

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

**ANÁLISIS DE LA ADOPCIÓN Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE
REGULE EN SU TRAMITACIÓN LA PRUEBA DE ADN**

CAROLA DE LOS ÁNGELES FLORES GARRIDO

GUATEMALA, MAYO DE 2006

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

**ANÁLISIS DE LA ADOPCIÓN Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE
REGULE EN SU TRAMITACIÓN LA PRUEBA DE ADN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CAROLA DE LOS ÁNGELES FLORES GARRIDO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, mayo de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López.
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez.
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada.
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana.

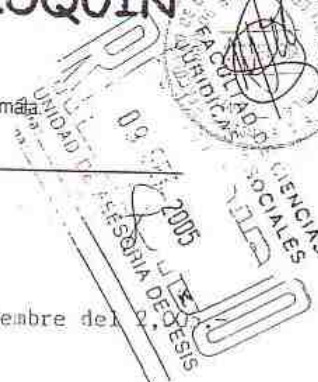
NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes técnico profesional de abogacía y notariado y público de tesis).

MARIO ANTONIO DE LEÓN MARROQUIN

Abogado y Notario

Colegiado 3730

Avenida de Las Américas 6-78 Zona 13, C.C. El Uno Local 8, Guatemala, Guatemala
TELS. 3326950-3628720 FAX. 3603186.



Guatemala, 9 de septiembre del 2005.

Licenciado

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

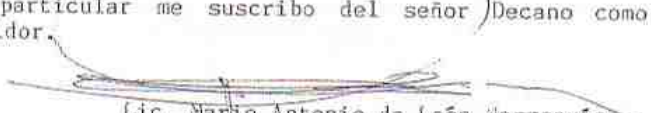
Su Despacho.-

Señor Decano:

En mi calidad de consejero del trabajo de tesis de grado, de la estudiante Carola de los Angeles Flores Garrido, titulado "ANÁLISIS DE LA ADOPCIÓN Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE REGULE EN SU TRAMITACION LA PRUEBA DE ADN", considero que el mismo ha sido bien elaborado por la estudiante mencionada.

Por lo anterior opino, que la tesis de grado referida puede aceptarse para el trámite de revisión que de conformidad con el reglamento respectivo corresponde.

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


Lic. Mario Antonio de León Marroquín.

Mario Antonio de León Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, trece de septiembre del año dos mil cinco-

Atentamente, pase al LIC. MARCOS ARNOLDO REINA MÉRIDA, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la estudiante CAROLA DE LOS ÁNGELES FLORES GARRIDO titulado: "ANÁLISIS DE LA ADOPCIÓN Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE REGULE EN SU TRAMITACIÓN LA PRUEBA DE ADN" y, en su oportunidad emitir el dictamen correspondiente.

~~ADAS 106~~



MARCOS ARNOLDO REINA MÉRIDA
ABOGADO Y NOTARIO
5a. Calle 10-14, Zona 1 Oficina S-5-0
Quinto Nivel Teléfono: 513626
Guatemala.



Guatemala, 23 de septiembre de 2,005.

Licenciado
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:


En cumplimiento de la providencia que se me envió, le informo que revisé el trabajo de tesis de la estudiante CAROLA DE LOS ANGELES FLORES GARRIDO, titulado "ANÁLISIS DE LA ADOPCION Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE REGULE EN SU TRAMITACION LA PRUEBA DE ADN".

Luego de revisar y analizar el trabajo, llena los requisitos establecidos en el respectivo Reglamento.

Considero que el tema es de bastante interés nacional y que será de utilidad académica, como de aporte bibliográfico.

OPINO, favorablemente para que sea aceptado para su discusión en el examen público.

Con las muestras de mi consideración y respeto, me es grato suscribirme.


Lic. Marcos Arnoldo Reina Mérida
Marcos Arnoldo Reina Mérida
ABOGADO Y NOTARIO

CIUDAD DE SAN
CARLOS
ATEMALA



DE CIENCIAS
Y SOCIALES



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de febrero de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la ~~estudiante~~ **CAROLA DE LOS ÁNGELES FLORES GARRIDO**, titulado **ANÁLISIS DE LA ADOCIÓN Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE REGULE EN SU TRAMITACIÓN LA PRUEBA DE ADN**, Artículos 30 y 33 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

SECRETARÍA



DEDICATORIA

- A MIS PADRES: Asunción Garrido Valenzuela y Miguel Ángel Flores
Porque a ustedes les debo lo que soy.
- A MI HERMANO: Enrique Garrido
Que tanto me dio.
- A MIS HIJOS: Maureth y Oliverio
Por estar siempre conmigo.
- A MI ASESOR: Lic. Mario Antonio De León Marroquín, por los conocimientos compartidos.
- A MI REVISOR: Lic. Marco Arnoldo Reyna Mérida, por el apoyo que me dio.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
- A: Guatemala, mi patria.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La adopción en Guatemala.....	1
1.1 Antecedentes históricos.....	1
1.2 Antecedentes de la adopción para el caso de Guatemala.....	7
1.3 Definiciones.....	8
1.4 Naturaleza jurídica.....	10
1.5 Principales características de adopción.....	11
1.6 Efectos comunes de la adopción.....	11
1.7 Elementos de la adopción.....	12
1.8 Clases de adopción.....	13
1.9 Cesación y revocación de la adopción	16

CAPÍTULO II

2. Intervención del notario en la tramitación de la adopción.....	19
2.1 El notario.....	19
2.2. El trámite de la adopción.....	20

CAPÍTULO III

3. La importancia de la prueba de ADN en la determinación legal del parentesco y su ubicación dentro de la normativa	
---	--

	Pág.
que regula la tramitación notarial de la adopción.....	31
3.1 Aspectos a considerar.....	31
3.2 La prueba de ADN.....	34
3.3 Importancia de la prueba de ADN, como medio de de prueba científica.....	44
3.4 Vicios en que se incurre por inexistencia de la prueba de ADN.....	48
3.5 Adecuación legal y jurídica, bases para establecimiento de una reforma.....	51
CONCLUSIONES.....	53
RECOMENDACIONES.....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	57

INTRODUCCIÓN

La intención al elaborar el presente trabajo de análisis de la adopción y la importancia de que se regule en su tramitación la prueba del ADN, es hacer conciencia en los legisladores, para que analicen esa institución tan importante para la sociedad guatemalteca, especialmente para los derechos del niño, y la de los padres que en algún momento han sido víctimas de delincuentes que les han robado a sus hijos, arrancándoles con ello el por qué de su vida, para darlos en adopción al mejor postor, en su mayoría extranjeros, evitando con ello que los padres encuentren a sus pequeños.

Con el análisis del trámite de la adopción se pretende que las autoridades correspondientes se den cuenta de la importancia de la prueba del ADN, para establecer el parentesco y filiación del menor con respecto a quien esta otorgando la adopción.

Asimismo, hacer conciencia desde ya a los futuros profesionales del derecho, de lo que representa la participación del notario en el trámite de la adopción, con irresponsabilidad; y no con egoísmo al prestarnos al juego sucio de unos crueles delincuentes que roban pequeños para venderlos.

La institución de la adopción no ha tenido cambios significativos desde 1963, a pesar que en la actualidad las solicitudes de adopciones por extranjeros tienen prioridad, por lo que en el exterior del país poseen la idea acertada, que en Guatemala es fácil adoptar niños.

El ADN es necesario, antes de iniciar un trámite de adopción, para tener la certeza de que el niño que está siendo dado en adopción es verdaderamente hijo de la persona, que se acredita la paternidad o maternidad, en su caso.

El ADN es un examen por medio del cual los especialistas utilizan una secuencia para localizar la posición de los genes en los cromosomas, lo cual determina el parentesco.

El factor por el cual se ha provocado el abuso de la tramitación notarial de la adopción, es por el hecho de que no existe una legislación nacional adecuada y que los legisladores, no han tomado en cuenta que las adopciones irregulares violan los derechos de los niños.

El presente trabajo ha sido dividido en tres capítulos, cuyo contenido se expone a continuación: El capítulo I se titula “La adopción en Guatemala” en este capítulo se hace una breve reseña de los antecedentes históricos tanto a nivel internacional como nacional, se define lo que es la adopción, su naturaleza jurídica, sus principales características, sus efectos comunes, sus elementos, clases de adopción, la cesación y revocación de la adopción. El capítulo II se titula “Intervención del notario en la tramitación de la adopción”, se define al notario como profesional autorizado para dar fe, conforme la ley, de los contratos y demás actos extrajudiciales, su intervención en el trámite de la adopción y el trámite en sí de la misma. El capítulo III se titula “La importancia de la prueba de ADN en la determinación legal del parentesco y su ubicación dentro de la normativa que regula la tramitación notarial de la adopción” en este capítulo se presentan los

(iii)

aspectos a considerar, la prueba del ADN, su importancia como medio de prueba científica y vicios en que se incurre por la inexistencia de esta prueba.

CAPÍTULO I

1. La adopción en Guatemala

1.1 Antecedentes históricos

La adopción tiene sus raíces muy remotas, y para el caso de Guatemala, constituye una importación en materia legislativa, esta institución no es adecuada a nuestra realidad. Cabe señalar que la adopción es una institución propia del derecho civil, y del derecho de familia, a partir de la separación que se produce de estas dos ramas del derecho.

En el derecho romano “*La adopción sólo tiene importancia en una sociedad aristocrática, donde la voluntad del jefe influye sobre la composición de la familia, tal como la sociedad romana. Contribuye al medio de asegurar la perpetuidad de las familias en una época donde cada una tenía su papel político en el estado, y donde la extinción del culto doméstico aportaba una especie de deshonor. (Cicerón, pro domo l3). No pudiendo continuar más que por los hijos varones nacidos ex justis nuptis, la familia civil estaba condenada a extinguirse a toda prisa, sea por la esterilidad de las uniones, o bien por la descendencia femenina, y entonces la adopción se imponía como una necesidad. Más tarde se modificó este carácter con la constitución primitiva de la familia, y bajo Justiniano la adopción perdió la mayor parte de su utilidad*”¹.

