

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

**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 238 DEL
CÓDIGO CIVIL Y CONSIDERAR EL INTERÉS SUPERIOR
DEL ADOPTADO MENOR DE EDAD EN CASO DE
FALLECER EL ADOPTANTE**

WALTER GEOVANY MOLINA PAZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2005

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

**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO CIVIL Y
CONSIDERAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL ADOPTADO MENOR DE EDAD EN
CASO DE FALLER EL ADOPTANTE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por

WALTER GEOVANY MOLINA PAZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 2005

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente: Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
Secretario: Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Vocal: Lic. Byron Oswaldo de la Cruz López

Segunda fase:

Presidente: Lic. Adrián Miranda Pallez
Secretario: Lic. Nery Roberto Muñoz
Vocal: Licda. Elizabeth García Escobar

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis” (Artículo 25 del Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

DEDICATORIA

- A DIOS:** Creador universal, dador de fortaleza y sabiduría; quien con su luz ha guiado mi camino para poder alcanzar el triunfo que hoy obtengo. A él sea la gloria por siempre.
- A MI PATRIA:** **Guatemala**, lindo país que me vio nacer, a quien seguiré sirviendo con honor, lealtad y orgullo.
- A MIS PADRES:** **Otoniel Molina y Reginalda Paz de Molina**, por ser guías, soporte y horizonte en mi vida, ofrezco la corona de mi triunfo como muestra de reconocimiento a un hombre íntegro y mujer abnegada, quienes me enseñaron que con amor y voluntad todo es posible.
- A MI HIJO:** **César Eduardo Molina Paz**, por ser el regalo más grande y maravilloso que Dios me ha dado; quien es el motivo de alegría en mi vida. Sea para él un ejemplo a seguir.
- A MIS HERMANOS:** **Liliana, Nora, Vilma, Otto y Ervin**, sea para ellos un ejemplo de perseverancia y esfuerzo.
- A MIS SOBRINOS:** **Israel, Ervin, Jonathan, Javier y Saraí**; sirva de estímulo en sus vidas.
- A MIS PRIMOS:** Con sincero cariño, en especial a **Norma y Karina**.

DEDICATORIA

ESPECIAL A:

Lic. Julio Roberto Palencia López y familia, por todos sus esfuerzos, apoyo incondicional, sabios consejos y ejemplos que permitieron una formación profesional, para hacer de mí, una persona de provecho. Que Dios lo bendiga.

A MIS EDUCADORES: Gracias por sus sabias enseñanzas, con especial agradecimiento a los Licenciados **Nery Roberto Muñoz, Fredy Cabrera y Saulo De León Estrada.**

A FAMILIARES Y

AMIGOS EN GENERAL: Con sincero cariño.

A:

LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, ESPECIALMENTE A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. En cuyas aulas se acrisoló mi vocación por la Justicia y el Derecho.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. La adopción.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Relación histórica.....	3
1.3. Evolución de la adopción.....	7
1.4. Fines de la adopción.....	9
1.5. Fundamentos esenciales de la adopción.....	11
1.6. La adopción como institución social.....	12

CAPÍTULO II

2. La adopción en la legislación guatemalteca.....	15
2.1. La regulación en la legislación civil.....	15
2.2. La regulación del proceso voluntario extrajudicial.....	26

CAPÍTULO III

3. La adopción en el derecho internacional.....	33
3.1. Regulación legal internacional.....	33
3.2. Fines.....	37
3.3. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores.....	38
3.4. El ADN como garantía en la adopción internacional.....	44

CAPÍTULO IV

4. Análisis del Artículo 238 del Código Civil.....	49
4.1. Muerte del adoptante.....	49
4.2. La familia de adoptante.....	51
4.3. Ventajas de la reforma.....	52
4.4. Abandono del niño y desprotección.....	54
4.5. Proyecto de reforma.....	57
CONCLUSIONES.....	61
RECOMENDACIONES.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como base el análisis jurídico-doctrinario del Artículo 238 del Código Civil, en el sentido de que al morir el adoptante, el menor adoptado regresa a los padres biológicos, al tutor o a una institución de asistencia social.

Se analiza en la presente investigación la eficacia o ineficacia de la norma mencionada para proteger al adoptado para que en el futuro no sufra las consecuencias de un mal trato o la adaptación a una institución de servicio social, pues se considera que durante el tiempo se adaptó a la familia del adoptante.

En este orden de ideas el objeto principal de la investigación es la protección al menor adoptado, para que cuando fallezca el adoptante el menor continúe bajo la protección de la familia del adoptante fallecido, bastando la escrituración de la continuación de la adopción, ya que si vuelve a sus padres adoptivos tendrá que adaptarse nuevamente, y podría ser que los padres biológicos no tengan los medios suficientes para su manutención o bien que por malos tratos de obra y de palabra fue dado en adopción, por otro lado puede ser que el tutor, que tuvo antes de la adopción, lo haya tratado mal y en el momento presente no desee continuar siendo tutor, y si es internado en una institución de servicio social, tendría que adaptarse a los problemas que se dan en dichas instituciones.

En la actualidad las instituciones de servicio social albergan niños de la calle, huérfanos y otros que pueden dar malos ejemplos a los demás, por lo que la internación en una de esas instituciones no sería una solución al problema,

mientras que el niño que ha convivido con la familia del adoptante fallecido es tratado como hijo propio, preocupándose por la educación, vestuario y alimentación del mismo.

El problema consiste en que el niño adoptado ha sido tratado como hijo por los familiares del adoptante fallecido, se le ha brindado cariño, dándole educación, alimentación y vestuario, deshaciéndose ese lazo familiar cuando fallece el adoptante, y el niño tiene que volver con los padres biológicos, al tutor o a una institución de servicio social, por lo que éste tendrá que adaptarse a ellos, y si es maltratado por los padres naturales o el tutor podrá huir constituyéndose en niño de la calle, o bien si los padres naturales o el tutor lo rechazan lo podrán abandonar constituyéndose en niño en calidad de abandono.

La solución del problema radica en la modificación del Artículo 238 del Código Civil, por medio del cual se establecería que cuando fallezca el adoptante el menor queda al cuidado de uno o más familiares del adoptante, legalizándose la continuación de la adopción mediante escritura pública faccionada ante notario, teniendo las mismas regulaciones de la adopción y registrándose en la misma forma.

La importancia del tema bajo investigación, es la de beneficiar al menor de edad dado en adopción a fin de no cortar una relación familiar que ya ha tenido, para reintegrárselo a sus padres biológicos o a una institución de beneficencia, llevando consigo el interés de analizar la propuesta para la reformar del Artículo 238 del Código Civil, en el sentido que al fallecer el adoptante, el adoptado continúe la relación familiar con las personas que pertenecen al grupo familiar el adoptante.

Por otro lado es necesario hacer énfasis, en qué situación queda el menor adoptado cuando fallece el adoptante, no teniendo el adoptado familiares o tutor por haber fallecido, o bien que el centro de asistencia social haya desaparecido, la solución al problema sería que el adoptado quede bajo la guarda y cuidado de los familiares del adoptante fallecido, mientras que siguen las diligencias para legalizar la nueva adopción.

La importancia del tema y el interés del mismo radica en que al fallecer el padre adoptivo, el adoptado quede bajo la guarda y custodia de los familiares del adoptante, ya que tratarán como parte de la familia al mismo, evitando que el menor tenga que ser internado en hogares temporales del Estado o tenga que regresar a los padres biológicos, ya que en este caso no beneficiaría al menor, por lo tanto lo más correcto y de beneficio para el menor es que los familiares del adoptante fallecido sigan creando y educando al adoptado.

El problema se puede especificar como el beneficio que recibe el menor cuando fallece el adoptante, pues el mismo se ha adaptado a una familia, por lo que le sería imposible adaptarse a un hogar temporal o a los padres biológicos cuando no ha crecido con ellos.

Por las razones de la presente investigación el problema se puede definir de la siguiente manera: ¿Será de beneficio al menor adoptado que cuando fallezca el adoptante el menor pase al cuidado de uno o más familiares del adoptante, legalizándose la continuación de la adopción por medio de escritura pública faccionada ante notario y teniendo las mismas regulaciones de la adopción en su registro e inscripción?

La investigación tendrá como ámbito territorial el municipio de Guatemala del departamento de Guatemala, el ámbito temporal estará comprendido del mes de enero del año dos mil tres al mes de enero del año dos mil cinco, teniendo como unidad de análisis los juzgados de instancia de familia y las instituciones de servicio social a menores.

El fin principal de la adopción es la protección a niños que son rechazados por sus padres biológicos, cuando sus padres no tienen los medios económicos suficientes para su subsistencia o que son abandonados a su suerte, regulándose el fallecimiento del adoptante en el sentido que el menor vuelva a los padres biológicos, al tutor o a una institución de servicio social, lo que desvirtúa el fin máximo de la adopción.

Como objetivos generales replantearon los siguientes: 1. Analizar la problemática que presenta la adopción en los casos en que fallece el adoptante, por cuanto a éstos niños se les debe brindar protección continúa por los familiares del adoptante fallecido. 2. Proteger al niño cuando fallece el adoptante, evitando internarlos en una institución de servicio social. 3. Hacer de la adopción una institución donde prevalezca la plena voluntad de los familiares del adoptante fallecido para continuar con los cuidados del menor. 3. Reformar el Artículo 238 del Código Civil para evitar que se rompan los lazos entre los familiares del adoptante cuando fallezca éste.

Asimismo los objetivos específicos de la investigación fueron los siguientes: 1. Analizar la obligación del Estado de protección al menor luego que fallece el adoptante. 2. Evitar que niños adoptados sufran una nueva adaptación con los padres biológicos, el tutor o una institución de servicio social. 3. Establecer la obligación de que el adoptado pase a uno o más familiares

continuando la adopción mediante escritura pública.

