

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a seated man in a crown, holding a book. To his left is a castle and to his right is a lion. Below the central figure is a horse and rider. The seal is surrounded by Latin text: 'SIBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER' and 'CETERAS'.

**LA VULNERABILIDAD DEL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL, COMO UNA
HERRAMIENTA DE ADOPCIÓN ILEGAL POR HOMBRES EXTRANJEROS EN EL
RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE NIÑOS RECIÉN NACIDOS**

JUAN WULFERICO DE LEÓN LÓPEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2024

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

**LA VULNERABILIDAD DEL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL, COMO UNA
HERRAMIENTA DE ADOPCIÓN ILEGAL POR HOMBRES EXTRANJEROS EN EL
RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE NIÑOS RECIÉN NACIDOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN WULFERICO DE LEÓN LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2024

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

DECANO: Msc. Henry Manuel Arreaga Contreras
VOCAL I: Vacante
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Elmer Rolando Álvarez García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmientos García
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lcda. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente: Lic. Edson Waldemar Bautista Bravo
Vocal: Lcda. Ana Marcela Castro Conde
Secretario: Lic. Renato Sánchez Castañeda

Segunda Fase

Presidente: Lic. Bonifacio Chicoj Raxon
Vocal: Lic. Roberto Bautista
Secretario: Lic. Héctor Javier Pozuelos López

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



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 24 de junio del 2022

Atentamente pase al (a) Profesional, GUILLERMO DAVID VILLATORO ILLESCAS
Para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante JUAN WULFÉRICO DE LEÓN LÓPEZ, con carné: 8612125 intitulado: REFORMAR EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA REGULAR EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE NIÑOS RECIÉN NACIDOS POR HOMBRES EXTRANJEROS Y ASÍ EVITAR LA ADOPCIÓN ILEGAL.

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.

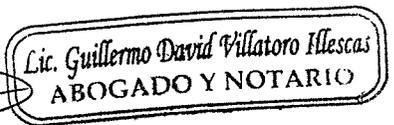
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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



JPTR

Fecha de recepción 4 / 4 / 2023 (f)



Asesor (a)
(Firma y sello)



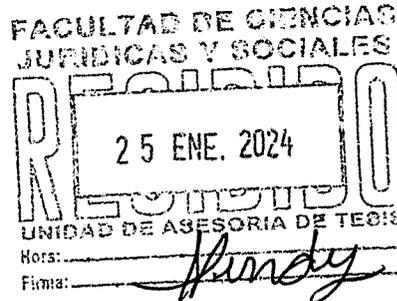


Villatoro e Illescas Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo



Guatemala 14 de junio del año 2023.

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



Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese Despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de asesor del trabajo de tesis del bachiller **JUAN WULFERICO DE LEON LÓPEZ**, intitulado **“REFORMAR EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA REGULAR EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE NIÑOS RECIÉN NACIDOS POR HOMBRES EXTRANJEROS Y ASÍ EVITAR LA ADOPCIÓN ILEGAL”**.

En el desempeño de mi función como asesor de tesis consideré que debería cambiarse el título de la tesis el cual quedó de la siguiente manera: **“LA VULNERABILIDAD DEL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL, COMO UNA HERRAMIENTA DE ADOPCIÓN ILEGAL POR HOMBRES EXTRANJEROS EN EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE NIÑOS RECIÉN NACIDOS”**, propuesto por el bachiller **JUAN WULFERICO DE LEON LÓPEZ**. Es procedente resulta dictaminar respecto a la asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones

- i. La estudiante **JUAN WULFERICO DE LEON LÓPEZ**, en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad con apoyo en el derecho positivo y la doctrina, sobre la importancia del derecho de familia y la responsabilidad de la protección de los menores de edad, cuando son adoptados ilegalmente por hombres extranjeros en el sentido de reconocerlos como hijos sin tener una relación biológica.
- ii. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho ordinario aplicable al mismo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.
- iii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y uno (31) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, ya que las técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actual y relacionada con el tema.



Villatoro e Illescas Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo

- iv. El contenido del trabajo de tesis tiene relación con la conclusión discursiva, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos. A la sustentante, le sugerí ampliar sus capítulos, introducción y bibliografía, bajo el respeto de su posición ideológica; quien se encontró conforme con llevarlas a cabo, y por último pude constatar que la bibliografía era la adecuada para la elaboración del tema.
- v. El trabajo denota esfuerzo, dedicación y empeño y personalmente me encargué de guiarla durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos analíticos y sintéticos; con lo cual se comprobó la hipótesis planteada.
- vi. No fueron necesarios la presentación de cuadros estadísticos, debido a que la investigación no lo ameritaba.
- vii. El lenguaje empleado durante el desarrollo de la tesis es correcto y el contenido de la misma es de interés para la ciudadanía guatemalteca, siendo el trabajo un aporte técnico y científico para los estudiantes y catedráticos que manejen el tema del derecho de familia especialmente el de una paternidad responsable.
- viii. Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- ix. Aunado a lo anterior manifiesto expresamente que con el bachiller **JUAN WULFERICO DE LEON LÓPEZ**, no me unen nexos de parentesco, amistad íntima o enemistad, ni cualquier otro tipo de relación que pudiera afectar la imparcialidad de este dictamen, la cual ofrezco sin ningún interés directo o indirecto.
- x. En consecuencia, en mi calidad de **asesor** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.

Deferentemente;


Lic. Guillermo David Villatoro Illescas
Asesor.
Colegiado 12743

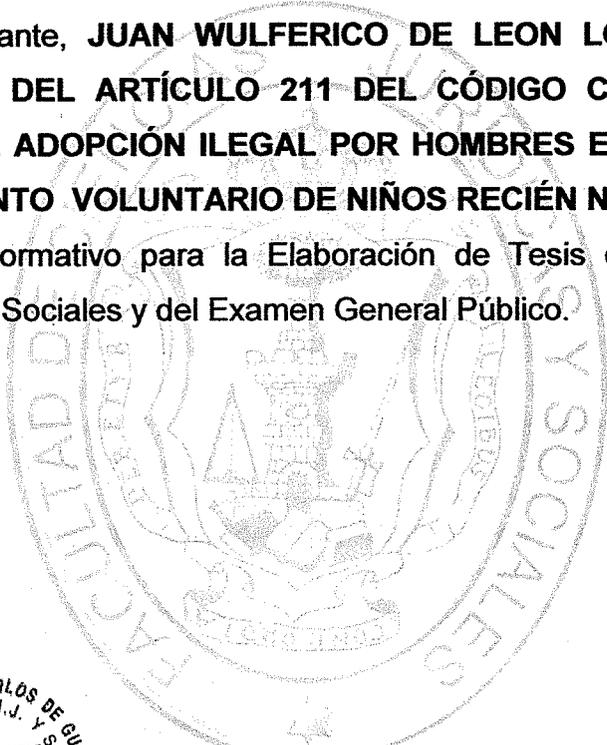
Lic. Guillermo David Villatoro Illescas
ABOGADO Y NOTARIO



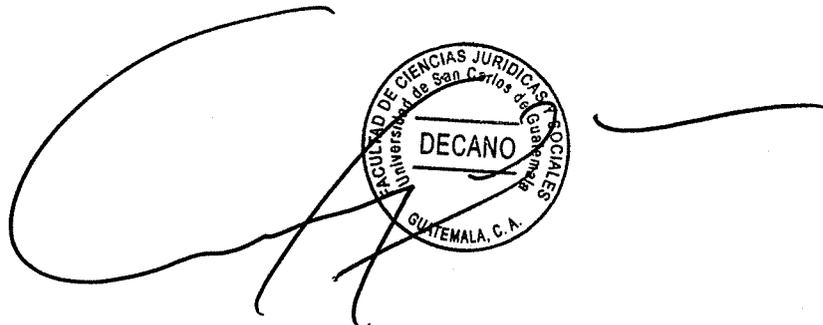
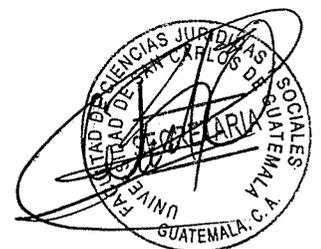
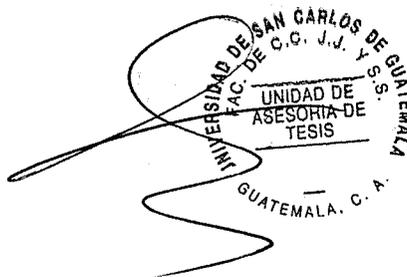
D.ORD. 289-2024

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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **JUAN WULFERICO DE LEON LÓPEZ**, titulado **LA VULNERABILIDAD DEL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL, COMO UNA HERRAMIENTA DE ADOPCIÓN ILEGAL POR HOMBRES EXTRANJEROS EN EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE NIÑOS RECIÉN NACIDOS**. 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





DEDICATORIA

- A DIOS:** Mi padre eterno, al quien le debo la oportunidad de llegar a mi objetivo trazado en mi vida.
- A GUATEMALA:** Ciudad de la eterna primavera patria amada a la que serviré por siempre.
- A MI PADRE:** Jesús de León Benito (Q.E.P.D.) a quien le debo esta dicha, y la cual ofrezco como una ofrenda a su memoria.
- A MI MADRE:** Petronila López Gómez (Q.E.P.D.) por haberme hecho una persona (aunque con mis caídas y aciertos) responsable y abnegada a lo que me he propuesto, con su ejemplo he llegado a una meta trazada.
- A MI CONVIVIENTE:** Lcda. Alma Corado, por darme el impulso y la ayuda psicológica y espiritual para lograr mis sueños, por sus sacrificios, desvelos al lado mío, por su comprensión y paciencia en todo momento, que me instaron a no dejar en el camino de mi carrera profesional.
- A MIS HIJAS:** Sylvia María de León Tojin y Lucía del Carmen de León Tojin, con cariño y amor para ellas, para siempre.
- A MIS HERMANOS:** Silverio, Isabel, Cristina (Q.E.P.D) Francisco, Manuel, Rita, Carlos, todos de apellido de León López gracias por apoyarme en el tiempo de mi carrera.
- A MIS PADRINOS:** Dr. José Alejandro Córdova Herrera Y Lcda. Alma Ileana Corado Ruano, gracias por ser mis padrinos de graduación.
- A MIS AMIGOS:** Por compartir tantas alegrías, experiencias y sueños, adelante en la lucha por el triunfo
- A:** A la tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi casa de formación profesional y brindarme el honor de ser egresado de tan prestigiosa casa de estudios.



PRESENTACIÓN

En este trabajo de investigación el objeto del estudio es la vulnerabilidad del Artículo 211 del Código Civil, ya que dicha normativa se utiliza como una herramienta para cometer el delito de adopción ilegal al momento que hombres extranjeros registran voluntariamente a niños recién nacidos sin tener una relación biológica, esta adopción ilegal es un delito que ha estado presente en Guatemala por décadas. Pese a las medidas adoptadas en los últimos años, por lo que se ha reportado un resurgimiento de una nueva forma de adopción ilegal de niños por medio de registros que hacen los hombres extranjeros. Y los sujetos son los menores que se les violentan sus derechos humanos al ser reconocidos, ya que coincide la relación jurídica de la filiación con la identidad biológica.

Durante el desarrollo del presente trabajo de investigación se evaluaron las instituciones de la rama del derecho de familia, la investigación es de contenido cualitativo ya que se estudiaron las relaciones jurídicas familiares, la filiación, como también el derecho del niño a conocer su identidad biológica; no hubo necesidad de utilizar cuadros estadísticos. El período de la investigación se realizó del año 2022 a mayo del año 2023 la cual fue realizada en el municipio de Guatemala departamento de Guatemala, este trabajo es un aporte, técnico, científico y académico para los estudiantes y catedráticos que imparten clases de derecho civil y especialmente el derecho de familia.