¹ Petit Eugene. **Tratado elemental del derecho romano**, pág. 123

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.

Siendo probablemente una de las instituciones familiares más contingentes, y, en consecuencia, más moldeables 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 menores que de él carecen mientras que se cumple un 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, recuérdese el entusiasmo con que fue restaurada en los albores de la revolución francesa y su inclusión en el *Code* (por decisión personal de Napoleón). 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.

Entre nosotros, la adopción es la institución familiar que más reformas legislativas ha experimentado en el último siglo. Incluyendo la del Código Civil, nada menos que nueve cambios de legislación, totales o parciales ha sufrido, por lo que no parece inadecuado denunciar cierta versatilidad del legislador debido, quizás, a falta de claridad sobre la razón de ser de la institución, o a un exceso de mimetismo sobre modas e ideas pasajeras, cuando no a una absoluta falta de previsión como la ocurrida con la famosa

supresión del Artículo 176 en 1981, que obligó a su restauración en 1983. Tantas reformas casi nunca han sido acompañadas del correspondiente derecho transitorio, por lo cual, aun por muchos años, los tribunales van a tener que afrontar no fáciles problemas de este tipo, con el consiguiente incremento de una litigiosidad especialmente no deseada en tan delicada materia.

En el período 1981-1983 se realizan las grandes reformas del derecho español de familia, promulgadas en aplicación de la Constitución, bien puede decirse que la adopción era la «asignatura pendiente» del legislador ordinario. En efecto, el régimen de esta institución, aun no habiendo sido objeto de reforma directa, resultaba hasta cierto punto, paradójico. Al producirse la transición política, la adopción se regulaba por el texto aprobado por la Ley del 4 de julio de 1970, que había supuesto una innovación radical, desde el punto de vista de los derechos del adoptado, del régimen instaurado en el Código Civil, luego modificado por la Ley de 24 de abril de 1958. Pero la Ley de 13 de mayo de 1981, precisamente en el Artículo 108 con que se inicia el régimen de la filiación y sus efectos, proclamaba en su párrafo segundo que «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código»; pero además de esta norma situada fuera de la *sedes materiae* se introducen otras modificaciones (algún autor las ha calificado de oportunistas) en casi todos los preceptos que rigen la adopción, destacando la reducción de seis meses a un mes de plazo para apreciar el abandono calificado. La Ley de 7 de julio suprime incomprensiblemente el artículo 176, originando un vacío legal que la

doctrina sólo logra colmar con una interpretación correctora del legislador. La Ley de 13 de julio de 1982 regula nuevamente la nacionalidad del menor plenamente adoptado. Por último, la Ley de 24 de octubre de 1983 vino a restablecer la vigencia del Artículo 176. Resulta de todo ello mientras la reforma de la institución no se afrontaba directamente, sufría ésta modificaciones parciales sin una visión global y sistemática de la figura. Así se llega a la Ley de 11 de noviembre de 1987”².

“Los antecedentes históricos de la adopción se pierden en la más remota antigüedad, motivos religiosos dieron vida y vigor a la institución, las familias sin descendencia incorporaban a su seno a personas que pudieran perpetuar el culto doméstico. Algunos pasajes bíblicos demuestran su práctica entre judíos y egipcios”³.

En Roma tuvo un gran desarrollo, se aceptaban dos formas paralelas. La adrogatio consistía en que un hombre tomaba como hijo, sometándolo a su patria potestad, a un sui iuris, se exigía el consentimiento de éste y la aprobación del pueblo en los comicios curiados, además de una declaración del pontífice, destinada a comprobar si existía algún impedimento civil o religioso.

La adopción propiamente dicha se refería a los alieni iuris, el consentimiento de tal caso debía ser prestado por el pater familiae, quien desde ese momento perdía la patria potestad, que pasaba al adoptante. Era

² Ibid. Pág. 123

un acto privado, que no exigía la aprobación del pueblo ni la intervención del pontífice. Se admitía también la adrogatio y la adoptio hechas por testamento. En la Edad Media. La institución fue perdiendo paulatinamente importancia. Poco a poco cayó en desuso, manteniéndose sólo en la letra muerta de las leyes romanas, que los pueblos europeos habían incorporado a su derecho positivo.

En Francia *“recién reapareció con la revolución, como consecuencia, dice Planiol y Ripert de prestigio que los recuerdos de la antigüedad romana ejercían sobre los hombres de la época. Pero el Código Civil sólo admitió la adopción de los mayores de edad, de esta manera carecía de verdadero objeto, de tal modo que siguió languideciendo. Cosas parecidas ocurrieron en los demás pueblos europeos. El prestigio de la institución recién revivió en el presente siglo. No poca influencia en este renacer ha tenido las dos últimas guerras mundiales, que dejaron millones de huérfanos, cuya situación urgía contemplar con soluciones más completas y de contenido humano más pleno que la simple beneficiada”*.⁴

La adopción debido a lo anterior, es una institución propia del derecho romano que tiene siglos de siglos de subsistencia, y en el caso de Guatemala, durante el gobierno de facto en 1963, el Jefe de Estado Coronel Enrique Peralta Azurdía con la reforma de la legislación civil para adaptarla a los avances de la ciencia y a la natural evolución de las costumbres y demás relaciones contempladas, por la rama del derecho civil, ya se encontraba codificado lo relativo a la adopción regulada también en el

³ Libro del Génesis XLVIII 5, **Sagrada Biblia de Jerusalén**, Éxodo II 10.

⁴ Borda A. Guillermo. **La familia, la adopción**, pág. 343

Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil. Reviste de especial importancia transcribir la fórmula romana sobre la adopción “*Queremos y ordenamos, romanos que Lucios Titiu sea por ley hijo de Lucius Valerius como si fuera nacido de él y su esposa, que Lucius Valerius tenga sobre él derechos de vida y muerte como si fuera su hijo por naturaleza*”.⁵

Por lo anterior, cabe mencionar que la adopción a juicio de la autora podría tener un origen remoto basado en lo religioso, tomando en consideración que se ha constituido como una institución de carácter social, de asistencia y se fundamenta en el caso del abandono en que se encuentran algunos niños y la imposibilidad de procrear de algunas parejas.

Como lo establece Guillermo Cabanellas, respecto a la historia o antecedentes de esta institución que: “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 sustitutivo, 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 nature*, que la adopción es imagen o imitación de la naturaleza, en lo que a la filiación concierne.

En la misma línea, la partida IV decía que adopción tanto quiere decir como prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes por la

⁵ **Enciclopedia Jurídica** Omeba Tomo I, página 485

cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente (título XVI ley 1ª).

En Roma la institución conoció amplísima difusión con el ejemplo de los emperadores, que recurrieron a ella para asegurarse sucesores de su afecto y confianza. Se consideraba necesaria para estos fines: a) continuar el culto doméstico; b) perpetuar el nombre; c) obtener beneficios, en razón a los concedidos por el número de hijos que se tenían; d) legitimar a los hijos ilegítimos. Los romanos distinguían dos clases de adopción, la propiamente dicha y la arrogación. La primera recaía sobre las personas alieni juris, y la segunda, sobre las personas sui juris, divídase a su vez aquella en plena y menos plena, según que el adoptante fuere ascendiente o extraño.

1.2 Antecedentes de la adopción para el caso de Guatemala:

En Guatemala una por una han venido surgiendo instituciones asistenciales con vocación y fines de adopción. Nuestro país se cataloga entre los que se reciben múltiples solicitudes de adopción procedentes del extranjero y muy pocas solicitudes de adoptantes nacionales. Se encuentra establecida en el Código Civil y no ha tenido cambios significativos y que sean congruentes con la realidad desde 1963, razones estas que coadyuvan a que la problemática de la adopción se encuentre seriamente afectada en los derechos de los menores.

Como se puede analizar la adopción nace en algunos países de los continentes europeo, asiático, africano. Con respecto a Guatemala, la adopción no siempre fue reconocida por el sistema legal guatemalteco. Para información

de los antecedentes, aparece con la Junta Revolucionaria Decreto 63 del 24 de febrero de 1945, aparece regulada en la Constitución luego se aprueba por el Congreso según el Decreto 375 del año de 1946, que era la Ley de la Adopción. Seguidamente es adaptada en el derecho civil en 1963 con el gobierno de Enrique Peralta Azurdia, estableciendo la adopción en beneficio de los menores de edad.

Con ésto, se da un gran paso para la comunidad guatemalteca, con esta legislación se crea un consuelo para los matrimonios estériles y una fuente de socorro de niños huérfanos, la adopción desde tiempos antiguos se puede decir, fue una traslación de la patria potestad al adoptante. Una sucesión de descendencia y por último una institución benéfica, donde los menores de edad, adquieren la condición legal de hijos por los adoptantes.

En la actualidad, en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 54, se reconoce y protege la adopción y garantiza de esta forma la integridad del desarrollo social al fomentar y consolidar la familia.

1.3 Definiciones:

“La adopción es una institución del derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas, a las que crean las justae nuptiae entre el hijo y el jefe de familia. De esta manera, hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe”⁶.

⁶ Ob. Cit., pág. 128

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, establece que *“la adopción es la acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La determinación no ya de las formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales, indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes y de los adoptados, como se decía al principio, al estado civil, a la existencia o no de los hijos, efectivos, al número posible de adopciones, etc. Se trata de una institución aceptada por casi la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza”*⁷.

Según Federico Puig Peña, *“Es aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación, semejantes a las que tienen lugar en la afiliación legítima”*.⁸

Conforme el Código Civil, el Artículo 228 establece: *“la adopción es un acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor de edad que es hijo de otra persona. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento cuando hubiere existido la adopción de hecho durante la minoría”*.