Se tuvieron como supuestos: 1. La intervención del Estado para reformar la ley estableciendo la continuación de la adopción por uno o más familiares del adoptante fallecido. 2. La continuación de la adopción da la seguridad al adoptado para continuar conviviendo con la familia del adoptante. 3. Debe existir una relación de cariño y ayuda al adoptado cuando fallece el adoptante.

La investigación consta de cuatro capítulos. El primero trata de la adopción, exponiendo la definición, se hace la relación histórica de la misma y la evolución que ha sufrido, asimismo se analizan los fines y los fundamentos que la integran, para concluir con el estudio de la adopción como institución social.

El capítulo dos se refiere a la adopción en la legislación guatemalteca, estudiando la regulación en la legislación civil y la regulación en el proceso voluntario extrajudicial.

El capítulo tres trata la adopción en el derecho internacional, la regulación legal, los fines que persigue, se analiza la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, estudiándose el ADN como garantía en la adopción internacional.

En el capítulo cuatro se analiza el Artículo 238 del Código Civil, haciendo referencia a la muerte del adoptante, situación de la familia del mismo, las ventajas de la reforma al mencionado Artículo, analizándose el abandono del niño y la desprotección, concluyendo un proyecto de reforma.

Las teorías que se tomaron como base fueron las de los juristas: Guillermo Cabanellas, Carlos Larios Ochaíta, Adolfo Alvarado Velloso, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y otros.

Los métodos que se utilizaron en la investigación fueron: 1. Deductivo: Para llegar a conclusiones generales de la observación de los hechos que surgieron de la investigación, los silogismos que se practicaron en las observaciones que indudablemente llegaron a conclusiones particulares. En la presente investigación para llegar a concluir que es necesaria la continuación de adopción por parte de familiares del adoptante fallecido, se hizo el análisis de casos particulares en los cuales se ha dado el fallecimiento del adoptante volviendo el adoptado a sus padres naturales, al tutor o a una institución de servicio social. 2. Inductivo: En la investigación se realizaron análisis de hechos particulares, los que se interrelacionaron y por lo tanto se realizaron conclusiones generales. En el trabajo se analizaron los casos de menores adoptados, y por lo tanto la necesidad de regular la continuación de la adopción como una protección del menor adoptado cuando el adoptante ha fallecido.

La técnica de investigación utilizada fue la documental. El procedimiento de la investigación es el científico jurídico.

CAPÍTULO I

1. La adopción

1.1. Definición

Adopción, procedimiento legal que permite a un niño o niña convertirse en términos legales en el hijo o hija de otros padres, adoptivos, distintos de los naturales

“Al margen de la legislación de un país determinado, la experiencia jurídica enseña que por adopción suele entenderse aquel acto o negocio de derecho privado por virtud del cual entre adoptante o adoptantes y adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos, o, al menos, análogos a los que resultan de la procreación entre padres e hijos”¹.

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

El consentimiento de los padres del niño, o sólo de la madre cuando el niño es ilegítimo, debe otorgarse antes de que un niño sea adoptado.

La adopción, denominada también ahijamiento o prohijamiento, constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad. Muy discutida, por

¹ Fundación Tomás Moro, **Diccionario jurídico espasa**, pág. 31.

² Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 174.

contraria a la naturaleza humana, no todos los códigos la admiten, ni en todos los tiempos se ha considerado en igual forma. Recibir legalmente como hijo a quien en verdad no lo es, crea un problema de orden familiar que es regido con cuidado ante la situación que pueden darse.

En circunstancias determinadas, una ruptura en la vida familiar del niño puede llevar al tribunal a permitir la adopción sin este consentimiento: en tales casos el niño se ve “libre para la adopción”.

Larios Ochaíta da la siguiente definición de adopción: “Es un acto de voluntad que coloca en una familia a un individuo a quien ni la naturaleza ni la ley habían hecho miembro de la misma. La adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que puede ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos legítimamente en matrimonio y sus hijos”³.

Todos están de acuerdo hoy en día con que la adopción se lleva a cabo por razones altruistas, filantrópicos, de protección a la infancia abandonada y desamparada, ayuda y existencia social, integración familiar, etc. y además de que se trata de un acto en el que necesariamente interviene el Estado mediante los organismo judiciales respectivos.

La adopción adquiere importancia en el Derecho Internacional Privado debido a que la mayoría de los Estados del mundo admiten lo que se ha dado

³ Larios Ochaíta, Carlos, **Derecho Internacional Privado**, Pág. 155.

en llamar “la adopción internacional”, es decir, adopciones en las cuales los adoptantes y el adoptado pertenecen a Estados diferentes.

En la actualidad la adopción es una institución jurídica admitida y legislada en la mayoría de los Estados del mundo; es una institución de carácter casi-universal, porque sí existen algunos Estados que no la aceptan.

En conclusión la adopción es el acto jurídico voluntario, por el que una persona toma como hijo propio al que no lo es.

Planiol señalaba que la adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. De todas maneras, el parentesco ficticio que resulta de la adopción no imita, sino de manera muy imperfecta, el verdadero parentesco. Sus efectos son mucho menos extensos, y todavía menos numerosos; y en la práctica, su único resultado sería dar un heredero, con todos los derechos de hijo, a las personas sin descendientes. La adopción no destruye las relaciones de filiación que adoptado por el nacimiento, y el parentesco ficticio queda sobrepuesto a esas relaciones, sin sustituirlas.

1.2. Relación histórica

“La adopción es una institución muy antigua. Existió en la India, donde se establece su origen, existió entre los hebreos, Grecia, Egipto y Roma; las razones fueron de diversa naturaleza: sociales, religiosas, políticas, patrimoniales, de interés filantrópico, etc. Más tarde existió entre los germanos donde adquirió carácter de interés bélico, es decir, asegurar que las familias sin

hijos biológicos pudieren colaborar al esfuerzo bélico; después pasó a Francia, inserta en el Código de Napoleón, que distinguió tres clases de adopción: voluntaria (la ordinaria conocida hoy en día), la remuneratoria (como premio por acciones extraordinarias) y la testamentaria”⁴.

La adopción es una figura que tuvo en la vida de los pueblos primitivos una significación totalmente distinta de la que hoy tiene; y así, en tanto en las primeras etapas de la civilización predomina en ella el interés objetivo de la familia, el interés de la continuación de la estirpe para la supervivencia del culto de los antepasados, acusa en las más recientes legislaciones, un profundo aspecto sentimental, llamado a proporcionar los beneficios de la filiación y la paternidad a personas que, por la naturaleza, carecían de ellos, a la par que un aspecto benéfico, resolviendo agudos problemas materiales, ya que constituye el medio mas adecuado para paliar la suerte de los niños huérfanos.

La adopción era habitual en las antiguas Grecia y Roma, ya que permitía la continuación de la línea sucesoria de una familia en ausencia de herederos naturales. Así, por ejemplo, Cayo Julio César adoptó a Cayo Julio César Octavio Augusto, quien luego se convirtió en el primer emperador de Roma.

En la antigüedad y durante el Medioevo se consideraba verdadera aflicción familiar la del matrimonio carente de hijos, por no haberlos tenido, por no poderlos tener o por haberlos perdido. No resultó difícil encontrar el medio sustitutivo, consistente en recibir como propio a uno ajeno, sobre todo desde edad temprana, para mayor afirmación del afecto.

⁴ Larios Ochaíta, **Ob. Cit**; pág. 155.

Los romanos declararon la “*adoptio imago naturae*” (la adopción es imagen de la naturaleza), considerando que por medio de la adopción se producía un vínculo de filiación entre adoptado y adoptante. Además manifestaban que la adopción tanto quiere decir como prohijamiento; que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente.

La *Adoptio imago naturae*, tuvo una amplísima difusión, pues hasta los emperadores hicieron uso de ella, recurriendo a la adopción para asegurarse sucesores de su afecto y confianza. Se consideraba necesario para esos fines:

- Continuar el culto doméstico;
- Perpetuar el nombre;
- Obtener beneficios, en razón a los concedidos por el número de hijos que se tenían;
- Legitimar a los hijos ilegítimos.

Los romanos distinguían dos clases de adopción, la propiamente dicha y la erogación. La primera recaía sobre las personas “*Alieni Juris*” (de derecho ajeno); y la segunda, sobre las personas “*sui juris*” (de derecho suyo).

La *Alieni Juris*, era el sometimiento al poder o potestad de otro, por ejemplo los esclavos y los hijos, y las mujeres en general. Estos carecían de capacidad jurídica como capacidad de obrar en derecho. Estaban sometidos a la patria potestad del pater familias, a la tutela del respectivo tutor o a la manu del marido. Se era *alieni juris* por nacimiento (como los hijos y los esclavos), por matrimonio (tanto la mujer, si dependía de la manu marital, como la nuera,

en caso de estar su marido sujeto a un jefe de familia), por compraventa (como el hombre libre adquirido por mancipatio o el esclavo, negociado como mercadería), por voluntad (en la adopción y en la adrogación).

Por su parte la sui juris, era el hecho de que la persona tenía plena capacidad jurídica de obrar, quien no estaba sometido a ninguna potestad doméstica. Era la contraposición de la alieni juris.

Relatos bíblicos se refieren al adopcianismo, que era una herejía que tuvo origen en España durante el siglo XVIII, según la cual Cristo, en cuanto hombre, no era hijo natural de Dios, sino solo hijo adoptivo. Esta herejía fue condenada por el Papa Adriano I en el año 785 y por el Concilio de Frankfurt en el 794.

Asimismo los relatos bíblicos se refieren a la adopción sobrenatural, el cual se considera como el acto por el cual Dios acepta a los humanos como hijos suyos y hace herederos de la felicidad del cielo. La adopción natural o legal altera solamente la condición social o externa, pero la adopción sobrenatural transforma internamente, tal y como se señala en Romanos 8 y 9, Gálatas 4 y 5, Efesios 1 y 5, así como los libros de San Juan, San Pedro y Santiago.