HIPÓTESIS



La necesidad de crear mecanismos legales para proteger a niños y niñas por el reconocimiento voluntario de hombres extranjeros establecido en el Artículo 211 del Código Civil, cuando registran como hijo el menor sin tener un nexo biológico y que es una herramienta de adopción ilegal.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Con el desarrollo de la investigación se comprobó la hipótesis, que efectivamente, se vulnera el Artículo 211 del Código Civil, como una herramienta de adopción ilegal cuando hombres extranjeros registran voluntariamente a niños recién nacidos sin que exista una relación biológica.

En cuanto al principio de certeza jurídica este se ve vulnerado debido a que no coincide la relación jurídica de la filiación con la relación biológica, que el reconociente comete el delito de adopción ilegal y que efectivamente se causa agravio al menor, ya que el mismo tiene derecho a conocer su verdadera identidad biológica.

Los métodos empleados dentro de este análisis fueron: el analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las técnicas utilizadas fueron: la investigación documental, el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos, con la cual se comprobó la hipótesis planteada y los objetivos fueron alcanzados.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Relaciones jurídicas familiares.....	1
1.1. Evolución histórica de la familia.....	2
1.2. Derecho de familia.....	5
1.3. Protección constitucional del derecho a la familia.....	6
1.4. El parentesco.....	8
1.4.1. Definición de parentesco.....	9
1.4.2. Clases de parentesco.....	10

CAPÍTULO II

2. La patria potestad y el derecho del niño o niña a una paternidad responsable...	17
2.1. La patria potestad.....	17
2.2. La paternidad y maternidad responsable.....	22
2.3. Estrategias para impulsar la paternidad y maternidad responsable.....	26
2.3.1. El matrimonio como fundamento de la paternidad responsable.....	27
2.4. La responsabilidad de la paternidad y el derecho del menor a la filiación.....	28
2.5. La filiación y el principio del interés superior del niño.....	30
2.6. El derecho del menor a la identidad biológica.....	34
2.7. La legitimación en la filiación.....	36

CAPÍTULO III

3. Derecho de los niños y niñas y la adopción ilegal.....	39
3.1. El interés superior del niño.....	40

3.2. Declaración de adoptabilidad de un menor y su procedimiento.....	45
3.3. El derecho del menor a tener una familia y su protección.....	47
3.4. Mecanismos de protección de los derechos de la niñez en la adopción.....	49
3.5. La adopción irregular o ilegal.....	53
3.6. Fundamentos jurídicos de protección contra la adopción irregular.....	54

CAPÍTULO IV

4. La vulnerabilidad del Artículo 211 del Código Civil, como una herramienta de adopción ilegal por hombres extranjeros en el reconocimiento voluntario de niños recién nacidos.....	57
4.1. Particularidades en el reconocimiento.....	58
4.2. El reconocimiento viciado.....	60
4.3. El reconocimiento viciado y la ausencia del vínculo consanguíneo.....	62
4.4. Motivación del reconocimiento sin vinculo biológico.....	63
4.5. Motivos ilícitos o deshonestos en el reconocimiento sin vinculo biológico....	64
4.6. El reconocimiento voluntario de niños recién nacidos por personas extranjeras sin vinculo biológico.....	65
4.7. Formas y métodos de adopción ilegal.....	66
4.8. Recomendaciones para prevenir y combatir las adopciones ilegales.....	68
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	75

67



INTRODUCCIÓN

La investigación se justifica en ofrecer información sobre la vulneración del Artículo 211 del Código Civil al momento que un hombre extranjero reconoce voluntariamente a un menor sin tener una relación biológica de la paternidad, así como la necesidad de reformar ese artículo en el sentido que se obligue al reconociente extranjero presentar una prueba de ADN para no realizar un reconocimiento viciado o una adopción ilegal.

El problema de investigación consiste en que los de niños están siendo adoptados ilegalmente como consecuencia de la venta, la trata u otros actos ilegales y prácticas ilícitas por el reconocimiento de menores por hombres extranjeros sin tener nexos biológicos y es una nueva forma de apropiarse de niños guatemaltecos, que consiste cuando la relación jurídica de la filiación establecida no coincide con la realidad biológica.

La hipótesis fue validada al demostrar que efectivamente se vulnera el Artículo 211 del Código Civil, como una herramienta de adopción ilegal cuando hombres extranjeros reconocen voluntariamente a niños recién nacidos sin que exista una relación biológica, el reconocimiento de la filiación realizada concurre cuando un sujeto extranjero realiza una adopción ilegal porque reconoce a un menor sabiendo que no existe una relación bilógica.

El objetivo general fue: demostrar la importancia jurídica de buscar mecanismos para frenar la adopción ilegal en el reconocimiento de la filiación cuando hombres extranjeros reconocen voluntariamente a niños recién nacidos sin que exista una relación biológica,

La investigación está contemplada en cuatro capítulos: el primer capítulo, destinado a las relaciones jurídicas familiares, derecho de familia, protección y el parentesco; el segundo capítulo, aborda el tema de la patria potestad y el derecho del niño o niña a una paternidad responsable, la paternidad y maternidad responsable, la filiación y el principio del interés superior del niño y el derecho del menor a la identidad biológica; el tercer capítulo se refiere al derecho de los niños y niñas y la adopción ilegal, declaración de adoptabilidad y mecanismos de protección de los derechos de la niñez en la adopción; y el cuarto capítulo, se refiere a la vulnerabilidad del Artículo 211 del Código Civil, como una herramienta de adopción ilegal por hombres extranjeros en el reconocimiento voluntario de niños recién nacidos, el reconocimiento viciado y formas y métodos de la adopción ilegal, recomendaciones para prevenir y combatir las adopciones ilegales.

Los métodos empleados dentro de este análisis fueron: el analítico y el sintético, se utilizaron en el estudio en el reconocimiento y la declaración de voluntad; en el inductivo y deductivo, en él se utilizaron para el estudio de cada capítulo. Las técnicas utilizadas fueron: la investigación documental, el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos; se planteó una conclusión discursiva, con la cual se comprobó la hipótesis planteada y los objetivos propuestos fueron alcanzados.

Esperando que este informe final sirva como medio de consulta para todos los estudiantes y profesionales interesados en el derecho de familia especialmente al derecho del niño de conocer su identidad biológica.



CAPÍTULO I

1. Relaciones jurídicas familiares

La reproducción de una sociedad es, la incorporación de nuevos miembros en las relaciones sociales, no se realiza únicamente por medios biológicos, ya que la existencia de la familia no puede abordarse únicamente como respuesta a la necesidad de reproducción biológica de las sociedades.

“Las primeras familias habrían sido corporaciones de parientes uterinos, en las cuales el padre desempeñaba un papel secundario, y luego los grupos se habrían escindido paralelamente a la transformación de la propiedad común en propiedad privada. La familia patriarcal se habría presentado en la escena antehistórica como un progreso del espíritu humano sobre antiguas y groseras distinciones, y habría seguido luego un lento desarrollo para acercarse cada vez más a los tipos actuales”.¹

Estas sirven como el marco donde se realiza en la primera socialización de los nuevos individuos de una sociedad, por medio de lo que se llama educación. La educación de los infantes se realiza de acuerdo con el código cultural de cada sociedad.

¹ Belluscio, Augusto César. **Manual de derecho de familia**. Pág. 14



1.1. Evolución histórica de la familia

La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad. La familia nuclear (dos adultos con sus hijos) es la unidad principal de las sociedades más avanzadas. En otras, este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y otros familiares. Una tercera unidad familiar es la familia monoparental, en la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudez o divorcio.

Los sociólogos y antropólogos han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones, según éstas, en las sociedades más primitivas existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco, que se desplazaban juntos parte del año, pero se dispersaban en las estaciones en que escaseaban los alimentos.

La monogamia fue “La primera forma de familia que no se basaba en condiciones naturales, sino económicas, y concretamente en el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva, originada espontáneamente. Preponderancia del hombre en la familia y procreación de hijos que sólo pudieran ser de él y destinados a heredarle: tales fueron, abiertamente proclamados por los griegos, los únicos objetivos de la monogamia”.²

² Engels, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado**. Pág. 27



Para Federico Engels, “la familia monogámica fue la primera que tuvo por objetivo principal lo económico y no lo natural, fue el resultado de convertirse la familia en una unidad económica basada en la propiedad privada de un patrimonio y en la autoridad absoluta de un varón patrón. Sigue diciendo el autor que en esta familia no existe reconciliación entre hombre y mujer sino al contrario nace como una forma de esclavitud entre un sexo y otro, agrega el primer antagonismo de clases que apareció en la historia coincide con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer en la monogamia; y la primera opresión de clases, con la del sexo femenino por el masculino”.³

“En cuanto a igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el matrimonio. Su desigualdad legal, que se ha heredado de condiciones sociales anteriores, no es causa, sino efecto, de la opresión económica de la mujer. En el antiguo hogar comunista, que comprendía numerosas parejas conyugales con sus hijos, la dirección del hogar, confiada a las mujeres, era también una industria socialmente tan necesaria como el cuidado de proporcionar los víveres, cuidado que se confió a los hombres. Las cosas cambiaron con la familia patriarcal y aún más con la familia individual monogámica”.⁴

Por lo que la familia individual moderna se funda en la sumisión de la mujer, y en la mayoría de los casos, el hombre tiene que generar los medios económicos para alimentar a la familia, esto se da en las familias conservadoras.

³ Ibid. Pág. 28

⁴ Ibid. Pág. 32.

En resumen, la evolución de la familia se puede resumir en tres grupos siendo los siguientes:

- a) "El clan era una vasta familia, o grupo de familias unido bajo la autoridad de un jefe común. Era una agrupación social, política y económica.

- b) La gran familia nace con la aparición del Estado, con la cual deja de pertenecer a la familia el poder político. Su tipo clásico es la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del *paterfamilias*, antecesor común de todos sus integrantes, con poderes muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único propietario de los bienes del grupo, magistrado y sacerdote; comprendía no sólo a los descendientes del *pater*, sino también a sus esposas, a clientes y esclavos.

- c) La pequeña familia, última etapa de la evolución, es el tipo actual de núcleo paterno-filial. Su unidad política y económica ha desaparecido, limitándose a su función biológica y espiritual. Su función primordial es la procreación y educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual entre sus integrantes".⁵

Esta evolución fue cambiando por la importancia de la familia y la misma se estudia desde el punto de vista político, económico, social y jurídico.

⁵ Belluscio. **Op. Cit.** Pág. 16



1.2. Derecho de familia

El derecho de familia es un conjunto de normas, y hay que hacer énfasis que este derecho es índole civil de acuerdo a Belluscio ya que llega a la conclusión y dice que: “El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”.⁶

El hombre es el punto de partida para estudiar la familia, ya que es el elemento indispensable; al analizar su comportamiento puede darse cuenta de que éste no puede vivir solo, su existencia supone una familia, y sus tendencias lo llevan a formar otra nueva, con la que se perpetúa la humanidad. El derecho de familia, como el propio derecho, ha surgido como una necesidad de normar las relaciones derivadas de la familia, en las actuaciones del hombre individualmente en interrelación con otras personas y en función de derecho y obligaciones determinadas por la praxis social, a los que está sujeto el individuo para los fines de la familia.

“La familia debe ser el medio más apropiado para reintegrar al hombre a sí mismo y para lograr tal fin ha de perseguir su evolución hacia lo mejor; es pues algo proveniente de lo humano para lo humano.