De conformidad con las anteriores definiciones, la autora del presente trabajo, expresa: La adopción es un vínculo jurídico por medio del cual una

⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 433

⁸ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 456

persona, adoptante, toma como hijo propio a otra, adoptado, y así poder integrarlo a su seno familiar.

1.4 Naturaleza jurídica:

Se ha dicho que la adopción se asemeja a la filiación legítima, porque pretende que con la adopción, el adoptante tome como hijo suyo al adoptado y que adquiera los efectos jurídicos legales correspondientes, es de considerar que efectivamente se trata de una filiación, específicamente una filiación de carácter civil únicamente entre el hijo adoptivo y el adoptante.

Así también, se ha establecido principalmente en el aspecto puramente formal, que la adopción es una institución que ha variado su importancia de una época histórica a otra dentro de las sociedades, y que se inicia partiendo de la necesidad que tiene la familia de proliferarse, como efecto de la esterilidad de las parejas y que ello, provocó en determinada época de la historia, deshonra ya sea por haber nacido los menores fuera de la institución del matrimonio, sea porque el problema de la esterilidad es más grave aún en las familias. A raíz de su historia y evolución, la institución de la adopción se ha conceptualizado en la actualidad, como una institución de naturaleza social, de asistencia, que se dirige a aquellos menores que se encuentran en calidad de huérfanos o bien abandonados, porque no precisamente la adopción radica en que las familias no puedan tener más hijos, sino que teniendo hijos, consideran que se hace necesario adoptar a determinado menor, para brindarle el cuidado y atención como hijo que necesita, y que el adoptante, se encuentra en capacidad económica y moral para ello. Otros indican que la adopción es

una institución que tiene una base negocial, sin embargo, éste concepto no puede ser ampliamente discutido si se determina que la adopción significa asistencia, suplir una deficiencia, como por ejemplo, en la calidad de huérfano, para que adquiera unos padres.

1.5 Principales características de la adopción:

- a) La adopción es un acto jurídico, que no es más que uno de los elementos sobre los que se asienta el instituto que se examina, que esta determinado por el presupuesto de voluntad concorde para entrar en aquella y además, la irrevocabilidad, la base para determinar la intensidad y eficacia de algunos de los efectos que produce, pero otros, están predeterminados en la ley, y quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes;
- b) La adopción se establece entre dos personas extrañas y con personas conocidas desde la niñez, relaciones de paternidad y filiación;
- c) Es una forma de adentrarse a la patria potestad, toda vez que el adoptante adquiere de hecho y de derecho, el papel de padre del hijo adoptado y con ello todos los derechos y obligaciones que ello representa.

1.6 Efectos comunes de la adopción:

De conformidad con la ley, los efectos comunes son los siguientes:

- a) El parentesco civil que se establece entre el adoptante y el adoptado no se extiende a los parientes de uno u otro, por razones de herencia u otros.

- b) Los hijos del adoptante deben ser considerados de igual manera con respecto al adoptado.
- c) El adoptante tiene los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres naturales con sus hijos respecto a la persona y bienes, con el adoptado.
- d) Al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de aquel.

1.7 Elementos de la adopción:

a) Elementos Personales:

Son concretamente el adoptante y el adoptado para quienes nacen relaciones recíprocas, derechos y obligaciones. En cuanto a la edad, se sigue la vieja regla de que la adopción imita a la naturaleza, tanto en orden a la posibilidad de no tener hijos como a la posibilidad de procreación, al menos, así se entiende en la doctrina, por ello, se establece que el adoptado debe ser de menor edad que el adoptante.

Es necesario el pleno goce de las facultades y capacidades civiles del adoptante, en consecuencia no podrán adoptar los dementes o interdictos. En el caso del adoptado, menor de edad, debe mediar consentimiento de quien ejerza la patria potestad, o representación.

b) Elementos formales:

Estos se basan exclusivamente a lo que regula el Código Civil para el cumplimiento de los requisitos que conlleva la adopción. que dice: La

solicitud de adopción debe presentarse al Juez de Primera Instancia del ramo Civil 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.

1.8 Clases de adopción:

“Hay dos clases de adopciones: La adopción de una persona sui juris que es la adrogación, y la adopción de una persona alieni juris, que es la adopción propiamente dicha. Sus formas y caracteres primitivos permiten considerarla como contemporánea del mismo origen de Roma. La adrogación solo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices, y en virtud de una decisión de los comicios por curias, populi auctoritate”⁹

Conforme la doctrina y la ley se diferencian estos tipos de adopción:

a) La adopción plena:

Como lo dice Cabanellas *“Inspirada por la adopción de expósitos, en las reformas del Código Civil de 1958 y 1970, se admite en España esta institución, únicamente para los cónyuges que vivían juntos, procedan de consuno y lleven más de 5 años de casados. También se permite a los*

*viudos y viudas. Los adoptados podrán ser sólo los menores de catorce años o los mayores de tal edad que desde antes de la misma convivieran con los adoptantes posteriores. El adoptado llevará en lo sucesivo como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes. Ocupa en la sucesión de los padres adoptivos la misma posesión que los hijos legítimos. En cuanto a los adoptantes, en la sucesión del hijo adoptivo, sus derechos hereditarios son los padres legítimos”.*¹⁰

Este tipo de adopción no lo regula la ley guatemalteca tal como debe concebirse, toda vez que establece una adopción individual de una persona que puede ser su pariente en caso del adoptado y una adopción conjunta de marido y mujer.

b) Adopción menos plena o simple:

De conformidad con lo establecido por el tratadista Cabanellas al respecto indica que “*variedad adoptiva instaurada en España en 1958 y reformada en 1970, con el cambio de denominación de menos plena por simple. Se refiere a la adopción, por uno de los cónyuges del hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte. El adoptado sometido a la patria potestad de ambos esposos, puede usar el apellido del adoptante, pero sólo tendrá en la herencia de éste los derechos de los hijos naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo posición equivalente a la del padre natural*”. Este tipo de adopción se regula en la ley guatemalteca, de manera parcial, toda vez que el Artículo 224 del Código Civil, último párrafo,

⁹ Ob. Cit. Pág. 128

¹⁰ Cabanellas, Ob. Cit. pág. 175.

establece que uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro y tendrá derecho a herencia, a ser alimentado, etc.

Formas de adopción conforme la legislación guatemalteca:

- Plena, como lo indican los Artículos 228 y 234 del Código Civil,
- Semiplena, según los Artículos 234 y 236 del Código Civil,
- Conjunta de marido y mujer, como lo contempla Artículo 234 del Código Civil,
- Por el tutor, como lo estipula el Artículo 235.

Al entender otras formas de adopción, la autora ha considerado efectuar un análisis de lo que es la adopción conforme la legislación guatemalteca. En primera instancia regula lo relativo a la adopción como un acto jurídico de asistencia social, y establece un tipo de adopción singular, es decir, que el que adopta, tomando dicho concepto de manera singular, toma como hijo propio a un menor que no lo es o que es hijo de otra persona.

También radica esa afirmación en lo que establece el Artículo 229 del Código Civil, que indica que los efectos de la adopción sólo se producen en función del adoptante y el adoptado, respecto a los derechos y obligaciones, debido al parentesco civil que se crea a través de la adopción. En general, en la normativa que regula lo relativo a la adopción en la legislación guatemalteca, los legisladores han redactado de manera especial lo relativo a las partes que participan en la adopción y que se refieren casi exclusivamente entre el parentesco civil que se genera entre el adoptante y el adoptado, es decir, obligaciones y derechos sólo entre éstos.

En el Código Civil se establece otras clases de adopción, es decir, la adopción conjunta del marido y la mujer, con ello, se determina que es factible la legalización de la adopción que en la vía normal realicen los cónyuges en relación a un hijo, y el caso de que uno de los cónyuges adopte al hijo del otro cónyuge en su caso. En vista de que la ley prohíbe que una persona pueda ser adoptada por más de una persona, establece la presente excepción, que puede ser adoptado por esposos.

Así también se establece la adopción que puede realizar el tutor, sin embargo, en este caso, el tutor tiene la obligación de cumplir con los requisitos legales, en el sentido de que tiene que ser aprobadas las cuentas de la tutela y entregados los bienes al protutor. Como ha quedado establecido, en la legislación guatemalteca, existe una limitada regulación respecto a las distintas clases de adopción y ello, entre otras cosas, repercute en el hecho de que la institución algunos profesionales hayan desvirtuado su naturaleza jurídica como se ha dicho anteriormente, caso contrario, en otras legislaciones, en las que inclusive, se regula la edad mínima para adoptar tanto del adoptante como del adoptado.

1.9 Cesación y revocación de la adopción:

Dentro de las causas que enumera la ley, se encuentran las siguientes:

- a) Por mutuo consentimiento de adoptante y adoptado cuando este haya cumplido la mayoría de edad, para el caso de la cesación.
- b) Atentar el adoptado contra la vida y el honor del adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendientes, puede ser revocada.
- c) Causar maliciosamente el adoptante una pérdida estimable de sus bienes.
- d) Acusar o denunciar al adoptante imputándole algún delito excepto en causa propia o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge.
- e) Abandonar el adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia.

CAPÍTULO II

2. Intervención del notario en la tramitación de la adopción

2.1 El notario:

El notario se define como “el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”, y respecto a la fe pública notarial la defina como “la de dar autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento publico redactado conforme a las leyes. Es decir, el notario para autorizar y redactar el instrumento ha de respetar y hacer que se respete la legalidad vigente en su integridad”.¹¹

La función del notario en la modernidad es esencial, para la autenticidad de actos o contratos, negocios jurídicos que conllevan implícitamente que esa autenticidad se encuentre ligada a la inscripción de esos actos o contratos. Aunque debe reconocerse que la actividad notarial ha variado radicalmente entre una época y otra. En estos tiempos se acontece que el Notario cumple esencialmente una función asesora, la cual produce en el caso de que dicho profesional, en cumplimiento de la misma, aplica directamente la ley, y que a través de las pretensiones, los hechos, y la ley, le da forma documental o instrumental a los mismos, que puede ser una escritura pública, o bien acta

¹¹ Lora Tamayo, Isidro, **Los principios hipotecarios de rogación, legalidad, prioridad y tracto**; revista del Registro General de la Propiedad, 1999.

notarial.