En notable contraste con la época actual, en la Antigüedad y durante el medioevo se consideraba verdadera aflicción familiar la del matrimonio carente de hijos, por no haberlos tenido, por no poderlos tener o por haberlos perdido. No resultó difícil encontrar el medio substitutivo, consistente en recibir como propio a uno ajeno, sobre todo desde edad temprana, para mayor afirmación del afecto. Pudieron así declarar los romanos "Adoptio imago naturae", que la

adopción es imagen o imitación de la naturaleza, en lo que a la filiación concierne. En la misma línea, decía que adopción “Tanto quiere decir como prohijamiento; que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente”.

1.3. Evolución de la adopción

Al modificarse, con el tiempo, las costumbre y creencias y desaparecer, por tanto, la finalidad primaria fundamental de la adopción, la misma fue perdiendo el pasado esplendoroso que tuvo, cayendo, poco a poco, en una situación de olvido. Al llegar la época de la codificación se planteó incluso el problema de la supresión de la figura tal figura jurídica.

“En la Edad Moderna, la adopción fue incluida en el Código Civil francés, por instigación de Napoleón. Sin duda, aun cuando no se haya observado, en el ánimo del cónsul ya e inminente emperador, debió de pesar el llevar seis o siete años casado con Josefina y sin descendencia. La señalaba como institución filantrópica destinada a ser el consuelo de los matrimonios estériles y una gran protección para socorrer a los niños pobres”⁵.

La adopción regulada en el Código de Napoleón pasó a los códigos modernos inspirados en éste, la mayoría de los cuales eliminó la adopción remuneratoria, conservando en algunos casos tanto la voluntaria como la testamentaria, y en la mayoría conservando solamente la voluntaria.

⁵ Cabanellas, Guillermo, **Ob. Cit**; pág. 174.

Luego de un paréntesis histórico, explicable por las prolíficas familiares de los tiempos medios e incluso de la Edad Moderna, la adopción fue incluida en el Código Civil, instigación de Napoleón. Sin duda, aun cuando no se haya observado, el ánimo del cónsul ya eminente emperador, debió de pesar el llevar seis o siete años casado con Josefina y sin descendencia. La señalaba como institución filantrópica destinada a ser “el consuelo de los matrimonios estériles y una gran protección para socorrer a los niños pobres”.

La conflagración mundial de 1914 dio ocasión a un cambio total de la adopción que determina un desarrollo inusitado e inicia la tercera vida de la institución. Los huérfanos de la guerra eran numerosos, muchos eran también los hogares en los que se sentía la falta de hijos, y la adopción pareció a las gentes un medio adecuado para reparar esas desgracias. De estas consideraciones surge una legislación más comprensiva, en orden al apretado rigorismo de la adopción en un sentido técnico y también que al lado de esta figura vivan otras figuras de marcado sabor filantrópico, cual la llamada legitimación adoptiva que, a la vez que una nueva forma de adopción es, una nueva fuente de legitimación que admiten, para paliar los inconvenientes de la adopción tradicional, que puede definirse como una adopción cuyos efectos son más extensos que los de la adopción simple, pues desliga completamente al adoptado de su familia de origen, para hacerlo entrar en una nueva familia con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo de los adoptantes, aparte de otras figuras encaminadas a resolver problemas materiales y de orden sentimental, de particular intensidad en los tiempos actuales.

“En la actualidad bien puede hablarse de una edad de oro de la adopción, al margen del derecho codificado, por obra de sucesivas leyes especiales que

en casi todos los países occidentales tienden a formar un derecho europeo uniforme en la materia”⁶.

Las legislaciones actuales, con muy pocas excepciones, han legislado para la adopción nacional, aquella adopción en la cual tanto el adoptado como el adoptante pertenecen a un mismo país; no así las adopciones internacionales, donde el adoptado y el adoptante pertenecen a diferentes países.

1.4. Fines de la adopción

El objetivo primordial de la adopción actual es asegurar el bienestar a un niño cuando sus padres naturales son incapaces de educarle. De esta forma, permite a las parejas sin niños formar una familia.

El fin principal de la adopción es hacer de una persona desconocida que sea tomada como hijo propio con las reglas estipuladas en la ley.

Además se crean vínculos paternales con las ventajas que pueda tener cualquier hijo biológico del adoptante, en relación a la manutención y el derecho a la herencia, según las regulaciones de la ley cuando así se estipula.

La adopción atribuye al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad, produciendo lazos de parentesco en el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra parte. Uno y otro se deben recíprocamente alimentos.

⁶ **Ibid.** Pág. 174.

Además la adopción puede llevar implícitas cuestiones sociales de protección al menor, cuando el adoptante toma como su hijo a una persona que está descuidada o que no tiene padres, ya que hayan muerto o que lo hayan abandonado.

La adopción crea entre adoptante (o adoptantes) y el adoptado un vínculo idéntico al de la filiación por naturaleza, lo que implica la desaparición de esta relación entre los padres y parientes naturales y el adoptado (salvo a efectos de impedimento matrimonial), tanto en las relaciones paternofiliales como en las sucesorias de otro orden.

La adopción, creada para consuelo de las personas sin hijos, ha sido atacada; ya que la prole es dada por la propia naturaleza y en vano tratará esta institución jurídica de suplir lo que está en aquélla. Una de las objeciones fundamentales se encuentra en que, si los mayores eligen al hijo adoptivo, no existe ni probabilidad siquiera, sobre todo cuando éste es recién nacido o muy niño, de que corresponda al efecto de los adoptantes y que supere la auténtica paternidad y maternidad renunciadas o desconocidas.

El Código de la Niñez y la Juventud, regula la adopción en los Artículos 18 al 24, estipulando que Todo niño, niña y joven tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en la familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependiente de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

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

“El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y jóvenes debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior” (Artículo 22 del Código de la Niñez y la Juventud).

“Solamente las autoridades competentes deberán determinar con apego a las leyes, procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible. La ley de la materia regulará lo relativo a la adopción” (Artículo 23 del Código de la Niñez y la Juventud).

Por su parte el Artículo 24 del mismo cuerpo de leyes manifiesta “El Estado velará porque los niños, niñas y jóvenes que hayan de ser adoptados en otro país, gocen por lo menos de los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes, respecto de la adopción en el país de origen y sujeto a los procedimientos establecidos en la ley de la materia”.

1.5. Fundamentos esenciales de la adopción

Como principios fundamentales de la adopción se puede considerar los siguientes:

- Configurar la adopción como un instrumento de integración familiar, de donde deriva la mayor amplitud con que se regula el acogimiento de menores, una de cuyas situaciones finales -aunque no la única- puede ser precisamente la adopción; ello ha conducido también a velar por el régimen de la tutela.
- La primacía del interés del menor para lograr una relación familia, lo cual se consagra una completa relación que el adoptado mantiene como una situación familiar, creándose una relación de filiación.
- Secundariamente cabe destacar la laudable simplificación del procedimiento opcional, que sigue siendo judicial en el proceso voluntario, aunque también puede ser de tramitación notarial.

1.6. La adopción como institución social

Siendo probablemente una de las instituciones familiares más contingente, y, en consecuencia, más moldeable por el legislador, está basada, sin embargo, en la naturaleza de las cosas, pues responde, en principio a la idea de dar un hogar a los menores que de él carecen mientras que se cumple el deseo de paternidad de los matrimonios infértiles. Ha satisfecho, a lo largo de la historia, intereses muy variados y ha pasado por alternativas de esplendor y de ocaso.

El Artículo 228 del Código Civil, le da a la adopción un carácter jurídico y social, por medio del cual el adoptante toma como hijo a un menor que no lo es biológicamente.

La adopción constituye una institución social desde el momento que el adoptado pasa a ser integrante de un nuevo grupo familiar con las mismas alternativas que tiene el hijo dentro de su familia con relación a los padres.

CAPÍTULO II

2. La adopción en la legislación guatemalteca

2.1. La regulación en la legislación civil

El Artículo 228 del Código Civil, da el concepto de adopción de la siguiente manera “La adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona”.

Sin embargo la adopción puede efectuarse también a un mayor de edad con el consentimiento expreso del adoptado, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad.

Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que se establece entre adoptante y adoptado, no se extiende a los parientes de uno y otro.

Sin embargo, el adoptado y los hijos del adoptante, deben ser considerados, tratados y presentados a las relaciones sociales como hermanos, pero entre ellos no existe derecho de sucesión recíproca.

El Artículo 230 del Código Civil establece que “El adoptante tiene respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos”.

La responsabilidad del adoptante hacia el adoptado comprende los deberes que corresponden entre padres e hijos, estando obligados a cuidar y

sustentar al adoptado, educarlo y corregirlo, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral y materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que haya adoptado.

El hijo adoptivo aun cuando sea mayor de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar al adoptante y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.

Con relación a los bienes del adoptado, el adoptante no puede enajenar ni gravar bienes de los hijos adoptivos ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa la autorización del juez competente e intervención de la Procuraduría General de la Nación.

Las diligencias de utilidad y necesidad, se encuentran reguladas de los Artículos 418 al 424 del Código Procesal Civil y Mercantil, y las puede seguir el tutor, protutor o guardador, debiendo solicitar ante el Juez de Primera Instancia o ante el notario correspondiente para que se inicien las mencionadas diligencias, y se da cuando se necesiten gravar bienes de menores, incapaces y ausentes.

El juez o en notario podrán verificar información respecto a la moral y aptitudes del nombrado, por lo que para gravar bienes de menores se necesita licencia judicial, probando plenamente que existe la necesidad urgente o que

resulta manifiesta la utilidad del acto que pretende verificar, en favor del representado.