En la familia se origina la escala de valores que regirán al ser, siendo por tanto de donde emane la superación personal en la libertad, ya que existe igualdad de

⁶ *Ibíd.* Pág. 23

naturaleza, diferencias en el grado y en el modo de superar esa naturaleza; es por ello que la familia debe respetar la originalidad y es en ese momento cuando desempeñaba su papel primordial que es el de formar a la persona del nuevo miembro de la comunidad en el espíritu propio de confianza y libertad, para luego entrar a la vida social imbuido de ese mismo espíritu, es pues la familia una comunidad de destino, hacia la meta común pero en la cual cada uno es diferente, pues son producto de la libertad que en ella rige. Por esto se dice que la familia habrá cumplido con su misión, cuando el hombre sepa tomar su carga social, y proyectándose en esta encuentra su valor y la valoración de sus semejantes".⁷

La familia es la base de la sociedad y del Estado; la influencia que ejerce la familia sobre una persona se proyecta en la escuela y la sociedad. Toda persona tiene derechos a un nivel de vida adecuado que le asegure a él y su familia condiciones fundamentales para su existencia.

1.3. Protección constitucional del derecho a la familia

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 47 establece que 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.

⁷ Morales Aceña de Sierra, María Eugenia. **Derecho de familia, análisis de la Ley de Tribunales de Familia.** Pág. 1.



Lo que puede interpretarse como el génesis de toda relación entre los humanos, ya que como elemento básico de la sociedad, sobre tal institución social recae la gran responsabilidad de sostener y promover el Estado, pues si se concibe a la sociedad como un órgano, es decir como lo concibe la teoría organista, se ve que la familia viene a ser una célula dentro de ese cuerpo y si la célula enferma, el mal avanza, hasta contaminar células sanas; de allí la necesidad de una ordenación, de una disciplina que regule con objetividad la existencia y situación de tan importante institución social, lo cual da lugar al nacimiento de normas que regulen las relaciones que resulten de la familia, en función de derechos y obligaciones que sujeten al individuo al cumplimiento de los fines de la institución familia.

"Es únicamente en el seno familiar, en donde el ser humano encuentra la satisfacción de sus variadas aspiraciones de cariño, afecto y protección material y espiritual; es el único medio dentro del cual puede plasmar la educación de los futuros hombres que integrarán la sociedad, porque en ella se perpetúa la especie no solo en la niñez y la juventud, sino que en la edad adulta, y ello porque dentro del hogar se consolidan los lazos más fuertes para unir a los grupos humanos que a la larga llegan a formar una nación con todos sus elementos constitutivos".⁸

La familia es, por así decirlo, la fuente de todas las relaciones humanas y constituye, con la Nación organizada en Estado, la más importante forma social; es en, suma el elemento básico de la sociedad, la semilla de la República, como dijera Cicerón. La

⁸ Albures Escobar, Cesar Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca** 19.

familia constituye el caso por excelencia de grupo social suscitado por la naturaleza.

Pero esto no quiere decir que la familia sea un mero producto de la naturaleza, pues constituye una institución creada y configurada por la cultura, religión, moral, costumbres y derecho.

1.4. El parentesco

El parentesco es la relación jurídica entre dos o más personas unidas por vínculos de sangre o por disposición de ley. El parentesco impone a los relacionados entre sí determinados comportamientos recíprocos, cuya trasgresión conlleva consecuencias que determina la ley.

Sánchez Román, citado por Isabel Alberdi define el parentesco como: “La relación, unión o conexión que existe entre varias personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión. Para Manresa es un lazo, vínculo o relación que une entre sí a varias personas”.⁹

El parentesco impone a los relacionados entre sí determinados comportamientos recíprocos, cuya trasgresión conlleva las consecuencias que determinan las leyes civiles y penales. Son estas consecuencias las que realmente importan al derecho.

⁹ Alberdi, Isabel. **La nueva familia española**. Pág. 27.

1.4.1. Definición de parentesco

El parentesco se entiende como las relaciones humanas que se establecen por medio de la descendencia y del matrimonio. “El vínculo fundado en nexos de sangre es el parentesco natural, mientras que la unión o afinidad por razones de matrimonio o de adopción se denomina parentesco civil. El parentesco biológico o natural implica que las personas unidas por el vínculo consanguíneo desciendan unas de otras o provengan de un tronco común. Dicho vínculo, como es de esperarse, puede ser de mayor o menor intensidad, dependiendo del número de generaciones que separe a sus integrantes en el caso de parientes que desciendan unos de otros, o de la distancia que separe a esas personas de su tronco común, en el caso de parientes en la línea colateral”.¹⁰

“En la base del parentesco se encuentra el vínculo primario madre e hijo, al que las distintas culturas han agregado diversas relaciones familiares. A esta unidad básica se le suman otros parientes en función de la descendencia, que conecta una generación con la siguiente de forma sistemática y que determina ciertos derechos y obligaciones para todas las generaciones. Los grupos de descendencia se pueden transmitir a través de cualquiera de los dos sexos (es decir, bilateralmente), o sólo a través de uno de ellos (unilateralmente). En los grupos de transmisión unilineal, la descendencia se denomina patrilineal si la conexión es por línea masculina, o matrilineal si lo es por vía femenina”.¹¹

¹⁰ González Tejera, Juan. **Una familia de la élite mexicana, 1820-1980: Parentesco, clase y cultura.** Pág. 3.

¹¹ **Ibid.**

Como se conoce hasta hoy en día, que el parentesco llega al cuarto grado por consanguinidad. En este punto resulta esencial la aportación de la teoría del parentesco para ayudar a tomar esta distancia. Todo grupo humano esta confrontado con la misma base biológica y el fonema como pasa de este estadio al social permite aprehender su esencia.

1.4.2. Clases de parentesco

Conforme al sentido amplio del concepto de parentesco, hoy pueden distinguirse las siguientes clases:

- a) Parentesco por consanguinidad: El parentesco por consanguinidad es el vínculo que existe entre personas que descienden de un mismo ascendiente o tronco común. Esta definición simple y clara hace depender el vínculo de la conexión biológica o natural que existe entre dos o más personas por tener en común uno o más ascendientes, partiendo de un cabeza de familia como el punto de partida del parentesco consanguíneo a partir de la existencia de un tronco común para describir al pariente en la línea ascendente del que descienden las dos personas sobre las cuales existe el parentesco consanguíneo.

El parentesco de una persona respecto de otra se determina por el número de generaciones que las separan. Cada generación es un grado y la sucesión de grados forma la línea de sucesión. La línea de sucesión puede ser recta o directa, formada por

personas que ascienden o descienden unas de otras (abuelos, padres, hijos, nietos), colateral, formada por personas que proceden de un mismo tronco común (hermanos, tíos, sobrinos). La línea puede ser también descendiente, la que liga a una persona con aquéllas que descienden de él (abuelos, padres, hijos, nietos) o ascendente, que liga a una persona con aquellos de los que desciende (nietos, padres, abuelos).

Puede ser legítimo (con base en el matrimonio), o ilegítimo (fundado en uniones extramatrimoniales). En el ordenamiento jurídico guatemalteco y especialmente el Código Civil en su Artículo 191, se le conoce como parentesco de consanguinidad y es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

El Artículo 195 del mismo Código establece que: La línea es recta, cuando las personas descienden unas de otras, y colateral o transversal, cuando las personas provienen de un ascendiente común, pero no descienden unas de otras. El artículo 196 regula que, en la línea recta, sea ascendente o descendente hay tantos grados como generaciones, o sea tantos como personas, sin incluirse la del ascendiente común. Y el artículo 197: En línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, subiendo desde la persona cuyo parentesco se requiere comprobar hasta el ascendiente común y bajando desde éste hasta el otro pariente. Asimismo, el artículo 198 del Código Civil establece: El parentesco de afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad, y concluye por la disolución del matrimonio.

El grado es el vínculo entre dos personas que pertenecen a generaciones sucesivas.

Existe una nueva generación cada vez que, a partir del tronco común, los descendientes generan otros nacimientos sucesivos. Los nacidos de una persona pertenecen a una misma generación.

b) Parentesco por procreación asistida: Sucede otra situación en relación al parentesco del nacido por procreación asistida, puesto que se crea la relación de parentesco por consanguinidad entre el hijo nacido por cualquier método de procreación humana asistida y quienes la consienten porque quieren aparecer ante la ley como el padre o la madre del nacido, aunque no aporten el material genético que resulta en el nacimiento.

Los avances científicos han permitido la procreación humana asistida, con la participación de los padres biológicos como únicos proveedores del material genético que da vida al hijo o hija, esto con la participación de terceras personas que aportan todo o parte de ese material genético. Esta realidad científica y social tiene serias implicaciones jurídicas, por lo que requiere un tratamiento especial en materia de parentesco.

“El precepto propuesto adopta una norma simple y clara que recoge el justo contenido jurídico de la realidad descrita. Independientemente del método utilizado por una mujer, soltera o casada, para quedar embarazada y gestar o para procurarse descendencia con su material genético o donado, aunque no sea ella quien la geste, los así

procreados han de considerarse hijos consanguíneos de quienes han consentido a su concepción, gestación y nacimiento con el fin inmediato de tener prole propia ante la ley y la sociedad".¹²

Lo importante es destacar que esta situación debe armonizarse con aquellas que regulen la filiación natural y la reproducción humana asistida.

c) Parentesco por adopción: Como premisa, siempre se ha aceptado que el vínculo que crea la adopción es equivalente al vínculo que crea la naturaleza entre el padre o la madre y el hijo o la hija. Se llega a aceptar, incluso, que las relaciones se equiparan a los vínculos de parentesco existentes entre el adoptado, el adoptante y la familia de este último y la de los progenitores naturales y su prole.

Artículo 190 del Código Civil guatemalteco reconoce el parentesco civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

La realidad es que la conexión personal biológica que es generadora de la filiación natural no desaparece nunca, aunque se dé en adopción un hijo o hija a otra persona o, aunque se prive al padre de la patria potestad. Incluso, esa conexión biológica y consanguínea se extiende siempre a los parientes por consanguinidad, aunque se alejen jurídicamente por causa de esas mismas circunstancias.

¹² Bestard, Juan. **El parentesco y los límites del pensamiento moderno**. Pág. 11.

No ocurre el mismo fenómeno con la relación de parentesco legal que crea la adopción. Si desapareciera la relación adoptiva vigente, por las razones que permite la ley, nada ataría al adoptado con el adoptante, ni al primero con los parientes del segundo.

Tomando en cuenta estas distinciones, las únicas relaciones que realmente pueden asemejarse a la natural o consanguínea son: (a) La que se crea entre el adoptado y el adoptante entre sí; (b) La que surge entre el adoptado y todos los parientes consanguíneos del adoptante; (c) La que surge entre el adoptante y los descendientes naturales o adoptivos del adoptado, únicos parientes biológicos o legales del adoptado con los que necesariamente quedará vinculado como si fueran sus parientes consanguíneos; y (d) La que se genera entre los adoptados por una misma persona, que pasan a ser como hermanos consanguíneos ante la ley. Las relaciones descritas en los incisos (a) y (b) ya se aceptan sin mayor complicación y no requieren mayor explicación.

d) Parentesco por afinidad: El matrimonio crea parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro en la línea recta y en la línea colateral. La disolución del matrimonio termina el parentesco por afinidad, salvo que la ley disponga otra cosa.

El Artículo 192 del Código Civil Parentesco de afinidad es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos se llama afinidad



natural al parentesco, que existe entre personas que no han estado casados legalmente.

La doctrina reconoce que el parentesco por afinidad es el que une a cada uno de los cónyuges con la familia consanguínea del otro. Según Manresa, del principio de que, al constituir el matrimonio la unión de dos en uno o a un solo fin común, nació este parentesco, por virtud del cual el marido se relaciona con los parientes de su mujer como si lo fuesen suyos y la mujer se relaciona con los parientes de su marido, de igual forma.

Esta visión presupone que socialmente se percibe a los afines o parientes políticos, como también se les conoce, como personas enlazadas de modo especial, relación que les impone un comportamiento semejante al que se requiere de los unidos por el parentesco consanguíneo, tanto en los actos que impliquen alguna aproximación sexual como en los actos que dependen de la ausencia de conflictos de interés.

El precepto propuesto define parentesco por afinidad, a partir de la opinión contenida en la doctrina; pero, además, por la naturaleza de la relación que lo origina, el matrimonio, que a su vez está llamado a disolverse por divorcio, muerte o ausencia declarada.