Para poder darle forma al instrumento público, el notario debe considerar varios aspectos:

- a) En el caso de las partes que intervienen, debe calificar la capacidad de estas, las calidades en que actúan.
- b) En el caso del objeto del instrumento público, este debe ser lícito, posible, determinable, para que pueda gozar de la validez jurídica y efectos dentro del mundo de lo jurídico.
- c) Que debe cumplir en la forma de los requisitos legales, como resulta en el caso de la constitución de sociedad, en los testamentos, etc., que deben cumplirse los requisitos establecidos en el Código de Notariado, Código Civil.

2.2 El trámite en la adopción:

A. Judicial.

Como se ha establecido, la ley civil regula el aspecto sustantivo y procesal con relación a la institución de la adopción. En el Artículo 239 del Código Civil indica que la adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el Juez de Primera Instancia competente, en este caso, el Juez de Primera Instancia del ramo de Familia.

El licenciado Aguirre Godoy al respecto indica: *“La solicitud debe presentarse al Juez de Familia del domicilio del adoptante y a ella debe acompañarse la partida de nacimiento del menor y, además, proponerse 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 (Artículo 240). Aunque se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria, deben llenarse los requisitos del Artículo 61 del Código Procesal, establecidos para toda primera solicitud, en lo que fueren aplicables”*.¹²

Para protección del menor, establece el Código Civil que si este tiene bienes, el adoptante deberá presentar inventario notarial de los mismos y constituir garantía suficiente a satisfacción del Juez (Artículo 241) y 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 (Artículo 242).

El Código Civil no establece la forma en que debe oírse a los padres del menor, o a la persona que ejerza la tutela, pero si exige que tanto aquellos como ésta, en su caso, expresen su consentimiento para la adopción (Artículo 243 párrafo lo.).

Los padres pueden hacerlo por comparecencia personal ante el juez o con memorial que lleve autenticación de firmas, ya que en caso contrario, el juez exigirá la ratificación. De todas maneras, tanto los padres como la persona que ejerza la tutela, deben comparecen al otorgamiento de la

¹² Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**, pág. 197

escritura pública que prescribe el Código Civil. El Juez de Familia llenados los requisitos anteriores, tiene que oír al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), institución que 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 (Artículo 243 párrafo 2°).

En cuanto a las objeciones que pueda presentar el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), se ha presentado la duda de si existiendo alguna, no compartida por el Juez, puede éste declarar que ha lugar a la adopción. Normalmente, las objeciones que presenta el Ministerio Público, son subsanables y una vez superadas ya no se presenta problema alguno, pero puede haber discrepancia por cuestiones interpretativas o consideraciones jurídicas.

Debe recordarse que quien tiene la atribución legal para declarar que se formalice la adopción, es el juez y como tal tiene que cumplir su función bajo responsabilidad. Por eso dice Brañas: “En cuanto a los alcances de las objeciones que pueda hacer el Ministerio Público, debe entenderse o bien que por el sólo hecho de su oposición, el juez no puede declarar la procedencia de la adopción (aplicando la letra del Artículo 243 segunda parte), o bien que el juzgador tiene amplio margen discrecional para apreciar las objeciones, criterio este que resulta más aceptable, dada la naturaleza y el objeto de la ley reconoce a la adopción. También plantea Brañas la posibilidad de que la oposición la presenten los padres o el tutor. Expresa *“Nada dice el Código respecto a si se puede establecer la*

adopción en caso de oposición de los padres del menor, o de uno de ellos o, en su caso, del tutor.

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 243 debe entenderse que el consentimiento de dichas personas es insoslayable, absolutamente necesario, o sea, que se requiere el consentimiento expreso de los padres o de la persona que ejerza la tutela. En este último caso, sin embargo, la situación cambia. El buen criterio del Juez debe privar en caso de negativa del tutor, puesto que la tutela es institución que suple la falta de la patria potestad, y, en cambio, la adopción implica el ejercicio de la misma, creando un vínculo efectivo y jurídico más fuerte.

*Una vez, el juez de familia considera que se ha llenado todos los requisitos que establece el Código Civil y salvadas las posibles objeciones que formule el Ministerio Público, dicta, como se dijo, la resolución que declara que ha lugar a la adopción, a fin de que, se proceda al otorgamiento de la escritura pública. En la escritura de adopción deben 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 de dicha escritura tiene que presentarse al Registro Civil para su inscripción dentro de los quince días siguientes a la fecha del otorgamiento (Artículo 244 del Código Civil)”.*¹³

B. Notarial:

¹³ **Ibid.**

Las normas relativas al Código Civil, así como al Código de Notariado, se rige para el trámite notarial de la adopción. Haciendo una síntesis de esta tramitación, resulta sumamente importante el análisis que del mismo hace el licenciado Mario Aguirre Godoy, el cual lo resume en lo siguiente: *“El trámite notarial de la adopción fue incorporado en el Decreto 54-77 del Congreso de la República o sea la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en los Artículos 28 a 34 que coinciden en lo fundamental con los del Proyecto del ley que elaboramos (Artículo 33 a 38) y el cual hemos hecho antes referencia. Conforme a dicho Decreto, la adopción a que se refiere el Código Civil puede ser formalizada ante Notario público, sin que se requiera la previa aprobación judicial de las diligencias (Artículo 29).*

La solicitud dice el Artículo 29 del Decreto Ley 54-77 del Congreso de la República, de la persona que desee adoptar a otra, puede hacerse ante notario y con ella debe presentarse la certificación de la partida de nacimiento correspondiente y proponerse 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. El mismo Artículo agrega, la existencia de informe u opinión favorable, bajo juramento, de una trabajadora social adscrita al Tribunal de Familia de su jurisdicción.

El Decreto también establece otros requisitos que encontramos en el Código Civil par el caso de la tramitación judicial y que antes fueron comentados. Así en el caso de que el menor tenga bienes, tiene que levantarse inventario notarial y constituirse garantía suficiente por el

adoptante a satisfacción del Notario, conforme el Artículo 30. Si el solicitante hubiere sido tutor del menor, el notario deberá tener a la vista los documentos en que conste fueron aprobadas sus cuentas y que los bienes fueron entregados.

Concluida la tramitación, es decir, una vez que se hayan llenado los requisitos expuestos, el notario debe oír al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación), y si no opusiere objeción alguna, ordenará que se otorgue la escritura respectiva (Artículo 32). En este artículo agregó el Decreto 54-77 del Congreso, que para el caso de que el Ministerio público presentara alguna objeción, el notario tiene que remitir el expediente al tribunal competente para que dicte la resolución procedente.

Finalmente el Decreto 54-77 del Congreso, que en la escritura de adopción deberá comparecer el adoptante y los padres del menor, o la persona o institución que ejerza la tutela. Luego de otorgada la escritura el Notario extenderá el respectivo testimonio y lo enviará a los Registros que proceda, a fin de que se hagan las anotaciones relativas a la adopción (Artículo 33 de la misma norma legal).”¹⁴

Al regularse la tramitación de la adopción por dos vías, es decir, una judicial y otra extrajudicial, rigen dos leyes especiales, el Código Civil que contiene en su normativa, aspectos sustantivos y aspectos de procedimientos. Así también el Decreto 54-77 del Congreso de la República.

- a) Que el Código de Menores derogado, no hacía una diferenciación entre niño y joven, siendo necesario para el adecuado tratamiento estatal, circunstancia que si se regula en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
- b) Que en cuanto a la tramitación de la adopción, debido a que sus normas sustantivas y adjetivas se regulan en el Código Civil, deja ambigüedad que dice que de una manera pueden, pero no deben, ser suplidas por la ley reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.
- c) Aspectos relevantes en el trámite de la adopción conforme la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia

Dentro de los derechos que se regulan a favor de los menores, se encuentra el derecho a la vida, la igualdad, la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición. El derecho a la familia y a la adopción, como derechos individuales, así también los derechos sociales, como en el caso de la salud, educación, cultura, deporte, recreación.

La protección especial a la niñez y a la adolescencia en el caso de los menores y jóvenes con discapacidad, en el caso del tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes, derecho a la protección contra la explotación económica, contra el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia, a la protección por maltrato, a la explotación por

¹⁴ Aguirre Godoy. **Ob. Cit.**; pág. 199.

abusos sexuales, a la protección por conflicto armado, en el caso de los niños, niñas y adolescentes refugiados.

Establece los deberes inherentes a los niños y jóvenes, los cuales se encuentran expuestos en el Artículo 62 de dicha ley que dice:

Deberes y limitaciones. En la medida de sus facultades, todo niño, niña y adolescente estará solemnemente sujeto a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Para su desarrollo integral, los niños, niñas y adolescentes en la medida de sus capacidades, tienen los siguientes deberes:

- a) Desarrollar actitudes de consideración, solidaridad, tolerancia, comprensión y respeto con los ancianos, adultos, adolescentes y otros niños y niñas, sin distinción de vínculo familiar, sexo, posición económica y social, étnica y discapacidad física, mental o sensorial.
- b) Respetar y obedecer a sus padres, tutores o encargados contribuyendo a la unidad y lealtad familiar.
- c) Apoyar a sus padres en su ancianidad, discapacidad o enfermedad, en la medida de sus posibilidades.
- d) Conocer la realidad nacional, cultivar la identidad cultural, los valores de la nacionalidad guatemalteca y el patriotismo.
- e) Actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar y en todas las etapas del proceso educativo.