Hay utilidad y necesidad:

- Cuando los productos de los bienes inmuebles no alcancen para satisfacer créditos legítimos o para llenar necesidades precisas de alimentación del menor o incapaz.
- Cuando para conservar los bienes y sus productos, no se puede encontrar otro medio que el de gravarlos.
- Cuando se proporciona la redención de un gravamen mayor por otro menor.

El solicitante manifestará ante el juez respectivo:

- El título con que administra los bienes, el cual deberá acreditar.
- Los motivos que le obligan a solicitar la licencia.
- Los medios de prueba para acreditar la utilidad y necesidad del contrato u obligación.
- Las bases del contrato respectivo
- Los bienes que administra, con designación de los que se propone enajenar o gravar.

El juez o el notario, ante quien se sigan las diligencias, con intervención de la Procuraduría General de la Nación y el protutor, en su caso, mandará recabar la prueba propuesta y practicará de oficio cuantas diligencias estime convenientes.

En caso de que fuere necesaria la tasación de bienes, será practicada por un experto de nombramiento del juez.

Recabada la prueba y oído al Procurador General de la Nación, el juez dictará auto que deberá contener:

- Si son o no fundadas las oposiciones que se hubieren planteado.
- La declaratoria de utilidad y necesidad, en su caso.
- La autorización para proceder a la venta o gravamen de bienes, fijando las bases de la operación.
- El nombramiento del notario y la determinación de los pasajes conducentes del expediente, que deban incluirse en la escritura, en la que comparecerá también el juez.

Tratándose de la venta de bienes, el juez podrá disponer que se haga en pública subasta, fijando los términos de la misma.

La declaratoria de utilidad y necesidad la hará el juez siempre bajo responsabilidad de todos lo que hubieren intervenido en las diligencias.

Tampoco podrán celebrar contrato de arrendamiento por más de tres años, ni recibir renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial, ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganado, por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta, ni prestar garantía en representación del adoptado, a favor de tercera persona.

Los padres adoptivos están obligados a prestar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos, cuando pasen a ulteriores nupcias o cuando sean declarados en quiebra.

Si al adoptado que se haya bajo la patria potestad se le hiciere alguna donación, o se dejare herencia o legado, con la expresa condición de que los bienes no los administre el adoptante, será respetada la voluntad del donantes o testador, quien deberá designar la persona o institución administradora, si no lo hiciere, el nombramiento lo hará el juez a persona de reconocida solvencia y honorabilidad, si no hubiere institución bancaria autorizada para tales encargos.

El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste sí lo es de aquél.

Si el adoptado no es heredero, tendrá derecho a ser alimentado hasta la mayoría de edad.

En caso de herencia testada, los alimentos sólo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades.

El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca. Si el adoptado falleciere antes que el adoptante o renunciare la herencia o fuere excluido de ella, los hijos de aquél no tienen derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante.

El adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere.

En casos de interdicción del adoptante, se entiende suspendida la patria potestad, conforme lo establece el Artículo 273 del Código Civil, pues lo estipulado en el Artículo 232 del mismo cuerpo de leyes, manifiesta que al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho de usar el apellido de aquél.

La patria potestad del adoptante se suspende:

- Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente.
- Por interdicción, declarada en la misma forma.
- Por ebriedad consuetudinaria.
- Por tener el hábito de juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.

De acuerdo al Artículo 231 del Código Civil, el adoptado tendrá para con la persona del adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto a sus padres.

En tal sentido están obligados a darse alimentos entre adoptado y adoptante y viceversa.

Al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de aquél.

Con la mayoría de edad del adoptado no termina la adopción, pero pone fin a la patria potestad que sobre él ejerce el adoptante.

El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado. Fuera de este caso, ninguno puede ser adoptado por más de una persona.

El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquél.

Si el adoptado no es heredero, tendrá derecho a ser alimentado hasta la mayoría de edad.

En caso de herencia testada, los alimentos solo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades.

Conforme al Artículo 1076 del Código Civil, los hijos, sean o no de matrimonio, heredan a sus padres por iguales partes. El hijo adoptivo hereda a su padre adoptivo en igual grado que los hijos que lo son por naturaleza; pero no hay derecho de sucesión entre adoptado y parientes del adoptante.

La ley llama a la sucesión intestada, en primer lugar a los hijos, incluyendo los adoptivos, quienes heredarán en partes iguales.

Asimismo, el Artículo 237 del Código Civil, estipula que “El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca. Si el adoptado falleciere antes que el adoptante o renunciare a la herencia o fuere excluido de ella, los hijos de aquél no tiene derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante”.

El adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere.

La adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el Juez de Primera Instancia competente.

La adopción puede ser judicial y notarial. La primera es cuando las diligencias se llevan a cabo ante un órgano jurisdiccional, que resuelve favorables las diligencias. Mientras que la segunda se establece cuando las diligencias fueron llevadas ante notario, quien después de seguir los trámites de ley aprueba las mismas, en ambos casos se perfecciona mediante escritura pública.

La solicitud de adopción debe presentarse al Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante.

Se acompañará a la solicitud la partida de nacimiento del menor y se propondrá el testimonio de dos personas honorables para acreditar las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral para cumplir las obligaciones que la adopción impone.

Si el menor tiene bienes el adoptante deberá presentar inventario notarial de los mismos y constituir garantía suficiente a satisfacción del juez.

Si el solicitante hubiere sido tutor del menor, deberá presentar los documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y que los bienes fueron entregados.

Los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela deberán expresar su consentimiento para la adopción.

El tutor no puede adoptar al pupilo mientras no hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela y entregados los bienes al protutor.

La Procuraduría General de la Nación examinará las diligencias y si no opusiere objeción alguna, el Juez declarará haber lugar a la adopción y mandará que se otorgue la escritura respectiva.

En la escritura de adopción deberán comparecer el adoptante y los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela. Firmada la escritura, el menor pasa a poder del adoptante, lo mismo que los bienes si los hubiere, y el testimonio será presentado al Registro Civil para su inscripción, dentro de los quince días siguientes la fecha del otorgamiento.

La adopción cesa (Artículo 246 del Código Civil):

- Por mutuo consentimiento de adoptante y adoptado, cuando éste haya cumplido la mayoría de edad; y,

- Por revocación.

La adopción puede revocarse (Artículo 247 del Código Civil):

- Por atentar el adoptado contra la vida y el honor del adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendientes;
- Por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de sus bienes;
- Por acusar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge; y,
- Por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia.

La revocación será declarada por el tribunal a solicitud del adoptante con intervención de la Procuraduría General de la Nación y de las personas que prestaron su consentimiento para constituir la adopción.

La resolución que declara la revocación de la adopción, o la pérdida o suspensión de la patria potestad del adoptante, obliga al Juez a tomar inmediatamente las providencias oportunas para que el menor vuelva al poder de sus padres si existieren, o quede bajo la tutela de algún pariente hábil o del centro asistencial que corresponda.

La rehabilitación del adoptante para el ejercicio de la patria potestad, deja en vigor la adopción en los términos establecidos en la escritura respectiva.

Las resoluciones judiciales sobre la revocación y la rehabilitación, deberán certificarse para que el Registro Civil y de la Propiedad, en su caso, hagan las anotaciones respectivas.

El Artículo 435 del Código Civil, establece: “La adopción será inscrita en un libro especial, en vista del testimonio de la escritura pública de adopción que establece el Artículo 244”.

La revocación de la adopción y la rehabilitación del adoptante deberán ser anotadas al margen de la partida respectiva.

Se pierde la patria potestad sobre el adoptado, por las siguientes razones:

- Por las costumbre depravadas o escandalosas de adoptante, dureza excesiva en el trato al menor o abandono de sus deberes familiares.
- Por dedicar al adoptado a la mendicidad, o darle órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores.
- Por delito cometido por uno de los adoptantes contra el adoptado;
- Por haber sido condenado dos o más veces por delito de orden común si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.

El que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de las obligaciones hacia el adoptado.

La revocatoria de la adopción viene a proteger al adoptado cuando el adoptante infringe normas legales, y asimismo protege al adoptante cuando el adoptado no actúa conforme las reglas morales y legales.

2.2. La regulación del proceso voluntario extrajudicial

El Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala (Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria), regula la tramitación de la adopción del Artículo 28 al 34.

El Decreto mencionado estipula que la adopción regulada en el Código Civil, puede ser formalizada ante notario público, sin que se requiera la previa aprobación judicial de las diligencias.

La solicitud de la persona que desee adoptar a otra, puede hacerse ante notario, presentando la certificación de la partida de nacimiento correspondiente y proponiendo el testimonio de dos personas honorables, a efecto de acreditar las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral para el cumplimiento de las obligaciones que la adopción impone, y el informe y opinión favorable, bajo juramento de una trabajadora social adscrita al Tribunal de Familia de su jurisdicción.

El adoptante puede comparecer por medio de mandatario para diligenciar la adopción, haciéndose constar el mandato por medio de escritura pública, tal y como lo establece el Artículo 1687 del Código Civil, por tal motivo, el mandato surte sus efectos en toda la tramitación de la misma.

Si el menor tiene bienes, se levantará inventario notarial y se constituirá garantía suficiente por el adoptante a satisfacción del notario.

Si el solicitante hubiere sido tutor del menor, el notario deberá tener a la vista los documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y que los bienes fueron entregados.

Posteriormente se dará audiencia a la Procuraduría General de la Nación, y si esta no se opusiere resolverá otorgando la escritura respectiva. Pero si la Procuraduría objetara, se remitirá el expediente al tribunal competente para que dicte la resolución procedente.

En la escritura de adopción deberá comparecer el adoptante y los padres del menor, o la persona o institución que ejerza la tutela. El notario extenderá el respectivo testimonio para enviar a los registros que proceda, a fin de que se hagan las anotaciones relativas a la adopción.