CAPÍTULO II

2. La patria potestad y el derecho del niño o niña a una paternidad responsable

La patria potestad y paternidad responsable son dos elementos importantes en el crecimiento del menor, en la que se construye tanto un sistema jurídico como las relaciones legales y sociales del individuo. En este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo 7 establece que: Los niños será inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. De esta manera la legislación guatemalteca ha adquirido este compromiso y así modificar las leyes que tengan relación con los niños atendiendo a lo establecido al numeral 2 del artículo 7 de la Convención que establece: Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida, para darle al niño seguridad en el vínculo jurídico de la filiación, y eliminar cualquier discriminación del niño nacido extramatrimonialmente.

2.1. La patria potestad

El vínculo jurídico que une al padre con el hijo se le denomina patria potestad, "Esta institución aparece como consecuencia de la necesidad natural de protección que

requiere todo ser humano mientras es menor de edad, pues por razón natural los menores carecen de la madurez necesaria para sobrevivir y valerse por sí mismos.

Además a corta edad toda persona resulta altamente vulnerable, no solo al medio ambiente, sino también al abuso y maltrato de los mayores, es por ello que siempre necesita de una adecuada protección, tanto de su persona como de sus bienes, tampoco puede realizar actos jurídicos por sí mismo, por lo que también necesita de alguien que lo represente, es una institución de gran importancia, por ello confiere derechos y obligaciones irrenunciables, su regulación y su ejercicio no está condicionado a la voluntad de las partes, lo impone el legislador de manera forzosa, en primer lugar a los padres, a falta o por imposibilidad de los padres recae su ejercicio de manera subsidiaria en los abuelos, su desempeño es importante no solo para la sobrevivencia del menor, sino para brindarle una adecuada e integral protección”.¹³

La patria potestad tiene una gran importancia dentro del sistema jurídico guatemalteco, ya que en la actualidad se refiere a que tiene la representación del menor en todos los derechos en beneficio de los hijos, aunque conlleva también derechos de los que la ejercen sobre los mismos. Por lo que es una institución del derecho de familia y es parte del conocimiento de los tribunales de familia.

“El análisis de la patria potestad requiere partir de dos ideas fundamentales, la protección del menor y su plena subjetividad jurídica, pues por un lado el menor está

¹³ Saldaña Pérez, Jesús. **La patria potestad en la actualidad**. <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Pág. 251

necesitado de una especial protección por ser fácilmente vulnerable y por otro lado es una persona titular de derechos. Cada vez hay una mayor intervención del Estado en beneficio y protección de los menores, pues resulta un mandato constitucional velar por su protección, y resultan de mayor relevancia los derechos de los hijos que los derechos de los padres, pues los menores son un sector de la sociedad vulnerable que requiere de una adecuada protección”.¹⁴

Según Puig Peña sobre las relaciones paterno-filiales debe existir una autoridad, en el caso de la patria potestad, está en los primeros tiempos suponía soberanía perfecta, dada la configuración constitucional de la familia; “Esta representa soberanía imperfecta, dada la prepotencia del estado y lo inoperante de la vida familiar dentro del cuadro político, si bien se desprende del mismo un complejo de derechos instituidos en beneficio del padre; y, finalmente, supone mero designio funcional, pues que las facultades que todavía les restan se concedan y se consagran solo con el fin exclusivo de atender a la asistencia y atención de los hijos menores, complementando su capacidad”.¹⁵

Es importante realizar un análisis de la patria potestad en sentido actual o moderno ya que en la actualidad este se refiere a que no solo el padre la ejerce sino que en conjunto tanto el padre como la madre y si el menor solo está reconocido por la madre es ella quien la ejerce estas facultades que sin duda anteriormente solo se ejercía por el padre en la disposición del menor y aun por las exigencias legales y que fueron incluso

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 254

¹⁵ Alburez Escobar, Cesar Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 116.



desapareciendo, cuando el principio de la agnación como base de la familia romana fue sustituyendo paulatinamente por el de cognación o vínculos de sangre.

El Código Civil guatemalteco en el Artículo 252 del Código Civil establece “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso”.

Entonces se puede decir que la patria potestad es una institución jurídica con función protectora reconocida por el orden legal al padre y la madre sobre sus hijos menores de edad y mayores incapacitados, para la protección y asistencia de sus personas y correcta administración de sus bienes por lo que en este sentido esta es una institución de ejercicio obligatoria.

Dentro de los principales derechos y obligaciones de los padres derivados de la patria potestad, podemos mencionar los siguientes:

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

- b) El Artículo 254 del Código Civil. establece: La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”.
- c) El Artículo 255 del Código Civil. establece: Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el artículo 115, o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado”.
- d) El Artículo 257 del Código Civil establece: Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la persona que tuviere la patria potestad o la tutela sobre el padre.
- e) El Artículo 258 del Código Civil establece: La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. (por pérdida de la misma por parte de los padres naturales),
- f) Los Artículos 264 y 265 del Código Civil establecen: Los padres no pueden vender los bienes de sus hijos sin autorización del juez; ni pueden arrendar los bienes de



sus hijos por más de tres años,

- g) El Artículo 272 del Código Civil establece: Los padres deben entregar a sus hijos los bienes que les pertenezca al llegar a su mayoría de edad y rendir cuentas de su administración.

Dentro de los principales derechos y obligaciones de los hijos en lo relativo a la patria potestad, podemos mencionar los siguientes:

- a) El Artículo 259 del Código Civil establece: Los hijos menores de edad pueden trabajar y ayudar a sus padres con el ingreso que obtengan del trabajo;
- b) El Artículo 260 del Código Civil establece: Los hijos menores de edad tienen el derecho y la obligación de vivir con sus padres; y no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquélla en que sus padres los han puesto.
- c) Los hijos deben respetar y honrar a sus padres; artículo 263 Código Civil.

2.2. La paternidad y maternidad responsable

En el Artículo uno de la Constitución Política de la República regula que: “el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común, debiendo garantizar el desarrollo integral de la persona”, así



mismo en el Artículo 4 establece que “el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades”.

Por lo que la Constitución Política de la República de Guatemala, en la sección primera respecto a la familia en el Artículo 47 establece “la protección a la familia promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable, así como la protección a menores, protegiendo la salud, física, mental y moral; debiéndoles garantizar su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social”.

"El matrimonio es considerado en la legislación guatemalteca como una institución social, protegido especialmente porque a partir de él se establece la familia, y de ésta el Estado. Cuando la persona se integra a la institución del matrimonio, la autonomía de la voluntad opera como elemento esencial en su máxima expresión de libertad y, siendo el legislador quien crea las normas, lo hace en protección de valores superiores en favor de la familia, los menores, la paternidad y la maternidad responsable.

En el matrimonio hay un papel para cada uno de los cónyuges, el que determina el Estado dentro de los valores tradicionales guatemaltecos y la diversidad de concepciones, costumbres y creencias nacionales en relación con el matrimonio. El Estado ha regulado la institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges..." Gaceta No. 28, expediente No. 84-92, página No. 33, sentencia: 24-06-93.

La responsabilidad de la paternidad, es una institución en la que se inicia mediante el reconocimiento legalmente del menor especialmente de los que nacen en las relaciones extramatrimoniales. Por lo que, de lo anteriormente dicho, también se refiere a que los padres deben entre otras cosas hacer lo siguiente:

- a) "Que las gestaciones sean planificadas para que ocurran en el momento deseado por la pareja. Decisión que debe partir de la pareja, previo conocimiento y educación de la misma (labor no siempre sencilla), para evitar imposiciones que pueden incluso ser de orden político.
- b) Que los padres tengan conciencia que el procrear un ser humano implica no sólo un compromiso y deber recíproco entre la pareja, sino también ante el hijo, la familia y la sociedad. No sólo es la decisión de dos para sí; sino que afectará a la totalidad de la familia, influirá en forma acertada o no en la sociedad, ya que la familia no es una isla en la sociedad, sino que es la célula básica de la sociedad.
- c) Que los padres no deben procurar solamente brindar adecuada vivienda, alimentación, educación, salud y vestimenta a sus hijos, sino, además, tienen la responsabilidad de brindarles amor, amistad, tiempo y protección. Esto último representa el aspecto más importante de la paternidad responsable, sobre todo en nuestro país, donde la mayoría de la población vive en la pobreza y todo su tiempo está orientado a conseguir recursos económicos para alimentación, vivienda, educación; no hay tiempo para estar con los hijos y, por lo tanto, no hay oportunidad



de brindarles amor, amistad y protección. Al final, son hijos de nadie. En salud reproductiva se dice: padres saludables, hijos saludables. Resulta difícil aplicar esta afirmación, cuando no hay salud psicológica, social y espiritual”.¹⁶

Por lo que la “paternidad responsable en un sentido amplio e integral se entenderá como aquella que tienen los padres (en sentido cultural y no exclusivamente biológico) de cumplir con todos los goces y las responsabilidades en la crianza y educación de sus hijos e hijas. Ello trasciende el reconocimiento de su paternidad mediante la acción de la prueba de filiación, o la garantía del sustento económico. Se trata de brindarles además todos los recursos materiales, el tiempo necesario para compartir, disfrutar, comunicarse; para que sus hijas e hijos tengan la oportunidad de desarrollarse física, mental, emocional y socialmente en condiciones óptimas de igualdad y de equidad”.¹⁷

En resumen, paternidad responsable es dar vida en plenitud; tener los hijos deseados, para transmitirles vida en plenitud, tratarlos con igualdad de condiciones especialmente a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Es decir, que los padres enseñen a sus hijos, día a día, no sólo con palabras, sino con el ejemplo, a ser verdaderas personas humanas; esto exige una preparación mínima adecuada.

¹⁶ Bellido, Percy. **Paternidad responsable**, sisbib.unmsm.edu.pe/bVrevistas/ginecologia/Vol_41N1/paternidad.htm - 11k – (Consultado el 20 de marzo de 2023).

¹⁷ Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia. Comisión de Paternidad Responsable del CNNA **Lineamientos de política para el fomento de la paternidad responsable**. Pág. 12

2.3. Estrategias para impulsar la paternidad y maternidad responsable

“De acuerdo a la Comisión de Paternidad Responsable del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, en los que se sustenta la política para la promoción de la paternidad responsable consideran las siguientes:

- a) Hay mayoría de niños y además un incremento que al momento de su inscripción en el Registro Civil del Registro Nacional de las Personas han sido inscritos solo con el apellido de la madre.

- b) La necesidad y exigencia de los niños es tener una familia, tener un hogar, tener padre y madre, conocer quién es su padre, sentirse protegido y amados por su padre y madre; que los orienten y den buen ejemplo; que les den un hogar como el que se merecen; un padre que los guíe desde pequeños; y

- c) Que el padre, tenga más contacto, juegue y les enseñe a ser responsables; que los padres no sean agresivos, que se encarguen de ellos y los cuiden; que el padre los proteja desde que están en el vientre de la mamá; tener hogares más estables y con buena comunicación entre todos; que se acerquen más a sus hijos; y que cumplan con sus responsabilidades como padres y que participen en capacitaciones de lo que significa la paternidad responsable”.¹⁸

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 15

La paternidad responsable comprende: "Una vinculación con la conciencia recta, tanto de los padres como de los profesionales que los orientan, y esto exige preparación de ambos, en el marco de un respeto mutuo; conciencia recta, que conduce la conducta bajo principios éticos y morales".¹⁹

La paternidad responsable se pone en práctica para determinar el número de la familia. Es en la etapa de la preconcepción, especialmente en las relaciones extramatrimoniales y en las relaciones de jóvenes varones que no se hacen responsables del embarazo no deseados; ya que el embarazo no debe ser una sorpresa, sino que debe ser una preparación de la pareja.

