, derecho laboral, derecho mercantil, derecho de familia, entre otras. Abarcaremos de manera especial en este estudio el derecho constitucional y derecho de familia.

1.2. Definición de derecho civil

Rafael Rojina, expone: "podemos definir el derecho civil diciendo que es la rama del derecho privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando las relaciones de orden económico entre los particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero."[4]

Son atributos de las personas físicas la capacidad, el nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio y el estado civil, cabe resaltar que estos atributos son inherentes a la misma derivado de la personalidad, misma que se adquiere según distintas teoría desde la concepción, el nacimiento, la viabilidad; y la teoría ecléctica, esta última aceptada y regulada en Guatemala, pues se reconoce a un nuevo ser humano al momento de su nacimiento, sin embargo antes de este hecho se le considera nacido para todo aquello que le favorece.

[4] Rojina Villegas, Rafael. **Ibíd.** Pág. 22

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Hernández Gil, expresa: "el derecho privado que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponden como tal y en las relaciones derivadas de su integración a la familia y de ser sujeto de patrimonio dentro de la comunidad."[5]

Con la expresión estructura orgánica el autor enaltece y se refiere a la persona como un ser único y completo, en la cual los derechos le son inherentes a su ser, pero también es consiente que como un ser social debe ajustarse a otras normas de carácter obligatorio cuyo objeto es armonizar una vida colectiva.

Cánovas, manifiesta: "Conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más en general de la vida en que el hombre se manifiesta como tal sujeto de derecho, de patrimonio y miembro de una familia para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social."[6]

De las definiciones anteriores podemos deducir que, el derecho civil al igual que la ciencia del derecho sufre una disgregación, separación que no solo sirve para establecer su contenido, sino también para delimitar su objeto de estudio a un área particular; cabe resaltar que cada una de las definiciones señaladas mencionan elementos comunes codificados en la legislación guatemalteca, en los cinco libros que, contenidos en el Decreto Ley 106, regulan todo lo relativo a la persona, la familia, los bienes, la sucesión hereditaria, el registro de la propiedad y las obligaciones.

---

[5] Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho civil, parte general.** Pág. 2
[6] Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho español.** Pág. 30

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

1.3. Fuentes del derecho civil

"La palabra fuente indica en su primera acepción el manantial de donde surge o brota el agua de la tierra. Pero en nuestra ciencia se usa la voz en un sentido figurado para designar el origen de donde proviene eso que llamamos derecho."[7] Desde el punto de vista jurídico *ius* naturalista, todo derecho proviene de los valores íntimos que han sido dotados a los seres humanos por igual, provenientes de un ser supremo; en este sentido, se expresa el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala invocando el nombre de Dios, como fuente de toda razón y justicia, y reconoce algunos principios axiológicos sobre los cuales ha de desarrollarse todo el ordenamiento jurídico posterior.

Desde el punto de vista *ius* positivista, fuentes del derecho alude a los antecedentes materiales y formales, sean nacionales o extranjeros, que han servido de origen a un determinado orden jurídico; dentro de las fuentes del derecho en general y en especial del derecho civil están: las fuentes históricas, las fuentes materiales y las fuentes formales.

1.3.1. Fuentes históricas

Estas manifiestan los hechos sociales, políticos y económicos vigentes en épocas pasadas, efectos y consideraciones que explican los elementos del estado actual de la ciencia jurídica, "materializando el concepto serían aquellos documentos, manuscritos,

[7] Jorge Joaquín Llambias, **Ob. Cit.** Pág. 49

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

antiguos códigos, proyectos, pautas codificadoras, legislaciones que de una manera directa o indirecta tienen incidencia en nuestras reglas de conducta."[8]

Es de mencionar que las fuentes históricas no necesariamente se limitan a la doctrina, legislación u otros documentos del país de origen; es más ni siquiera se limitan a un solo sistema jurídico, el latino o el anglosajón; con la globalización del derecho y el rápido acceso al mismo mediante el uso de las tecnologías para su conservación y su difusión, las fuentes históricas sirven cada vez más como fundamento de las nueva leyes promulgadas trascendiendo de las barreras culturales, sociales e idiomáticas.

1.3.2. Fuentes materiales

"Son las que tratan de indagar dónde reside la fuerza creadora del derecho, si de fuentes materiales se trata, consiste en la búsqueda del origen del derecho, e implica interiorizarse por conocer los hechos reales dónde emanan las normas."[9] Hacen alusión a los factores de coyuntura sociales, políticos, culturales y económicos de gran importancia que conducen al legislador a determinar el derecho positivo vigente.

1.3.3. Fuentes formales

Son todos aquellos preceptos enunciados textualmente, creados a través de un proceso predeterminado, por un órgano competente cuya finalidad es dirigir el actuar de los

[8] González Piano, María del Carmen. et al. **Manual de derecho civil.** Pág. 23
[9] **Ibíd.** Pág. 24

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

sujetos con su entorno, "desde este punto de vista, se hace referencia a las formas obligatorias que debe asumir conducta coercitivamente. Es la forma que se dan a conocer los preceptos, dando cuenta el camino que deben seguir los individuos, en pos de alcanzar una convivencia en armonía. Según Jorge Hubner, fuentes formales son las formas o cauces en que el derecho positivo está contenido y se manifiesta en la vida social."[10]

La fuente formal más importante del derecho, por excelencia es la ley. No obstante lo anterior existen otras fuentes formales del derecho, la jurisprudencia y la costumbre, afirmación que encuentra su asidero legal en el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial; para su consideración como parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, deben cumplir algunos requisitos; la jurisprudencia es la reiteración de fallos judiciales en un mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad son las únicas que crean jurisprudencia, para la primera los fallos deben ser cinco, y la segunda tres, ambas con posibilidades de apartarse de sus propias decisiones; la costumbre solo podrá aplicarse en ausencia de ley en caso concreto, y que la solución que proponga no sea contraria a la moral y orden público.

1.4. La relación jurídico civil

El ser humano como individuo social, no puede apartarse de las relaciones con otros semejantes, dichas relaciones se pueden agrupar en dos grandes conjuntos; las relaciones jurídicas y las relaciones no jurídicas, la interrogante que se presenta ante

[10] **Ibíd.**

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

estas proposiciones, es establecer, ¿cuándo una relación interpersonal es de carácter jurídica, y cuando no lo es? De forma sencilla podemos indicar que son relaciones no jurídicas aquellas que están fuera del ordenamiento jurídico, aquellas que no producen derechos ni obligaciones entre las personas; mientras que son relaciones jurídicas aquellas regidas por el ordenamiento jurídico susceptibles de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre los sujetos que intervienen en la misma, cabe resaltar que son las relaciones jurídicas aquellas que nos compete estudiar.

1.4.1. Definición de relación jurídica

"De las diferentes relaciones sociales entre los hombres, unas son consideradas por el ordenamiento jurídico como propias de su tutela; otras en cambio abandonadas por el mismo al imperio de otras normas (morales, religiosas, de cortesía). Esas relaciones sociales al ser reguladas por el derecho se convierten en jurídicas, existiendo entre las mismas y las no jurídicas análoga diferencia a la existente entre derecho y otros ordenes normativos (moral, religión). Relación jurídica es pues, la existente entre dos o más personas que al estar regulada por el derecho producen consecuencias jurídicas."[11] Rojina citando a Legaz y Lacambra, en la obra Introducción a la Ciencia del Derecho; definen la relación jurídica como "Vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción."[12]

---

[11] Diego Espín Cánovas. **Ob. Cit.** Pág. 196
[12] Rafael Rojina Villegas. **Ob. Cit.** Pág. 114

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Aunque en principio, las relaciones jurídicas estaban concebidas especialmente, entre personas, con el tiempo se han desarrollado otros criterios en dependencia a otras materias. Las relaciones jurídicas pueden ser: entre personas y cosas; y relaciones jurídicas entre cosas, la critica que se establece a cada una de estas nuevas teorías es que las relaciones jurídicas no pueden producirse por sí solas y se necesita de la intervención de la voluntad de los sujetos en el ejercicio de los derechos objetivos y subjetivos para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Así pues las relaciones jurídicas, en sentido más amplio de darse entre personas, se dan entre partes, sabiendo que cada una de estas, puede ser conformada por más de una persona, según sean sus intereses comunes, siendo cada parte el sujeto activo o pasivo, según sea el rol que desempeña dentro de la relación jurídica; será sujeto activo de la relación jurídica aquel a quien le competa exigir un derecho o comportamiento de la otra parte, y será sujeto pasivo, aquel a quien le competa cumplir con determina obligación o conducta hacia el sujeto activo.

Aunque la relación jurídica también puede ser de carácter reciproco entre las partes, cuando cada una de ellas pueda exigir el cumplimiento de un derecho objetivo o subjetivo y a su vez, el deber de cumplir con determinada conducta hacia la otra parte, tal es el caso de las relaciones derivadas del derecho de familia, en la que todos los sujetos que intervienen tienen facultades específicas como derechos que conlleva aparejada una o más obligaciones.

Se ha establecido, que la interacción entre individuos perfecciona la relación jurídica,

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A

que crea, modifica y extingue potestades que nacen el derecho subjetivo y derecho objetivo, según la naturaleza de las mismas se han clasificado así:

- ✓ "Relaciones obligatorias. Aquellas en las que priva el deber de cumplir con los derechos de otro(s) sujeto(s), como la devolución de un préstamo al banco.
- ✓ Relaciones jurídico-reales. Aquellas que señalan el derecho del propietario de disponer de su propiedad del modo en que mejor le pareciera, como el derecho a la venta o al arriendo.
- ✓ Relaciones familiares. Aquellas que buscan garantizar los derechos propios de la institución familiar, como el derecho a la alimentación.
- ✓ Relaciones hereditarias o sucesorias. Aquellas que atañen a los sucesores de una persona fallecida, como el cumplimiento de los testamentos."[13]

1.5. Derecho objetivo

"Conjunto de normas que, necesariamente se dirige a los valores u objetos tutelados por la ley, en cuya salvaguardia se interesa el hombre, conjunto de normas imperativo atributivas otorgan facultades al mismo tiempo que imponen deberes correlativos, pero siempre dentro de una esfera determinada."[14]

Este concepto muestra el que podría ser el elemento más importante para la distinción, del derecho objetivo; la textualidad; con la cual no admite dudas sobre su existencia y vigencia, pero a la vez puede ser su mayor debilidad, al necesitar de un marco legal

[13] https://concepto.de/relaciones-juridicas/#ixzz7g1t2VDipal (3 de enero 2022)
[14] https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/ifsp_conceptosjuridicosfundamentales-1.pdf (3 de enero de 2022)

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

previo que legitime su existencia, y de un proceso formal a través del cual el poder soberano determine su validez y posición en el ordenamiento jurídico vigente.

Otro concepto de derecho objetivo nos indica que es el "Sistema de normas unitario en el que las normas están jerarquizadas entre sí, en relaciones de supraordinación y subordinación, según se les considere respecto de una norma superior o inferior."[15]

Ambos conceptos anteriores son poco categóricos de forma individual, pero al complementar el trasfondo de cada cual, se puede deducir que derecho objetivo, es el conjunto de preceptos expresamente determinados en un cuerpo legal, cuyo fundamento se encuentra en una norma suprema, legitimada por la voluntad delegada de una población, cuyo propósito es el bien común, pues no solo otorga facultades sino que también conlleva obligaciones de aplicación general y acatamiento obligatorio para la población.

Al respecto el autor Borda manifiesta que el derecho objetivo es la demarcación determinada a la voluntad de las personas "Si se agotara el concepto de derecho en el poder atribuido a una voluntad, los derechos podrían ejercerse arbitrariamente, sin otra limitación que el capricho de su titular y sin ninguna sujeción a la moral y la justicia."[16]

Siguiendo la idea anterior se concluye que el derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas ciertas y determinadas, cuya finalidad es establecer límites categóricos dentro

[15] Rafael Rojina Villegas **Ob. Cit.** Pág. 26
[16] Borda, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**, parte general. Tomo I. Pág. 32

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

de los cuales, los sujetos a quienes va dirigido pueden ejercitar sus derechos subjetivos, sea de forma individual o colectiva; dicha limitación no es únicamente para los particulares en el ejercicio de sus derechos, en ella también se incluye al propio Estado, en primer lugar como único ente a quien la propia ley a facultado para la creación del ordenamiento jurídico, y únicamente a través de su órgano competente, el Congreso de la República de Guatemala; y segundo, imponiendo un límite a la intromisión a la esfera privada de los particulares, es decir, el Estado únicamente puede intervenir cuando sea requerido por el propio particular o por el bien público.

1.6. Derecho subjetivo

López Mayorga, citando a Mouchet indica "Conjunto de facultades que una persona tiene para obrar lícitamente, a fin de conseguir un bien asegurado, por una norma jurídica natural o positiva."[17]

El criterio anterior nos manifiesta que el derecho subjetivo es la facultad intrínseca del ser humano, cuyo fundamento puede encontrarse en una norma escrita, pero la falta de ella, no supone la inexistencia de dicha facultad pues la encontramos también en el derecho natural, al ser propia del hombre.

Por su parte Leonardo Pedroza Reyes al efecto se refiere como "derechos que adquiere una persona derivados de las disposiciones del derecho objetivo."[18]

---

[17] López Mayorga, Leonel Alvarado. **Introducción al estudio del derecho II**. Pág. 77
[18] **Ibíd.** Pág. 78

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

El autor antes citado claramente sigue la tendencia del derecho positivo, al manifestar que el derecho subjetivos únicamente puede nacer por la interpretación extensiva de las normas escritas, este pensamiento surge derivado de la imposibilidad que enfrentan los legisladores de poder establecer textualmente todas las situaciones de la vida social, ante ello se han establecido reglas uniformes para la correcta interpretación de la leyes que elimine la desnaturalización de las mismas.

Rojina menciona, el derecho subjetivo es "la facultad derivada de una norma jurídica para interferir en la persona, en la conducta o en el patrimonio de otro sujeto o para impedir una interferencia ilícita."[19] A diferencia de los anteriores conceptos, este autor establece que el derecho subjetivo no es únicamente la facultad de exigir una conducta determinada, sino que también es la facultad de poder impedir que esta facultad sea ejercitada por otro sujeto.

Citando a Hans Kelsen, el mismo autor manifiesta que "el derecho subjetivo tiene, en la doctrina tradicional, diferentes significaciones. La primera se refiere a exigir una conducta ajena; la segunda a realizar una conducta propia, y la tercera a tener un poder jurídico sobre determinados bienes que nos pertenezcan en propiedad o de los que tengamos el goce, el uso o la posibilidad de utilizarlos como garantía. Además de estas tres significaciones que señala Kelsen, el autor considera una cuarta, consistente en la facultad de crear la relación jurídica."[20] Cual ya se ha indicado son las relaciones entre personas reguladas por el ordenamiento jurídico.

---

[19] Rafael Rojina Villegas **Ob. Cit.** Pág. 88
[20] **Ibíd.** Pág. 91

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

A nuestra razón, derecho subjetivo es la facultad inherente que nace de la voluntad de las partes que dan vida a la relación jurídica para crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones; es decir, el ordenamiento jurídico establece las reglas como límites para ejercicio de los derechos subjetivos, mas no es una limitación de reconocer únicamente aquellos derechos plenamente establecidos.

"Interesa remarcar que estas nociones de derecho objetivo y derechos subjetivos no son antagónicas, sino que por el contrario se corresponden y exigen recíprocamente. En efecto el derecho objetivo consiste en un ordenamiento social justo, pero por eso mismo, es decir, en cuanto justo ha de reconocer a las personas humanas la posibilidad de obrar en vista de sus propios fines. De aquí se sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia."[21]

La crítica que podemos hacer sobre los enunciados anteriores es que, los autores como bien se ha transcrito, mantienen una postura casi uniforme, en indicar que el derecho subjetivo está subordinado al derecho objetivo, pensamiento que no es del todo cierto ni es realidad absoluta; y por ello es necesario resaltar la idea, que del derecho subjetivo puede nacer el derecho objetivo, tal como la manifiesta el autor Mouchet esto por una sencilla razón, por el reconocimiento de derechos inherentes a todo ser humano, es decir, los derechos humanos, que son: universales, personales, irrenunciables y sobre todo, anteriores a toda norma jurídica, es decir, no necesitan estar previamente establecidos para que puedan ser reconocidos, exigidos y ejercitados por las personas.