- f) Esforzarse por asimilar los conocimientos que se les brinden y tratar de desarrollar las habilidades necesarias para alcanzar un adecuado rendimiento escolar.
- g) Cumplir con las disposiciones disciplinarias establecidas en el centro escolar, donde curse sus estudios, siempre y cuando se administren de modo compatible con su dignidad y no contravenga esta ley ni las leyes del país.
- h) Participar en las actividades escolares y de su comunidad.
- i) Cuidar y respetar sus bienes, los de su familia, los de su centro de enseñanza y los de la comunidad, participando en su mantenimiento y mejoramiento.
- j) Colaborar en las tareas del hogar, siempre que éstas sean acordes a su edad y desarrollo físico y no interfieran con sus actividades educativas y desarrollo integral.
- k) Cumplir con los tratamientos médicos, sociales, psicológicos o de otra índole que sea necesarios para su bienestar.
- l) Participar con respeto y honradez en las actividades culturales, deportivas, recreativas, que organicen las instituciones públicas y privadas.
- m) Conocer y promover la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y los derechos humanos en general.
- n) Buscar protección ante sus padres o encargados o ante las autoridades competentes, de cualquier hecho que lesione sus derechos.
- o) Respetar, propiciar y colaborar en la conservación del ambiente.
- p) No abandonar la casa de sus progenitores o aquella que ellos o la autoridad les hubiere asignado, sin la debida autorización de ellos.

En materia de adopción, es importante señalar lo siguiente:

El Artículo 22 de la ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia, Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República indica: *“Adopción. El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y adolescentes debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior y conforme a los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala”*.

Respecto a ello, conviene hacer el siguiente análisis:

- a) Que la institución de la adopción se encuentra regulada en dicha ley junto con el derecho a la familia, es por ello, que debe concebirse que los fines de la adopción conllevan el fortalecimiento de la familia y de la institución de la adopción, ya que por medio de ésta el menor o el adolescente tiene derecho a ser criado, educado en el seno de una familia natural o bien sustituta. Tal circunstancia conlleva colaborar y fortalecer la estabilidad y bienestar de la familia como parte o base de la sociedad.
- b) Que el recurso familiar es indispensable, previo a cumplir con la adopción propiamente dicha, tomando en consideración lo regulado en la ley con respecto a que el Estado deberá apoyar programas que tiendan a la localización de los padres o familiares de algún niño, niña y adolescente a fin de obtener información que facilite el reencuentro familiar.
- c) Que debe agotarse por parte de las autoridades correspondientes, que el menor o el adolescente se encuentre en el seno de su familia de origen.

- d) La posibilidad de la creación y funcionamiento por parte del Estado de instituciones que fortalezcan la unidad familiar y que contribuyan con los padres en el cuidado y la crianza de los hijos.

En cuanto al procedimiento de la adopción, indica dicha ley:

- a) Que 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.
- b) Establece que una ley regulará lo relativo a la adopción. Con ello, se abre la puerta a la necesidad de la legislación específica al respecto a través de una Ley, circunstancia que motiva analizar los distintos proyectos de ley que han sido creados para el efecto y que no han tenido oportunidad de ser aprobados por sus lecturas en el organismo legislativo.
- c) Reconoce la adopción internacional.
- d) Respecto al procedimiento continúan vigentes las normas que para el efecto establece el Código Civil.

CAPÍTULO III

3. La importancia de la prueba de ADN en la determinación legal del parentesco y su ubicación dentro de la normativa que regula la tramitación notarial de la adopción:

3.1 Aspectos a considerar:

El tema de la adopción y su tramitación notarial, ha tenido gran relevancia en la actualidad y ha sido discutida en todos los sectores gubernamentales y no gubernamentales de la sociedad guatemalteca, principalmente porque ha sido motivo para que profesionales tanto de la medicina como del derecho y de la propia administración de justicia, se enriquezcan ilícitamente de la tramitación notarial e incluso judicial, con respecto a los menores, principalmente aquellos que se encuentran internos en instituciones públicas y privadas de asistencia social, siendo objeto de adopciones internacionales, que no garantizan al menor su bienestar.

Existen iniciativas que únicamente quedan en eso, en iniciativas que promueven una serie de proyectos de Ley de Adopción que no han entrado en vigencia actualmente, pero que recogen la inquietud en algunos sectores interesados en el bienestar de los menores, fundamentalmente, de que se regule adecuadamente la adopción, para evitar los abusos en perjuicio de éstos menores, por el incremento y mal atendido trámite notarial de adopciones que fomentan únicamente las adopciones internacionales, por el factor económico que ello representa para éstos, y no precisamente para los menores, y que la

misma ley lo permite. Tal como se concibe en el Código Civil que reúne tanto normas de carácter sustantivo como procesal y que no son suficientes para parar el tráfico de niños, de órganos en el caso de la simulación de adopción, la corrupción de menores, en donde se ven involucrados tanto las madres de éstos niños, abogados, médicos, trabajadores o trabajadoras sociales, etc.

Uno de los factores, por los cuales se ha provocado el abuso en la tramitación notarial de las adopciones, como se ha dicho anteriormente, representa el hecho de que no existe una legislación nacional adecuada, pese a que existe legislación internacional que trata sobre este tema, como resulta ser la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y recientemente el Estatuto de Roma.

Así también, puede establecerse que recientemente, para el caso de Guatemala, aunque existan proyectos de ley en el tema de las adopciones, aún no se encuentra en vigencia ninguna ley de adopción como debiera ser y como se ha analizado, en su defecto, existen normas nacionales y especialmente internacionales, que limitan esos abusos en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Se ha establecido que las normas que regulan lo relativo al trámite de la adopción son bastante limitativas, es decir que por ello producen ambigüedades y lagunas legales y que debido a ello y a otras circunstancias, es que provocan, que tanto profesionales, como no profesionales, es decir encargados del cuidado de niños, se presten a realizar adopciones que se constituyen en ilegales y que conlleve el tráfico de menores.

Existen datos estadísticos, que se constatan con lo que mencionan los medios de comunicación, que fundamentan lo aseverado por la autora, a nivel nacional como internacional, se han localizado por parte de las autoridades de Policía, casas cuna clandestinas, en donde se encuentran menores que van a ser objeto de adopción o bien en otros casos, de tráfico ilegal de menores, circunstancia que hace que la institución de la adopción pierda su verdadero sentido y naturaleza jurídica. Respecto al control de las adopciones en Guatemala, el licenciado Guerra Can, al manifestar lo que motivo a crear el registro de adopciones, es que *“...en mil novecientos noventa y cuatro se hizo muy evidente el frecuente descubrimiento de notarios en actos ilícitos en lo concerniente a las adopciones tramitadas notarialmente, crea la necesidad de una institución de control de las diligencias voluntarias de adopción que tramitan los notarios, ya que el Estado a través, en ese entonces, del Ministerio Público y Procuraduría, su fin es lograr el control de las adopciones que se realizan en Guatemala, pero es el caso me pregunto que si al graduarse como profesional del derecho, además se obtienen los títulos profesionales de Abogado y Notario, el problema también podrá darse en diligencias voluntarias de adopciones judiciales, según varios profesionales, si puede darse y muchos establecieron que es más frecuente de lo que se imaginan, entonces debe crearse el mecanismo adecuado para controlar este tipo de diligencia, es por ello que el Acuerdo 235-94 en sui generis en ese momento fue lo más adecuado, pero en la actualidad se necesita avanzar y estar a la vanguardia de la protección de los menores que serán objeto de adopción, creando un registro adecuado a las necesidades actuales y que en su mayoría más del ochenta por ciento de las adopciones que se tramitan en Guatemala, son extranjeras que pretende adoptar a un menor y llevárselo a sus hogares*

*(Estados Unidos, Canadá, Israel, etc.) y al respecto muchos notarios por lo fácil y práctico radican la diligencia voluntaria de adopción notarialmente, pues la radican y nombran un mandatario para representar a los solicitantes esto a hecho que muchos notarios hagan fortunas ya que el dato obtenido es que en la actualidad se cobra alrededor de treinta mil dólares por adopción el Ministerio Público a lograrse desarticular bandas que se dedican a este negocio y las investigaciones siempre recaen en un notario el cuales el que radica dicha diligencia y en los casos en que investigan“.*¹⁵

Evidentemente se hace necesario este registro y no sólo esto sino además la legislación a la realidad concreta en el tema.