2.3.1. El matrimonio como fundamento de la paternidad responsable

La paternidad responsable se debe iniciar en la unión legítima de la pareja, donde los hijos logren desarrollarse como verdaderos seres humanos. Por lo que el matrimonio juega un papel importante, así como la unión de hecho legalmente establecido por excelencia a la familia como el inicio de una sociedad que debe garantizar el ejercicio de paternidad responsable. Toda vez, que el matrimonio implica la unión legítima una pareja con todo lo que representa a la medida de su desarrollo, que lleva consigo esta dimensión en cada sistema social, económico y político de la persona.

¹⁹ Bellido. **Ob. Cit.** Pág. 2.



Por lo que la mujer es la primera que se da cuenta que es madre y el esposo adquiere conciencia de su paternidad, ambos son responsables de la potencial y después efectiva paternidad responsable. Ambos, asumen la responsabilidad de la nueva vida que se concibe.

2.4. La responsabilidad de la paternidad y el derecho del menor a la filiación

La paternidad responsable conlleva que la filiación como un derecho del menor, ya sea en calidad de padre, como la maternidad que significa calidad de madre; pero de acuerdo a la ley significa la relación que existe entre los hijos y los padres.

Este vínculo jurídico del padre o madre con el menor precisa su identidad, equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres. Por lo que, esa relación de origen, permite una ascendencia de la persona física. Existen principios sobre la filiación que se deben abordar ya que son necesarios para una mejor comprensión del tema, y los principios básicos en materia de filiación son:

- a) La igualdad de todos los hijos, el Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 209 del Código Civil. Establecen que los hijos no sean discriminados independientemente de las circunstancias de su nacimiento, no importando si estos nacen dentro o fuera del matrimonio.



b) La supremacía del interés superior del niño, el Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Establece que: El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez.

En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esa ley, adecuando la legislación a la Convención de los Derechos del Niño, lo cual supone considerar al niño como sujeto de derecho, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales conforme su edad y desarrollo.

Toda persona tiene derecho a la identidad, el Artículo 14 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece: "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma. Es obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y adolescente, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella". Además, el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño se refiere también a conocer su origen biológico, a pertenecer a una familia.

2.5. La filiación y el principio de interés superior del niño

El principio del interés superior del menor constituye un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores especialmente sobre su identidad biológica de la filiación.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 5 Interés de la niñez y la familia. “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia”.

En este sentido se hace necesario hacer énfasis en las Declaraciones y Tratados Internacionales sobre el interés superior de los niños y niñas, como principio rector,

El Artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

El Artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños y niñas nacidos en matrimonio o fuera del mismo, tienen los mismos derechos y protección”.

La Convención sobre los Derechos de los niños y niñas en los Artículos 3, 4 y 5 establecen Artículo 3.1 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Artículo 4. 4 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.

En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. Y Artículo 5 Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

El principio del interés superior del niño se entiende entonces a toda acción que favorezca el desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad; siendo lo más importante la familia, que se encarga del desarrollo de estas áreas en el menor. “La expresión interés superior del niño significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.²⁰

De esta manera se puede afirmar, que el legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del niño por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas. Se ha precisado que el niño tiene

²⁰ Landa Arroyo, Cesar. **Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación.** Pág. 76.

derecho a especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, y por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección.

El principio del interés superior implica que, “en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que ante considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo. Así, es enfático al señalar que el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento”.²¹

De acuerdo al interés superior del niño debe cumplirse todas las condiciones para que el menor se desarrolle integralmente y pueda garantizarse el goce de sus derechos, y no debe de haber ninguna normativa que pueda restringir que el niño cuente con su verdadero estado filiatorio: y que sea reconocido por su verdadero padre y no se limite la acción de su madre o padre para poder efectuar tal reconocimiento.

En el ordenamiento jurídico civil guatemalteco, ya no existe normativa que prohíba el reconocimiento del padre con mujer casada, ya que el artículo 215 segundo párrafo del

²¹ Aguilar Llanos, Benjamín. **Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho.** Pág. 219.



Código Civil fue declarado inconstitucional de acuerdo al expediente 1006-2014 de fecha veintiséis de noviembre del año 2015 de la Corte de Constitucionalidad.

2.6. El derecho del menor a la identidad biológica

El derecho del menor a la identidad biológica inicia desde la concepción, ya que el ser humano tiene una determinada identidad, que lo acompañará en el desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la niñez, pre y adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte, o sea que la identidad biológica se manifiesta desde el momento inicial de la vida de una persona, en el transcurso de su existencia.

La identidad personal es: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”.²² Por lo que se entiende como identidad al conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en sociedad. El derecho a la identidad es un derecho complicado, por ello se representa como un núcleo en torno del cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados.

Por lo que: “El derecho a conocer a los padres resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona, la identidad en las relaciones familiares se

²² Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho a la Identidad Personal**. Pág. 113.

centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad”.²³

El derecho a la identidad consiste en que todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. “El Estado tiene la obligación, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente reconocer a su hijo o hija en el momento de su nacimiento”.²⁴

Como aspecto de la identidad biológica destaca el derecho de todo ser humano a conocer su propio origen, el que a su vez contiene dos aspectos: uno relativo a la determinación de la filiación o el derecho a conocer a los padres, y otro vinculado con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paternofilial, como ocurre en los casos del adoptado y del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida.

El derecho a conocer a los padres, reconocido en el Artículo 7 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un

²³ Torreblanca Gonzales, Luis Giancarlo. **El interés superior del niño**. Pág. 125.

²⁴ Santos Cifuentes, Carlos. **El derecho a la identidad y la influencia en Argentina**. Pág. 115.

nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Dicha normativa está garantizada por la Constitución Política de la República de Guatemala, toda vez que fue aprobado y ratificado por el Estado de Guatemala, formando parte del ordenamiento jurídico, confiere a cualquier persona la posibilidad de poder descubrir el misterio de su origen, siempre y sin obstáculo alguno, salvo las que surgen del propio funcionamiento o de la propia investigación y del medio jurídico empleado. Se trata, por tanto, de un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

2.7. La legitimación en la filiación

Cuando se habla de la legitimación en la filiación, se refiere a que se hayan cumplido con todos los requisitos legales del vínculo jurídico que une al hijo con el padre en el reconocimiento o sea que el reconociente sea el padre biológico y que se establece los siguientes planteamientos. La paternidad responsable nace a través de una presunción el Artículo 199 del Código Civil establece que se presume concebido durante el matrimonio se refiere al hijo dentro del matrimonio y sigue exponiendo: 1º El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”.



El Artículo 203 del Código Civil que establece: “El marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando el adulterio de la madre, aun cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso sí podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación. Esto se refiere a que no solo puede ser aceptado por la madre que no es hijo de su esposo, sino que debe impugnarse legalmente ese reconocimiento.

La presunción afecta al menor al derecho de conocer su identidad biológica y se vulnera lo referente al Artículo 14 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que establece: “Identidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma. Es obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y adolescente, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella”.





CAPÍTULO III

3. El derecho de los niños y niñas y la adopción ilegal

Los derechos de la niñez y adolescencia son reconocidos en leyes y convenios internacionales cuyos postulados para la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia.

Entre los convenios internacional más importantes están, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño y Convenio de La Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Estos documentos los reconocen como sujetos de derecho y dan a los Estados y a los adultos la obligación de respetarlos y promulgarlos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, es un tratado mediante el cual, los Estados firmantes reconocen los derechos del niño; se compone de 54 artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno, el derecho de los menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. Ahí se reconoce a los menores como sujetos de derecho, coloca a los adultos y las autoridades como sujetos de responsabilidades.



3.1. El interés superior del niño

Existen convenios internacionales sobre los derechos humanos de la niñez que obligan al Estado, velar por el interés superior de la niñez; el Estado de Guatemala como parte de esos convenios está llamado a asumir su responsabilidad sobre este tema, y velar por el buen desarrollo de la personalidad de la niñez.

El término interés significa “provecho, beneficio, utilidad, ganancia... importancia o trascendencia. Atracción o motivo de curiosidad y estímulo para el ánimo. Se entiende como: la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos”.²⁵ La palabra superior, se refiere a algo: “que está más alta y en lugar preeminente respecto de otra.”²⁶ En la materia del presente estudio el interés superior del niño es la importancia, trascendencia y preeminencia que se debe dar a los menores en respecto a su desarrollo integral.

Este concepto ha permitido desarrollar una labor legislativa en cada uno de los Estados para su pleno reconocimiento puesto que con ello se pueden velar por los demás derechos de la niñez en situaciones especiales. El origen de la relevancia del interés superior del menor está dado por la Convención de los Derechos del Niño, la cual en el Artículo uno preceptúa que niño es: “todo ser humano menor de dieciocho años de

²⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 254.

²⁶ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. www.rae.es (Consultado el 20 de marzo 2023).



edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Cuando se refiere al interés superior del niño: “se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente. La Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención”.²⁷

Esto ha alcanzado un reconocimiento convencional muy importante a nivel mundial. Este principio aparece consagrado, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En el plano regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido diversos casos en los cuales ha debido pronunciarse sobre los derechos de los niños. En los que se ha establecido que los niños no sólo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho.

La Convención de los Derechos del Niño se inspira en la anterior Declaración de los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas en 1959. Esa declaración en uno de sus considerandos establece: “que el niño, por su falta de madurez física y mental,

²⁷ *Ibíd.* Pág. 223.

necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 3 que: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”

En este sentido, la Corte de Constitucionalidad ha expresado: “El derecho a la vida está contemplado en el texto supremo... como una obligación fundamental del Estado, pues el propio preámbulo de la Constitución afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social y de ahí que en la ley matriz también se regule que el Estado de Guatemala deber organizarse para proteger a la persona humana ...y que por ello debe garantizar a los habitantes de la República...la vida y su desarrollo integral... por lo que este derecho constituye un fin supremo y como tal merece su protección.” Gaceta No. 64, expediente No. 949-02, sentencia: 06-06-02.

En cuanto a los derechos sociales, el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social.”

Asimismo, la Corte de Constitucionalidad ha interpretado esta norma de la siguiente manera: “Debe atenderse a los derechos de los menores, que por su condición de



vulnerabilidad poseen derechos inherentes a su estado, que tienen aplicación obligada por los órganos jurisdiccionales. Dentro de tales derechos se encuentra la protección que el Estado debe procurarles, así como promover el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, especialmente su dignidad, libertad, igualdad y protección social. Es decir que al aplicar una norma ordinaria es un caso concreto, si existen intereses de niños o adolescentes, deben aplicarse a la luz de las disposiciones constitucionales que mejor coadyuven a su protección.” Gaceta No. 57, expediente No. 368-00, página No. 441, sentencia: 17-08-00.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 54 establece: “...Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.”

Es claro que constitucionalmente se reconoce la necesidad de proteger el interés superior del niño, el artículo específico, a los niños huérfanos y abandonados, pero una interpretación extensiva de la norma constitucional ayuda a entender que se incluyen a todos los niños.

La Corte de Constitucionalidad en su actividad interpretativa de la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención sobre los Derechos del niño ha establecido: “Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar el



mayor beneficio que para los menores pueda obtenerse...” Gaceta No. 57, expediente No. 368-00, página No. 440, sentencia: 17-08-00.

En cuanto al ámbito de aplicación, este principio goza de una gran amplitud en su aplicación, el cual rebasa el campo de acción del Estado e involucra a las instituciones privadas, aunque dentro del ámbito específicamente judicial, es a los tribunales a quienes les corresponde velar porque se respete y proteja a los menores, el Artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño, involucra a todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos.

De conformidad con lo anterior, este principio tiene un amplio campo de aplicación, porque debe tener preeminencia del interés del niño y de allí que el Estado se involucre también en el ámbito privado, porque siendo la niñez y la adolescencia un sector vulnerable, merece especial atención y el Estado cumple su función al darles una protección preferente.