[21] Llambias, Jorge Joaquín. **Ob. Cit**. Págs. 23-24

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO II

2. Constitución y derechos humanos

Hablar de Constitución es hablar de derecho constitucional, tarea bastante ardua y no es de extrañar; aunque esta área de la ciencia del derecho es bastante reciente en comparación con otras áreas, está se ha establecido como la más importante en la actualidad, la razón de ello, es por ser la Constitución el cuerpo normativo de mayor jerarquía que contiene los principios y valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico, de allí radica la importancia de conocer su origen.

El derecho constitucional como área de la ciencia del derecho que estudia la creación, integración, contenido, interpretación, y vigencia de la Constitución, surge con el constitucionalismo; que es una corriente de pensamiento sociopolítica que busca dotar a los Estados de una Constitución escrita, que defina los tres elementos necesarios para constituir un Estado de derecho, siendo: a) Los derechos fundamentales de las personas; b) La estructura y organización básica del Estado y c) Los límites al poder del mismo. Así lo ilustra el autor Luis Sachica, "Cuando los pueblos deciden su modo de ser político y elevan a norma la organización que lo expresa se dan una Constitución. Nace entonces el derecho constitucional como normatividad, y de allí surge una nueva rama de la ciencia jurídica: el derecho constitucional que lo estudia y explica." [22]

El constitucionalismo, como corriente de pensamiento tiene inicios, en el siglo XVII y se

[22] Sachica, Luis Carlos. **Constitucionalismo mestizo.** Pág. 5

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

desarrolla conjuntamente con el nacimiento de los Estados modernos, durante los dos siglos siguientes; la Revolución Inglesa, la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, son los eventos que forjaron los tres elementos antes dichos como precedentes a las constituciones actuales. "Constituciones políticas escritas y codificadas, y derecho constitucional son la culminación del constitucionalismo, y la figura que los resume: el Estado de derecho liberal."[23]

El constitucionalismo se desarrolla en tres etapas; la primera se basó en la idea primaria de organizar al Estado bajo la premisa que es el individuo el centro de toda colectividad social, y es a este, a quien se debe; es su razón de ser y su fin principal, a quien se le reconoce derechos naturales inalienables e inherentes a su ser, anteriores a toda norma jurídica, con lo cual el Estado únicamente se obliga a reconocer y no a conceder o crear tales derechos, a los cuales deben sujetarse todas las demás normas, que están únicamente creadas, como medio para alcanzar el desarrollo pleno de cada sujeto. A esta primera etapa se le denomino constitucionalismo liberal, cuyos principios se basan en la libertad, la igualdad, la integridad de la persona, la soberanía del pueblo y el límite al ejercicio del poder del Estado.

La segunda etapa conocida como constitucionalismo social, sigue teniendo a la persona individual como ente principal, a quien le reconoce derechos absolutos, los cuales únicamente encuentran un límite al encontrarse en contraposición con los mismos derechos de otros sujetos, es decir, el interés público prevalece sobre el interés individual, esta posición toma auge al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

---

[23] **Ibíd.** Pág. 1

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La tercera etapa, denominada neoconstitucionalismo, en esta última etapa se recoge además de las ideas principales de las etapas previas, una serie de derechos individuales y sociales difusos. El neoconstitucionalismo presenta un avance sobre todo en el modo de interpretación de las normas constitucionales sobre sus predecesoras, al abandonar la positividad de los derechos fundamentales, la intención es eliminar la idea que los derechos se ciñen a los únicamente escritos, y la reemplaza con la idea que son susceptibles a ampliarse a otros, mediante ejercicios de hermenéutica que buscan alcanzar el máximo desarrollo de los derechos de la personalidad de cada individuo, obligando a los Estados mediante sus órganos competentes, a promover y aplicarlos a las circunstancias singulares de cada caso; estos derechos han sido llamados como derechos humanos de tercera y cuarta generación, entre los que se incluyen el medio ambiente, y la autodeterminación individual y colectiva.

Sachica afirma: "un nuevo modo de pensar y sentir que llamamos constitucionalismo concluye en que, si la capacidad razonadora del hombre lo dota del poder para conocer y prever, es lógico que lo habilite también para planificar de antemano su vida, para programarla y proyectarla a su voluntad, eligiendo entre las varias opciones, intencional y deliberadamente, cierto modelo de convivencia que, desde luego, es cambiable."[24]

Esta nueva forma del constitucionalismo principalmente se basa en el principio de la autonomía individual, idea en la cual el ordenamiento jurídico únicamente debe ser una guia para alcanzar el máximo desarrollo personal, sin exponer limites innecesarios más que aquellos que represente limitación al derecho individual de otros sujetos.

[24] **Ibíd.** Pág. 5

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

2.1. Constitución definición

El término constitución tiene tantas definiciones como autores que se han dedicado a su estudio, precisar un concepto uniforme es complicado, ello radica en que toda constitución es un reflejo de su propio Estado y su sociedad, o al menos de aquella que aspiran llegar a ser, además que la misma contiene normas sustantivas, adjetivas, de limitación, de garantía, y de organización, razones que han motivado concretar el concepto de constitución en diversos sentidos en atención al contenido a que se refiera.

El autor guatemalteco Francisco Flores citando a Biscaretti conceptualiza la constitución así; en sentido sustancial señala que constitución es "todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales escritas o no escritas capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento jurídico."[25]

Actualmente se han superado las primeras formas del poder soberano que reposaba absoluta e ilimitadamente en la voluntad de una solo persona, cuya transmisión era por sucesión familiar, la monarquía absoluta; con el desarrollo de las constituciones escritas desaparece esta forma de gobierno, pues entre los mayores avances del derecho constitucional, se da el despojo del poder de decisión individual y su traslado a la población; así como la sujeción de la autoridad a la ley. Bajo este principio se establece a la misma como depositaria y jamás superior a ella, esto busca dar la mayor certeza jurídica posible, al eliminar la discrecionalidad y el poder arbitrario, su ejercicio únicamente se debe a la búsqueda del bien común.

[25] Juan Francisco Flores, **Constitución y justicia constitucional.** Pág. 71

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

En sentido formal indica que Constitución "es un complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo."[26]

Si el poder soberano reside en la población, es lógico que sea esta, quien decida su forma de convivencia social, para ello se necesita de un órgano y un proceso único y especializado que tenga como único mandato concretar el sentir colectivo, en la Asamblea Nacional Constituyente recae este deber; bajo los principios de poder constituyente y poder constituido, al no tener las limitaciones del segundo, únicamente se debe regir a los ideales colectivamente aceptados como fundamentos de bien común; a fin de evitar la legalización de otras barbaries pasadas que han afectado a la humanidad obligatoriamente debe observarse los principios de los derechos humanos.

Desde un punto de vista instrumental o adjetivo Constitución "es el acto fundamental en el cual han sido formuladas solemnemente la gran mayoría de normas constitucionales."[27]

De manera singular la Constitución Política de la República de Guatemala se puede definir como: norma suprema elaborada por la asamblea nacional constituyente en la cual se establecen los derechos fundamentales de las personas, de goce individual y colectivo, la estructura y organización básica de los poderes Estado, así como las garantías y procesos para la defensa del orden constitucional y los derechos en ella establecidos.

---

[26] Ibíd.
[27] Ibíd.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

El concretar del modo anterior la Constitución, únicamente ha sido posible partiendo de las ideas planteadas por la doctrina constitucional, que claramente identifica, cada una de las partes que ella misma ha desarrollado para las constituciones modernas, siendo la parte dogmática, la parte orgánica y la parte pragmática. Como se ha dicho en más de una ocasión, el objeto de dividir o separar el contenido de la ciencia del derecho es con la única finalidad de hacer más sencillo y comprensible su estudio, motivo que nos conduce a enfocarnos en la parte primera de la Constitución Política de la República Guatemala, es decir, su parte dogmática.

2.2. Parte dogmática de la Constitución

La palabra dogma según el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española significa: punto fundamental de una doctrina religiosa o filosófica. En lo que nos compete, en términos jurídicos se refiere a la doctrina filosófica del derecho, es decir, su deber ser, el motivo del por qué y para quien existe el ordenamiento jurídico. Ese es el gran aporte del constitucionalismo. El reconocimiento y expresión del ser humano, y de derechos inherentes al mismo como pilares sobre los cuales se organiza la sociedad y el Estado.

Ideal plasmado en la Constitución Política de la República Guatemala, desde su preámbulo, al afirmar la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, reconociendo la seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, no como derechos positivos otorgados por el ordenamiento jurídico, sino como valores intrínsecos a la naturaleza humana, anteriores a toda norma jurídica sobre los cuales se desarrolla un

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

orden institucional y colectivo social, en el que todos los habitantes puedan gozar los derechos y garantías que permitan un desarrollo integral de la persona.

Reafirmando esta filosofía con la declaración positiva de los Artículos 1 y 2 además todo el título II denominado derechos humanos; el Artículo 1 indica: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y la familia; su fin supremo es la realización del bien común. El Artículo 2 establece: Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Estos artículos en su esencia más pura han posicionado al ser humano como centro de todo el ordenamiento jurídico, primero de forma individual y segundo como integrante de un núcleo familiar como base de la sociedad, el valor que provoca esta preeminencia personal yace en la dignidad natural que posee el ser humano.

"La dignidad de la persona humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos u otros derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad; reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano que debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna." [28] Las interrogantes a las que nos enfrentamos a partir de la anterior declaración es, establecer ¿qué son los derechos humanos? ¿cuáles son y donde se encuentran establecidos? ¿qué comprende la dignidad humana y el desarrollo integral? planteamientos que son necesarios realizar, pues estos elementos constituyen los principios que cimentan la dogmática constitucional, es decir su punto más esencial.

[28] Caballero Ochoa, José Luis. et al. **Derechos humanos en la constitución.** tomo. I. Pág. 5

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

2.3. Derechos humanos y derechos fundamentales

Si bien, la historia propiamente de los derechos humanos comienza después de terminada la Segunda Guerra Mundial, ya desde siglos antes se comenzaba a sentar las bases que cimentan los principios fundamentales de los mismos, por medio de la teoría del derecho natural. "El genocidio, las torturas y otros actos de barbarie cometidos por el régimen nazi dieron lugar, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, al movimiento de los derechos humanos... La clásica filosofía de los derechos naturales que, se desarrolló a lo largo de siglos de pensamiento jurídico y político, estaba ahí, a mano, como hecha a medida para contrarrestar el moderno potencial de patología política, para usar una feliz expresión. Tan solo fue necesario sustituir la palabra naturales por humanos."[29]

En la cultura griega y la romana, se encuentran los primeros indicios sobre algunos derechos que fueron considerados inherentes a cada hombre, nunca se llegó a una consumación escrita, mucho menos práctica, lo cierto es que no todos los seres humanos gozaban de tales derechos, dicha condición estaba sujeta al estatus de ser hombre libre o esclavo. El primer avance en la positivación de los derechos humanos, derechos naturales, hasta ese entonces se redacta en la declaración de independencia de las colonias norteamericanas de la corona inglesa, que de forma limitada reconocía la vida, la libertad y la igualdad de los seres humanos como derechos inherentes a su ser, fundados en la conexión divina entre un creador supremo y el ser humano.

---

[29] Fabra Zamora, Jorge Luis; Rodríguez Blanco, Verónica. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho** vol. II. Pág. 1522

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

De manera concreta "La expresión derechos humanos aparece por primera vez en el derecho internacional en el Artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas que faculta al Consejo Económico y Social a establecer comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos."[30] Este cambio de expresión representa uno de los avances más grandes en la materia, al considerar el elemento metafísico de la ciencia del derecho y logra un consenso entre los partidarios del reconocimiento de los derechos naturales y los partidarios del pensamiento del derecho positivo realista, al concentrar en ambos el ideal de la dignidad humana como elemento consustancial del hombre.

A partir del reconocimiento de este nuevo término, derechos humanos; se desarrolla una serie de sentires que buscan ampliar el catálogo de los mismos, pues no basta con establecer la protección a la vida, la libertad e igualdad, en la normativa constitucional sino existen las demás condiciones que permitan desarrollar y disfrutar de estas preeminencias; que en conjunto se han llamado derecho al desarrollo integral de la personalidad.

Lo complicado se encuentra al partir de la idea original, que fue tomada de la declaración de independencia norteamericana, al establecer estos derechos dentro de la normativa constitucional de cada Estado, y la dificultad que conlleva reformar estas, pues representa un proceso riguroso y solemne, que deja de lado todos aquellos derechos no previstos al tiempo de su redacción y aquellos desarrollados posteriormente con el desarrollo social; otra problemática aparece cuando se ejercita el

[30] **Ibíd.** Págs. 1521 y 1522

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

derecho constitucional comparado, al no ser posible establecer una normativa constitucional uniforme para todos los Estados que permita la protección de los mismos derechos universalmente.

La solución a estas dificultades se logra al establecer una nueva expresión de los derechos humanos, esta vez denominados como derechos fundamentales, que son todos aquellos expresamente contenidos dentro del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, cuya única diferencia radica en su positividad y jerarquía constitucional mediante su establecimiento expreso dentro de la constitución.

"Los derechos humanos, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo."[31]

Los derechos humanos van encaminados más a una declaración del deber ser, una regla de conducta y respeto moral, con poca vinculación coercitiva y obligatoria, sobre todo porque la aceptación y ratificación de los convenios y tratados internacionales, son facultades potestativas de los Estados quienes deciden suscribirse a los mismos o no hacerlo.

[31] Caballero Ochoa. et al. **Ob. Cit.** Pág. 23

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A

"Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica."[32]

En sentido más estricto se entienden los derechos fundamentales, los que al ser objeto de positivación en la normativa constitucional, poseen una fuerza jurídica vinculatoria, coercitiva y de observancia obligatoria para todos los sectores sociales, es tanta la importancia que se les brinda que demandan la existencia un tribunal de competencia privativa que sea el responsable jurídicamente del cumplimiento de sus preceptos; Guatemala es uno de los países en los cuales, mas vulneración de estos derechos existía, hasta el año de 1985 que dicha obligación recae en la Corte de Constitucionalidad, tribunal creado juntamente con la nueva Constitución Política de la República de Guatemala.

"Derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada."[33]

---

[32] **Ibíd.** Pág. 22
[33] **Ibíd**. Pág. 22 y 23

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

El Estado de Guatemala, no escapa de esta disyuntiva, entre derechos humanos y derechos fundamentales, a pesar de contar con una Constitución bastante avanzada al tiempo de su redacción en cuanto a la protección de estos, al menos en lo escrito; aun así no es suficientemente amplia, el propio título II constitucional se denomina como derechos humanos, y en su subsiguiente articulado, establece los mismos; pero que hay de aquellos no contenidos en este apartado, como lograr una efectiva tutela de los mismos, la solución se halla en los artículos 44 y 46 constitucionales. El primero de ellos establece. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

El Artículo 46 por su parte indica: "preeminencia del derecho internacional. Se establece 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."

Estos dos artículos abren la posibilidad, de incorporar al ordenamiento jurídico interno con rango constitucional todos aquellos nuevos derechos humanos que derivados de la evolución y desarrollo de los mismos se han reconocido posteriormente en tratados y convenios internacionales, ofreciendo la ventaja de evitar un constante y desgastante proceso de reforma constitucional, sin dejar de lado la garantía de protección de todos

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

los derechos humanos, aunque estos no figuren expresamente dentro del derecho interno; logrando una efectiva tutela de los derechos humanos, haciendo diferencia entre derechos fundamentales como aquellos contenidos dentro del ordenamiento jurídico y derechos humanos como aquellos que al no estar contenidos de expresamente pueden ser invocados en la protección para el desarrollo de la personalidad humana.