El Artículo 370 del Código Civil, manifiesta que el Registro Civil efectuará las inscripciones de adopciones. Mientras que el Artículo 375, estipula que el Registrador Civil es depositario del Registro Civil y goza de fe pública, siendo responsable de las omisiones, alteraciones, falsificaciones y suplantaciones cometidas en las actas de registro.

El Artículo 435 del Código Civil, establece que la adopción será inscrita en un libro especial, en vista del testimonio de la escritura pública de adopción que establece el Artículo 244.

La revocación de la adopción y la rehabilitación del adoptante deberán ser anotadas al margen de la partida respectiva.

Con relación a la nueva ley de adopción, discutida en el Congreso de la República, resulta que desde hace nueve años se está hablando de la urgencia de aprobar una ley de adopciones en Guatemala. Los argumentos respecto de este tema varían, casi siempre respondiendo a los intereses de quienes han participado en el debate, y peor aún, de quienes han hecho todo lo posible para postergar su regulación adecuada.

Algunos consideran que esta figura debe normarse en una ley específica. Sin embargo, otros afirman que lo procedente es una modificación del Código Civil, opción que consideraría a esta institución como un contrato privado entre dos partes, cuando en realidad se trata de un derecho humano, lo cual convierte el asunto en materia del derecho público. Esta alternativa civilista no responde a los estándares internacionales en materia de adopciones.

Guatemala aceptó el Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y la Cooperación en materia de adopción internacional en noviembre de dos mil dos. En agosto de dos mil tres, la Corte de Constitucionalidad, a solicitud de cien notarios decidió que la aceptación del Convenio contravenía la Carta Magna.

Un mes después, el 3 de septiembre, Holanda, país depositario oficial del Convenio, emitió una declaración indicando que el instrumento de aceptación había sido aprobado y que el Convenio sigue vigente en las relaciones entre Guatemala y los demás países signatarios.

“En la práctica, en Guatemala, los niños se han convertido en un producto de exportación. En dos mil dos, se produjeron dos mil novecientos treinta y una adopciones internacionales (y sólo 62 nacionales), mientras que el año pasado la cifra ascendió a tres mil setecientos veintiséis. Durante el primer trimestre de este año van 724.

En esa misma proporción se incrementaron las informaciones sobre robo de niños, suplantaciones de partos, compraventa, embarazos por encargo, tráfico ilegal, falsificaciones de documentos, engaños, presiones, y otros ilícitos relativos a menores”⁷.

Las adopciones internacionales son negocios rentables. El 99 por ciento se realizan por la vía notarial, lo que obliga a una reflexión ética sobre este procedimiento en el que también participan médicos, enfermeras, niñeras y funcionarios estatales.

Así que urge una ley sobre adopciones, pero donde se prueba que el menor dado en adopción es legítimo hijo de los padres biológicos y no sustraído, falseando la papelería necesaria para hacer aparecer a un niño como hijo de personas que no lo son. Los diputados tienen la responsabilidad legislativa y los notarios el compromiso de conciencia.

La nueva ley de adopciones, discutida en el Congreso de la República, es casi un hecho y no una probabilidad, pues con el solo anuncio de la nueva ley de adopciones éstas se han paralizado en la misma forma que UNICEF logró

⁷ Alamilla, Iliana, **Negocio con niños**, Prensa Libre, 20 de julio 2005, pág. 16.

hacerlo en los otros países donde ingenuamente le hicieron caso a su piadosa pero destructora retórica.

La nueva ley de adopciones estipula que el Estado, por medio de una oficina encargada, será la que dará en adopción a los niños a las personas que estén dispuestas a adoptar uno de ellos, como hijo suyo; por ejemplo una familia en Estados Unidos, Canadá, o Alemania, quiere adoptar un bebé abandonado. Llega a Guatemala e irá a la oficina “única” del gobierno para averiguar cómo se lleva a cabo la adopción. Ni la madre natural del niño ni los padres adoptantes tendrán mucho que decir al respecto, pues será el burócrata de turno quien determinará quién adopta, y a quien adopta.

Es cierto que hoy se cobra por gestionar adopciones, pues implica la reposición de los gastos incurridos en cuidar de los niños abandonados, la alimentación, vestuario, medicinas, educación escolar, vivienda y demás gastos, más una satisfactoria remuneración que justifique dedicarse a ello. Quienes no entienden el proceso le llaman despectivamente “el negocio de las adopciones” y, claro, es un negocio deseado por quienes adoptan, pues están dispuestos a remunerar a quienes lo llevan a cabo, pero el principal beneficiado es algún niño.

“La notoria UNICEF, que es una de las entidades de las Naciones Unidas de honestidad cuestionable, se ha convertido en rectora del proceso, y para justificarse ha regado una serie de historias de horror. Una dosis de verdad tendrán, pero da que pensar que cuando se estableció el requerimiento de demostrar paternidad con la prueba de ADN y perdió credibilidad la especie de que se estaba traficando con niños robados, recurrieron a otras historietas de

actos que por ya estar prohibidos constituye redundancia el reprohibirlos en esta ley, -como robar niños para extraerles órganos, procedimiento complicadísimo que requería complicidad de médicos y hospitales en el extranjero o el de usar mujeres “alquileres de vientres”- y otras dantescas historias de actos reprobables que, además, ya están prohibidos. Lo que da curiosidad es ¿qué motivación habrá retorcido esas mentes para desnaturalizar el proceso de adopción que corresponde al derecho privado y, por la fuerza, convertirlo en derecho público, arrebatando la patria potestad a los padres de los niños y niñas?”⁸.

El problema es resolverlo mediante la prueba de ADN para que se esté seguro que el niño dado en adopción pertenece legalmente a los padres que están dando el consentimiento para que el mismo sea adoptado por personas extranjeras. De lo contrario serán los funcionarios y empleados públicos quienes harán de la adopción un negocio a raíz de serán ellos los encargados de decir quien adopta y a quien adopta, y a nivel de corrupción en que se encuentra el Estado, correrán cantidades de dinero para efectuar las adopciones, sin pasar los exámenes de ADN, los cuales no se contemplan en la nueva ley, y podría ser que el tráfico de niños se instituya en el Estado, por medio de los funcionarios y empleados públicos encargados de la oficina de adopciones que contempla la misma.

El Diario de Centroamérica especifica que la UNICEF otorgará ciento setena y seis millones de quetzales para que sea aprobada la nueva ley de adopciones (Diario de Centroamérica, 25 de febrero, 2005.).

⁸ Ayau Cordón., Manuel F., **Subastan niños**, Prensa Libre, 11 de septiembre 2005, pág. 27.

CAPÍTULO III

3. La adopción en el derecho internacional

3.1. Regulación legal internacional

La importancia de la adopción en el Derecho Internacional Privado se basa en que la mayoría de Estados del mundo admiten la adopción internacional, que se da entre adoptado y adoptante pertenecientes a diferentes Estados.

La adopción se ha convertido en un acto jurídico aceptado por la mayoría de Estados, regulándose la misma a efecto que no contraríe las leyes de otros países entre sí.

Las adopciones internacionales se han extendido y en números existen más adopciones internacionales que nacionales, es decir, que es más frecuente que personas de países extranjeros adopten a personas o niños nacionales.

Además es más frecuente que personas de países desarrollados adopten a niños de países subdesarrollados, en virtud que la tasa de natalidad en éstos países ha bajado, mientras que en los países en vías de desarrollo crece la tasa de natalidad.

El hecho de que baje la tasa de natalidad en países desarrollados es en unos casos por infertilidad de las parejas, matrimonios tardíos, el uso de anticonceptivos, uso de drogas que en muchos casos dejan estéril al consumidor, por costumbres, etc.

En Estados Unidos se llevan más adopciones internacionales, en el sentido que en dicho país se ha incrementado el control de la natalidad, y por lo tanto las familias no tienen hijos propios, prefiriendo adoptar a niños de otros países, principalmente centroamericanos, en virtud de la cercanía que existe entre centro y Norteamérica, por lo que los gastos de adopción resultan más favorables, que adoptando niños de otros continentes..

Por otra parte las adopciones nacionales son menos frecuentes, en virtud de no existir suficientes planes de control de la natalidad, y por las condiciones económicas de las familias guatemaltecas.

Mientras tanto en los países subdesarrollados la tasa de natalidad crece debido a la reproducción de hijos ilegítimos, niños abandonados, huérfanos por desastres naturales, y niños abandonados y huérfanos a causa de las guerras internas, guerras civiles y masacres a poblaciones.

Las adopciones internacionales ofrecen la oportunidad al hijo adoptivo a tener un mejor futuro y mejores oportunidades de vida, así como satisfacer las necesidades de estudio, vestuario y alimentación; pero hay que tener en cuenta que al mismo tiempo se dan problemas de lucro, robo de niños, secuestro, venta de niños y en algunos casos la sospecha que los mismos sean utilizados para extraer sus órganos, aunque esto nunca ha sido probado.

Aunque no existe una regulación internacional legal, los diferentes países se han regido por sus propias leyes para llevar a cabo la adopción cuando el adoptante es extranjero, existiendo únicamente la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

En virtud de no existir una ley internacional general de adopciones, cada país ha tenido como norma aplicar sus propias leyes, teniendo como fin primordial la seguridad, beneficio y protección del adoptado.

“La forma de legalizar la adopción que rige por la *lex fori*, es decir, la ley del órgano jurisdiccional ante quien se pide rige el procedimiento. Sin embargo, en el campo de la adopción internacional generalmente la adopción se legaliza en el país del adoptado; la resolución, auto o sentencia que aprueba la adopción debe todavía ejecutarse en el país de los adoptantes con el objeto de obtener para el adoptado todos los derechos, incluyendo la nacionalidad, que le otorga la ley a los mismos. Algunos han pretendido que basta legalizar la adopción en el país de los adoptantes, pero olvidan que el adoptado en su país de origen tiene una partida de nacimiento asentada y por consiguiente una nacionalidad con todos los derechos y obligaciones que ésta conlleva; y en último caso, aún así, para que la partida de nacimiento original sea razonada sería necesario ejecutar la resolución, auto o sentencia obtenida, y ello sería hacer el mismo camino al revés”⁹.