Cuando se trata de asuntos que involucren a la niñez y la adolescencia debe tenerse siempre presente que el interés de estos prevalece sobre cualquier otro. Es importante mencionar que en muchas ocasiones surgen conflictos de interés entre adultos y niños, y es principalmente en estos casos en los cuales se pone de manifiesto el interés en proteger siempre a la parte más vulnerable, la cual no se encuentra en igualdad de condiciones, y es donde cobra importancia el principio del interés superior del niño.

3.2. Declaración de adoptabilidad de un menor y su procedimiento

La declaratoria de adoptabilidad se da cuando se establece que la familia del menor no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos del mismo, o en otro caso se puede establecer que el menor no cuenta con una familia biológica, este procedimiento se regula en el Artículo 35 de la Ley de Adopciones de la siguiente forma:

“Concluido el procedimiento de protección de la niñez y adolescencia y habiéndose realizado las diligencias señaladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el juez según proceda, podrá dictar una sentencia que declara la violación del derecho a una familia de un niño y ordenará la restitución de dicho derecho a través de adopción. El juez de la niñez y la adolescencia en la misma resolución deberá declarar la adoptabilidad del niño y ordenará a la Autoridad Central que inicie el proceso de adopción. Para que proceda la declaración de adoptabilidad del niño, se debe establecer que:

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

d. Las personas, incluyendo al niño teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción:

d.1. Han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen;

d.2. Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito;

d.3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados;

d.4. El consentimiento de la madre se ha dado únicamente después del nacimiento del niño.

Al respecto, es preciso afirmar como requisito *sine cuan non* que los padres biológicos del menor presten "su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito tal como se establece en la literal d.2 del Artículo 35 de la Ley de Adopciones. "De no cumplirse dichos requisitos, puede constituir una ilegalidad y la adopción debe ser nula, porque no se toma en

cuenta el principio del interés superior del niño, de encontrar una familia idónea que le permita desarrollarse, tomando en cuenta su edad”.

3.3. El derecho del menor a tener una familia y su protección

La familia ha sido concebida de forma general, como elemento de estabilidad social y la mayoría de los Estados han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma. La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 56 regula: “Se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras formas de desintegración familiar. El Estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas medidas, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad.”

El Artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece: “todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.” Por lo que el Estado debe fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral.



En el año 2007 el Estado de Guatemala, asumió formalmente un nuevo reto de innovación total del sistema de protección para los niños, niñas y adolescentes huérfanos o abandonados, al entrar en vigencia dos instrumentos normativos de importancia en materia de adopciones nacionales e internacionales garantizando con dicha normativa el principio de interés superior del niño. Los instrumentos normativos en mención, son los siguientes: a). Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional y b). Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala. Por consiguiente, se crea el Consejo Nacional de Adopciones, como Autoridad Central en esa materia.

Mediante esos cuerpos normativos se instituye la adopción, dirigida a satisfacer y garantizar el derecho del niño a una familia y no el de los adultos, principio que con regularidad no se observaba en los procesos de adopción, ya que se tramitaban procesos en donde se favorecían en la mayor parte, familias extranjeras.

La adopción es una institución que restituye el derecho a la familia a la niñez que se halla en situaciones especiales, como los niños abandonados, huérfanos, y de extrema pobreza, entre otras situaciones. El derecho a la familia está garantizado en el Artículo 17 numeral 1 y el Artículo 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos ratificada por el Congreso de la República de Guatemala mediante Decreto Número 6-78.



3.4. Mecanismos de protección de los derechos de la niñez en la adopción

La realidad actual demuestra que hay niños, niñas y adolescentes que se encuentran sin ningún tipo de protección y son víctimas directas de violencia, a veces en el seno familiar, por parte de particulares o cuando quedan en la orfandad. Por esa razón es fundamental que la sociedad y el Estado en su conjunto cumplan con los mecanismos de protección de la niñez guatemalteca, establecidos en la legislación actual y cuando dicha legislación es deficiente, se debe buscar los medios para hacer efectiva la protección de la niñez.

En la actualidad hay sistemas de protección de los derechos de la niñez y a la adolescencia que tratan la forma de apoyar a los menores en su proceso de crecimiento físico y emocional, cuando por distintas razones carecen de dicho apoyo en su seno familiar. Al igual que existen entidades, también existen sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, por lo que antes de abordar lo relativo a las entidades, conviene abordar sobre lo relativo a los sistemas de protección.

El desarrollo sin precedente que han adquirido en la actualidad los derechos humanos en el plano internacional, podría dar lugar al ocultamiento de forma singular de la exigencia de asegurar su protección en primer lugar en el ámbito nacional, que es impuesto específicamente a cada Estado. Los diferentes sistemas de protección a los derechos del niño se podrían dividir en protección social y de protección jurídica.



- a) La protección social de la niñez es la que está a cargo de la comunidad y algunas instituciones no estatales o de beneficencia. El niño forma parte de la comunidad y ésta tiene con él una responsabilidad natural, derivada de la propia solidaridad que el grupo siente de manera intuitiva y racional. La sociedad considera al niño como un ser que requiere de su protección especial pues él no puede hacerlo por sí solo. La protección social entonces consiste, en el compromiso de la comunidad por velar permanentemente a favor de sus elementos desprotegidos, principalmente, los niños.
- b) La protección jurídica está a cargo del Estado, que formula políticas en pro de los derechos del niño. La Constitución Política de la República de Guatemala, obliga al Estado proteger al ser humano aun antes de nacer. En ese sentido se encaminan otros instrumentos de la legislación ordinaria, por ejemplo, el Código Civil y la Ley de Protección Integral de la niñez y Adolescencia.

La protección jurídica de los niños requiere políticas y acciones públicas que pongan en práctica los discursos y las leyes. El Estado y la sociedad tienen un compromiso recíproco en convertir realidad las leyes que defienden al niño, aquí se coloca al Estado como responsable principal, mediante las políticas públicas y actividades administrativas.

El Estado debe tomar como base para establecer su política sobre los derechos de los niños, la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño. Las



políticas que el Estado tiene que poner a funcionar, deben ser implementadas con acciones que se enfoquen hacia la niñez y las distintas problemáticas que hay alrededor. Esas acciones deben ser de diferente naturaleza, principiando con el propio sistema educativo público o privado, hasta los demás ambientes donde la niñez debe desenvolverse.

Es muy importante tener en cuenta y hacer efectivo el derecho a la niñez, porque si no fuera así, no se puede asegurar que exista una efectiva protección jurídica en su favor, de nada sirve que existan las normas si no se cuenta con las políticas públicas para aplicarlas.

El Estado, dentro de su misión debe hacer posible el bien común, pues tiene un compromiso irrevocable y no se trata solo de la autoridad representada en sus organismos, sino también del componente humano que es donde se producen todas las situaciones de una colectividad. Las medidas que contribuyen a la eficacia de la Convención de los Derechos del Niño se dividen así: administrativas, legislativas y judiciales.

En materia de adopción, el Artículo 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala dispone que: “el Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.”



La adopción reconocida y protegida constitucionalmente es una institución social que establece mediante un procedimiento legal la relación jurídica de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen. Es mediante esta institución que se adquiere la filiación o la pertenencia a una familia determinada, tiene carácter permanente y como lo expresa el texto del artículo citado el adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante o sea que el adoptado se convierte a todos los efectos y relaciones sociales en hijo del adoptante.

La adopción constituye una solución específica y oportuna a problemas que inicialmente son producto de actitudes de los adultos a los cuales los niños o niñas son ajenos pero que los afecta directamente como lo es el embarazo no deseado, maltrato infantil, violencia intrafamiliar, la irresponsabilidad alimentaria, la indigencia, entre otras circunstancias.

Cuando la adopción completa su proceso cumple con la finalidad esencial de encuentro y la unión entre padres e hijos que se constituyen como una nueva familia y que obtiene el reconocimiento y protección del Estado. La adopción se proyecta como una solución alternativa a los problemas de la fertilidad humana en las parejas. Está legal y socialmente aceptada, porque se considera que los padres adoptivos aceptan conscientemente ser el padre y la madre del niño y por lo tanto su idoneidad puede ser evaluada legal o socialmente.

3.5. La adopción irregular o ilegal

La adopción ilegal, es el delito cometido por personas o instituciones que participan, promueven, toleran o lucran a través de la adopción ilegal de una niña o niño. La adopción ilegal y el tráfico de niños suelen ir unidos a los delitos de tráfico de personas, falsificación documental, alteración de la identidad, secuestro, soborno, abuso de menores y en ocasiones raptos, abuso sexual de menores y prostitución infantil.

Puede decirse entonces que un niño por el cual se paga, y se le inscribe como hijo biológico no es un niño adoptado sino un niño apropiado. De acuerdo con UNICEF, “la trata de niños y niñas afecta a los menores del mundo entero tanto en los países industrializados como a los que están en proceso de desarrollo. Los niños y niñas víctimas de la trata son objeto de prostitución, matrimonio forzado o adopción ilegal”.²⁸

Un niño o niña víctima de la trata es cualquier persona menor de 18 años reclutada, transportada, transferida acogida o recibida para fines de explotación, sea dentro o fuera de un determinado país. Para enfrentar este problema se requiere de cooperación internacional regional y local.

Aunque los datos estadísticos son de difícil comprobación, se conoce tráfico de niños en prácticamente todo el mundo. Los acuerdos sobre adopción internacional y los controles estatales sobre las empresas de adopción han reducido los casos de

²⁸ http://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_trata.pdf UNICEF (consultada el 13 abril 2023).



adopción ilegal. Sin embargo, siguen existiendo, porque en algunas regiones del mundo hasta el 90% de las adopciones podría ser ilegal.

3.6. Fundamentos jurídicos de protección contra la adopción irregular

En este caso, las normas internas como los convenios internacionales establecen las medidas preventivas, de manera que los Estados adopten acciones que eviten la sustracción, tráfico posterior adopción irregular de los menores de edad.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 54 reconoce que: se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.”

Así en el Artículo 3 de la Ley de Adopciones establece: “Corresponderá al Estado de Guatemala, la obligación de proteger y tutelar a los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción para garantizar el pleno goce de sus derechos y especialmente para evitar su sustracción, venta y tráfico, así como cualquier otra forma de explotación o abuso.”

En ese sentido la Convención sobre los Derechos del Niño, puede extraerse lo que se refiere al principio de efectividad de los derechos. En el Artículo 4 de la referida Convención se establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos



reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

En consecuencia, la efectividad de los derechos a que hace referencia dicho artículo, exige no solo la recepción normativa de los derechos, sino la adopción de mecanismos efectivos de garantía por parte del Estado, es decir, se requiere de una protección efectiva que dé continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos del Estado para asegurar la protección de los niños y niñas en Guatemala.





CAPITULO IV

4. La vulnerabilidad del Artículo 211 del Código Civil, como una herramienta de adopción ilegal por hombres extranjeros en el reconocimiento voluntario de niños recién nacidos

El reconocimiento voluntario de paternidad es un proceso simple que permite que un padre y una madre no casados firmen un documento y establezcan una relación legal entre el padre y su hijo sin necesidad de recurrir a los tribunales. Firmar el reconocimiento es voluntario y cada padre o madre toma su decisión, si ambos aceptan firmar y completar el reconocimiento voluntario de paternidad, ésta queda establecida.

Lo anterior ha generado que, en la actualidad, algunos hijos e hijas que nacen fuera del matrimonio, mantengan una relación de tipo biológica con su progenitor, pero no de carácter jurídico, debido a la falta del reconocimiento voluntario o a la ausencia de una reclamación de paternidad, lo que genera la existencia de menores de edad carentes de filiación paterna y, en consecuencia, el incumplimiento del principio del interés superior del niño y del derecho a la identidad, reconocidos en el Convenio sobre derechos del niño y de derechos humanos de los que Guatemala es parte. La falta de efectividad de los mecanismos jurídicos para evitar esta problemática obliga a generar alternativas para solucionarla, una de ellas es: la regulación de la investigación de la paternidad de índole oficiosa.