"La numeración constitucional de los derechos fundamentales no constituyen un *números clausus*, porque ello sería tanto admitir la desprotección en ciertos ámbitos; la tipificación no significa que la personalidad sea la suma de estos concretos derechos fundamentales, sino que los tipificados son la concreción positiva de la personalidad y por ello pueden los tribunales interpretar las normas constitucionales, para ofrecer una protección lo más amplia posible."[34]

Los derechos de la personalidad, como se ha mencionado, son el conjunto de derechos objetivos y subjetivos necesarios, mínimos e indispensables para lograr una vida digna; de estos derechos pocos son los que gozan de gran trascendencia como derechos absolutos que no solo gozan de protección contra la amenaza de terceros o del propio Estado, sino que debe ser protegido hasta de su propio titular.

"El derecho a la vida, se presenta como un bien básico y esencial, fundamento y asiento de los demás. Junto con la protección de la vida y la proclamación de su valor, la Constitución ha elevado a valor jurídico fundamental, la dignidad de la persona que se

[34] Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 90

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y de los derechos a la integridad física y moral a la libertad de las ideas, creencias, al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de modo que puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consiente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.

Esa autodeterminación consiente y responsable no incluye la facultad de poner fin a la propia existencia, el valor de la vida humana transciende a la propia persona y alcanza a la familia y a la sociedad. La vida como bien protegido, por otra parte no es la mera afluencia biológica, sino la vida digna en condiciones de sanidad física, psíquica y moral adecuadas a la dignidad de la persona."[35]

El derecho a la vida como se menciona, debe entenderse como derecho a una vida digna, el mismo se ha establecido en un doble sentido, el primero de garantía para su titular y segundo como obligación para terceros, incluyendo al propio Estado, de abstenerse de lesionar o de practicar actos que tiendan a poner en peligro el mismo, a la par del derecho a la vida la propia Constitución ha establecido la integridad de la persona como elemento del cual depende la propia vida, es decir, uno no puede darse sin el otro.

"La integridad como derecho fundamental va más allá de lo que sería la mera integridad física como presencia integral de los atributos físicos o ausencia de disminuciones

[35] **Ibíd.**

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

físicas. Ahora se protege toda la persona como ser racional unidad inseparable de atributos físicos, psíquicos y morales que deben conservarse en su natural estado y de ese modo cualquier deterioro en su integridad o sanidad procedente de agresión exterior, de tercero supone un atentado a la integridad."[36]

Alcanzar esta forma de pensamiento en lo jurídico y social no ha sido fácil, materializarlo es aún mucho más complicado, existen muchas causas por las cuales la mayoría de los seres humanos durante toda su vida imposiblemente pueden gozar la plenitud de los derechos humanos o fundamentales; las decisiones políticas, la guerra, la economía globalizada, la pobreza y pobreza extrema, la discriminación, el racismo, y hasta el cambio climático y otros muchos más, son los elementos que conjugados o no agudizan la obtención mínima de lo que se puede considerar una vida digna; actualmente la migración forzada hacia países económicamente desarrollados es la reacción que mejor ilustra la conjunción en la violación de los derechos humanos, hasta el extremo en que los propios Estados como garantes de la protección humana se ven superados en la aplicación de medidas que tiendan a minimizar la trasgresión de la dignidad humana.

Después de garantizar el derecho a la vida "todas las normas del ordenamiento jurídico, se dirigen a amparar la libertad del individuo, como ampliamente establece el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pero, que en términos más concretos, concentrándonos en la esfera de lo jurídicamente licito, se establece el principio de que todos los hombres pueden hacer libremente lo que la ley no prohíbe

[36] **Ibíd.** Pág. 91

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

y cualquier atentado contra esta libertad individual, cualquier invasión de tal esfera debe ser sancionado jurídicamente.

El derecho a la libertad y seguridad personal constituyen uno de los dones más preciados de la persona, tales derechos como fundados en el derecho natural, no pueden ser desconocidos por el legislador y se convierten en derechos reconocidos por el Estado."[37]

Esta libertad como derecho fundamental que se alude va más allá del sentido literal expresado en el texto constitucional, esta libertad se desarrolla en más de una dimensión jurídica, sin entrar en debate sobre el grado de importancia o preclusión, pues constituye un solo y mismo derecho en diferentes ámbitos, a) la libertad de participación, este aspecto se refiere a la facultad que tienen todos los individuos, de participar y expresar su opinión en la toma de decisiones de gobierno; b) la libertad colectiva, esta es la facultad que tienen los individuos de asociarse con otros para la consecución de fines comunes; c) la libertad individual, en otras palabras autonomía personal, que es la facultad que tiene toda persona de poder decidir sin presiones, coacciones o intimidaciones los aspectos personales de su vida, este derecho a la libertad encuentra únicamente su límite en lo prohibido, en lo que es mejor para todos, que para uno solo; el bien común.

Esta libertad individual es la que nos permite hablar sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad; basada en la "dignidad humana, como derecho fundamental superior

[37] **Ibíd.** Pág. 93

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

reconocido por el orden jurídico, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacciones ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente."[38]

Indistintamente se utilice el término derechos humanos o derechos fundamentales, el fin de estos preceptos jurídicos es completamente el mismo, amparar la protección de derechos positivos y aquellos naturales o abstractos que no necesariamente deben estar regulados en el ordenamiento jurídico positivo y tienen como única finalidad alcanzar la efectiva protección de la vida, la dignidad e integridad personal de quienes lo invocan.

2.4. Características de los derechos humanos

La universalidad, la supra y transnacionalidad, la irreversibilidad, la progresividad, la

[38] Caballero Ochoa. et al. **Ob. Cit.** Pág. 31

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

posición preferencial, la eficacia *erga omnes*, y la fuerza expansiva; son las características únicas y propias de los derechos humanos o derechos fundamentales que los identifican y distinguen de otros derechos, que el operador jurídico político y administrativo debe tener siempre presente, en la aplicación concreta del ordenamiento jurídico.

2.4.1. La universalidad

"Todas las personas vale decir, seres humanos, son titulados de derechos humanos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social. La Declaración de Viena del 25 de junio de 1993 adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos afirma que la universalidad de los derechos humanos no admite dudas, determinando que los Estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos, de las libertades fundamentales."[39]

Esta característica marca imperativamente el deber de respeto de los derechos humanos bajo la única premisa de la condición de persona, esta es la primera característica positiva, y se dio a través del documento más importante en la materia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas, en su preámbulo y aunque no de manera expresa se encuentra subyacentemente en la esencia del Artículo 6 del mismo documento.

---

[39] Nogueira Alcalá, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales.** Pág. 69

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

2.4.2. La supra y transnacionalidad

"En la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona humana, ellos no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentra. Ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no siendo invocable el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, mecanismos y garantías establecidos por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad."[40]

Si la fuerza potestativa del Estado radica en el reconocimiento de la dignidad humana como punto medular del ordenamiento jurídico y político social, en ella misma encuentra su límite, la población, quien delega en el Estado la facultad y obligación de proteger los derechos fundamentales, es la misma quien limita esta facultad, cuando maliciosamente sea utilizada contra ella, la característica de la supra y transnacionalidad, cumplen esta función al otorgar a organismos internacionales e independientes que estén fuera del poder estatal, la fuerza vinculatoria de protección para las poblaciones o sectores sociales amenazadas o vulneradas en el respeto de los derechos humanos.

2.4.3. La irreversibilidad de los derechos humanos

"Es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la

[40] **Ibíd.** Págs. 69-70

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, el texto constitucional y el procedimiento señalado por este sólo los asegura y garantiza: el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Resulta inconcebible para la dignidad humana, que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental."[41]

Esta característica de los derechos humanos, tiene como fin principal asegurar la subsistencia y protección permanente de los mismos por el transcurso del tiempo, su función está orientada como respaldo del derecho interno de cada Estado, ello asegura el reconocimiento, vigencia y protección de los derechos fundamentales ante la amenaza de su no reconocimiento por derogación o rompimiento del orden constitucional, esta característica se basa en la inmutabilidad de la dignidad humana pues pueden variar las condiciones sociales o políticas pero jamás ella.

2.4.4. La progresividad de los derechos humanos

"En el ámbito internacional de los derechos humamos se ha desarrollado el principio de la integralidad maximizadora del sistema, tal como lo denomina Bidart Campos, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos plus respecto de este último y el

[41] **Ibíd.** Pág. 70

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

derecho interno se incorpora como fuente del derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 29, b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su Artículo 52, la Convención sobre la Eliminación sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículo 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 41, entre otras. El principio de progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno. Esta progresividad de los derechos y su autoejecutividad implica que el juez debe conocer y aplicar las normas del derecho internacional de derechos humanos que se ha incorporado al derecho interno, cuando el derecho nacional no garantice tal derecho."[42]

Esta característica dimana de la necesidad imperante de la sociedad, a que el ordenamiento jurídico evolucione juntamente con ella, desde el reconocimiento de los primeros derechos humanos en 1948, la lista de ellos aumenta; el establecimiento de

[42] **Ibíd.** Págs. 70-72

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

los derechos humanos en una Constitución representa los ideales más precisos del constitucionalismo, pero a su vez representa dificultades en la actualización de protección fundamental. La función esencial de esta característica es proporcionar una forma sencilla, eficaz y de certeza jurídica, incorporando al derecho interno con la misma jerarquía y preeminencia constitucional, todos aquellos derechos fundamentales no prescritos en su texto; y no siendo limitación cuando el propio derecho interno conceda ventajas mayores para la protección de los derechos humanos.

2.4.5. La posición preferencial de los derechos humanos

"El Estado constitucional y democrático de derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común. Asimismo, todo el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional se basan en la dignidad intrínseca de la persona humana y la protección de los derechos que de ella derivan.

En un Estado constitucional de derecho siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos sobre el poder La persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal, estando el poder público al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona. En consecuencia, cada vez que una norma de derechos se encuentra en conflicto con una norma de poder, el juez, debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos. Las normas sobre derechos son superiores a las normas de poder ubicadas en un mismo plano, ya que

los primeros son los que determinan la actuación de los órganos del poder público.[43]

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Según el concepto anterior, esta característica está más determinada a la diferenciación entre normas de poder y protección Estado-individuo; también podemos mencionar que se refiere a la protección preferencial que debe existir entre individuos, uno de los fines del ordenamiento jurídico es ser instrumento para la aplicación de la justicia, entendiéndose esta como, dar a cada quien lo que corresponde, según las necesidades, características y tutela especial; de esta característica nace el establecimiento de normativa de protección especial para determinados grupos etarios especiales, como niños, mujeres y personas de la tercera edad. Así la posición preferencial en la protección de los derechos humanos establece un criterio de prevalencia cuando dos o más normas entran en conflicto debiendo dar prioridad de tutela a los derechos humanos sobre cualquier otra norma; y dar una protección especial en la protección de los derechos humanos o fundamentales de aquellos grupos o sectores sociales vulnerables cuando sus derechos estén en conflicto con los de otros individuos.

2.4.6. La eficacia *erga omnes* de los derechos

"Podemos también señalar, que la protección del contenido esencial de los derechos constituye una garantía institucional. De esta forma, el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares - Estado, sino también entre particulares.

---

[43] **Ibíd.** Págs. 72-74

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La eficacia horizontal de los derechos humanos se une a la eficiencia vertical otorgando plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico, e impide el desarrollo de una doble ética en la sociedad, una en las relaciones con el Estado y otra para las relaciones entre particulares; todo ello considerando que muchas de las principales amenazas a los derechos no provienen sólo del Estado, sino también, y principalmente, de los poderes económicos y sociales fácticos de la propia sociedad civil, dada la primicia de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales."[44]

Erga omnes, expresión que se traduce, frente a todos o ante todos; lo que incluye al Estado, que como elemento instrumental en la aplicación del ordenamiento jurídico no escapa de esta obligación, en materia de derechos humanos existen instancias nacionales e internacionales con facultades vinculantes, para su estricta observancia, para acceder a la segunda en necesario agotar previamente los procesos internos o bien cuando sean las propias autoridades nacionales dejen de cumplir esa obligación, a nivel regional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encargada de brindar la efectiva la tutela de los derechos vulnerados.

2.4.7. La fuerza expansiva de los derechos y el principio *favor libertatis*

"La hermenéutica constitucional debe basarse en el principio *favor libertatis*, que da

[44] **Ibíd.** Págs. 74-75

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

fuerza expansiva a los derechos, que en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto. La obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución y a la obligación de respetar y promover los derechos humanos no solamente establece el deber de los órganos del Estado de no lesionar el ámbito individual o institucional protegido por tales derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de ellos, los que constituyen un componente esencial del orden público nacional. En tal sentido, las leyes valen en la medida en que se respeten y garanticen los derechos humanos, lo que se deduce del principio de vinculatoriedad de los órganos del Estado a los derechos fundamentales."[45]

Esta característica ha de estar siempre presente en las ciencias jurídicas, acertadamente se ha incorporado en los derechos humanos, como solución a la inflexibilidad que presentan la leyes codificadas al no poder prever la solución a todos los casos que diariamente se presentan en los órganos judiciales y administrativos; si bien se hace un esfuerzo por parte de los legisladores de cubrir todos los escenarios posibles, esto es imposible y se presentan casos en los que la norma no anticipa una solución, aquí es donde halla la razón de ser esta característica; ante las lagunas jurídicas o bien por la existencia de conflictos entre dos o más derechos de la misma categoría debe favorecerse la aplicación de normas que mejor protejan y garanticen el respeto de los derechos humanos. En Guatemala la forma correcta para la aplicación e interpretación de las leyes se establece en los Artículos 9 y 10 de la Ley del Organismo Judicial.

---

[45] **Ibíd.** Pág. 76

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

El abarcar este tema desde el punto de vista constitucional, como norma suprema que desarrolla los derechos humanos y fundamentales se hace con la intención de mostrar el sentido más profundo, la esencia y el fin del derecho; que es la protección de la persona, cuyo deber sobrepasa a sus disposiciones escritas; con el nuevo constitucionalismo y la clasificación de los derechos humanos en primera segunda y tercera generación se logra una aproximación a tal fin, y no habiendo mejor explicación al respecto cito. "Tras un corto tiempo de descrédito a fines del siglo XIX y primeras décadas del presente, los derechos naturales, ahora en la forma de derechos humanos, retornan al pensamiento jurídico para justificar decisiones judiciales no avaladas por las normas del derecho positivo." [46]

La interpretación del ordenamiento jurídico compete a los tribunales jurisdiccionales, en especial a la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano en materia judicial, a excepción de la interpretación y aplicación de la justicia constitucional la cual con exclusividad compete a la Corte de Constitucionalidad; de acuerdo con el Articulo 10 de la Ley del Organismo Judicial, "las normas se interpretaran conforme a su texto según el sentido de sus palabras, a su contexto, y de acuerdo a las disposiciones constitucionales." Con esta última disposición se avala la nueva predilección de interpretación judicial para la protección de la persona.

[46] Fabra Zamora; Rodríguez Blanco. **Ob. Cit.** Pág. 1527

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO III

3. La persona individual y la familia

Todo análisis que se realice del ordenamiento jurídico, de la sociedad, y del Estado, imperativamente debe involucrar a la persona humana, elemento principal, medio y fin de ellos, no es casualidad entonces que la norma guatemalteca de mayor jerarquía en su preámbulo inicie afirmando esta primacía de la persona humana, como fundamento de valores espirituales y morales de la sociedad y del Estado, considerándola en primer lugar como ser individual y segundo colectivamente, como integrante de la familia; asegurando de este modo que sea el centro de todo el ordenamiento jurídico, razones que necesariamente nos conducen a expresarnos sobre ella.