En Europa no existe ley internacional de adopción, por lo que cada Estado aplica los principios generales de sus disposiciones sobre extranjería y se reserva el derecho sobre los adoptantes para controlar si los mismos califican en sus pretensiones, observando la capacidad económica, formalidades y efectos de la tramitación.

⁹ Larios Ochaíta, Carlos, **Ob. Cit**; pág. 158.

“El caso de Francia es ilustrativo a este respecto. En este país hasta 1923, fecha en que la ley abre la posibilidad de adoptar menores, no se concibe la adopción sino como una manera de transmitir un patrimonio a un hombre. Hasta 1958 la edad límite para ser adoptado era de 7 años, y en 1966 se aumentó a los 15 años. En Francia, para la adopción de niños extranjeros, los tribunales franceses aplican la mayoría de las veces la ley francesa; es esta ley la que rige las condiciones; si existe una diferencia entre la ley del país de origen del niño. Así, por ejemplo, si el país de origen del niño ignora la adopción plena (como musulmán) aplicando la ley francesa se aplica la adopción plena y el niño adquiere automáticamente la nacionalidad francesa; mientras que si se le aplicara la adopción simple el niño solamente devendría francés si así lo solicitara cuando llegase a su mayoría de edad”¹⁰.

En América existe la preocupación sobre el problema que presentan las adopciones internacionales, dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA), se ha constituido un organismo especializado con el nombre de Instituto Interamericano del Niño, institución que ha presentado varios proyectos de convención sobre el conflicto de las leyes en materia de adopción de menores, logrando la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

En materia de adopciones internacionales han regidos los Artículos 73 y 74 del Código de Derecho Internacional Privado, que manifiestan los siguientes:

- a. Se rigen por la ley personal del adoptado:
 - La capacidad para ser adoptado.

¹⁰ **Ibid**, pág. 158.

- Las condiciones para ser adoptado.
- Las limitaciones para ser adoptado.
- Los efectos de la adopción en cuanto a la sucesión del adoptado por parte del adoptante.
- El derecho al apellido del adoptante para ser adoptado.
- La conservación de derecho y deberes de parte del adoptado con relación a su familia natural;
- La posibilidad de impugnar la adopción.

b. Se rigen por la ley personal del adoptante:

- La capacidad para adoptar.
- Las condiciones para adoptar.
- Las limitaciones para adoptar.
- Los efectos de la adopción en cuanto a la sucesión del adoptante para ser adoptado.

c. Se consideran de orden público internacional las disposiciones o normas legales que establecen el derecho a alimentos por parte del adoptado así como las disposiciones que establecen para formalizar la adopción.

3.2. Fines

Los fines que se enmarcan dentro de la adopción internacional varían desde fines sociales hasta fines jurídicos, por lo es necesario mencionar los siguientes:

- Proporcionarle una familia al adoptado: En este caso los padres adoptivos serán la nueva familia del adoptado, pues en muchos casos los menores son abandonados por sus padres biológicos, o han quedado huérfanos por diferentes circunstancias, por lo que la adopción será un camino para que éste pueda penetrar dentro de la familia adoptante.
- Adquirir un apellido: al momento de quedar firme la adopción el adoptante da su apellido al adoptado para los actos jurídicos en su vida.
- Protección al menor: Desde el momento que queda firme la adopción el adoptante está obligado a proteger al menor como a darle alimentación, vestuario y educación.
- Darle nueva nacionalidad al menor: Con la adopción va aparejada la nacionalidad del adoptado, quien adquiere la nacionalidad a la que pertenezca el adoptante, adquiriendo obligaciones y derechos del país donde radique.

En tal sentido la legislación internacional se ha enmarcado, en lo posible, de normas las adopciones mediante convenios y tratados que deben ser ratificados por los Estados que así lo consientan.

3.3. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores

En el contexto de la Organización de los Estados Americanos, durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en la Paz, Bolivia, del 15 al 24 de mayo de 1984, se adoptó la Comisión Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, estableciéndose ventajas y formalidades para poner en práctica lo

estipulado, por lo que es necesario señalar lo más importante de lo establecido en dicha Convención:

El Artículo primero establece que la convención sólo se aplicará a la adopción de menores cuando el adoptante tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.

El Artículo tres, manifiesta que “La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado así como cuáles son los procedimientos y formalidades intrínsecas necesarias para la constitución del vínculo”.

La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá distributivamente:

- La capacidad del adoptante (o adoptantes).
- Los requisitos de edad y estado civil del adoptante (o adoptantes).
- El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso.
- Los requisitos para ser adoptante o (adoptantes).

En el supuesto que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente inferiores a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efecto de pleno o derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida.

Los requisitos de publicidad y registro de la adopción quedan sometidos a la ley del Estado donde deben ser cumplidos. En el asiento registral, se expresaría la modalidad y características de la adopción.

El Artículo siete, manifiesta que “Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se les conociere sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación”.

En las adopciones regidas por esta Convención, las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas y privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional. Las instituciones que acreditan las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción.

En caso de adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines:

- Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado inclusive las alimentarias y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes) se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con la familia legítima.

- Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

En caso de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines, las relaciones entre adoptante (o adoptantes), se rigen por la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes). Las relaciones del adoptado con su familia de origen, se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción.

Los derecho sucesorios que corresponde al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones. En los supuestos de adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines, el adoptado, el adoptante y la familia de éste, tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.

Las adopciones referidas en el Artículo 1, serán irrevocables. La revocación de las adopciones a que se refiere el Artículo 2 se regirán por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción.

La conversión de la adopción simple en adopción plena, legitimación adoptiva, o instituciones afines, cuando ésta sea posible se regirá a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la conversión. Si el adoptado tuviere más de 14 años de edad, será necesario su consentimiento.

La anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el Artículo 19 de la Convención.

Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere la Convención, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado.

Serán competentes para decidir sobre la anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción. Serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible alternativamente a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o por las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes) o por las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión.

Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste y viceversa los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituye domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante.

Las autoridades de los Estados Partes podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando sus disposiciones sean manifiestamente contrarias a su orden público.

Las leyes aplicables según al presente Convención y los términos de ésta se interpretarán armónicamente en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

Cualquiera de los Estados Partes podrán en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en ellos por personas con residencia habitual en el Estado donde tenga su residencia habitual el menor cuando las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado después de constituida la adopción. La presente Convención está abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

La presente Convención está sujeta a ratificaciones. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas.

Las disposiciones otorgadas conforme a derecho interno, cuando el adoptante o el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo

país, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin perjuicio de tales efectos.

3.4. El ADN como garantía en la adopción internacional

En 1953, el bioquímico estadounidense James Watson y el biofísico británico Francis Crick publicaron la primera descripción de la estructura del ADN, su modelo adquirió tal importancia para comprender la síntesis protéica, la replicación del ADN y las mutaciones, que los científicos obtuvieron en 1962 el Premio Nóbel de Medicina por su trabajo.

“El ADN científicamente conocido como Desoxirribonucleico, es el grupo de ácidos nucleicos constituidos por largas cadenas de unidades simples llamada nucleóticos. Cada una de estas unidades está formada por ácido fosfórico, un hidrato de carbono, la ribosa y una base nitrogenada que puede ser adenina, timina, guanina o citosina. Los ácidos desoxirribonucleicos son el principal constituyente de los cromosomas y tiene especial interés como transportadores de la información genética. Se les denomina en forma abreviada ADN”¹¹.

La molécula de ADN tiene la estructura de una escalera formada por azúcares, fosfatos y cuatro bases nucleotídicas llamadas adenina (A), timina (T), citosina (C) y guanina (G). El código genético queda determinado por el orden de estas bases, y cada gen tiene una secuencia única de pares de bases. Los científicos utilizan estas secuencias para localizar la posición de los genes en los cromosomas y elaborar el mapa del genoma humano.

¹¹ Sopena, Ramón, **Diccionario enciclopédico ilustrado sopena**, pág. 1372.

En el campo de las investigaciones biológicas, el descubrimiento del ácido desoxirribonucleico (ADN), a mediados del siglo XX, y el posterior desarrollo de la llamada ingeniería genética permitirá, en los próximos lustros, avances espectaculares. Muchas de las enfermedades podrán alcanzar una explicación en la estructura genética de los seres humanos y ello facilitará su curación; será posible la creación y modificación de nuevos organismos vivos realizando una adecuada alteración genética, lo cual supondrá una auténtica revolución en la agricultura y la ganadería. La nueva genética comporta, sin duda, indudables ventajas, pero se encuentra sometida a límites de responsabilidad ética en su desarrollo

La medicina forense utiliza técnicas desarrolladas en el curso de la investigación sobre el ADN para identificar delincuentes. Las muestras de ADN tomadas de semen, piel o sangre en el escenario del crimen se comparan con la ADN del sospechoso; el resultado es una prueba que puede utilizarse ante los tribunales.

La utilización de restos orgánicos para identificar el ácido desoxirribonucleico (ADN) de una persona ha servido para identificar plenamente el origen de la misma.

Por todo ello, el ADN puede llegar a ser muy útil en Derecho, no sólo para identificar a una persona gracias a los restos orgánicos encontrados donde se haya cometido un crimen (en especial en delitos contra la libertad sexual o en los que se ha ejercido violencia), sino también para determinar la filiación biológica de una persona.

El ADN, como método científico moderno, ha venido a revolucionar la prueba tanto en el proceso penal como en el proceso civil, para dilucidar casos que en anteriores ocasiones no se podía determinar la filiación o la paternidad en personas, habiéndose cometido injusticias cuando se sentenciaba teniendo únicamente como prueba el testimonio de testigos y documentos.