4.1. Particularidades en el reconocimiento

El reconocimiento es, un acto jurídico, no un negocio contractual, ya que la forma de realizar el reconocimiento de acuerdo al Artículo 211 del Código Civil establece: “El reconocimiento voluntario puede hacerse: 1o. En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil; 2o. Por acta especial ante el mismo registrador; 3o. Por escritura pública; 4o. Por testamento; y 5o. Por confesión judicial. En los casos de los tres últimos incisos de este artículo, debe presentarse al registrador civil testimonio o certificación del documento en que conste el reconocimiento para su inscripción y anotación de la partida de nacimiento respectiva”.

La declaración de voluntad en el reconocimiento son las consecuencias de la vulneración de los derechos del menor a la identidad biológica por lo que se hace un análisis de los siguientes de los Artículos 211, 214, 215 del Código Civil.

1. El reconocimiento voluntario es un acto unilateral, porque es una declaración única y no se obliga al reconocedor, que no hace falta su aceptación.
2. Es un acto personalísimo del reconocedor, toda vez, que es el único que conoce y declara las posibles relaciones sexuales establecidas con la madre del menor y que reconoce como hijo propio.
3. Es un acto formal y expreso.

4. Es un acto puro, porque no se somete a condición o término.

5. Es un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación, Artículo 212 del Código Civil. El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo. Si se ha hecho en testamento y éste se revoca, no se tiene por revocado el reconocimiento. Tampoco puede sujetarse a ninguna modalidad.

Se sobre entiende que, en el reconocimiento que no existe consentimiento entendido como acuerdo de voluntades, ya que esto lo realiza valorando la perfección de la voluntad, o, a la libertad de decisión, evitando toda interferencia proveniente de intereses ajenos al declarante. porque, en el ámbito del reconocimiento no hace acto de presencia una contraparte o no existe litis que haga imprescindible introducir restricciones o limitaciones.

En el Artículo 200 del Código Civil establece: “Contra la presunción del artículo anterior no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia, por lo que no existe duda alguna ya que se refiere sobre la veracidad biológica, de forma que su validez esté condicionada por la concordancia entre el hecho declarado y la realidad efectivamente existente”.

En la legislación guatemalteca no existe norma legal en la que se realice la prueba del Ácido Desoxirribonucleico ADN, antes de realizar el reconocimiento que verifique la relación biológica entre el presunto padre y el menor sujeto del reconocimiento, toda vez, que se puede reconocer a un menor sin tener un vínculo biológico.

En el reconocimiento no se encuentra duda alguna al derecho de la filiación que dispone la autonomía de la voluntad y que el interés general que se involucra en el tema de la filiación completa toda esta materia, esto para efectos de lograr una mayor protección del individuo, tanto de su existencia como de su desarrollo normal; además, debe entenderse que la filiación no afecta unilateralmente a un individuo, sino que se trata de una relación bilateral, entre los padres y el hijo, por lo que cualquier toma de decisión individual va a afectar e involucrar a otro.

4.2. El reconocimiento viciado

El reconocimiento de filiación es un acto jurídico, y que está abierta la posibilidad que pueda cuestionarse su validez y puede verse desde esta perspectiva:

En primer lugar, existe una realidad material: consiste en que la mujer embarazada de persona distinta a su actual pareja; situación que es totalmente desconocida por el autor del reconocimiento. La madre biológica guarda un cómplice silencio sobre las relaciones íntimas que ha mantenido con otra persona y engaña sobre la paternidad del hijo, afirmando a su pareja que es el progenitor, o, simplemente ocultando tal circunstancia.

El engaño instaurado por la madre, esta se produce en la etapa en la que el reconocedor, convencido de su paternidad, voluntariamente decide certificar la filiación natural que el equívocamente percibe, reconociendo a quien el cree su hijo biológico. Es el momento de la exteriorización del deseo que tiene el sujeto, en asumir las responsabilidades propias de la relación paterno-filial, que él cree veraz debido al engaño implantado por la madre biológica.

De lo expuesto, se desprende que el vicio afectante en la voluntad del reconocedor, es el engaño empleado por la madre biológica, quien opta por no decir la verdad sobre la paternidad de su hijo; quien se aprovecha de la estable convivencia que mantiene con su pareja y de la confianza que ello ha generado en aquel, un grado de confianza tan alto, que en ningún momento podría dudar de su paternidad. “ La persona que reconoce por las circunstancias precedentes efectivamente ha tenido relaciones con la mujer entra en error por parte de él, pero no por parte de la mujer, que sabe de quién es el hijo, pero calla y este silencio es cómplice, es engaño en sí mismo, es factor de culpabilidad, a sabiendas está consintiendo este estado civil a su hijo que no le corresponde”.²⁹

El engaño por parte de la mujer, radica en haber ocultado un hecho, la concepción de un hijo, como resultado de las relaciones paralelas que mantenía con otro hombre diferente a su conviviente.

²⁹ Llanos. **Op. Cit.** Pág. 75.

4.3. El reconocimiento viciado y la ausencia del vínculo consanguíneo

Respecto al contenido del reconocimiento, la filiación en el plano legal, presupone la existencia de una realidad jurídica, constituida por la vinculación consanguínea propia de progenitor e hijo; por ello es que los reconocimientos viciados o complacientes, se presentan como una especie de anomalía, en la que se evidencia la ausencia de este factor objetivo, pretendiéndose reemplazar el lazo consanguíneo por un vínculo afectivo, que justamente se configuraría con esta filiación artificial. Entre el reconociente y reconocido no existe un vínculo de sangre, sino un lazo que pretende trascender la verdad biológica, inspirado en móviles de diversa índole; configurando en sí mismo una situación jurídica aparente que no se condice con la realidad natural.

“La figura de la apariencia es asimilada a un esquema general de relación: la relación por la cual un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real hace aparecer o como también se puede anotar (con un término más usual entre los juristas) manifiesta otro fenómeno, que no está presente materialmente y que no es inmediatamente real”.³⁰

Para el caso del reconocimiento en la que no existe el vínculo biológico, la apariencia se configura cuando el fenómeno materialmente real y socialmente apreciable, que viene a ser la declaración formal de la filiación, manifiesta otro fenómeno con el que no guarda correspondencia: el vínculo consanguíneo, que carece de existencia real.

³⁰ Falzea, A. **Investigaciones sobre la teoría general del derecho y la dogmática jurídica**. Pág. 183.



El segundo factor, es la declaración de voluntad libre de vicios o engaño u otro como causal de nulidad del acto jurídico, existiendo una plena correspondencia entre lo querido y deseado en el plano interno y lo que se va a exteriorizar, con pleno conocimiento de la realidad de las cosas. El sujeto que pretende establecer el reconocimiento, lo efectúa a sabiendas que entre éste y el reconocido no existe ningún lazo consanguíneo, tomando la libre determinación de reconocer y entablar el vínculo jurídico de la paternidad frente a una persona que no lleva su misma sangre. Por esta razón es que en los reconocimientos por engaño existe una declaración de voluntad configurada válidamente un acto jurídico eficaz, por lo que no resulta posible cuestionar su validez por medio del remedio legal de nulidad.

4.4. Motivación del reconocimiento sin vínculo biológico

En el caso de los reconocimientos sin vínculo biológico los móviles por los que el sujeto reconoce a un niño que verdaderamente no es hijo, pueden ser muy diversos, tratándose de una reflexión que implica en sí una motivación subjetiva, la misma que dependerá de las personas involucradas, así como de las circunstancias específicas.

Por ello, es que pueden existir motivos de índole afectivo: en una relación marital o de matrimonio, puede resultar muy sencillo sentir amor y cariño por el niño o niña de la esposa o compañera, a quien se trata o quizás hasta llama como hijo; es así que, sin ninguna exigencia, se toma la decisión de darle el estatuto jurídico legal de hijo. Otras veces podría darse a sugerencia o pedido insistente de la madre, que inclusive podría



llegar a condicionar la estabilidad de la relación al reconocimiento de su hijo por parte de la pareja o esposo y por último y más importante es el sujeto que por no cumplir el trámite de una adopción legal decide reconocer al menor y sacarlo fuera del país.

4.5. Motivos ilícitos o deshonestos en el reconocimiento sin vínculo biológico

Aquí ya no es posible apreciar, amor, cariño y otros sentimientos nobles; el reconocedor, actúa en forma contraria al ordenamiento jurídico, pues mediante el engaño, el fraude, pretende tener o crear una filiación inexistente. Se trata de situaciones fraudulentas en la que se atenta contra la esencia misma del reconocimiento, finalidades ajenas al ámbito del derecho familiar que pretenden burlar las leyes que regulan determinada situación jurídica; en estos no existe una relación biológica ni socio-familiar entre el hombre y el reconocido.

En este sentido se encierran un móvil fraudulento y es el hecho punible, que estaría constituido por la atribución falsa de la paternidad a un niño, apreciándose como es que el progenitor dolosamente, manifiesta una filiación inexistente. Su actuar es a sabiendas que, con tal conducta, altera significativamente la auténtica relación filial que le correspondería al niño, perjudicando su origen biológico y atentando contra el derecho a su identidad toda vez que el reconocedor priva al reconocido de que pueda determinarse su verdadera filiación.

4.6. El reconocimiento voluntario de niños recién nacidos por personas extranjeras sin vínculo biológico

El reconocimiento voluntario de niños recién nacidos por personas extranjeras sin tener vínculo biológico este acto constituye el delito de adopción ilegal o irregular ya que se puede tomar como la venta o trata de niños en este sentido, la trata de personas tiene tres elementos:

- i. Un acto (la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas),
- ii. Un medio (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra), y
- iii. Un propósito (con fines de explotación).³¹

“Por su parte, concluye que la venta de niños implicaría dos elementos: 1) la transferencia de un niño y 2) alguna forma de remuneración (es decir, una transacción), siendo el propósito de la transferencia irrelevante. Así, en el contexto de las adopciones, la comisión de actos o actividades en violación de las normas y estándares internacionales aplicables como el principio del interés superior del niño, la prohibición

³¹ De Boer-Buquicchio, Maud. **Corte Interamericana de Derechos Humanos dictamen pericial, Hermanos y familia Ramírez Vs. Guatemala.** Pág. 99



de obtener ganancias económicas inadecuadas y el principio de subsidiariedad conducirían a adopciones ilegales y también podría constituir venta de niños.³²

Desde el punto de vista del derecho internacional, la adopción internacional constituye venta y el tráfico ilícito de niños cuando un intermediario induce el consentimiento para la adopción en violación de los estándares de la Convención de La Haya y cuando el niño es transferido por una remuneración u otra consideración. Como una cuestión técnica, ambos elementos (el incentivo del consentimiento por parte de un intermediario de una manera que viola las normas de La Haya y la transferencia de niños a cambio de una remuneración o consideración) deben establecerse para constituir el tipo venta de niños que literalmente viola las normas del Protocolo Facultativo sobre la materia.³³

En este sentido cuando una persona extranjera reconoce a un menor niño o niña sin tener un vínculo biológico y posteriormente lo lleva fuera del país con el consentimiento de la madre que ha sido previamente remunerada, con la documentación extendida legalmente, pero falsa en la declaración de voluntad constituye una adopción ilegal, por parte del reconociente.

³² **Ibíd.** Pág. 102

³³ Smolin David M. **Lavado de niños y la Convención de La Haya sobre Adopción Internacional.** Pág. 55

4.7. Formas y métodos de adopción ilegal

De acuerdo al Informe de la Relatora Especial en 2017, no se dispondría “de datos fiables sobre el número de niños que han sido o están siendo adoptados como consecuencia de la venta, la trata u otros actos ilegales y prácticas ilícitas”. Por una parte, establecer tales cifras sería difícil debido a la naturaleza ilícita y clandestina de esas actividades, y por otra, habría una apariencia de legalidad de estas adopciones ilegales, por cuanto muchos de los niños afectados reciben documentos de adopción oficiales”.³⁴

El secuestro de bebés, ejemplo, raptándolos o informando falsamente a los padres de que su hijo nació muerto o falleció poco después del nacimiento, la inducción indebida del consentimiento, mediante declaración falsa (el reconocimiento sin tener vínculo biológico), soborno o coacción y la obtención de beneficios materiales indebidos, mediante el pago por el niño o el soborno de los intermediarios que participan en el proceso de adopción, figuran entre los métodos más comunes utilizados en la venta de niños y las adopciones ilegales. La falsificación de documentos, entre ello se tienen los certificados de nacimiento de médicos, como constancias de comadronas, así como los documentos de identidad de la madre biológica, inclusive los resultados de las pruebas de ADN y las declaraciones de abandono o renuncia a la patria potestad.