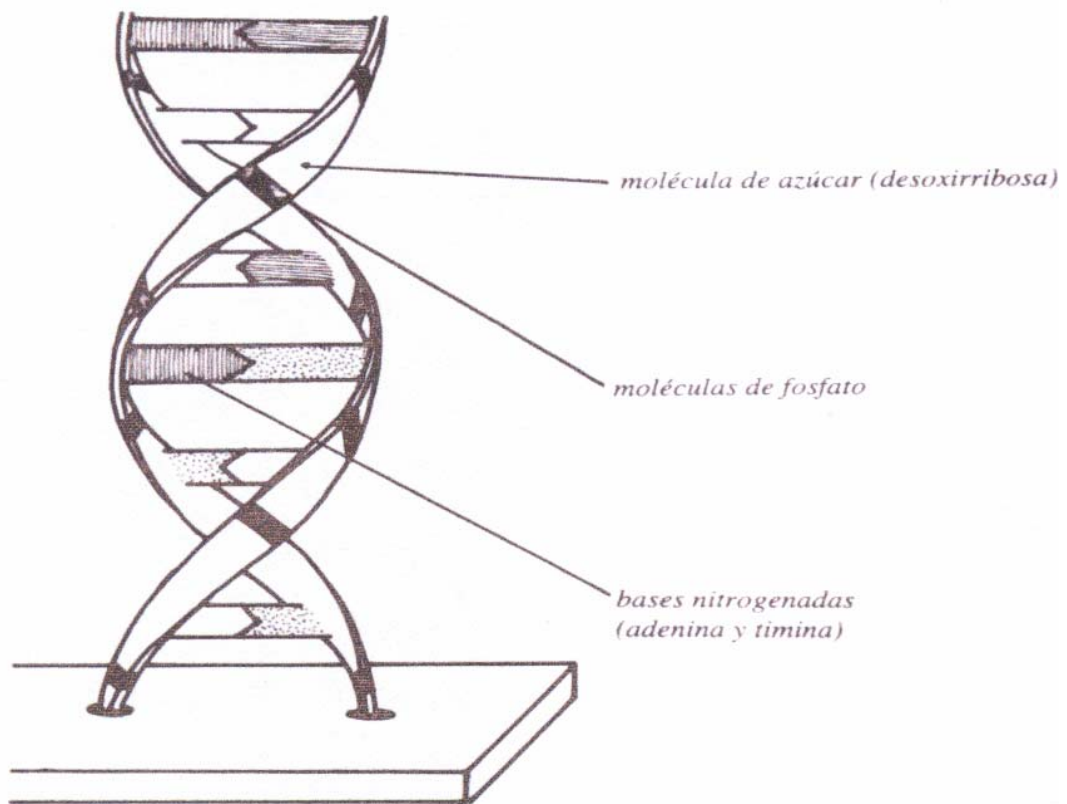
3.2 La prueba de ADN

El ácido desoxirribonucleico -ADN- tal como se concibe en la actualidad, tiene muy reciente difusión, aunque en laboratorios científicos especialmente en países desarrollados, se han estado gestando desde hace mucho tiempo, pruebas que conlleven a establecerlo tal como en la actualidad, se concibe y que ha sido de mucha utilidad tanto para la medicina científica, como para otras ramas, como en el caso de la administración de justicia, la investigación criminal, etc. El ADN significa “material genético de todos los organismos celulares y casi todos los virus”. El ADN lleva la información necesaria para dirigir la síntesis de proteínas y la replicación. Se llama síntesis de proteínas a la producción de las proteínas que necesita la célula o el virus para realizar

¹⁵ Girón Ramírez, Edwin Fernando, citando a Guerra, Telésforo. **Necesidad de crear un registro de adopciones.** Tesis de Graduación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1999. Pág. 66

sus actividades y desarrollarse. La replicación es el conjunto de reacciones por medio de las cuales el ADN se copia a sí mismo, cada vez que una célula o un virus se reproduce y transmite a la descendencia la información que contiene. En casi todos los organismos celulares el ADN está organizado en forma de cromosomas, situados en el núcleo de la célula.

En cuanto a su estructura, cada molécula de ADN está constituida por dos cadenas o bandas formadas por un elevado número de compuestos químicos llamados nucleótidos. Estas cadenas forman una especie de escalera retorcida que se llama doble hélice. Cada nucleótido está formado por tres unidades: una molécula de azúcar llamada desoxirribosa, un grupo fosfato y uno de cuatro posibles compuestos nitrogenados llamados bases: adenina (abreviada como A), guanina (G), timina (T) y citosina (C). La molécula de desoxirribosa ocupa el centro del nucleótido y está flanqueada por un grupo fosfato a un lado y una base al otro. El grupo fosfato está a su vez unido a la desoxirribosa del nucleótido adyacente de la cadena. Estas subunidades enlazadas desoxirribosa-fosfato forman los lados de la escalera; las bases están enfrentadas por parejas, mirando hacia el interior, y forman los travesaños



Pruebas del ADN

Los ácidos nucleicos son complejas moléculas producidas por células vivas y son imprescindibles en todos los órganos vivos. El modelo de la figura, generado por ordenador, muestra 2 bandas del ácido desoxirribonucleico (ADN) y su doble hélice característica.

Molécula de ADN

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.

Los nucleótidos de cada una de las dos cadenas que forman el ADN establecen una asociación específica con los correspondientes de la otra cadena. Debido a la afinidad química entre las bases, los nucleótidos que contienen adenina se acoplan siempre con los que contienen timina, y los que contienen citosina con los que contienen guanina. Las bases complementarias se unen entre sí por enlaces químicos débiles llamados enlaces de hidrógeno.

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 proteica, la replicación del ADN y las mutaciones, que los científicos obtuvieron en 1962 el Premio Nobel de Medicina por su trabajo.

En la síntesis proteica, el ADN incorpora las instrucciones de producción de proteínas. Una proteína es un compuesto formado por moléculas pequeñas llamadas aminoácidos, que determinan su estructura y función. La secuencia de aminoácidos está a su vez determinada por la secuencia de bases de los nucleótidos del ADN. Cada secuencia de tres bases, llamada triplete, constituye una palabra del código genético o *codón*, que especifica un aminoácido determinado. Así, el triplete GAC (guanina, adenina, citosina) es el codón correspondiente al aminoácido leucina, mientras que el CAG

(citosina, adenina, guanina) corresponde al aminoácido valina. Por tanto, una proteína formada por 100 aminoácidos queda codificada por un segmento de 300 nucleótidos de ADN. De las dos cadenas de polinucleótidos que forman una molécula de ADN, sólo una, llamada paralela, contiene la información necesaria para la producción de una secuencia de aminoácidos determinada. La otra, llamada antiparalela, ayuda a la replicación.

La síntesis proteica comienza con la separación de la molécula de ADN en sus dos hebras. En un proceso llamado transcripción, una parte de la hebra paralela actúa como plantilla para formar una nueva cadena que se llama ARN mensajero o ARNm. El ARNm sale del núcleo celular y se acopla a los ribosomas, unas estructuras celulares especializadas que actúan como centro de síntesis de proteínas. Los aminoácidos son transportados hasta los ribosomas por otro tipo de ARN llamado de transferencia (ARNt). Se inicia un fenómeno llamado traducción que consiste en el enlace de los aminoácidos en una secuencia determinada por el ARNm para formar una molécula de proteína.

Un gen es una secuencia de nucleótidos de ADN que especifica el orden de aminoácidos de una proteína por medio de una molécula intermediaria de ARNm. La sustitución de un nucleótido de ADN por otro que contiene una base distinta hace que todas las células o virus descendientes contengan esa misma secuencia de bases alterada. Como resultado de la sustitución, también puede cambiar la secuencia de aminoácidos de la proteína resultante. Esta alteración de una molécula de ADN se llama mutación. Casi

todas las mutaciones son resultado de errores durante el proceso de replicación. La exposición de una célula o un virus a las radiaciones o a determinados compuestos químicos aumenta la probabilidad de sufrir mutaciones. En casi todos los organismos celulares, la replicación de las moléculas de ADN tiene lugar en el núcleo, justo antes de la división celular. Empieza con la separación de las dos cadenas de polinucleótidos, cada una de las cuales actúa a continuación como plantilla para el montaje de una nueva cadena complementaria. A medida que la cadena original se abre, cada uno de los nucleótidos de las dos cadenas resultantes atrae a otro nucleótido complementario previamente formado por la célula. Los nucleótidos se unen entre sí mediante enlaces de hidrógeno para formar los *travesaños* de una nueva molécula de ADN. A medida que los nucleótidos complementarios van encajando en su lugar, una enzima llamada ADN polimerasa los une enlazando el grupo fosfato de uno con la molécula de azúcar del siguiente, para así construir la hebra lateral de la nueva molécula de ADN. Este proceso continúa hasta que se ha formado una nueva cadena de polinucleótidos a lo largo de la antigua; se reconstruye así una nueva molécula con estructura de doble hélice.

En cuanto a las herramientas que se deben utilizar, así como a las técnicas. Existen numerosas técnicas y procedimientos que emplean los científicos para estudiar el ADN. Una de estas herramientas utiliza un grupo de enzimas especializadas, denominadas enzimas de restricción, que fueron encontradas en bacterias y que se usan como *tijeras moleculares* para cortar los enlaces fosfato de la molécula de ADN en secuencias específicas. Las cadenas de ADN que han sido cortadas con estas enzimas presentan extremos de cadena

sencilla, que pueden unirse a otros fragmentos de ADN que presentan extremos del mismo tipo. Los científicos utilizan este tipo de enzimas para llevar a cabo la tecnología del ADN recombinante o ingeniería genética. Esto implica la eliminación de genes específicos de un organismo y su sustitución por genes de otro organismo.

Otra herramienta muy útil para trabajar con ADN es un procedimiento llamado reacción en cadena de la polimerasa (RCP), también conocida como PCR por su traducción directa del inglés (*polymerase chain reaction*). Esta técnica utiliza una enzima denominada ADN polimerasa que copia cadenas de ADN en un proceso que simula la forma en la que el ADN se replica de modo natural en la célula. Este proceso, que ha revolucionado todos los campos de la biología, permite a los científicos obtener gran número de copias a partir de un segmento determinado de ADN.

La tecnología denominada huella de ADN (*DNA fingerprinting*) permite comparar muestras de ADN de diversos orígenes, de manera análoga a la comparación de huellas dactilares. En esta técnica los investigadores utilizan también las enzimas de restricción para romper una molécula de ADN en pequeños fragmentos que separan en un gel al que someten a una corriente eléctrica (electroforesis); de esta manera, los fragmentos se ordenan en función de su tamaño, ya que los más pequeños migran más rápidamente que los de mayor tamaño. Se puede obtener así un patrón de bandas o huella característica de cada organismo. Se utiliza una sonda (fragmento de ADN marcado) que hibride (se una específicamente) con algunos de los

fragmentos obtenidos y, tras una exposición a una película de rayos X, se obtiene una huella de ADN, es decir, un patrón de bandas negras característico para cada tipo de ADN.

Un procedimiento denominado secuenciación de ADN permite determinar el orden preciso de bases nucleótidas (secuencia) de un fragmento de ADN. La mayoría de los tipos de secuenciación de ADN se basan en una técnica denominada extensión de oligonucleótido (*primer extensión*) desarrollada por el biólogo molecular británico Frederick Sanger. En esta técnica se lleva a cabo una replicación de fragmentos específicos de ADN, de tal modo que el extremo del fragmento presenta una forma fluorescente de una de las cuatro bases nucleótidas. Los modernos secuenciadores de ADN parten de la idea del biólogo molecular estadounidense Leroy Hood, incorporando ordenadores y láser en el proceso.