3.1. La persona individual

En el ámbito jurídico, la persona sin duda alguna es el núcleo del mismo; es quien lo crea, lo establece y a quien se dirige, el término persona a *priori*, no parece de suma importancia, lo damos por conocido en la cotidianidad, idea que constituye un grave error. Estamos acostumbrados a iniciar el estudio de la ciencia del derecho estableciendo, el origen etimológico o significado del vocablo persona, acepciones que poco o nada nos enseñan sobre el verdadero significado o naturaleza del mismo, anteriormente ni la propia ciencia del derecho otorgaba a la persona la importancia que se merece, está ciencia daba más cuidado a lo económico patrimonial, que a la propia persona.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Así lo manifiesta el autor Fernández Sessarego "se ha debido también superar una concepción individualista-patrimonialista que se interesaba preferentemente por la protección jurídica de los intereses materiales de la persona por su patrimonio más que por la persona considerada en sí misma y por consiguiente, por sus derechos subjetivos e intereses existenciales."[47]

Corrientes que no son difíciles de rastrear pues hasta el siglo XIII todavía era permitido el comercio de esclavos, personas consideradas como objetos, privándolos de su naturaleza humana, por simples características físicas, quienes únicamente eran sujetos de protección como parte del patrimonio de su amo.

Con la abolición de la esclavitud en primer lugar y la terminación de las guerras mundiales toma realce una nueva corriente de pensamiento jurídico acerca de quién es persona. "El humanismo o personalismo jurídico, cuya raíz histórica se encuentra en la doctrina cristiana, se desarrolla y profundiza por los pensadores que se adhieren, desde distintas vertientes ideológicas, a la filosofía de la existencia que surge en la primera mitad del siglo XX, en el período comprendido principalmente entre las dos guerras mundiales que asolaron la humanidad. Es a la sombra de esta corriente de pensamiento que se produce la revalorización de la persona humana."[48]

Con esta nueva corriente de pensamiento se supera toda dificultad en la comprensión de la persona individual, la establece como un ser natural y anterior a toda norma, por

[47] Fernández Sessarego, Carlos. **Qué es ser persona para el derecho** Pág. 291
[48] **Ibíd.**

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

tanto; el ordenamiento jurídico no puede atribuir o vedar esta condición y se elimina por completo toda desnaturalización del ser humano, estableciéndose desde ese momento como persona individual a todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte, sin importar las características físicas, condición, género o edad. Siguiendo esta doctrina, la Constitución Política de la República de Guatemala del año de 1985, Artículo 3 y el Código Civil Artículo 1 en un mismo sentido expresan que el Estado de Guatemala garantizar y protege la vida, la integridad y la seguridad de la persona desde su concepción hasta su muerte.

A modo de concluir este tema se toman las palabras del autor guatemalteco Aguilar Guerra quien manifiesta. "Pues el término persona es una creación jurídica para designar, precisamente, el reconocimiento de esa realidad que es el ser humano como protagonista del derecho."[49]

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la promulgación de otros instrumentos internacionales en el mismo sentido, se declara que todo ser humano es persona; que cuenta con derechos inherentes a su ser, anteriores a toda norma jurídica, no sujetos a ninguna condición más que su propio ser, desde su concepción hasta su muerte, con facultad de hacer valer los mismos durante cualquier etapa de su vida, de forma personal o por tercero, en su país de origen o en cualquier parte del mundo, siendo el ordenamiento jurídico únicamente la guía a la que debe sujetarse toda persona individual para el ejercicio de sus derechos fundamentales y nunca podrá ser restrictivos de los mismos.

[49] Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 127

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

3.2. Capacidad de la persona individual

"La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y sin embargo, existir la personalidad."[50]

La personalidad lleva consigo la capacidad, no podemos admitir una sin la otra; son atributos inseparables a la naturaleza del ser humano, pero con marcadas diferencias mientras que la personalidad es única, absoluta, e incondicional; la capacidad puede ser divisible, es progresiva y condicional a las circunstancias de cada sujeto. Sobre su división exponemos.

"Se puede entender por capacidad la idoneidad o aptitud reconocida por el ordenamiento jurídico para ser sujeto de la actividad jurídica, es decir para ser el destinatario de las normas jurídicas y titular de los intereses que el legislador asume para su protección la capacidad jurídica es así una cualidad esencial de la persona y corresponde siempre a la misma... se puede diferenciar en este sentido entre capacidad jurídica, que se concreta en la idoneidad para ser titular de derechos y deberes y capacidad de obrar referida a la posibilidad de actuar por sí mismo en el mundo del derecho."[51]

---

[50] Rojina Villegas. **Ob. Cit.** Pág. 158
[51] Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 125 y 126

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La última reflexión del texto citado parece demasiado radical, al indicar actuar por sí mismo, esta disposición se refiere especialmente a sobre en quien recaen las consecuencias de las obligaciones morales o patrimoniales adquiridas, esto porque el mismo ordenamiento jurídico reconoce la representación, el actuar en nombre de otra persona para casi todos los actos de la vida, incluso existe la posibilidad del matrimonio por medio de mandato, esta representación puede ser expresa o tácita y en ambos casos los derechos y obligaciones no benefician o afectan a quien haya comparecido físicamente sino en quien otorgo dichas facultad de reconocer o aceptar o ejecutar ciertos derechos u obligaciones.

"La denominada capacidad jurídica, de derecho o de goce, por un lado y la capacidad de obrar o de ejercicio, por otro. La primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, con independencia de que ellos se puedan obtener con la propia actuación del interesado o no; la segunda es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones obrando o actuando por sí mismo... Por consiguiente, si bien la noción de capacidad jurídica o de goce está indisolublemente ligada al concepto de persona, en razón de que toda persona disfruta de una capacidad genérica de goce, la presencia de la capacidad de obrar o de ejercicio no es determinante de esa calidad."[52]

En el campo de lo jurídico, existen pocas verdades absolutas, una de ellas puede ser la capacidad de la persona, bien lo indican los autores previamente citados, la capacidad puede considerarse como el atributo más importante de la persona; por ser inherente a

[52] González Piano. et al. **Ob. Cit.** Pág. 137

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

la condición de humano, puede faltar el patrimonio, el domicilio, la nacionalidad (apátridas) incluso un nombre, pero no la capacidad. Este atributo dividido en dos; capacidad de goce, y capacidad de ejercicio, esta última relativa o absoluta según la aptitud del sujeto que la ejerza.

La capacidad de goce no requiere de explicaciones extensas, es la facultad que goza toda persona, incluso antes de su nacimiento que asegura el disfrute de todos aquellos derechos que el ordenamiento jurídico le reconozca, y aquellos inherentes a su ser, aun sin hallarse codificados en el mismo, que puede ser ejercida por el titular u otra persona a favor de este; facultad no hallada expresamente en el ordenamiento jurídico positivo guatemalteco, pero sobre entendida, en el Artículo 1 del Código Civil, al ser inherente a todo ser humano desde su nacimiento hasta la muerte.

Por contrario, la capacidad de ejercicio se establece con relación a la edad, en la cual se prevé que las personas, tengan un grado de madurez suficiente, que les permita ejercitar los derechos subjetivos u objetivos de manera responsable en cuanto le beneficie y de responder de forma personal en la extralimitación de los mismos o bien que podrán cumplir con las obligaciones que admitan; la capacidad de ejercicio se traslada a la persona de forma gradual en correlación a la edad, hasta alcanzar capacidad plena con la mayoría de edad, esto es lo que anteriormente hemos llamado como capacidad progresiva.

Guatemala, Colombia, y Argentina, como en la mayoría de Latinoamérica, la capacidad de ejercicio de las personas se alcanza con la mayoría de edad, la cual se ha fijado en

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

los 18 años, pero anterior a dicha edad se faculta a los menores a ejercitar determinados actos de forma personal. Guatemala tiene como fundamento de ello el Código Civil, Artículo 8 capacidad. La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que hayan cumplido 18 años. Los menores que han cumplido 14 años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

Criterio diferente al anterior se tiene en países como Italia, Portugal, Alemania entre otros al fijar la mayoría de edad a los 21 años, pero siempre consintiendo capacidad de ejercicio para determinados actos antes de alcanzar dicha edad, en la doctrina llamada capacidad relativa.

3.3. Circunstancias que modifican la capacidad

"Son circunstancias modificativas de la capacidad las que limitan el goce o ejercicio de los derechos a los seres dotados de personalidad jurídica, o bien, les impone determinadas formas habilitadas para su ejercicio. El fundamento de tales limitaciones o restricciones estriba como dice de Diego, en que si la capacidad jurídica es aptitud para tener y ejercer derechos, sirviendo estos a los fines y necesidades humanas, requiriendo para su actuación conciencia y libertad, esos fines y necesidades no son los mismos, ni esa conciencia y libertad se ostentan en el mismo grado en todas las vicisitudes que afectan a la persona."[53]

[53] Espín Cánovas. **Ob. Cit.** Pág. 235

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La temporalidad como la última de las característica de la capacidad antes mencionada se expone acá, como bien lo señala el autor previamente citado, las causas que modifican la capacidad dependen de las condiciones propias de cada sujeto, cada persona, durante cada etapa de su vida tendrá necesidades, y objetivos distintos y a esas realidades estarán dirigidos sus intereses, necesidades y obligaciones, es decir, las necesidades y fines de un niño no serán las mismas que las de un adolescente, ni la de estos con las de un adulto o de todos ellos, con alguien que sobrelleve de enfermedades mentales absolutas o transitorias sean por nacimiento o adquiridas; siendo los factores que modifican la capacidad: la edad, las enfermedades mentales absolutas o relativas y la dependencia o adicción a sustancias psicotrópicas.

3.3.1. La edad como circunstancia que modifica la capacidad

"La edad ejerce gran influencia sobre la capacidad de obrar o de ejercicio, pero, en cambio solo excepcionalmente influye sobre la capacidad de derecho. Los actos que por falta de edad no pueden ejercitarse personalmente son susceptibles generalmente de ejercicio por un representante, con lo cual la incapicidad del que por su edad no puede regirse a sí mismo es solo incapacidad de obrar, pero no de goce la incapacidad de derecho de los que no han llegado a cierta edad se basa en que se trata de derechos que no están en consonancia con las necesidades y aptitudes de esa edad." (*sic*) [54]

Desbrozando la ponencia anterior se puede dar realce a dos ideas principales del autor, la primera al indicar que la limitación a la capacidad es por regla, a la facultad que el

[54] **Ibíd.** Pág. 235 y 236

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

sujeto tiene de actuar por sí mismo, a la capacidad de ejercicio; esto por la necesidad que el sujeto alcance un determinado desarrollo intelectual, físico y hasta moral, mayoría de edad; que le permita conocer de forma consiente y racional la trascendencia de su actuar, mientras alcanza esa madurez es necesario poder transferir determinadas facultades en coherencia con su desarrollo mental lo que las nuevas corrientes sobre derechos humanos denominan como capacidad progresiva.

La segunda idea recae sobre la incapacidad de goce, una idea que parece ser contraria a todo lo que de ella se ha indicado, en cuanto que toda persona tiene esta capacidad, no importando su edad, condición, género o cualquier otro estado, al respecto se debemos decir que la incapacidad de goce al igual que la incapacidad de ejercicio se relaciona con la edad, esto no quiere decir que no se pueda gozar de determinado derecho, sino que se carece de la aptitud para gozarlo y de ejercitar las obligaciones que devienen de ello, o bien porque existen derechos de mayor importancia que se sobreponen a otros en beneficio propio del sujeto.

Como ejemplos podemos mencionar; la aptitud para contraer matrimonio establecida en el Artículo 81 del Código Civil, cuya edad minina se fija en 18 años; la prohibición para el trabajo de menores de 14 años establecida en el Artículo 148 del Código de Trabajo, así mismo como algunas restricciones de lugares y jornadas de trabajo; y la prohibición de la adopción de aquellas personas cuya diferencia de edad no sea mayor a 20 años de edad, establecida en el Artículo 14 de la Ley de Adopciones. Limitaciones a la capacidad de goce que claramente tiene como único objeto, proteger a su titular de deberes para los cuales no está física, ni mentalmente preparado para ejercerlos.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

3.3.2. Las enfermedades mentales como circunstancia que modifica la capacidad

Al iniciar el estudio de este tema debemos indicar, que las enfermedades mentales como objeto de estudio interesa a más de una ciencia, a la medicina y psicología en cuanto a causas, origen, efectos corporales, diagnóstico, tratamiento y recuperación; a la ciencia del derecho la cual nos compete, por las secuelas en el ámbito social, familiar y personal. Al abordar este tema desde el punto de vista jurídico, lo que se pretende es conocer la aptitud del sujeto, para el ejercicio de los derechos y obligaciones de la cual es titular, habiendo alertado la diferencia entre ciencias naturales y las sociales; en el ámbito jurídico por enfermo mental se debe entender "a toda persona que, a consecuencia de una perturbación de sus facultades mentales, carece de aptitud para conducirse a sí misma y en sus relaciones de familia y para administrar sus bienes."[55]

La incapacidad devenida por causa de enfermedad mental únicamente puede declararse en los mayores de edad, puesto que es la excepción a la regla que todo mayor de edad es capaz para el ejercicio de sus derechos y obligaciones por sí mismo; la enfermedad mental "únicamente es causa de incapacidad para los mayores, ya que los menores son incapaces por sí mismos."[56] Esta incapacidad de ejercicio puede ser relativa o absoluta.

El Artículo 9 del Código Civil establece la incapacidad absoluta de la manera siguiente: los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de

---

[55] Borda. **Ob. Cit.** Pág. 437
[56] Bonnecase, Julien. **Tratado elemental de derecho civil.** Pág. 165

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

discernimiento deben ser declarados en estado de interdicción... La declaratoria de interdicción produce desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos... La incapacidad absoluta se constituye como acto declarativo a través de resolución judicial firme pudiendo ser a requerimiento de la PGN, de los parientes del incapacitado, o cualquier persona que tenga contra él acciones por deducir. Es de resaltar que la incapacidad y su respectiva rehabilitación únicamente puede ser declarada por un juez del ramo civil y se tramita por la vía de jurisdicción voluntaria.

La incapacidad relativa establecida en el Artículo 10 del Código Civil, a diferencia de la anterior no afecta todos los actos de la vida cotidiana del incapacitado, únicamente da lugar a solicitar la nulidad de aquellos actos celebrados bajo tal condición.

Aunque el Código Civil inicialmente hacía referencia a la demencia, actualmente se catalogan como enfermedades mentales "la bipolaridad, los trastornos de la personalidad, la ansiedad, depresión, estrés post-traumático y la esquizofrenia"[57] afecciones que se presentan en adultos, niños y adolescentes y tienen graves repercusiones en la calidad de vida tanto en las personas quienes la sufres como en los demás sujetos del círculo familiar, por ello es necesario enfatizar sobre las consecuencias de estas y otras enfermedades mentales similares particularmente en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de familia, que por su naturaleza necesitan contar plenamente y permanentemente con todas las facultades mentales y volitivas.

[57] https://www.cdc.gov/childrensmentalhealth/spanish/conditions.html (20 de febrero de 2022)

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

3.3.3. Dependencia a sustancias psicotrópicas como circunstancia que modifica la capacidad

Sustancias psicoactivas. Define el Diccionario de la Lengua Española a toda sustancia que actúa sobre el sistema nervioso, alterando las funciones psíquicas. Esta es otra de las causas que modifican la capacidad de las personas sea de goce o de ejercicio, al igual que las enfermedades mentales, únicamente puede ser declarada en los mayores de edad.

Es de aclarar que la legislación guatemalteca no hace diferencia entre incapacitados por enfermedad mental y toxicómanos, pues en ambos casos, previo dictamen de profesionales expertos, se declara el estado de interdicción mediante sentencia. En ambos casos la rehabilitación es posible bajo el mismo procedimiento de su declaración.