En la actualidad no se encuentra normada, en la legislación civil guatemalteca, la obligación para que los padres biológicos del menor dado en adopción presenten el examen de ADN, sin embargo la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica sí exige a los padres biológicos del menor adoptado que se han dicha prueba para verificar si en realidad el hijo les pertenece, de lo contrario dicha institución no extiende la visa al menor.

Cuando los niños dados en adopción son adoptados por extranjeros europeos, dichas embajadas no exigen el examen de ADN, por lo que al menor se le extiende visa y sale fuera del país, por lo que en este caso el niño puede haber sido sustraído para darlo en adopción y tanto la embajada del país a donde viaje o las autoridades guatemaltecas no hacen reparo en investigar si la adopción es anómala.

Las pruebas de ADN, es la utilización de restos orgánicos para identificar el ácido desoxirribonucleico (ADN) de una persona. Se ha realizado un buen número de pruebas científicas que prueban que el ADN es la base de la herencia, entre las que se pueden destacar: a) en el proceso normal de reproducción celular, los cromosomas (estructuras con ADN) se duplican para proporcionar a los núcleos hijos los mismos genes que la célula madre; b) las mutaciones provocadas se producen por una alteración de la estructura del ADN

que tienen como efecto una grave alteración de la descendencia de las células afectadas; c) el ADN extraído de un virus basta por sí mismo para reproducir el virus entero, por lo que parece claro que, en la esfera jurídica y a efectos legales, tiene toda la información genética para ello. Por todo ello, el ADN puede llegar a ser muy útil en Derecho, no sólo para identificar a una persona gracias a los restos orgánicos encontrados donde se haya cometido un crimen (en especial en delitos contra la libertad sexual o en los que se ha ejercido violencia), sino también para determinar la filiación biológica de una persona.

Las ventajas que conlleva la presentación del examen de ADN son las siguientes:

- Evitar que el menor dado en adopción haya sido sustraído de sus padres biológicos.
- Evitar el robo de niños.
- Que los padres adoptivos tengan plena seguridad que el niño adoptado ha sido hijo legítimo de los padres que lo dan en adopción.
- Evitar la nulidad de la adopción.
- Evitar que el niño dado en adopción regrese a los padres naturales después de determinar que el niño fue sustraído de sus legítimos.
- Que el trámite de la adopción llene los requisitos de ley y que los padres que lo dan en adopción sean sus verdaderos padres.
- Que se tenga la certeza jurídica en la adopción de menores adoptados por extranjeros.

CAPÍTULO IV

4. Análisis del Artículo 238 del Código Civil

4.1. Muerte del adoptante

El adoptante es el que se encarga del cuidado del menor durante el tiempo que éste viva, por lo tanto es la parte más importante en la adopción pues del adoptante correrá la suerte del menor, en tal virtud si el adoptante muere, el menor quedará desamparado.

El Artículo 238 del Código Civil, estipula que al fallecer el adoptante el menor adoptado vuelve al poder sus padres naturales o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere.

En primer lugar, el menor volverá a sus padres biológicos, al morir el adoptante, pero el problema que se suscita es que los que dan en adopción, en la mayoría de los casos son personas de escasos recursos económicos que no tienen los medios suficientes para la educación, vestuario, alimentación y vivienda para el menor, y esa es la razón por las cuales lo dan en adopción a una persona o a un matrimonio, que después de haberseles hecho el estudio socio económico han calificado para hacerse cargo del mismo, teniendo los medios suficientes para la manutención del menor, además de comprobarse que le podrán dar estudios, vestimenta y vivienda.

En tal sentido, el menor tendrá la oportunidad de convivir con los padres adoptivos que le darán los medios de subsistencia que no tuvo con los padres

biológicos, y por lo tanto la vida del mismo cambiará, teniendo la posibilidad de tener nuevos padres que se esmerarán por su futuro.

Asimismo, en otros casos, los padres naturales del menor lo dan en adopción por que no le tienen el cariño, son abusados, o recibe malos tratos de obra o de palabra, por lo tanto los padres adoptivos tendrán la capacidad de tratar al menor con el cariño y comprensión que todo niño necesita.

En estos casos al fallecer el padre adoptivo el menor regresaría a los padres biológicos, donde se encontraría con los mismo abusos, malos tratos y la falta de medio económicos para la subsistencia, como lo es la educación, alimentación, vestuario y vivienda, por tal motivo después que el menor ha encontrado una familia que le ha dado el cariño, comprensión, educación, vestuario, alimentación y vivienda, se encontraría nuevamente en el hogar que lo dio en adopción por las causas ya mencionadas, en este caso se estaría condenando al menor a un retroceso en todo sentido.

En segundo lugar, si el menor se le devuelve al tutor, éste estaría inadaptado para convivir con el menor, pues se supone que el tutor tiene también familia, que podría darle malos tratos al niño tanto de parte del tutor como de su familia, por lo que a adaptación del menor que ha convivido con una familia que lo adoptó, estaría en desventaja con la familia del representante, por el desconocimiento de la misma y por el tiempo que ha convivido con el padres o los padres adoptantes.

La última opción que le queda al menor es trasladarlo a una institución de asistencia social, pero la práctica enseña que en los centros de asistencia de

menores se les da malos tratos, careciendo de educación además de la manutención requerida, asimismo los menores que conviven en esos centros, muchos de ellos, son personas inadaptadas a la sociedad o delincuentes juveniles, lo que haría que el menor pueda delinquir, o sufra traumas psicológicos.

El problema tiene el fondo en la muerte del adoptante, por lo que al morir el mismo, el menor será devuelto a los padres biológicos, al tutor o a un centro de asistencia social. Teniendo el niño problemas en dichos lugares que podrán redundar en el futuro.

El legislador tomó en cuenta, al legislar, la forma de continuar la vida del menor adoptado, pero no tomó en cuenta el futuro del mismo, ni a la familia con la cual ha convivido el adoptado, por lo tanto lo bueno o lo malo que le pueda suceder quedó al margen en la legislación.

4.2. La familia del adoptante

Al morir el adoptante, el menor ha convivido con la familia del mismo, por lo tanto ésta le ha tomado cariño y ha apoyado al adoptado, por tal motivo al fallecer el adoptante, la familia de éste tendrá que devolver al niño a los padres biológicos, al tutor o a una institución de beneficencia.

Ante esta situación la familia del adoptante se tendrá que deshacer del menor forzosamente, después que ha convivido con el mismo y le ha dado el cariño que necesita, no pudiendo por medios legales quedarse con el menor, al cual han mantenido y sufragado los gastos de manutención, por otra parte la

educación del menor podría quedar truncada, pues los padres biológicos o el tutor no tendrían los medios suficientes para continuar la vida y las costumbre que ha mantenido el menor desde que fue adoptado.

Por tal motivo se hace necesario reformar el Artículo 238 del Código Civil, para que el menor adoptado, al morir el adoptante, continúe con la familia del que lo adoptó, continuando la forma de vida que se le ha dado, lo que convendría al menor para no formar traumas que puedan redundar en el futuro del mismo.

4.3. Ventajas de la reforma

En la actualidad no se encuentra normada, en la legislación civil guatemalteca, la necesidad que el menor continúe viviendo con la familia del adoptante, cuando éste fallezca, en tal virtud la ventaja que tiene el menor de continuar bajo tutela, guarda y cuidado de la familia o de algún familiar del adoptante, previo a efectuarse los estudios socio económicos de ley, para verificar que la familia tiene los medios económicos para continuar con la manutención del adoptado.

La ventaja principal es para el menor adoptado, evitándose que vuelva con los padres biológicos, quienes pudieron darle malos tratos de obra o de palabra, o bien no tienen los medios económicos suficientes para darle educación, vestuario y alimentación.

Asimismo evitar que el adoptado quede en poder del tutor, quien puede no tener los medios suficientes para la subsistencia del mismo, pueda sufrir malos tratos, o no adaptarse a una nueva familia.

También sería aberrante que el menor sea recluido en un centro de asistencia social para menores, donde pueda sufrir malos tratos, o se le instruya, por parte de adultos o menores para que delinca.

Las ventajas que conlleva la reforma del Artículo 238 del Código Civil son las siguientes:

- Evitar que el menor le sea devuelto a los padres naturales porque puede sufrir malos tratos de obra y de palabra.
- Evitar el menor sea devuelto a los padres biológicos, en virtud de no tener los medios económicos para la subsistencia.
- Que el menor no sea entregado al tutor, porque puede no adaptarse a una nueva familia.
- Evitar que el menor sea entregado al tutor, porque puede sufrir malos tratos de obra y de palabra.
- Evitar que el menor adoptado sea entregado a una institución de servicio social, porque puede sufrir malos tratos de obra y de palabra y pueda delinquir al juntarse con otros menores inadaptados a la sociedad.
- Que el menor siga conviviendo con la familia del adoptante fallecido.
- Evitar que se trunque la educación del menor.

Lo que debe buscar el estado es que el menor adoptado no tenga problemas con la educación y el comportamiento, que la familia del adoptante

tenga la oportunidad de continuar proporcionándole educación, vestuario y alimentación, evitando los traumas y la destrucción de la familia que lo ha creado como hijo propio.

4.4. Abandono del niño y desprotección

Tal vez el tipo más común de malos tratos es el abandono, es decir, el daño físico o emocional a causa de deficiencias en la alimentación, el vestido, el alojamiento, la asistencia médica o la educación por parte de los padres o tutores. Una forma común de abandono entre los niños es la subalimentación, que conlleva un desarrollo deficiente e incluso a veces la muerte.