Los científicos ya han completado la secuenciación del material genético de varios microorganismos incluyendo la bacteria *Escherichia coli*. En 1998 se llevó a cabo el reto de la secuenciación del genoma de un organismo pluricelular, un gusano nematodo conocido como *Caenorhabditis elegans*. En el año 2000 se descifró el material genético de la mosca del vinagre (*Drosophila melanogaster*) y de la planta *Arabidopsis thaliana*, entre otros organismos. Pero el acontecimiento más importante, dentro de este grupo de investigaciones, fue el desciframiento del genoma humano llevado a cabo en febrero de 2001, de manera independiente, por el consorcio público

internacional “Proyecto Genoma Humano” y la empresa privada “Celera Genomics”.

La investigación sobre el ADN tiene un impacto significativo, especialmente en el ámbito de la medicina. A través de la tecnología del ADN recombinante los científicos pueden modificar microorganismos que llegan a convertir en auténticas fábricas para producir grandes cantidades de sustancias útiles. Por ejemplo, esta técnica se ha empleado para producir insulina (necesaria para los enfermos de diabetes) o interferón (muy útil en el tratamiento del cáncer). Los estudios sobre el ADN humano también revelan la existencia de genes asociados con enfermedades específicas como la fibrosis quística y determinados tipos de cáncer. Esta información puede ser valiosa para el diagnóstico preventivo de varios tipos de enfermedades.

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 el ADN del sospechoso; el resultado es una prueba que puede utilizarse ante los tribunales.

El estudio del ADN también ayuda a los taxónomos a establecer las relaciones evolutivas entre animales, plantas y otras formas de vida, ya que las especies más cercanas filogenéticamente presentan moléculas de ADN más semejantes entre sí que cuando se comparan con especies más distantes

evolutivamente. Por ejemplo, los buitres americanos están más emparentados con las cigüeñas que con los buitres europeos, asiáticos o africanos, a pesar de que morfológicamente y etológicamente son más similares a estos últimos.

La agricultura y la ganadería se valen ahora de técnicas de manipulación de ADN conocidas como ingeniería genética y biotecnología. Las estirpes de plantas cultivadas a las que se han transferido genes pueden rendir cosechas mayores o ser más resistentes a los insectos. También los animales se han sometido a intervenciones de este tipo para obtener razas con mayor producción de leche o de carne o razas de cerdo más ricas en carne y con menos grasa.

En cuanto a las pruebas efectuadas, las pruebas de ADN, se han hecho en la utilización de restos orgánicos para identificar el 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.

Como se observa, en el caso de las pruebas científicas de ADN pueden ser de utilidad en el derecho de familia, para el caso de las adopciones, para determinar el parentesco, la filiación y paternidad de un menor con respecto del padre, de un menor con respecto de la madre, en caso de las adopciones, etc., lo cual puede contribuir a evitar los abusos que se han hecho en la actualidad con respecto a la negativa de la paternidad, o bien al otorgamiento de la adopción por parte de una persona que no es la madre o el padre legítimo del menor, etc.

3.3 Importancia de la prueba de ADN, como medio de prueba científica:

Como se regula en el Código Civil, en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, el trámite notarial y judicial en el tema de las adopciones, es bastante sencillo, como se indico anteriormente, y ello se debe a lo limitado de la legislación en esta materia.

La legislación guatemalteca regula la adopción simple y efectivamente se encuentra muy atrasada en este tema, tomando en consideración los avances jurídicos y Legales que han habido a nivel internacional con la aprobación y ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y últimamente el Estatuto de Roma sobre adopciones.

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula la protección a la familia, dentro de lo cual se obliga a promover o fortalecer la familia para

evitar la paternidad irresponsable, entendida en el caso de la madre o el padre, indistintamente. No escapa al conocimiento general, de que en la actualidad, se ha incrementado y proliferado considerablemente los centros de atención de menores, principalmente los privados. El surgimiento de las Organizaciones no gubernamentales en el tema de cuidado y protección de menores, han aprovechado el espacio para la captación de fondos internacionales de organismos provenientes de países desarrollados, para atender la problemática de los menores, y que existen centros de cuidado de menores, con fines exclusivos hacia la adopción, en donde participan enfermeras, niñeras, médicos, trabajadoras sociales o trabajadores sociales, abogados o abogadas, jueces, en último caso.

La Constitución también regula lo relativo a la adopción y en el Artículo 54 establece: *“El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”*. En el Código Civil se regula que la adopción es un acto jurídico de asistencia social. Es decir, que pese a que la ley establece un mandato para el Estado, éste no ha procurado intervenir efectiva y eficientemente en contra del abuso desmedido que ha habido y que ha sido publicitado en el tema de las adopciones, y que ello, permite, por la legislación ambigua que existe, que los intervinientes, como en el caso de los jueces de familia, que su intervención radica exclusivamente en cursar a la Trabajadora Social o Trabajador Social, cuando se refiere al trámite de las adopciones judiciales o notariales, para que efectúe el estudio socioeconómico, y si la opinión es favorable (independientemente de que se

encuentre con un interés personal de que se apruebe), no le resta más que otorgar la autorización.

En el caso de los notarios, que su intervención radica en dar autenticidad a las firmas que calzan los documentos que contienen el trámite de la adopción, porque ante él, únicamente llegan las partes, y él simplemente no tiene mayor intervención en la tramitación, lo cual lo exime de cualquier participación que pudiera imputársele en determinado momento. También se incurre en ilegalidades, con la presentación de los documentos, como el caso de la certificación de la partida de nacimiento, y ello obedece a los casos de corrupción que se han evidenciado en los registros civiles a nivel de la república, en el caso de dos personas honorables, tal circunstancia es muy discutida, porque pueden ser cualquier persona, y que ello no permite que se verifique si son honorables o no son honorables. El acreditamiento de la posibilidad económica en el caso del adoptante, ello no se discute, cuando se trata de una adopción internacional, es decir, cuando el adoptante es extranjero, que desde su país, envía las fotografías de su hogar, de su familia, de sus bienes, aunque eso no pueda verificarse ya sea por el notario o por el juez en determinado momento.

Lo frecuente, es el hecho de que se acredite, que una persona ha sido tutor del menor abandonado o huérfano, y que ese tutor, haya tomado el puesto hacía poco tiempo en la institución como director, y que de acuerdo a lo que regula el Artículo 308 del Código Civil que dice: *“Tutores legales. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el*

momento de su ingreso, y a su cargo no necesita discernimiento”, ello, implica que la misma ley, le faculta para que haga lo que quiera con el menor, y que mejor, precisamente, para continuar recibiendo fondos del extranjero, o fondos provenientes de la adopción que otorgue en su calidad de representante, a través de éstos trámites.

Que se evidencia que en su mayoría los trámites de adopción, son de naturaleza privada, es decir, que los realiza el notario, cabe preguntarse por qué, aunque en ese sentido, existe, dentro del trámite, como lo indica el Artículo 243 del Código Civil *“Los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela deberán expresar su consentimiento para la adopción. El Ministerio Público (que debe entenderse que se trata de 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 este caso, pudiera pensarse que existe otra forma de control del trámite que este sea congruente con la realidad y con la legalidad, pero pudiera darse el caso, de que también en esa institución pudiera ser sorprendida en su buena fe al determinar la autenticidad de la documentación, porque su limitación llega, a ese extremo, a determinar la autenticidad de la documentación, para lo cual, el notario ya habría preparado tal extremo, y en otros casos, que también se encuentre de acuerdo con el notario el delegado o funcionario de dicha institución, en todo caso, no es garantía suficiente que la adopción y su trámite se encuentren apegados a la legalidad y a la justicia en función del bienestar del menor.

3.4 Vicios en que se incurre por inexistencia de la prueba de ADN:

Dentro de los vicios más comunes que se han encontrado en el trámite de la adopción, especialmente notarial, y que escapa a las leyes y a los funcionarios judiciales, por la inexistencia de la prueba de ADN, se encuentran:

- a) Que para evitar que los directores o superiores en los centros de atención y cuidado de menores abandonados o huérfanos, constantemente, aparezcan en los expedientes de adopción en el Juzgado o bien en la Procuraduría General de la Nación, que pudiera despertar sospecha de algún fin lucrativo, es el hecho de hacer figurar que aparecen las madres de éstos menores y que ellas dan su consentimiento para que se realice la adopción, pero claro está, que no puede comprobarse fehacientemente que ellas sean las madres de éstos menores, porque en muchos casos, ni conocen al menor.
- b) Determinar la descendencia del menor, con respecto a la madre legítima, cuando el menor ha sido dado por el Juzgado de Menores, ahora, denominado Juzgado de la niñez y la adolescencia mediante un auto de abandono, que constituye luz verde para el trámite notarial de la adopción.
- c) La ley no prevé que pudiera en determinado momento aparecer la madre legítima, y requerir que se le entregue a su menor hijo al juez, o a la institución donde se encontraba, pero ello, habría que probarlo, principalmente por lo que se regula en el Artículo 237 del Código Civil que dice: *“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 aquel no*

tienen derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante”, y el 238 del mismo cuerpo legal que dice: “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”.

- d) Con la implementación de la prueba de ADN, se estaría evitando incurrir en graves daños al menor fundamentalmente y a que el Estado sea garante de que dicho proceso no se encuentra viciado y que se está cumpliendo con las normas que rige el Código Civil, en congruencia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Estatuto de Roma.
- e) Que debe favorecerse o regularse que tiene prioridad la adopción nacional.
- f) Que debe regularse quienes pueden adoptar, especificando algunas condiciones que debe poseer el adoptante, en el caso que debe tener determinada edad, tanto en el padre adoptante o madre adoptante, cuando son esposos.
- g) Establecer que el abuelo del menor puede ser adoptado por éste, en determinadas circunstancias, puede ser cuando haya fallecido el padre y el menor no haya sido reconocido por éste, o bien cuando haya fallecido y este tuviere minoría de edad, aunque en la realidad guatemalteca, en este aspecto, se da una adopción de hecho, toda vez, que sucede que cuando fallece el padre o la madre, los abuelos son los que se hacen cargo de los hijos, adquiriendo los papeles de padre o madre, los abuelos.