³⁴ Naciones Unidas, Asamblea General. **Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**. Consejo de Derechos Humanos 34º período de sesiones 27 de febrero a 24 de marzo de 2017. <http://bcn.cl/2cu9a> (consultado 12 enero, 2023). párr.27.

“Los métodos, actos ilegales y prácticas ilícitas anteriores estarían vinculados a las deficiencias del sistema de protección de la infancia, como los procedimientos inadecuados para prestar asesoramiento a los padres biológicos y los procedimientos viciados de renuncia a la patria potestad. Estas mismas deficiencias serían explotadas por redes delictivas impulsadas por lo lucrativo del negocio de la venta de niños y la facilitación de las adopciones ilegales, a menudo con la participación de funcionarios del Estado o por la insuficiencia o permisividad de las políticas públicas. Si tales actos ilegales y prácticas ilícitas son sistémicas, según el Informe de la Relatora Especial 2017, los Estados serían responsables de ellas por omisión o por complicidad”.³⁵

El citado informe identifica diferentes etapas dentro del proceso de adopción, que conducen a determinar que un niño puede ser adoptado, que pueden ser vulnerables a actos ilegales y prácticas ilícitas. Esta está vinculada a la deficiencia del sistema nacional de protección especialmente en el Registro Civil del Registro Nacional de las Personas. Especialmente tomar acciones en el reconocimiento voluntario de menores por hombres extranjeras establecido en el artículo 211 del Código Civil sin realizar una prueba de ADN.

4.8. Recomendaciones para prevenir y combatir las adopciones ilegales

El bien jurídico protegido en la filiación que surge del reconocimiento. No obstante, lo directamente protegido es la normativa civil reguladora del reconocimiento,

³⁵ *Ibid.* Pág.29.

protegiéndose sólo mediatamente la filiación, pues fingir materialmente la paternidad sin afectar a dicha normativa es una conducta atípica. Si bien no puede desconocerse que toda suposición de paternidad implica necesariamente la omisión de la normativa que regula el proceso de adopción, lo cierto es que una conducta que se dirige a presentar al niño como hijo biológico del supuesto padre, esto es, falsear no la filiación por adopción sino la filiación por el reconocimiento sin tener un vínculo biológico.

“Frente a estas posturas que sitúan el bien jurídico en la órbita de los delitos contra las relaciones familiares, subsiste una minoría doctrinal que continúa vinculando el bien jurídico protegido al estado civil derivado de la filiación o destacando su naturaleza inexistente, quizás influidos en ello por el pensamiento, al vincular el interés jurídico protegido a la fe pública”.³⁶ Como se pone en manifiesto en el Artículo 240 numeral 1 del Código Penal “Quien, falsamente denunciare e hiciere inscribir en el Registro civil, cualquier hecho que altere el estado civil de una persona, o que, a sabiendas, se aprovechare de la inscripción falsa”; que permite una interpretación en este sentido, al supeditar la acción típica a la inscripción registral. Así mismo el Artículo 241 BIS. del mismo cuerpo legal establece. “Quien para obtener la adopción de una persona para sí mismo, brinde o prometa a una persona o a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, independientemente que logre el propósito...”

Como consecuencia de la interpretación que se hace de la conducta típica, la doctrina discute si el sujeto activo debe quedar limitado o no también a la mujer, ya que la madre

³⁶ Jareño Leal, A. **Delitos contra las relaciones familiares**, Pág. 1053.

consiente el reconocimiento de un padre que no tiene ninguna relación biológica con el menor. Para la posición mayoritaria se trata de un delito especial propio, en la medida en que sólo la mujer tiene conocimiento del verdadero progenitor; mientras que otros autores defienden el que pueda ser cometido por cualquiera, dado que no se trata tanto de simular una relación biológica, sino que, es estar consciente de reconocer un hijo sin tener un nexo biológico, esto es, vincular un recién nacido a quien no es su padre natural. En consecuencia, el padre del hijo supuesto, al igual que la madre que acepta el reconocimiento atribuyendo una filiación que no es la verdadera, serán autores de este delito.

En este punto hay que tener en cuenta que el registrado civil que inscribe a un menor no puede ser ni autor ni cooperador necesario de este delito. Su intervención constituye una participación necesaria que no ha sido conminada en este tipo penal, sino en el del Artículo. 240 párrafo final del Código Penal que regula que: "El funcionario público que a sabiendas autorizare inscribiere un hecho falso en el registro de personas correspondiente..., por lo que su responsabilidad será la de autoría del delito de supresión y alteración de estado civil. Se tipifican así las dos conductas que integran el hecho y por tanto un solo delito, si bien como se verá más adelante, de forma no completamente simétrica, pues el tipo de reconocer a un menor tiene un ámbito de aplicación más amplio al poder incidir sobre la filiación por nacimiento o por adopción".

"El bien jurídico protegido del menor es conocer su propia identidad. Como aspecto de la dignidad humana y en estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la



personalidad, pues permite equiparar los injustos de los tipos penales”.³⁷ Sin embargo, no convence del todo esta interpretación, porque, de una parte, los convenios internacionales sobre los que se construye dicho derecho le otorgan un contenido más amplio, de manera que estos tipos sólo inciden en un aspecto de tal identidad: las relaciones familiares o la procedencia familiar del menor, lo que, ya se expresa con la filiación. Así, el Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 incluye dentro de la identidad: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

Por otra parte, dicho derecho a la identidad no comprende el de investigar la maternidad o la paternidad biológica, sino la procedencia familiar determinada por el nacimiento o por la adopción (filiación legal).

En relación al bien jurídico protegido, el sujeto pasivo del delito es el menor cuya filiación se ve afectada. Un bien jurídico personalísimo pero indisponible e irrenunciable. Para algunos autores el sujeto pasivo es doble: el menor y el Estado, debido a la dimensión pública que se otorga al bien jurídico protegido; y, en fin, quienes sostienen que lo protegido es la fe pública limitan la condición de sujeto pasivo sólo al Estado o a la comunidad.

³⁷ Villacampa Estiarte. Carmen. **La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de tráfico de menores**, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Pág. 67.



Uno de los mecanismos necesarios es reformar el Artículo 211 del Código Civil que incluya que cuando un extranjero pretenda reconocer a un menor, obligatoriamente tenga que presentar la prueba de ADN para prevenir la adopción ilegal, la apropiación o robo de un menor y evitar la trata de persona menores de edad.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Las adopciones ilegales, son el resultado de delitos como el secuestro, la venta y la trata de niños o que se llevan a cabo mediante la comisión de otros actos ilegales o prácticas ilícitas, como la falta de consentimiento de los padres biológicos, el fraude y los beneficios financieros indebidos, vulneran múltiples normas y principios de los derechos del niño, entre ellos el interés superior de este. En el presente trabajo de investigación se determinó que hay vulneración del Artículo 211 del Código Civil, por hombres ya sean guatemaltecos o extranjeros, cuando reconocen a un menor sin que exista una relación biológica por lo que es una herramienta de adopción ilegal en el reconocimiento voluntario de niños recién nacidos

Para prevenir y erradicar eficazmente la adopción ilegal, el Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 211 del Código Civil en el sentido que antes de realizar el reconocimiento se verifique la relación biológica entre el presunto padre y el menor sujeto del reconocimiento.

Ya que el sistema actual se facilita y alienta la adopción ilegal, por el ordenamiento jurídico civil, otro factor que facilita las adopciones ilegales es el volumen del beneficio económico que puede obtenerse al disponer de niños que puedan ser objeto de adopción internacional.



BIBLIOGRAFÍA



AGUILAR LLANOS, Benjamín. **Interés superior del niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho.** Lima Perú: Ed. Ed. Gaceta Jurídica. 2010

ALBERDI, ISABEL. **La nueva familia española.** Madrid, España: Ed. Taurus, 1999.

ALBURES ESCOBAR, Cesar Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca.** Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1964.

BELLIDO, Percy. **Paternidad responsable,** sisbib.unmsm.edu.pe/bVrevistas/ginecología/Vol_41N1/paternidad.htm - 11k – (Consultado el 20 de septiembre de 2021).

BELULUSCIO, Augusto Cesar, **Nociones derecho de familia.** Buenos Aires Argentina: Ed. Argentina, 1972.

BESTARD, Juan. **El parentesco y los límites del pensamiento moderno.** Barcelona, España: Ed. Paidós. 1998.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires Argentina. Ed. Heliasta. 2008

CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Comisión de Paternidad Responsable del CNNA **Lineamientos de política para el fomento de la paternidad responsable.**

DE BOER BUQUICCHIO, Maud. **Corte Interamericana de Derechos Humanos Dictamen Pericial, Hermanos y familia Ramírez Vs. Guatemala.** <http://bcn.cl/2cu94>. 2017

ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado.** Lago Agrio, Ecuador: Ed. De la Revolución Ecuatoriana; Comité Provincial de Sucumbíos del Partido Comunista Marxista Leninista del Ecuador, 2004.

FALZEA, A. **Investigaciones sobre la teoría general del derecho y la dogmática jurídica.** Milán, Italia: Ed. Giuffre. 1997

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho a la Identidad Personal.** Buenos aires, Argentina, Ed. Astrea. 1992.

GONZÁLEZ TEJERA, Juan. **Una familia de la élite mexicana, 1820-1980: Parentesco, clase y cultura.** México: Ed. Alianza. 1993.



[HTTP://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_trata.pdf](http://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_trata.pdf) UNICEF (consultada el 13/10/2014).

JAREÑO LEAL, A. **Delitos contra las relaciones familiares**, España: Ed. Boix Reig. 2010

LANDA ARROYO, Cesar. **Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación**. Lima Perú: (s.i) 2012.

MORALES ACEÑA DE SIERRA, María Eugenia. **Derecho de familia, análisis de la Ley de Tribunales de Familia**. Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landívar, 1976.

Naciones Unidas, Asamblea General. **Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**. Consejo de Derechos Humanos 34º período de sesiones 27 de febrero a 24 de marzo de 2017. <http://bcn.cl/2cu9a> (consultado 12 enero, 2023).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. www.rae.es (Consultado el 20/07/2014).

TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. **El interés superior del niño**. Lima, Perú: (s.e.) 2009

SALDAÑA PÉREZ, Jesús. **La patria potestad en la actualidad**. <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

SANTOS CIFUENTES, Carlos. **El derecho a la identidad y la influencia en Argentina**. Argentina: Ed. Jurídica. 2009

SMOLIN, David M. **Lavado de niños y la Convención de La Haya sobre Adopción Internacional: el futuro y el pasado de la adopción internacional**. Revista de derecho de la Universidad de Louisville. vol. 48, pág. 441-498. <http://bcn.cl/2cu9f> (Consultado 12 enero, 2023).

VOLTERRA, Edoardo, **Instituciones de derecho privado romano** (traducción de J. Daza Martínez, Madrid, Civitas), 1988,

VILLACAMPA ESTIARTE. Carmen. **La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de "Tráfico de menores"**, en Revista de Derecho y Proceso Penal.



Legislación:

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

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

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

Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Decreto 54-86 del Congreso de la República de Guatemala, 1986.

Código Civil Español, Decreto Real de 24 julio de 1989, España, 1989.

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206 del jefe de gobierno Guatemala, Enrique Peralta Azurdia, 1963.