3.4. Estado de familia

"El estado de familia surge por medio del matrimonio y la procreación. El matrimonio da lugar al vínculo conyugal entre los que lo contraen, y la afinidad, que es el parentesco que surge entre cada cónyuge y los parientes del otro. La procreación origina el parentesco de consanguinidad. El estado de familia también puede surgir del parentesco civil que es el que se contrae en virtud de la adopción que imita la relación paterno filial debida a la procreación."[58]

[58] Espín Cánovas. **Ob. Cit.** Pág. 275

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

"El estado de familia se determina por la posición que la persona ocupa dentro del grupo familiar, y supone la atribución de un núcleo de facultades y deberes que son objeto de un tratamiento unitario."[59]

Analizando los dos conceptos anteriores entendemos como relaciones de familia, aquellos vínculos naturales o vínculos ficticios reconocidos o creados respectivamente por el ordenamiento jurídico, que se determinan por tres elementos: a) el acto que los origina, b) la posición que se ocupa en la familia y un tercer elemento que ninguno de los dos autores señala, c) la temporalidad de los mismos. Cada elemento tiene por objeto establecer obligaciones y derechos específicos para cada miembro familiar, partiendo del acto que los origina, como lo indica Espín Cánovas puede ser: por matrimonio, la procreación y la adopción y se determinan por la posición que se ocupa en la familia.

La temporalidad es un elemento que ninguno de los autores señala, es propio de este trabajo, y es de gran trascendencia. En cuanto a ella, las relaciones de familia; se pueden distinguir en dos; permanentes y no permanentes. Son de carácter permanente las relaciones de familia originadas por la procreación consanguínea, estas reconocidas por el ordenamiento jurídico como actos declarativos, es decir, no las crea, únicamente se limita a reconocer un hecho verdadero, natural y preconstituido; al contrario, los vínculos originados por el matrimonio, son relaciones no permanentes, dado que estas únicamente permanecerán durante el tiempo que dicha institución jurídica prevalezca, por ser de naturaleza constitutiva, lo que el mismo orden jurídico ha creado.

[59] Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 140

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Los vínculos de familia nacidos por la adopción, al ser de carácter constitutivo, tiene esa naturaleza frágil imposible de obviar, las catalogamos en un punto intermedio entre las anteriores, por originarse la adopción de un acto constitutivo, en que el derecho crea de forma artificial las propias relaciones de familia, pero es la propia ley quien la equipara a la filiación natural por consanguinidad, como vinculo perpetuo y únicamente declarativo, en ese orden de ideas es válido cuestionar la naturaleza de la adopción y su posible terminación.

3.5. Derecho de familia

Citando a Ferrara. "El complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros."[60]

Específicamente el derecho de familia en la legislación guatemalteca contenido en el Código Civil abarca el matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela y el patrimonio familiar.

"Derecho de familia conjunto de disposiciones legales que regulan la familia. O sea que es la rama del derecho civil que tiene por objeto material las instituciones familiares de todo orden: la filiación, el matrimonio, la protección del grupo familiar y de quienes lo componen."[61]

---

[60] López Días, Carlos. **Manual de derecho de familia y tribunales de familia.** tomo I. Pág. 15
[61] Parra Benítez, Jorge. **Principios generales del derecho de familia.** Pág. 91

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Resalta en este apartado la división de la ciencia del derecho que se mencionó en el inicio de este trabajo, del cual se ha desarrollado una línea de lo general a lo particular alcanzando un punto medular con el derecho de familia, disgregando las definiciones anteriores se encuentra en cada una de ellas elementos comunes y algunos propios, a cada definición; y no por ello, una sea más acertada que otra, pues cada autor tiene un particular punto de vista sobre este tema, pero si es necesario consolidar algunos elementos que nos permitan tener una visión clara en el desarrollo y comprensión de los temas que más adelante se desarrollan.

Existen instituciones jurídicas principales, de las cuales se desarrollan otras, sin duda alguna el matrimonio es la institución jurídica de la que parten y se desarrollan todas la demás instituciones del derecho de familia, pero esta no es única, a ella se asemejan la unión de hecho y la adopción, instituciones juridicas de las cuales también se forjan relaciones de familia; un elemento relevante que menciona Bonnecase es que existen instituciones jurídicas por medio de las cuales se puede disolver algunas de las relaciones de familia y sus efectos, y otras en cambio subsisten a pesar de terminar la institución jurídica que la origina, el divorcio es el más claro ejemplo de ello, todos los autores hacen mención de la familia pero ninguno de ellos indica de forma particular que es una familia, atendiendo a ello referimos.

"Familia es la unión socialmente aprobada por los vínculos de filiación, alianza y consanguinidad, de un hombre, una mujer y sus hijos."[62]

---

[62] López Días. **Ob. Cit.** Pág. 17

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Este concepto bastante conservador y restringido, aunque muestra todos los elementos para considerar una familia, se aleja de la realidad social, con esto no me refiero a la desnaturalización que la nueva ideología de género pretende ver como una familia; sino porque deja de lado a otros sujetos con los mismos vínculos, que en Guatemala se establecen hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

"La familia es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción. Es decir: los elementos constitutivos o fuentes de la familia son el matrimonio, la filiación y la adopción."[63]

El segundo de los conceptos anteriores parece estar más de acorde, a las nuevas corrientes doctrinales, y la legislación vigente; el ordenamiento jurídico guatemalteco actual no establece una definición concreta de familia, a pesar de ellos si podemos encontrar en diferentes códigos algunas nociones de ello, el más concreto se encuentra en el Código Civil Artículo 1940 numeral 2 en la familia se comprende su esposa o conviviente de hecho, hijos, padres, o personas que dependan de él económicamente.

Por aparte, la Ley de Adopciones Artículo 2 incisos f) Familia ampliada: es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias. g) Familia biológica: comprende a los padres y hermanos del adoptado.

[63] Parra Benítez. **Ob. Cit.** Pág. 92

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A

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

La intención de establecer el apartado constitucional por último es debido a que; remarca la concepción que el Estado de Guatemala acoge sobre la familia, y sigue un mismo sentido en paralelo con la progresividad de los derechos humanos. Abandonando el pensamiento primario en que la familia era gobernada por un cabeza de familia delegada en el padre, subyugando al resto de los miembros a su voluntad, y limitando el actuar de cada miembro al acto por el cual se unía al núcleo familiar; "según la filiación los tratadistas suelen hablar de familia legítima, natural o meramente civil esta clasificación puede decirse que tiende a desaparecer. En cambio, actualmente se habla de familia nuclear y de familia extensa."[64]

No hay que confundir la finalidad del derecho de familia y la finalidad de la familia; el derecho de familia regula las relaciones entre sus miembros y de estos con terceros, mientras que la familia persigne concentrar en un grupo de personas relaciones de protección y confianza, "Varias son las funciones de la familia. Entre las principales están la de satisfacer las necesidades de sus miembros afecto, comunicación, supervivencia, atención, socialización, seguridad económica, etc. y la de protegerlos." [65]

[64] Parra Benítez. **Ob. Cit.** Pág. 93
[65] **Ibíd.**

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Es tal la importancia de la familia que el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala la reconoce como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y al Estado, como responsable de la promoción del bien común, en ese sentido, es el propio Estado quien toma la responsabilidad de las funciones familiares de aquellos individuos que no cuenten con una "si la familia no existe, el Estado la substituye; es quien recoge a los niños, los cría y los educa."[66]

Esta obligación constituye una doble función, la ejecutiva y de supervisión, el Estado a través del al Organismo Ejecutivo, puede realizar ambas; sin embargo ante su incapacidad o mejores condiciones puede y es delegada la función ejecutiva a instituciones no gubernamentales, mientras la función supervisora es única y exclusiva y no delegable.

3.6. La filiación

Antes ya se comentó sobre la existencia de relaciones entre personas, las relaciones jurídicas y las relaciones no jurídicas, las primeras establecidas y reguladas por el ordenamiento jurídico que conllevan consecuencias de la misma naturaleza, la filiación es esa relación que surge entre ascendientes y descendientes, conlleva una serie de facultades derechos y obligaciones recíprocos, cuyo origen se manifiesta de forma natural a través del nacimiento, o bien, a través de un acto constitutivo creado por el derecho, con finalidades semejantes.

---

[66] **Ibíd.**

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La filiación se ha definido como "vínculo jurídico que une a un hijo con su padre y con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente."[67]

Efectivamente la filiación es un vínculo personal que une a varios sujetos entre sí, de la filiación proviene el parentesco; que puede ser por consanguinidad, la que se da entre sujetos que desciendan de una persona en común; por afinidad, que es la que se da entre esposos y los parientes consanguíneos de estos y el parentesco civil que nace de la adopción.

"Es la relación jurídica que se establece entre padres e hijos, puede derivar del hecho biológico de la procreación y nacimiento de un nuevo ser, o puede tener un origen legal como sucede con la adopción."[68]

Parte de la doctrina clásica y el propio Código Civil, hacen una distinción y clasifican la filiación en: filiación matrimonial o legitima, filiación extramatrimonial, y filiación adoptiva, criterios que de a poco van desapareciendo, pues son obsoletos y contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional e internacional, representan una distinción discriminatoria entre los hijos habidos dentro del matrimonio, de aquellos que no lo son, y aún más con aquellos que entran al núcleo familiar por medio de la adopción. Aunque en este ultimo la diferenciación es comprensible como lo indica Ramos Pazos "El fundamento de toda filiación es el vínculo de sangre existente entre el

[67] López Díaz, Carlos. **Manual de derecho de familia y tribunales de familia.** tomo II. Pág. 411
[68] Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 142

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
69
GUATEMALA, C. A.

padre y el hijo, proveniente de las relaciones sexuales, lícitas o ilícitas, de los padres.[69]

Al no existir un vínculo consanguíneo, la distinción de la filiación adoptiva encuentra su fundamento en la propia creación, porque a pesar que la filiación consanguínea y la filiación civil llamada también así a la adoptiva, tiene los mismos efectos, su establecimiento es totalmente opuesto al ser el primero un hecho natural y la segunda una institución creada por el derecho, es decir, si el propio derecho la crea y constituye es posible también que sea el mismo quien pueda terminarla.

3.7. La patria potestad

También llamada como autoridad de los padres, la patria potestad es uno de los efectos de la filiación, y es "conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad."[70]

El autor Díaz, manifiesta que existe diferencia entre patria potestad y autoridad paterna, "el conjunto de derechos y deberes que nacen de ella, admiten una clasificación dependiendo del cariz que tenga: si apuntan a la persona de los hijos y las relaciones de índole moral, se denomina autoridad paterna; en cambio, si se refieren a los bienes y su administración, se denomina patria potestad."[71]

La patria potestad más que una institución jurídica es un efecto o consecuencia de una

---

[69] Ramos Pazos, Rene. **Manual de derecho de familia.** tomo II Pág. 389
[70] Belluscio, Augusto Cesar. **Manual de derecho de familia**. tomo II. Pág. 353
[71] López Díaz. **Ob. Cit.** Pág. 124

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

de ellas; de la filiación, pues no hay necesidad de constituirla ni declararla, es un estado jurídico preestablecido que conlleva una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre padre, madre e hijos.

La patria potestad no es permanente en todos sus efectos, puesto que unos se extinguen al momento que los hijos alcancen la mayoría de edad, salvo que estos sean declarados incapaces.

La patria potestad toma realce jurídico, por ser esta la facultad de los padres en la toma de decisiones en nombre de los hijos que aún no alcanzan la mayoría de edad, y es exclusiva de ellos, pues nadie más puede ejercerla. A falta de los padres la representación de los menores puede ejercerla otra persona, bajo la figura de la tutela, y a falta de personas idóneas, la representación la ejerce el Estado a través de la Procuraduría General de la Nación.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO IV

4. La adopción, definición

"En términos generales, la adopción es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Sus alcances varían, sin embargo, según los distintos ordenamientos jurídicos positivos, los que inclusive reconocen distintos tipos de adopción, así como instituciones que extienden o reducen sus efectos, tales como la adopción plena y la custodia."[72]

Se manifiesta como una institución jurídica porque, comprende un conjunto integral de elementos, normas derechos y obligaciones organizadas a objetivos determinados; que varían entre las distintas legislaciones, por ello mismo se dice que es una institución porque sus reglas son dinámicas y dóciles a la realidad social que se aplica.

"La adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a estos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial. La adopción es un vínculo filial creado por el derecho."[73]

Este concepto se refiere más al acto de la adopción, que a su conjunto normativo como tal; por el acto de la adopción efectivamente, previo a cumplir con todas las formalidades, se constituyen entre dos personas que no necesariamente deben ser

---

[72] Bellusio. **Ob. Cit.** Pág. 309
[73] Pérez Contreras, María de Montserrat. **Derecho de familia y sucesiones.** Pág. 131

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

totalmente extrañas los deberes y obligaciones que recíprocamente existen entre padres, e hijos, acto que puede ser administrativo, judicial o bien mixto según el contexto jurídico vigente.

"La adopción es un contrato solemne sometido a la aprobación judicial que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima. Sin embargo, el parentesco ficticio que resulta de la adopción solo de manera imperfecta imita el verdadero parentesco. La adopción no destruye las relaciones de filiación que el adoptado recibe de su nacimiento; el parentesco ficticio que crea se sobrepone a estas relaciones sin sustituirse a ella."[74]

Como en las definiciones anteriores la doctrina ha nominado de manera diferente la adopción; Guatemala ha establecido la misma como una institución jurídica social de protección, lo cual concuerda con lo establecido en el primero de los conceptos, al ser un conjunto integral de normas, ya que solo se limita a las propias, completa su función y necesidades de otras instituciones jurídicas del derecho civil, como la patria potestad, el derecho de alimentos, los bienes propiedad y la sucesión hereditaria.

La definición legal se establece en el Artículo 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala y Artículo 2 inciso a) de la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007. "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." Siendo una prioridad para el Estado los niños huérfanos y abandonados.

---

[74] Planiol, Marcel; Ripert, Georges. **Derecho civil**. Pág. 240

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

4.1. Antecedentes históricos de la adopción como institución jurídica

De la adopción podemos distinguir cinco etapas en su desarrollo; la primera, su origen se encuentra en la antigua India, cuyas primeras características y fines estaban lejos de los actuales, sin mencionar el procedimiento el cual era nulo; la adopcion era concebida como una forma de conservar el culto familiar religioso de aquellas personas carentes de hijos biológicos. "Por lo pronto, en nada jugaba el interés del adoptado. En cuanto al del adoptante, no era su objeto el de colmar sus ansias paternales sino uno de carácter religioso, el de asegurar la continuación del culto familiar, que se habría visto interrumpido por la falta de descendientes. De ahí que su origen deba hallarse en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos. Una hipótesis bastante fundada considera que se originó en la India. La adopción estuvo bastante generalizada en la Antigüedad. Fue conocida, siempre por las indicadas razones religiosas, en la India, Egipto, entre los hebreos y en Atenas."[75]

Una de las características más peculiares en esta primitiva institución jurídica, es que trascendía la vida, ya que permitía ingresar a la familia del fallecido, con calidad de hijo, con el objeto de transmitir y conservar su legado familiar. "Ésta como otras de las instituciones de los pueblos antiguos tenía la finalidad de proporcionar descendencia a quien no la tenía o había fallecido sin hijos, logrando de esta manera, la permanencia del grupo familiar mediante la respectiva transmisión del nombre, patrimonio, religión etcétera."[76]

---

[75] Bellusio, **Ob. Cit.** Pág. 310
[76] Pérez Contreras. **Ob. Cit**. Pág. 131

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La segunda etapa se desarrolla en el derecho romano, diferentes pueblos establecieron de forma alguna la adopción, de acuerdo a los ideales sociales de cada uno de ellos, en el derecho romano es donde está verdaderamente se desarrolla, en el se distinguían dos formas de la adopción; la arrogación y la adopción; "la arrogación (*adrogatio*), que era la adopción de un *sui iuris*, e implicaba la incorporación del adoptado y de las personas sometidas a su potestad en la familia del adoptante, así como la transferencia de su patrimonio a éste; y la adopción (*adoptio*), que era en cambio la de un *alieni iuris*, que salía así de su familia de sangre y de la potestad de su paterfamilias para ingresar en la del adoptante."[77]

Los *sui iuris*, eran sujetos con capacidad jurídica plena y propia, es decir, aquellos que no estaban sujetos a ninguna autoridad, generalmente los cabeza de familia, estos ingresaban a la familia del adoptante por medio de la arrogación, con dos cualidades específicas: la primera, en esta forma de adopción básicamente se adoptaba a una familia completa, al cabeza de familia y todos los demás miembros que estaban sujetos a él; y la segunda cualidad recaía sobre el patrimonio de la familia adoptada al pasar a formar parte del patrimonio del adoptante; por el contrario los *alieni iuris* eran personas que no gozaban de capacidad jurídica plena, estos estaban sujetos a una autoridad, sea como hijos, esposa o esclavos, era una forma de adopción singular en esta se abandonaba la autoridad a la que se estaba sujeto, para quedar sujeto a la autoridad del adoptante.