Los estudios han revelado que la mayor parte de los padres que abusan de sus hijos, habían sufrido ellos también la misma situación por parte de sus progenitores. Algunos investigadores afirman que este tipo de padres presentan una personalidad infantil, mientras que otros opinan que éstos esperan de forma poco realista que sus necesidades psicológicas sean cubiertas por sus hijos y que al no ver cumplidas estas expectativas experimentan un gran estrés y se vuelven violentos en las relaciones con sus hijos (véase Violencia doméstica). A pesar de este enfoque psicopatológico, pocos padres de este tipo pueden ser considerados verdaderos psicóticos o sociópatas, dado que en otras facetas de la vida funcionan sin distorsiones sociales y psicológicas.

Casos de malos tratos se dan en todos los grupos religiosos, étnicos y raciales, y en todas las áreas geográficas. La gran mayoría de casos de maltrato infantil se dan en las familias con menos recursos, tal vez debido a la falta de

oportunidades educativas para poder manejar las frustraciones emocionales y económicas.

La preocupación generalizada, sobre todo en Occidente, ante el creciente número de denuncias de malos tratos infantiles ha llevado a aprobar leyes específicas que pretenden identificar, registrar y tratar este tipo de casos, aunque cada vez la atención está más enfocada a la prevención.

La puesta en marcha de soluciones a corto plazo para el cuidado de niños y de servicios de ayuda a los padres, ha puesto de relieve que los malos tratos infantiles a menudo tienen lugar cuando los padres se encuentran bajo una fuerte y continua tensión producida por problemas familiares que no pueden controlar. Para impedir la división de las familias e intentar resolver el problema de los niños maltratados es necesario que la sociedad entienda mejor el papel vital que juegan aquí las fuerzas sociales y económicas. La prevención eficaz requiere un cambio fundamental de los valores sociales y de las prioridades públicas que permita aliviar las condiciones de pobreza, desempleo, vivienda inadecuada y mala salud de la gran mayoría de familias con este tipo de problemas. También es necesario poner un mayor énfasis en los derechos de los niños y en las responsabilidades de los padres hacia sus hijos.

Es necesario analizar las violaciones que se han dado en Guatemala a los niños que han sido abandonados cuando fallece el padre adoptivo, existiendo la desprotección de los mismos, y los vejámenes que se han cometido contra ellos.

Es importante analizar la violación de los derechos humanos que se ha cometido contra los niños abandonados, existiendo un grado de deshumanización y provocando que el niño delinca y forme parte de grupos pandilleros que siembran la violencia en la sociedad.

El análisis conlleva a evitar que se abandone a niños y se cometan abusos contra los mismos, pues son personas humanas a las cuales debe dársele el trato importante que se merecen para que sean de beneficio para la sociedad y no una carga, que sean encausados a una vida productiva y a una profesionalización para que sean personas de bien, evitando que sean abandonados cuando fallece el padre adoptivo.

El problema puede resolverse al evitar que el o los hijos adoptivos retornen a los padres biológicos, tutor o institución de asistencia social, para evitar traumas en los niños y evitar el abandono de los mismos, para tal situación se hace necesario reformar el Artículo 238 del Código Civil, permitiendo que el niño pueda ser adoptado por familiares del adoptante fallecido, y continuar con la familia con la que se ha creado.

4.5. Proyecto de reforma

PROYECTO DE REFORMA

PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO CIVIL

ORGANISMO LEGISLATIVO CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la necesidad de reformar los motivos que hacen que el niño dado en adopción vuelva a sus padres biológicos, el tutor o a una institución social de beneficencia, cuando muere el adoptante, es justa, en el Derecho Civil, para tener certeza de la que al adopción llena los requisitos para los que fue creada, y evitar males que puedan repercutir en la personalidad del niño adoptado salvaguardar al mismo, en virtud de continuar con la educación que le ha dado el adoptante y la familia de éste, ya que lo han tomado como hijo propio;

CONSIDERANDO:

Que siendo la adopción un acto de voluntad, por el cual los padres biológicos dan el consentimiento para que su menor hijo sea adoptado por

terceras personas, y que éstos velen por su alimentación, vestuario y educación, y así crearle un núcleo social y familiar al adoptado, es necesario tener la plena seguridad que la adopción es una institución social que vela por el mejoramiento en la calidad de vida y educación del niño adoptado, y que al morir el adoptante, el menor pueda sufrir traumas por convivir con los padres biológicos, el tutor o personas en instituciones de servicio social, donde sería difícil su adaptación.

CONSIDERANDO:

Que el Estado debe velar porque las disposiciones que regulan la adopción sean en forma contundentemente claras y se cumplan fielmente, para darle las mayores facilidades a los menores adoptados de convivencia y un futuro prometedor, que redunden posteriormente en ciudadanos responsables, evitando que la familia del adoptante se aparte del niño procreado como hijo, y que el Estado está obligado a velar por la seguridad y el bienestar de los menores guatemaltecos;

CONSIDERANDO:

Que para cumplir plenamente con la institución social de la adopción, sus lineamientos, formalidades y solemnidades, que garanticen la legítima adopción, es necesario construir un andamiaje jurídico acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades del adoptado y del adoptante, en una forma mucho más veraz, para que el adoptado tenga las ventajas de ser alimentado y educado por sus padres adoptivos, o los familiares de éstos, y se le proporcione un estándar

familiar y el mismo sea tratado en forma humana y como hijo de los adoptantes, se hace necesario reformar lo relativo a la adopción.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

Las siguientes

REFORMAS AL ARTÍCULO 238 DEL DECRETO LEY NÚMERO 106 DEL JEFE DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO CIVIL

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 238, el cual queda así:

"Artículo 238. El adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, la familia o algún familiar del mismo tendrá pleno derecho para solicitar la continuación de la convivencia con el menor adoptado, si no lo hiciere la familia o algún familiar de éste, en segundo plano tendrá derecho los padres naturales o tutor, o una institución de asistencia social que procediere..

**PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN
Y PUBLICACIÓN.**

**DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD
DE GUATEMALA A LOS... DÍAS, DEL MES DE... DEL AÑO DOS MIL CINCO.**

CONCLUSIONES

1. La adopción es una institución social, protegida por el Estado, por medio de la cual el adoptado pasa a ser hijo de padres adoptivos para velar por su educación, vestuario y alimentación.
2. Los padres adoptivos son personas que se hacen cargo del adoptado, para tratarlo como hijo y darle todas las prebendas que podrían gozar los hijos biológicos.
3. La institución social de la adopción debe ser protegida por el Estado, como un resguardo del bienestar de los menores adoptados.
4. El Estado está obligado a velar porque los menores sean tratados como verdaderos hijos biológicos de los padres que los dan en adopción.
5. La adopción de menores dados a extranjeros, debe llenar todos los requisitos de ley, de lo contrario no pueden salir del país.

RECOMENDACIONES

1. Debe reformarse el Artículo 238 del Código Civil, para evitar que los niños adoptados, al morir el padre adoptivo, vuelvan a los padres naturales, tutor o institución de asistencia social, sino continúen siendo creados por familiares del adoptante.
2. El Estado está obligado a evitar el abandono de niños, cuando fallece el adoptante, permitiendo continuar la adopción con los familiares con los que ha convivido.
3. Entre los requisitos de la adopción debe establecerse que los padres que dan en adopción, presenten examen de ADN para asegurar que son los legítimos padres del menor.
4. La Universidad de San Carlos de Guatemala, teniendo iniciativa de ley, debe presentar un proyecto de reforma al Artículo 238 del Código Civil, para que continúe la adopción por los familiares del adoptante fallecido.
5. El Estado debe resguardar el bienestar del menor guatemalteco dado en adopción cuando fallece el adoptante.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de terminología procesal**. Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1996.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho**. Ed. Ribinzal Culzoni. Argentina, 1994.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Derecho procesal civil**. Ed. Porrúa. México, 1996.

BACRE, Aldo. **Teoría general del proceso**. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1996.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. Ed. Heliasta S.R.L.. Buenos Aires, Argentina, 1994.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. **Teoría general del proceso y de la prueba**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia, 1996.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Ediciones Aguilar, S.A. Madrid, España, 1996.

FUNDACIÓN TOMÁS MORO. **Diccionario Jurídico Espasa**. Ed. Espasa Calpe, S.A. España, 1999.

GORDILLO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Impresos Práxis. Guatemala, 1999.

GRACA, Machel. **Los retos**. Ed. Adis. Soweto, Africa, 2000.

LARIOS OCHAÍTA, Carlos. **Derecho internacional privado**. Ed. Llerena. Guatemala, 1998.

LÓPEZ M., Mario R. **La práctica en los procesos voluntarios extrajudiciales**. Ediciones y Servicios. Guatemala, 1996.

- MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** Editorial Llerena. Guatemala, 1994.
- NACIONES UNIDAS. **Principios de orientación general.** Impreso por International Guidelines. New York, 2002.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso.** Ed. Harla. México, 1998.
- PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de Derecho Procesal Civil.** Ed. Porrúa, S.A. México, 1993.
- PAREDES KRESS, Rafael. **La necesidad de un Código de Ética para el notario.** Ediciones M.R. de León. Guatemala, 2001.
- PICAZO, Diez. **Fundamentos de derecho civil y patrimonial.** Ediciones Europa-América. Argentina, 1998.
- REYES, Sergio. **La prueba de ADN sin contradicción.** Ediciones Científicas. Argentina, 2000.
- RODRÍGUEZ R., Gustavo Humberto. **Derecho probatorio colombiano.** Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia, 1996.
- ROCHA REYES, Adalberto. **ADN mejor alternativa.** Ediciones Nuestro Mundo. Costa Rica, 2001.
- SOPENA, Ramón. **Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena.** Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España, 1994.
- VALERA, Casimiro A. **Valoración de la prueba.** Ediciones Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- WALLACE, Douglas C. **Fragmento de función normal y patológica del ADN mitocondrial.** Ediciones California. Estados Unidos, 2000.

Legislación:

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Código de Notariado. Decreto Número 314 del Congreso de la República de Guatemala.