- h) Que exista un control por parte de los Juzgados de Menores, ahora denominados Juzgados de la Niñez y los Adolescentes, los adolescentes en conflicto con la ley penal, o bien por instituciones como la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República u otras que se conformen para dicho efecto, que permitan una supervisión de la adopción, en el sentido de que debe determinarse si existe respuesta positiva en las fases que conlleva la adopción, como en el caso de la fase previa, de adaptación, etc.

- i) Que las instituciones gubernamentales señaladas, puedan ejercer un control directo de las instituciones no gubernamentales que se dedican a atender casos de adopción, dando cumplimiento de lo que regula la Ley de la Niñez y la Adolescencia, respecto a que debe fomentarse la ubicación de los menores en casos señalados, con los familiares, es decir, de agotar el recurso familiar, para tener como última alternativa la adopción, cuando así sea considerado y en aras de la protección del interés superior del niño.

- j) Procurar la adopción por parte de los parientes del menor. Sucede en muchos casos, que los tíos, primos adultos, etc., desean hacerse cargo del menor, pero que en vista de que no tienen un amparo legal, como sucede en el caso de la adopción, no lo hacen, sabiendo que existen otros familiares, que pueden reclamar determinados derechos sobre los menores, circunstancia que puede tener conocimiento el Juez de Familia, para determinar el recurso familiar.

- k) Que se necesita, para que la institución recobre el espíritu para el que fue creada, también la concientización de las autoridades, así como del Estado en dar cumplimiento a sus fines en esta materia.

3.5 Adecuación legal y jurídica, bases para el establecimiento de una reforma

Con base a lo expuesto, se hace necesario en defecto de crear la Ley de Adopciones, las reformas al Código Civil, en función de lo siguiente:

- a) Debe regularse que tiene prioridad la adopción nacional y de acuerdo a las circunstancias del caso, se podrá otorgar la adopción a favor, de los abuelos, abuelas del menor por parte de padre o madre, de un tío, tía, hermano mayor o hermana mayor del menor en cuestión.
- b) Que debe prevalecer en el trámite de la adopción, el requisito de que debe obrar la prueba de ADN para establecer el parentesco y filiación del menor con respecto a quien esta otorgando la adopción.
- c) Que queda prohibida la adopción que ejercen los directores y superiores de establecimientos de asistencia de menores, para lo cual deberá modificarse o eliminarse del Código Civil lo que para el efecto regula el artículo 309.

- d) Se deberá ajustar las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Estatuto de Roma a la legislación nacional en este caso al Código Civil con respecto al “interés superior del menor”.

- e) Debe establecerse en la ley, respecto a la edad entre el adoptante y el adoptado, que lógicamente, debe ser mayor la del adoptante, porque al no regularse, aunque resulte lógico, puede darse el caso de que a través de ello, pueda incurrirse en ilegalidades en perjuicio, claro esta, del menor.

- f) Debe erradicarse el trámite de la adopción notarial, toda vez, que debido al grado de importancia que tiene en correspondencia con lo que establece la Constitución política de la República, el Código Civil, le corresponde a un Juez de Familia, determinar si procede o no la adopción, con intervención claro esta, de la Procuraduría General de la Nación.

CONCLUSIONES

1. La adopción es una institución jurídico familiar que tiene por objeto a través de dicho acto jurídico, asistir de manera integral a un menor en el caso del adoptante con respecto al adoptado, que a través de ella, se suscita la filiación civil y nacen derechos y obligaciones para ambos.
2. La adopción en sus inicios, representaba para la sociedad, una forma de proliferar a la familia, en los casos de infertilidad en la pareja o en la familia, sin embargo, en la actualidad, por el detrimento de la familia, en cuanto a la desintegración familiar y la proliferación de instituciones de cuidado de menores, se ha incrementado los índices de niños en la calle, en abandono y huérfanos, hace que la institución de la adopción constituya un acto de asistencia social.
3. En materia legislativa, la adopción se encuentra regulada no sólo de manera inadecuada sino incompleta en el Código Civil, en donde se establecen normas de carácter sustantivo y procesal, y ahora de manera limitada también en el Decreto 54-77 del Congreso de la República y en el Código de la Niñez y la Adolescencia.
4. En el trámite de las adopciones, se ha observado que se realizan en un mayor porcentaje notarialmente, en el caso de Guatemala, han existido abusos de la ley, por la ambigüedad o por ser incompleta la misma, de parte de diversos profesionales, quienes han convertido el trámite de la

adopción una manera de lucrar fácilmente sin mayores complicaciones legales.

5. El Estado no ha dado cumplimiento con el mandato constitucional en el tema de las adopciones, por un lado, porque no ha legislado la Ley de Adopciones, que vendría a frenar los abusos y el fin lucrativo en que se ha convertido esta tramitación, y por otro lado, no ha tenido políticas de prevención en cuanto a la desintegración de la familia.
6. Los puntos abordados en el presente trabajo, son el resultado de la realidad y que ameritan que se reforme la ley con respecto de ellos, lo cual vendría a beneficiar enormemente a la niñez huérfana y abandonada, y a frenar el fin lucrativo que ha cobrado esta institución de asistencia social.

RECOMENDACIONES

Se necesita que los legisladores adquieran consciencia de la problemática del menor en la actualidad con el tema de las adopciones, y que con ello, promuevan iniciativas para la reforma de la ley, específicamente en el Código Civil, que conlleve lo siguiente:

1. Debe regularse que tiene prioridad la adopción nacional y de acuerdo a las circunstancias del caso, se podrá otorgar la adopción a favor, de los abuelos, abuelas del menor por parte de padre o madre, de un tío, tía, hermano mayor o hermana mayor del menor en cuestión.
2. Debe prevalecer en el trámite de la adopción, el requisito de que debe obrar la prueba de ADN para establecer el parentesco y filiación del menor con respecto a quien esta otorgando la adopción.
3. Debe quedar prohibida la adopción que ejercen los directores y superiores de establecimientos de asistencia de menores, para lo cual deberá modificarse o eliminarse del Código Civil lo que para el efecto regula el Artículo 309.
4. Se deberán ajustar las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Estatuto de Roma a la legislación nacional, en este caso al Código Civil con respecto al “interés superior del menor”.

5. Debe establecerse en la ley, respecto a la edad entre el adoptante y el adoptado, que lógicamente, debe ser mayor la del adoptante, porque al no regularse, aunque resulte lógico, puede darse el caso de que a través de ello, pueda incurrirse en ilegalidades en perjuicio del adoptado.

6. Que se cree un sistema de mayor control en la tramitación de adopción notarial, para evitar que profesionales corruptos, realicen adopciones ilegales, logrando con ello ensuciar el prestigio de tan noble profesión, como lo es la del notariado guatemalteco.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I y II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Ed. Universitaria, año 1981.

ÁLVAREZ MORALES DE FERNÁNDEZ, Beatriz. **El estudio socioeconómico y su importancia en los tribunales de familia en la ciudad capital**. Tesis de graduación, Escuela de Trabajo Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.

BARRIOS CASTILLO, Oscar. **El juez de familia**. Tesis de grado académico, Universidad de San Carlos de Guatemala, Imprenta Zeta, 1970.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Nociones Generales de las Personas, de la Familia. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973, Ed. Universitaria. Guatemala.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral**, Derecho de familia, 9ª edición, Madrid, Reus, 1976.

DE PINA, Rafael. **Tratado de las Pruebas Civiles**, 3ª. ed.

DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil, Del Derecho de las personas con relación a su estado civil**, Juan Mariana Valencia y Sanz, 1868.

DIEZ PICAZO, Luis Antonio Dullon, **Sistema de derecho de familia, derecho de sucesiones**, 3ª ed., Madrid, España, 1983.

GONZÁLEZ COUREL, Teodosio, **Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil**, Valladolid, Colegio Santiago, España, 1924.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2ª. Reimpresión de la 3ª. ed., Tomo I.

- MORALES TRUJILLO, Hilda, **El Derecho de familia, su posición en la sistemática jurídica.** Tesis profesional, Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1970.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial,** Agayc, Segunda Edición, 1994.
- PETIT, Eugene, **Tratado elemental de derecho romano,** Ed. Jurídica Salvadoreña, 2002.
- PUIG BRUTAN, José, **Fundamentos de derecho civil: la familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela.** Bosch Ed., 1985.
- PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español: Tomo V. Familia y sucesiones.** Ed. Arazandi, Pamplona, España, 1974.
- RICCI, Francisco, **Derecho Civil Teórico Practico del Contrato del Matrimonio de la Compraventa.** Madrid, España Moderna, S.F.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil, introducción, personas y familia.,** Volumen I, Ed. Porrúa, S.A. México, I. D.F. 1978.
- SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil,** Ed. Mimusa, México, 1975.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español, derecho de familia,** Parte especial, Tomo IV. Talleres Tipográficos, Madrid, 1975.
- VARGAS ORTIZ, Ana Maria. **Breve comentario sobre el Decreto Ley 106,** Folleto sin fecha.
- WIDE, ZULEM. **La adopción internacional y nacional.** Artes gráficas, Candill, S.R.L. 1996.

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89 1990.

Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley número 206, Guatemala, C.A. 2005.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intra familiar, Decreto número 97-96, Congreso de la República de Guatemala, Sexta ed., Guatemala, 2005.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003 Guatemala, C.A. 2004.

Código Civil y Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Instructivo para los Tribunales de Familia, Circular No. 42/AH, Guatemala, 2005.

Convención Internacional sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Decreto Número 6-78, Guatemala 2005.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Guatemala, C.A. 2005.