También en el derecho romano "se distinguió entre la adopción plena (*adoptio plena*) y

[77] Bellusio. **Ob. Cit.** Pág. 310

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

la menos plena (*adoptio minus plena*), que en algunos aspectos se aproxima más a la distinción actual entre adopción plena y simple. La adopción plena era la realizada por un ascendiente, que ocasionaba la sumisión del adoptado a la patria potestad del adoptante; la menos plena, la realizada por un extraño, en la que el adoptado conservaba su situación familiar anterior sin quedar sujeto a la patria potestad del adoptante, y cuyo efecto fundamental era darle derecho sucesorio *ab intestato* en la sucesión de éste."[78]

Se tiene que mencionar que en el derecho romano la adopción solo podía realizarse por hombres, pues uno de los principales fines era asegurar la descendencia y con ello la permanencia del nombre familiar.

La tercera etapa de la adopción se comprende entre la edad media hasta la primera década del siglo pasado, periodo que poco se desarrolló, básicamente seguía siendo la misma regulación contenida en el derecho romano, "Durante las edades media y moderna, la adopción fue perdiendo prestigio e interés, y la institución sólo fue mantenida en la legislación española, donde la reglamentaron el Fuero Real y las Partidas, que la denominaban prohijamiento. Las Partidas distinguían entre la arrogación, que correspondía a personas no sometidas a patria potestad, y la adopción, que se aplicaba a personas sujetas a la potestad de otro, subdividida en adopción plena y perfecta, y menos plena e imperfecta."[79] Cabe mencionar que entre la arrogación y la adopción esta última es la que subsistió, y que dio forma a la institución jurídica de la

[78] **Ibíd.** Págs. 310-311
[79] **Ibíd.** Pág. 311

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

adopción que actualmente se conoce.

"En el antiguo derecho francés decayó como consecuencia de la mayor importancia atribuida a los vínculos de sangre y de haber dejado de ser deshonroso el hecho de fallecer sin descendencia masculina; el Código Napoleón la mantuvo en difíciles condiciones formales y de fondo. Requería 50 años en el adoptante, tener por lo menos 15 más que el adoptado, y haberlo atendido durante su minoridad; era contractual, necesitaba consentimiento del adoptado, que debía ser mayor de edad. Sólo se exceptuaba de esos requisitos a la adopción remuneratoria, que podía tener lugar cuando el adoptado había salvado la vida del adoptante, y la testamentaria sometida a las formas de los testamentos."[80]

Con estos requisitos poco asequibles la adopción con toda razón resultó ser poco útil, pues al estar reservada únicamente para hombres mayores adoptante y adoptado, estaba más dirigida como una forma de trasmisión patrimonial ya que privaba de ella a quienes en la actualidad se consideran como los más necesitados, en recibir sus beneficios; los niños y adolescente a quienes se le ha vulnerado el derecho a una familia.

La cuarta etapa en el desarrollo de la adopción tiene lugar casi en su totalidad en Francia, quien fue la principal precursora de ella durante los primeros años de la tercera década del siglo XX, esto a consecuencia de finalizar la Primera Guerra Mundial. "Hasta 1923 año en que a causa del problema de la existencia de numerosos huérfanos

[80] **Ibíd.** Pág. 311-312

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

por la pérdida de sus padres en la Primera Guerra Mundial fue modificado con la admisión de la adopción de los menores de edad."[81]

Dentro los avances más notables a resaltar además de la antes mencionada se establecen: la permisibilidad de la adopción a hombres y mujeres por igual, o en pareja; la adopción por parte de extranjeros, se redujo edad para adoptar y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado que inicialmente estaba fijada en 15 años, y se estableció como un contrato solemne.

El avance más significativo para este trabajo, se introdujo mediante la Ley del 19 de junio de 1923 en la legislación francesa, la revocación de la adopción, sin duda alguna fue la disposición más revolucionaria y sin precedente, ya que esa fecha la adopción era un acto de carácter perpetuo. A partir de esta nueva legislación francesa, la adopción con sus nuevas disposiciones se extiende por otros países que han sido directamente influenciados en su ordenamiento jurídico por el mismo, como América Latina, especialmente Guatemala.

La quinta etapa en el desarrollo de la adopción se desenvuelve en la segunda mitad del siglo pasado, esta vez se concibe como solución reparadora en la vulneración de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, que por diversos motivos han sido privados de una familia, como culmen de su ideal es quien debe la asistencia afecto y protección de estos para que puedan alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad y dignidad como seres humanos.

---

[81] **Ibíd.** Pág. 312

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

En este sentido el Estado de Guatemala ha suscrito y ratificado convenios y protocolos internacionales como la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; Convención Sobre los Derechos del Niño, entendiéndose en este término niños, niñas y adolescentes y Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores; en materia de adopciones específicamente el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; así como el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño Relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños; estos y otros instrumentos que van encaminados a asegurar la efectiva tutela de los derechos de los niños en un ámbito nacional y supranacional.

4.2. Clases de adopción

La doctrina, ha distinguido la adopción en: 1) adopción plena y 2) adopción simple, distinción que se ha caracterizado de acuerdo a los efectos que produce en las relaciones filiales del adoptante y del adoptado, así como en los derechos y obligaciones que se derivan del mismo, el ordenamiento jurídico guatemalteco no establece de forma expresa cuál de ellas se ha legislado, motivo que nos obliga a establecer cada una de ellas con sus cualidades, así podremos establecer la postura que recoge la normativa vigente.

4.2.1. La adopción simple

Por la adopción simple se "reconoce al menor como hijo legitimo del adoptante, y en la

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

que la relación de parentesco sólo se establece entre el adoptante y el adoptado; esto es, el menor adoptado no tiene ningún vínculo con los parientes de la persona o personas que lo adoptan."[82]

Por la adopción simple únicamente se crea el parentesco civil y este únicamente se da entre el adoptante y el adoptado; sin embargo, esta no es la única cualidad a continuación se detallan otras: a) se conservan todos los vínculos de filiación con su familia consanguínea, b) derivado de lo anterior conserva el derecho a la sucesión hereditaria con los mismos, c) puede el adoptado conservar el apellido de su familia consanguínea d) es revocable e) subsisten los impedimentos matrimoniales con su familia consanguínea.

En Guatemala, la adopción legislada cuenta con una sola de estas características y se encuentra regulada en el Artículo 190 del Código Civil, la Ley reconoce el parentesco... y el civil que nace de la adopción y solo existe entre adoptante y adoptado.

4.2.2. La adopción plena

"El adoptado por adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes."[83]

---

[82] Pérez Contreras. **Ob. Cit**. Pág. 134
[83] **Ibid.** Pág. 137

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

En la doctrina, por la adopción plena el hijo adoptado adquiere igual condición que el hijo biológico, aunque en Guatemala, a pesar de que dicha condición se establece de forma expresa en el Artículo 54 constitucional y el Artículo 2 de la Ley de Adopciones, debemos señalar que no es del todo exacto, pues el Código Civil, Artículo 190 indica que el parentesco civil es aquel que nace de la adopción; y únicamente se establece entre el adoptante y el adoptado, característica que es propia de la adopción simple y contraria a la plena, pues si se equipara a un hijo biológico debería de crearse o reconocerse ese vínculo de filiación, aun sea ficticio, entre el adoptado y los parientes consanguíneos del adoptante.

Una característica de la adopción plena, que si comparte la doctrina con la legislación guatemalteca se manifiesta en el derecho de sucesión hereditaria, al romper el vínculo con la familia consanguínea, conservando únicamente la adoptiva, pues el Artículo 1076 establece que el hijo dado en adopción pierde todo derecho de sucesión con su antigua familia, pero a la vez llama a la sucesión intestada de su o sus padres adoptivos en primer grado juntamente con sus hermanos y el cónyuge supérstite, de haberlo.

La obligatoriedad del adoptado de llevar el apellido del adoptante también es otra característica de la adopción plena, así mismo su irrevocabilidad, porque el objetivo principal de la adopción es otorgar una familia que pueda satisfacer la necesidades de protección, afecto y provisión de lo necesario para el desarrollo integral del adoptado. El fundamento legal de la obligatoriedad del apellido lo encontramos en la Ley del Registro Nacional de las Personas Decreto número 90-2005 Artículo 70. Se inscriben en el Registro Civil de las Personas. a), b), j) Las adopciones. Cabe resaltar que el objeto de

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

realizar la inscripción de dicho acto, es el reconocimiento como hijo propio que se da al adoptado, frente a la sociedad; acto mediante el cual se le otorga el apellido del adoptante.

Una característica común que comparten ambas formas de adopción, la plena y la simple es que subsisten y se mantienen los impedimentos para contraer matrimonio, con los miembros de su familia biológica, así como con los miembros de la familia adoptiva en los grados que fija la ley, esto por la equiparación que hace la ley de hijo adoptado con el biológico y teniendo en cuenta que los vínculos de sangre no pueden eliminarse por la declaratoria de adopción.

Establecidas las características propias de cada una de las formas de adopción que la doctrina ha desarrollado, podemos afirmar que la legislación guatemalteca no se ajusta de forma completa a ninguna de ellas, pues establece la adopción con características de ambas, en su mayor parte con características de la adopción plena.

El actual marco jurídico de la adopción puede representar una grave violación a los derechos de los adoptados, esta problemática tiene un punto de partida bastante definido, señalamos como inicio del mismo, la entrada en vigencia de la Ley de Adopciones en el año 2007, si bien es cierto que estas nuevas disposiciones representaron gran avance en la regulación de la adopción en concordancia con los estándares internacionales, se olvidó de legislar, aspectos sumamente fundamentales y que ahora representan incertidumbre jurídica y posibles violaciones a los derechos tanto de los adoptados como de los adoptantes.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A

4.3. Naturaleza jurídica de la adopción distintas teorías

La adopción desde su creación en las antiguas civilizaciones, ha variado en distintas etapas, la razón se halla en el objetivo que se fijó para ella, además de la percepción y aceptación por parte de los sujetos a quienes estaba dirigida; la primera etapa se distinguió por aceptar únicamente como sujetos de ella a quienes gozaban de capacidad para contratar y obligarse por sí mismos o a través de representante, con lo cual se establece la primera teoría acerca de su naturaleza jurídica; la segunda teoría nace de la intervención del Estado para su formalización; la última teoría que trata de descubrir su naturaleza jurídica, lo hace desde su finalidad con el reconociendo de los derechos humanos.

4.3.1 Teoría contractual

Al recordar las ya citadas palabras de Planiol, al conceptualizar la adopción manifiesta que la misma, es un contrato solemne sometido a la aprobación judicial que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima. Esta teoría contractual se basa en los elementos básicos del contrato: 1) la capacidad legal, 2) la voluntad, 3) el consentimiento libre de vicios, de los sujetos que intervienen en el mismo y 4) el objeto lícito.

"En la teoría contractual primara el espíritu romano-civilista del individualismo y el valor a la autonomía de la voluntad, y por lo tanto se privilegiara para la conceptualización y desarrollo de la adopción el valor de las manifestaciones de voluntad del adoptante y del

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

adoptado."[84]

Esta teoría es la más antigua entre las que trata de explicar la naturaleza jurídica de la adopción, y los argumentos que presenta son obsoletos en la actualidad, pues a pesar que existe una manifestación de voluntad de las partes que intervienen en la adopción esta no es suficiente como elemento para su formalización, otra deficiencia que se le atribuye es la no explicación en la intervención de las autoridades administrativas y judiciales, que desconfigura totalmente el principio contractual que reside en la autonomía de la voluntad de las partes.

4.3.2. Teoría del acto condición

Podemos indicar que esta teoría no es tan diferente a la anterior, ambas siguen una misma línea marcando prioridad a la voluntad de las partes, que únicamente se condiciona a los requisitos establecidos en la ley, y que la intervención de las autoridades estatales únicamente se limita a verificar el cumplimiento de las formalidades legales.

Esta teoría a pesar de mostrar un ligero avance al tratar de explicar la intervención del Estado en los procesos de adopción, tampoco fue de gran relevancia y poco impacto tuvo en el desarrollo de la misma, su aspecto qué más podemos criticar sigue siendo la extremada importancia puesta en la autonomía de la voluntad de las partes, pues no prioriza ni revela la verdadera finalidad de la adopción.

---

[84] Salazar Blanco, Giselle. **Naturaleza jurídica de la adopción.** Pág. 235

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

4.3.3. Teoría institucional

"En la teoría institucional se concibe a la adopción como una institución de derecho del niño y adolescente, entendiendo el derecho de la infancia y adolescencia como un cuerpo normativo que contiene principios específicos cuya finalidad es la protección integral de los derechos del niño y adolescente." [85]

Esta teoría ha sido desarrollada desde la doctrina de la situación irregular que es "aquella ideología que se plasma en las legislaciones de menores que tuvieron como fundamento la teoría de la defensa social y la priorización de las políticas de seguridad ciudadana para la protección de un sector específico de la infancia, los menores. Este sector era visto por la sociedad y el Estado como peligro para la sociedad, que demandaba políticas de seguridad, la peligrosidad latente que ostentan aquellos menores abandonados que al carecer de una familia que ejerciera la labor de corrección y un hogar estaban proclives a la delincuencia, en ese sentido es el Estado quien implementa medidas de seguridad y de defensa social ante esta amenaza."[86]

Sin profundizar en ella, esta teoría parece bastante aceptable, pues se basa en el principio de la protección integral del niño, justifica la intervención del Estado, y elimina los elementos contractuales, sin embargo, se encuentra justificada en una realidad apreciada como anormal, identificando a la niñez como un grupo de amenaza donde inician los males para el resto de la sociedad, por lo que tampoco es aceptada.

---

[85] **Ibíd.** pág. 236
[86] **Ibíd.** pág. 237

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

4.3.4. Teoría institucional desde la perspectiva del niño como sujeto de derecho

Podemos indicar que una nueva perspectiva de la teoría institucional de la adopción nace con la Convención sobre los Derechos del Niño, innovando desde la eliminación del término menor que contenía una connotación de inferioridad con relación al Estado, la familia y los adultos, se sustituyó con la expresión niños, niñas y adolescentes, reconociendo desde esta expresión a los mismos como sujetos de derechos quienes tienen capacidad de gozarlos y exigirlos, otro avance en el mismo sentido se incorpora con el desarrollo de los derechos humanos, en que el Estado no es un proveedor de ellos sino un garantista limitando su actuar al reconocimiento de estos derechos, con el reconocimiento del derecho al desarrollo integral y del principio de interés superior de niño, se traslada a un segundo plano derechos de terceros o derechos difusos, colectivos sociales.

El interés superior del niño, "principio, que establece el pleno reconocimiento del niño como centro de imputación de derechos y deberes, derechos humanos genéricos, los que tienen por su condición de persona, y derechos humanos específicos, aquellos derechos que ostentan por la condición de niño y el estado de desarrollo en que se encuentran, implicando la mejora y reforzamiento de las normas en favor de la infancia frente a las normas otorgadas a todos los seres humanos."[87]

Ante todo lo expuesto, podemos afirmar que la verdadera naturaleza jurídica de la adopción, íntegramente es de una institución jurídica garantista; pues cuenta con un

[87] Ibíd. pág. 238

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

conjunto de normas jurídica específicas nacionales e internacionales, y principios propios destinados a brindar una efectiva tutela de los derechos específicos e inherentes de la niñez y adolescencia, cuya esencia se encuentra en los derechos fundamentales de la dignidad, la libertad, la igualdad y específicamente en los niños y adolescentes, el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Esa misma condición de institución garantista de los derechos fundamentales, no le permite excluir a los otros sujetos de la adopción, los adoptantes que como personas gozan de la misma protección jurídica para el goce de los mismos derechos fundamentales y humanos que inspira la adopción. Es decir, tanto el adoptado como el adoptante tienen el mismo derecho a la vida, la libertad, la integridad y el desarrollo de su personalidad.

4.4. Regulación de adopción y su rectoría en Guatemala

El fundamento y regulación legal de la adopción en Guatemala se encuentra dispersa en varios cuerpos normativos, el primero y de mayor jerarquía lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente el Artículo 54 adopción. El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

Juntamente con este predicado constitucional, podemos incorporar la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en materia de derechos humanos goza de preeminencia y del mismo rango constitucional, en atención al Artículo 46 constitucional y su explicación dada en este mismo trabajo.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Como se explicó la normativa constitucional únicamente sirve como fundamento y guía, siendo las normas ordinarias quienes desarrollan su contenido; anterior al año 2007, la adopción se encontraba regulada de manera separada en dos códigos, el Código Civil que regulaba dentro de los Artículos 228 al 251, una mayor parte de ellos, disposiciones sustantivas, otras pocas adjetivas y de competencia para los jueces de primera instancia, disposiciones que se complementaban con la Ley para la Tramitación de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria que contenía la normativa formal para el otorgamiento de la escritura pública de adopción

Actualmente la regulación normativa en materia de adopciones se regula en el Decreto 77-2007 Ley de Adopciones, con vigencia desde el 31 de diciembre del 2007 la cual representa avances significativos en el reconocimiento de derechos humanos específicos del niño, en especial la de pertenecer a una familia y gozar la protección de ella, no hay que olvidar también, que esta misma Ley regula la adopción de los mayores de edad bajo la misma premisa del derecho a una familia como derecho humano.

A pesar de que esta nueva ley cumplió con muchos de los estándares internacionales para la protección de la niñez y adolescencia, también dejó algunos vacíos legales al no regular algunos aspectos sustantivos fundamentales, sobre la adopción, la que más nos interesa la terminación de la adopción, aspecto que si regulaba la normativa anterior.

Con respecto a su rectoría, la normativa anterior a la nueva ley vigente; no se contaba con un órgano especial, únicamente las adopciones estaban a cargo de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, para los casos de niños, niñas y

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

adolescentes abandonados, para otros casos la voluntad de dar en adopción dependía de los padres, y en ambos casos previa autorización del juez de primera instancia, se formalizaba ante notario público la escritura pública de adopción; procedimiento discrecional y con pocos controles, que tuvo como resultado la adopción ilegal o ilegitima de muchos niños niñas y adolescentes en Guatemala problema que se agudizo con el conflicto armado interno.

Ante esta problemática, y con la presión de la comunidad internacional desde el año 2007 con la nueva ley de adopciones, el órgano rector en materia de adopciones de niños, niñas y adolescentes o bien de mayores de edad, está a cargo de una autoridad central, el Consejo Nacional de Adopciones, la cual es una entidad autónoma de derecho público y con personalidad jurídica propia para adquirir derechos y obligaciones. Como autoridad central es la única encargada de velar por el fiel cumplimiento de la ley en los trámites de adopción tenido como principio rector en todas sus actuaciones el interés superior del niño y adolescente.

4.5. Efectos de la adopción según la legislación guatemalteca

La adopción en el ordenamiento jurídico guatemalteco no comparte en su totalidad; las características que la doctrina ha desarrollado para la adopción plena o adopción simple, esta última casi en desuso, con esta declaración y lo desarrollado en el apartado respectivo, afirmamos que la adopción en Guatemala en *sui generis* es decir única en su género porque cuenta con características de ambas formas de adopción que la hacen única, y que causan efectos únicos y propios.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

En primer lugar debemos reiterar que por medio de la adopción una persona llamada adoptante toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona, la constitución de este acto tiene los siguientes efectos.

a) En la filiación; a pesar de que la propia Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Adopciones, establecen de forma armónica que por la adopción el hijo adoptado goza de los mismos derechos que un hijo biológico, este tiene algunas limitaciones. Primero porque se establece que la filiación adoptiva únicamente existe entre el adoptante y el adoptado, característica que es propia de la adopción simple, es decir no crea ningún vínculo de parentesco entre los parientes consanguíneos del adoptante con el adoptado. Segundo rompe de forma definitiva todo vínculo de filiación con su familia biológica subsistiendo únicamente los impedimentos para contraer matrimonio.

b) En la patria potestad, el Artículo 274 del Código Civil último párrafo literalmente expresa "la patria potestad también se pierde cuando el hijo es adoptado por otra persona." Es oportuno recordar aquí que la patria potestad según el mismo Código en su Artículo 254 establece "comprende, el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición." Sobre la misma patria potestad el Artículo 258 indica "la patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado."

c) Sobre los bienes, la nueva Ley de Adopciones Artículo 50 regula con respecto a ellos

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

si el menor adoptado tiene bienes es necesario realizar el acta de inventario; misma que deberá de faccionarse previo a dictarse la resolución de homologación por parte del juez de primera instancia de familia.

d) Sobre la sucesión hereditaria, especialmente sobre la intestada que se regula en el Código Civil, los hijos adoptivos al gozar de igual derecho que los hijos biológicos, ocupan el primer lugar para suceder a sus padres adoptivos en todos sus bienes derechos y obligaciones, o limitarse a uno solo de ellos si la adopción hubiera sido de manera singular por solo uno de los cónyuges. Como ya lo explicamos al romper la filiación con la familia biológica también se rompe el derecho a la sucesión intestada con ellos, ambas disposiciones contenidas en los Artículos 1078 y 1076 del Código Civil respectivamente.

4.6. Proceso de adopción en Guatemala

El tema de la adopción comprende dos unidades, la primera como institución jurídica que explica su origen, contenido, naturaleza y finalidad; la segunda; la adopción como mero proceso práctico para la formalización de dicha institución, Guatemala, por medio de las obligaciones adquiridas mediante la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el Convenio de la Haya en Materia de Adopciones y Cooperación Internacional, ha establecido el proceso de adopción en dos fases; administrativa y judicial, en ambas fases se ha establecido el interés superior del niño como principio rector y guia, que busca asegurar la efectiva tutela de los derechos de estos, el cual debe estar presente para cualquier decisión o resolución que se dicte. Actualmente no

existe un proceso predeterminado para el seguimiento de la adopción ya formalizada.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

4.6.1 El proceso de adopción

a) Declaratoria de adoptabilidad, el proceso de adopción inicia con la sentencia de declaratoria de adoptabilidad dictada por un juez de la niñez y adolescencia; esta resolución podrá dictarse después de haber agotado el proceso de la niñez o adolescencia amenazada o violada en sus derechos humanos contenido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; o bien cuando por manifestación voluntaria de los padres deciden entregar a su hijo en adopción, y se haya agotado el proceso de orientación el cual es obligatorio y previo a que los padres ratifiquen su voluntad. La resolución que dicte la declaratoria de adoptabilidad deberá ser comunicada inmediatamente al Consejo Nacional de Adopciones.

b) Formación de expediente de niño, con la declaratoria de adoptabilidad, el equipo multidisciplinario del Consejo Nacional de Adopciones inmediatamente deberá iniciar la formación del expediente respectivo que contenga el perfil del niño, completado el mismo se procederá a la selección de la familia idónea, dentro de las que hayan presentado su solicitud de adopción y sean calificados como idóneos.

c) Selección de familia, dentro de las familias que hayan presentado solicitud de adopción, y sean calificadas como idóneas, deberá seleccionarse la que más satisfaga los intereses del niño, decisión que deberá notificárseles, en ella se le hará saber la asignación del niño, además de poner a conocimiento el historial del niño,

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

características y demás datos personales. Esta familia tendrá un plazo no mayor de 10 días para la aceptación de asignación del niño, aceptación que debe ser por escrito.

d) Periodo de convivencia, aceptada la asignación del niño, se fijara el periodo de convivencia entre el niño y los posibles adoptantes o adoptante, el periodo no podrá ser menor a cinco días y deberá desarrollarse con acompañamiento del equipo multidisciplinario para evaluar y apoyar la adaptación del niño y de los posibles adoptantes; al iniciar este periodo deberá comunicarse al juez de primera instancia de la niñez y adolescencia que resolvió la declaratoria de adoptabilidad.

e) Informe de empatía, terminado el periodo anterior el equipo multidisciplinario deberá escuchar la opinión del niño de acuerdo a su madurez y edad; opinión que es vinculante dentro del proceso de adopción. De la convivencia y la opinión del niño, el equipo multidisciplinario rendirá su opinión, si esta es favorable la dirección general emitirá el certificado de empatía correspondiente.

f) Resolución final, emitido el informe de empatía dentro de los cinco días siguientes deberá dictarse la resolución final, misma que declara la procedencia o no de la adopción, si es aprobada deberá extender las certificaciones necesarias.

g) Homologación judicial, si la resolución de procedencia de la adopción es favorable los interesados deberán presentar al juez de primera instancia e familia solicitud de homologación, en esta fase el juez actúa como contralor de todo el proceso administrativo, y tiene por obligación verificar que se hayan cumplido con todos los

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

requisitos de la Ley de Adopciones y del Convenio de la Haya en la materia, si es así se dictara la resolución final declarando con lugar la adopción se otorgara la custodia del niño, si este tuviera bienes deberá faccionarse el acta de inventario correspondiente.

Ahora bien el proceso anterior toma inclinación y pone énfasis en la adopción de niños y adolescentes abandonados y huérfanos velando por su interés superior, sin embargo, también en la misma Ley de Adopciones y su respectivo reglamento se establecen otros procesos de adopción como el del hijo del cónyuge y del mayor de edad, formas de adopción que persiguen los mismos fines, el derecho a una familia, pero sobre todo el derecho a la seguridad, igualdad, libertad y una vida digna derechos que en su conjunto se denominan por el neoconstitucionalismo como derecho al desarrollo de la personalidad.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO V

5. Terminación de la adopción en Guatemala desde una perspectiva constitucional

Hasta ahora nos hemos ocupado de establecer todo el andamiaje que ha permitido conocer y fundamentar, el origen, los sujetos, objeto, finalidad, forma, proceso y efectos de la adopción; misma que encuentra sus basamentos en los derechos humanos desarrollados en los tratados internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala; derechos como la igualdad, la libertad, la familia, el interés superior del niño, la dignidad humana y el derecho al desarrollo integral de la personalidad.

Si son estos derechos fundamentales o derechos humanos los que inspiran la adopción debemos preguntarnos: ¿pueden ser estos mismos derechos que presenten la posibilidad de terminar la misma, cuando los fines que la adopción persigue no sean posibles de alcanzar o compensar; y al contrario mantener la adopción provoque o ponga en grave peligro esos mismos derechos fundamentales o que presenten una disminución, en el goce de todos o alguno de ellos por parte de los involucrados? ante esta interrogante exponemos los argumentos que permitan responder a ella; siendo conscientes que la adopción es una institución jurídica con efectos para el adoptante, como el adoptado quienes gozan de la misma protección constitucional.

Durante la guerra interna en Guatemala se provocaron incontables violaciones a los derechos constitucionales, entre los sectores más afectados, la niñez y la adolescencia; a tal grado que el país se estableció con un calificativo: de exportador de niños y

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

adolescentes en adopción, término peyorativo que no es alentador de recordar, es preciso indicar y dejar claro que no se debate sobre los casos de adopción de tantos niños y adolescentes, en aquella época gracias a los tratados y convenios relativos a la adopción internacional y la presión de la comunidad internacional no solo Guatemala, si no que todos los países miembros que no regulaban esta institución es que 10 años después de la firma de la paz, entra en vigencia la nueva Ley de Adopciones que a pesar de frenar aquel flagelo denunciados deja muchos vacíos cuando se promulga muestra de ello es que la presente investigación pretende demostrar que efectivamente existen vacíos legales que deben ser llamados a corregir.

Pero, existe también una contraparte de la que poco se ha tratado hasta la actualidad, un tema tabú generado sobre los casos de adopción, que por motivos diversos no ha logrado alcanzar el desarrollo de la personalidad, finalidad tan ansiada para cada uno de los sujetos de la adopción; la respuesta a la hipótesis planteada se basa para los casos de adopción formalizada, en la cual no hayan existido vicios del consentimiento ni procedimentales, es decir en las adopciones que presentan problemas post adopción analizados desde el derecho a la autodeterminación individual, el interés superior del niño y el derecho a la dignidad humana.

5.1 Terminación de la adopción como derecho a la autodeterminación individual

La búsqueda de la felicidad, la libertad y la igualdad, son aquellos primeros derechos o principios, que tuvieron la máxima expresión y cimentaron las bases para el desarrollo de los derechos humanos, el constitucionalismo individual crea ese anhelo de libertad

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA

general para hacer lo que más se ajuste a las necesidades y aspiraciones de cada ser.

"Un principio de autodeterminación, diríamos hoy. Y que se afecta gravemente cuando no se le permite tomar decisiones importantes sobre su vida, tales como qué ideología y religión adoptar, qué estudiar y a qué profesión dedicarse, con quién casarse y en general, con quién vivir, con quién asociarse, etcétera. Pero esto no significa que la dignidad se reduzca a la autonomía o que cualquier manifestación de esa capacidad de autodeterminación personal deba tener la consideración de un derecho humano.

La autonomía de la voluntad parte, de un entendimiento individualista de los derechos parece conducir a que el único límite de la voluntad individual sea el perjuicio de terceros, un planteamiento que parece va calando en nuestras sociedades. Y aunque evidentemente es cierto que los derechos de los demás son un límite al ejercicio de la propia libertad, no son el único. De lo contrario, sería imposible prohibir conductas voluntarias, de personas adultas en pleno uso de sus facultades mentales y volitivas, en las que ese perjuicio no se produce; la prohibición de estos comportamientos, que desde luego no debería relajarse, solo se puede explicar por valores de otra índole, como son la dignidad de la persona, el bien común, el orden público y la moral; estos han sido tradicionalmente límites a la autonomía de la voluntad."[88]

Lo anterior, parece ir acorde a lo explicado por Vladimir Aguilar quien manifiesta que el único derecho sobre el cual no se puede disponer, ni siquiera por su propio titular, es la

[88] https://nuestrotiempo.unav.edu/es/grandes-temas/dignidad-autonomia-derechos-humanos (23 de marzo de 2022)

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

vida criterio que de a poco también va cambiando, con la positivación en algunos países de la eutanasia, sobre este tema existe una fuerte discusión pues trasciende lo jurídico a lo ético moral, donde nacen los derechos humanos; por tanto si la vida es el único valor o derecho sobre el cual no existe disposición es consecuente que todos los demás derechos en la vida del ser humano puedan y deban ser moldeados por su titular de acuerdo a un proyecto de vida en el que no se vea afectado el derecho de otros.

Siendo el argumento más fuerte de las teorías de la autodeterminación individual que el único derecho sobre el cual ningún hombre puede disponer, ni siquiera su propio titular, es la vida; pues no se puede disponer de un derecho del cual solo se es portador por gracia de un ser superior.

Con este nuevo derecho, la autodeterminación individual y dejando de lado la teoría del acto en que la adopción se constituía por la voluntad y se terminaba por ella misma, un nuevo enfoque despierta desde el punto de vista de los derechos humanos y abre tal posibilidad; recogiendo este derecho el Artículo 246 del Código Civil, anterior a las reformas introducidas por la Ley de Adopciones muy acertadamente indicaba que la adopción terminaba: 1º. Por mutuo consentimiento de adoptante y adoptado, cuando este haya cumplido la mayoría de edad.

Por tanto; la terminación de la adopción con base en el derecho a la autodeterminación; únicamente puede producirse en favor de las personas que gocen de capacidad plena, y no cause perjuicio a terceros, ni sea contrario al orden público ni a la moral según las propias reglas del ordenamiento jurídico vigente, para un niño, niña o adolescente no

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

podrá alegarse la terminación de la adopción bajo este precepto; tal y como se desarrolló en el apartado respectivo de este trabajo, a pesar que las nuevas corrientes de derechos humanos le otorgan un reconocimiento de capacidad progresiva; estos no cuentan con la madurez suficiente que le permitan tomar decisiones por cuenta propia por lo que no gozan de este derecho.

5.2 Terminación de la adopción en atención al interés superior del niño y adolescente

Para entender adecuadamente el tema, primero debemos establecer el concepto o significado del principio del interés superior del niño y adolescente, así como su fundamento legal positivo, este es el más sencillo de manifestar el interés superior del niño encuentra su asidero legal en la Convención de los Derechos del Niño celebrada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 específicamente en su Artículo 3 existe una diferencia importante entre este instrumento internacional con otros similares; previamente celebrados por la misma organización como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y ese contraste es su carácter vinculatorio; con ello obliga a los Estados suscritos al mismo, a establecer de una forma activa sus disposiciones.

Como parte de las obligaciones que los Estados asumen al ratificar dicha Convención, es adecuar su legislación interna en un mismo sentido con ella, Guatemala ratificó esta convención en el año de 1990, de esa fecha a la actualidad se han establecido dentro

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

de las nuevas normativas, los preceptos dictados por esta Convención. El interés superior del niño, se encuentra regulado de forma positiva en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Artículo 5 y Ley de Adopciones, Artículo 4 a pesar de contar con una positivación, tanto internacional como nacional ninguno de los cuerpos legales citados expresa de forma clara lo que se debe entender por interés superior del niño.

El interés superior del niño puede definirse: "como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño y niña."[89]

Primero aclaramos que bajo ninguna circunstancia este principio debe confundirse o utilizarse como sinónimo de derecho fundamental o derecho humano, confusión que puede llegar a desprenderse del reconocimiento universal dado al principio que forma parte de la protección de los derechos de la niñez, más bien debe entenderse como un medio para alcanzar el efectivo goce de tales derechos; aclarado esto.

"Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes." [90]

---

[89] López Contreras, Roni Eulalio. **Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido.** revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud. Pág. 55

[90] Bécar Labraña, Emilio José. **El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional**. Pág. 535

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

En pocas palabras, el interés superior del niño, es el goce sincrónico de todos los derechos fundamentales, o la mayoría de ellos cuando alguno de estos entre en contraposición con los demás, otorgando un grado preferencial a los fundamentales en un tiempo presente con proyecciones a futuro.

El interés superior del niño, al ser considerado como un mero principio tiene algunas funciones específicas consideradas por el comité de los derechos del niño de la ONU.

"1. Función de fundamento: Los principios inspiran el ordenamiento jurídico, a tal punto que constituyen las raíces del tronco que conforma el ordenamiento. La manera como el ordenamiento jurídico o un área del mismo se conforma u organiza de una determinada manera lógica, tanto en lo formal como en lo sustancial, se justificará porque ella obedece a un principio jurídico bajo el cual se ordena.

2. Función integrativa: Los principios jurídicos son capaces de resolver un supuesto de hecho respecto del cual no exista una norma legal expresa que permita dirimir la controversia.

3. Función interpretativa: Los principios jurídicos son utilizados como elementos de interpretación de los pasajes oscuros o dudosos de las normas legales."[91]

Habiendo señalado el fundamento legal, y lo que debemos entender por interés superior del niño, así como las funciones del mismo, corresponde exponer los argumentos que

[91] **Ibíd.** Pág. 539

nos llevarán a la conclusión sobre si es posible terminar la adopción bajo el amparo de este principio.

La Ley de Adopciones establece algunos impedimentos con respecto a quienes tienen aptitud para adoptar, que se basan únicamente en la condición de los sujetos de no poder garantizar al niño o adolescente, el efectivo goce de sus derechos fundamentales, dando lugar a la vulneración del principio de interés superior del niño; si la ley ha previsto estas circunstancias, antes de la formalización de la adopción debemos preguntarnos; ¿qué sucede cuando una vez realizada la adopción, el adoptante incurra en uno o varios de estos impedimentos, que pongan en peligro el goce de los derechos del niño?.

El problema surge de la propia forma en la que se encuentra regulada la adopción en Guatemala, al establecerse que el vínculo filial de la adopción únicamente se crea entre adoptante y adoptado, este primer escenario parece fácil de solucionar, cuando la adopción sea de un matrimonio, en el que ambos padres ejerzan la patria potestad, caso contrario, se da cuando la adopción es únicamente de forma singular pues el adoptado queda desprotegido al no contar con un garantista de sus derechos y este pasará a formar parte de los sistemas estatales bajo su cuidado y representación.

Otro escenario, se presenta cuando independientemente la forma de adopción sea, individual o por matrimonio, esta no llegue a cumplir con los fines que la misma persigue, es decir, la de otorgar y garantizar al adoptado el pleno goce de los derechos que la Constitución Política de la República de Guatemala y los Tratados

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA SECRETARIA GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Internacionales en materia de Derechos Humanos reconozca; según datos del Centro de Adopciones Internacionales; un 98% de las adopciones cumplen su cometido, pese a ello existe un 2% en las que los niños, y adolescentes adoptados transcurrido un tiempo de la formalización de la adopción, empiezan a sufrir agresiones, maltratos y vejámenes por parte de su padres adoptivos, bajo estas circunstancias la adopción seria contraria al propio principio que la inspira.

5.3 Terminación de la adopción como derecho a la dignidad humana y al desarrollo integral de la personalidad

"La dignidad humana ontológicamente inherente o intrínseca a la persona humana, no es únicamente el fundamento de todos los derechos humanos. La dignidad humana es, además, el objeto de un derecho específico. La dignidad humana, como acertadamente ha dicho Pérez Luño en su ya citada obra, entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo."[92]

Como bien se indica la dignidad, no sólo es ese algo interior que hace a la persona portadora de derechos, debe ser más bien la consumación y protección efectiva, y la suma de todo el conjunto de los derechos fundamentales necesarios e indispensables para el desarrollo integral de la personalidad; parecemos ser reiterativos, pero no podemos apartar o separar uno o varios de los derechos fundamentales o derechos

[92] Gros Espiell, Hector. **La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.** Pág. 197

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

humanos de los otros, todos ellos gozan de una interconectividad, pues es una de sus características más importantes, la disminución en el goce de uno ellos afecta como consecuencia los demás.

La posibilidad de terminar la adopción con fundamento en la dignidad de la persona individual, como ya se mencionó; conlleva el pleno disfrute de todos los derechos fundamentales, coartar o poner en peligro estos expresa límites al desarrollo de la personalidad. Hemos explicado ya la terminación de la adopción con fundamento en el derecho a la autodeterminación, cuando la simple voluntad de ambas partes concuerdan en lo mismo; y desde el principio de interés superior del niño, en este segundo se indica la idea de su terminación cuando las causas sea provocada por los adoptantes; en la adopción al intervenir dos sujetos; se desprende una posibilidad más, se da cuando una vez formalizada la adopción sea el adoptado quien ponga en grave peligro el goce de los derechos fundamentales de su adoptante o adoptantes, la familia de estos o su patrimonio.

Causas que no son extrañas a la legislación guatemalteca, la anterior regulación de la adopción contenida en el Código Civil Artículo 247 establecía la terminación de la adopción por revocación y dentro de sus causas enumeraba las siguientes: 1o.- Por atentar el adoptado contra la vida y el honor del adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendientes; 2o.- Por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de sus bienes; 3o.- Por causar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge; y 4o.- Por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Al igual que el adoptado el adoptante también goza en igualdad de condiciones en la protección constitucional de la vida, la libertad, la seguridad, la paz que en conjunto denominamos desarrollo integral de la personalidad derivado de su dignidad.

5.4 Viabilidad para terminación de la adopción en Guatemala

Desde el punto de vista del derecho a la autodeterminación, la terminación de la adopción parece ser viable, claro que debería cumplir con exigencias jurídicas y morales las jurídicas a través de un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales, y las morales a pesar que esta forma de terminación se basa únicamente en la entera voluntad del adoptante y del adoptado consideramos que se debe asegurar el bienestar del adoptante; pues desde lo ético moral, de donde surgen los derechos humanos, no es humano abandonar a quien ha dedicado una vida a la formación brindando alimentos, salud, educación, y en general todo lo necesario para el desarrollo de una vida digna.

La terminación de la adopción con fundamento en el interés superior del niño sin duda alguna es la más viable, toda vez que tiene como objeto garantizar y proteger los derechos de la niñez y adolescencia con categoría constitucional, derechos humanos y fundamentales; terminación que debe tener carácter excepcional de última instancia, que previo a llegar en ella debe privilegiarse intervenciones socioeducativas, y acompañamiento proporcionado por el equipo multidisciplinario del Consejo Nacional de Adopciones, procurando la restauración de las relaciones familiares; a menos que exista peligro inminente y fundado, que permitan establecer que la adopción no es adecuada

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

para la reparación de los derechos vulnerados y al contrario represente igual o mayor vulneración de los derechos del adoptado.

Igual fundamento existe para terminar la adopción, cuando él o los adoptantes caigan en una o varias de las causales que la propia Ley de Adopciones establece como impedimentos para la adopción, pues ya son supuestos determinados, como causales; en los que el adoptando no podrá gozar de una efectiva tutela; de sus derechos al existir precedentes ciertos y determinados de violación en los derechos de niños y adolescentes.

En cualquiera de los casos existe legitimación para la presentación de la solicitud de terminación de la adopción por parte del niño o adolescente afectado, el Consejo Nacional de Adopciones o la Procuraduría General de la Nación.

Terminar la adopción en atención al derecho a la dignidad humana, y al desarrollo integral de la personalidad, también es factible, integramos estos supuestos cuando la causa del deterioro en las relaciones de la adopción sea provocada por el adoptado, positivar nuevamente la legislación anterior ahora con enfoque constitucional se basa en la necesidad real de brindar certeza jurídica, cumpliendo con los fines y deberes que la Constitución establece; al garantizar la protección de la vida, la libertad, la integridad y el desarrollo integral de toda persona.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La adopción, institución jurídica que se ha concebido como reparadora, restituidora y de protección de los derechos humanos; tácitamente dotada de carácter permanente por los supuestos que efectivamente se cumplen con los procesos legales; que podrá alcanzar la tutela y resguardo de los sujetos que en ella intervienen, no es el pesimismo social o la falta de creencia en los valores morales; que nos hacen cuestionar si efectivamente todas las adopciones se dan bajo esos supuesto y logran alcanzar su fin; la respuesta es no, en mínimo porcentaje existen casos de adopción que lejos de cumplir con sus propósitos, representan vulneración en los derechos humanos del adoptado, adoptante o los familiares de estos, sea por vicios procedimentales, problemas de adaptación post adopción, o maltrato de los adoptantes. Situaciones que dejan en estado vulnerable la protección de la persona como garantía constitucional; ante estas situaciones planteamos la terminación de la adopción en Guatemala al amparo de la Constitución Política de la Republica, y los tratados internacionales en materia de derechos humanos; que gozan de la misma jerarquía y posibilidad que se deriva de las exégesis constitucional, al avalar decisiones que no siendo positivas son licitas pues tienen como único fin asegurar el desarrollo de la personalidad. Por cuanto podemos afirmar que existen todos los elementos jurídicos, doctrinales y de técnica jurídica, que permiten la posibilidad de terminar la adopción de niños, adolescentes y mayores de edad; cuyo derecho se extiende también al adoptante. Pese a no estar regulada tal posibilidad y se da cuando mantener el vínculo de adopción represente violación o vulneración grave de los derechos fundamentales de cualquiera de los sujetos, como: la vida, la libertad, la seguridad, derechos que se resumen en la dignidad humana.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho civil parte general.** 2ª ed. Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa S.A. 2006.

BECAR LABRAÑA, Emilio José. **El principio interés superior del niño origen significado y principales manifestaciones en el derecho internacional.** Revista Actualidad Jurídica n.° 42 - Julio 2020, Ed. Universidad del desarrollo Santiago Chile.

BELLUSIO, Augusto Cesar. **Manual de derecho de familia.** t. 2; 7ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2004.

BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil.** t. 1; traducción y compilación Enrique Figueroa Alonzo, México D.F. México Ed. Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. 1997.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil, parte general.** t. I Ed. Abeledo-Perrot 1999.

ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** Vol. I; 5ª ed. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1975.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Que es ser persona para el derecho.**

FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. **Constitución y justicia constitucional apuntamientos** 2ª ed. Guatemala, Guatemala: Ed. Talleres gráficos impresos, 2009.

GONZÁLEZ PIANO, María del Carmen, Walter Howard, Karina Vidal, Carlo Bellin. **Manual de derecho civil.** Montevideo, República de Uruguay: Ed. Unidad de Comunicación de la Universidad de la República, sf.

GROS ESPIELL, Hector. **La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.** Revista Anuario de Derechos Humanos vol. 4 2003 Ed. Universidad Complutense de Madrid.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

https://nuestrotiempo.unav.edu/es/grandes-temas/dignidad-autonomia-derechos-humanos

https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/ifsp_conceptosjuridicosfundamentales-1.pdf

https://www.cdc.gov/childrensmentalhealth/spanish/conditions.html

https://concepto.de/relaciones-juridicas/#ixzz7g1t2VDipal

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil parte general.** t. I; 16ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot. 1995.

LÓPEZ CONTRERAS, Roni Eulalio. **Interés superior de los niños y niñas definición y contenido.** Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. (sf.) (s.e.)

LÓPEZ DÍAZ, Carlos. **Manual de derecho de familia y tribunales de familia.** t. I; 1ª ed. Santiago, Chile: Ed. Talleres de LOM Ediciones, 2005.

LÓPEZ DÍAZ, Carlos. **Manual de derecho de familia y tribunales de familia.** t. II; 1ª ed. Santiago, chile: Ed. Talleres de LOM Ediciones, 2005.

LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho II.** 6ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala; Ed. Lovi 2016.

MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. José Luis caballero Ochoa, Christian Steiner, coordinadores. **Derechos humanos en la constitución I.** 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. s.e. 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales.** 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. s.e. 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 1ª ed. Electrónica, Guatemala, Guatemala: Ed. Datascan S.A. sf.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. **Principios generales del derecho de familia.** Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; No 95 1995. Ed. Universidad Pontificia Bolivariana.

PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat. **Derecho de familia y sucesiones.** 1ª. ed. México D.F. México: Ed. Nostra Ediciones, 2010.

PLANIOL, Marcel, Georges Ripert. **Derecho civil**. t. 8; traducción Leonel Pereznieto Castro, México D.F. México: Ed. Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. 1997

RAMOS PAZOS, Rene. **Derecho de familia.** t. 2; 6ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil I.** 16ª ed. México D.F.México: Ed Porrúa, 1979.

SACHICA, Luis Carlos. **Constitucionalismo mestizo.** 1ª ed. México D.F. México: Ed. Universidad Autónoma de México (Unam), 2002.

SAFRA ZAMORA, Jorge Luis. Verónica Rodríguez Blanco. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho.** vol. 2 1ª ed. México D.: México Ed. Universidad Autónoma de México, 2015.

SALAZAR BLANCO, Giselle. **Naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad una visión desde los derechos humanos específicos del niño.** Revista foro jurídico, Lima Perú (sf.) (s.e.)

Legislación.

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

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

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, decreto número 2-89, 1989.

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

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

Ley de la Procuraduría General de la Nación. Decreto número 3, Congreso de la República de Guatemala,

Ley del Registro Nacional de las Personas. Decreto número 90-2005, Congreso de la República de Guatemala, 2005.