

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

**IMPORTANCIA QUE GUATEMALA RATIFIQUE LA CONVENCION DE LA HAYA
RELATIVA A LA PROTECCION Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE
ADOPCION INTERNACIONAL**

TESIS

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

Por

MAYRA LISSETH ALVAREZ PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

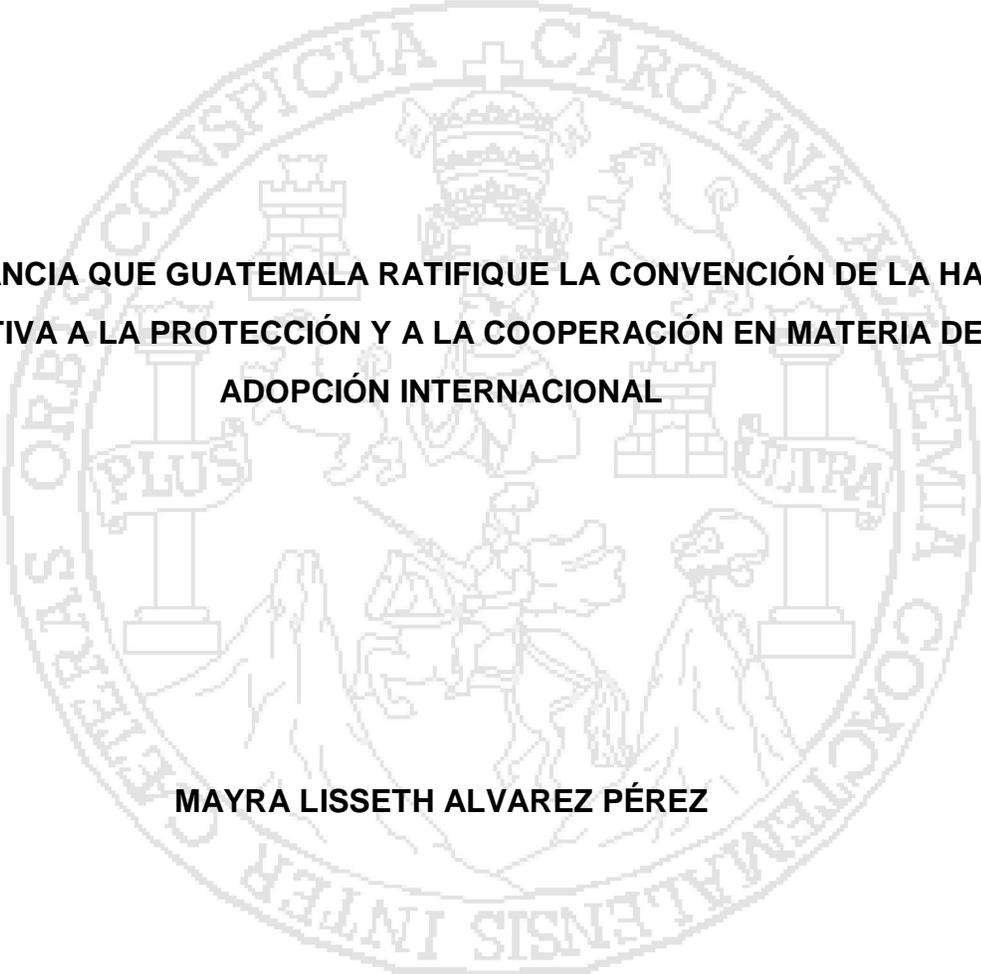
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2006

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



**IMPORTANCIA QUE GUATEMALA RATIFIQUE LA CONVENCION DE LA HAYA
RELATIVA A LA PROTECCION Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE
ADOPCION INTERNACIONAL**

MAYRA LISSETH ALVAREZ PÉREZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 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. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Enextón Emigdio Gómez Meléndez
Vocal:	Licda. Marisol Morales Chew.
Secretario:	Lic. Romeo Rivera

Segunda fase:

Presidente:	Lic. José Francisco Vásquez Castillo
Vocal:	Licda. Viviana Nineth Vega Morales
Secretaria:	Licda. Eloisa Mazariegos

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” Artículo 43 del Normativo para elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



DEDICATORIA

- A JEHOVÁ, DIOS: Fuente de entendimiento y sabiduría, que con su bondad inmerecida me permite alcanzar este objetivo, ya que sin él nada es posible.
- A MIS PADRES: Plinio Alvarez Castillo quien descansa en la memoria de Jehová y a mi madre Paula Pérez De la Cruz, gracias por sus oraciones, por su ejemplo de lucha y por su apoyo incondicional.
- A MIS HERMANOS: Glendy Elizabeth, Mirna Mabel, André Plinio y Doris Ruberaíd de apellidos Alvarez Pérez, con agradecimiento sincero por el apoyo y solidaridad que me han demostrado.
- A MIS SOBRINOS: Jenny Anabella Hernández Alvarez, Elva Judith Martínez Alvarez, José Daniel Marroquín Alvarez y Luisa Fernanda Hernández Alvarez, que el triunfo que hoy alcanzo sea un ejemplo de superación para ellos.
- A MIS CUÑADOS: Fulvio Hernández y Hernández, José Daniel Marroquín Donis, gracias por su apoyo y cariño.
- A TODA MI FAMILIA: Por compartir conmigo momentos importantes de mi vida.
- A LOS LICENCIADOS: Patricia Isabel Bustamante García, María René Hernández Sarazúa, Rolando Segura Grajeda Bonerge Amilcar Mejía Orellana y Lisandro Abenamar Flores Carbajal; con mi sincero agradecimiento.
- A MIS AMIGOS: Por su sincero apoyo y compañerismo, especialmente a Margarita Elizabeth López De la Cruz, Erika Ileana Marroquín Soto, Luis Armando Gómez Zetino y Luis Fernando Maldonado Mérida.



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Templo del saber incomparable, como un agradecimiento por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La adopción.....	1
1.1. Antecedentes históricos.....	1
1.1.1. Derecho antiguo.....	1
1.1.2. Derecho medieval	4
1.1.3. Derecho moderno	5
1.1.4. Derecho contemporáneo.....	6
1.1.5. Derecho actual	6
1.2. Definición	15
1.3. Características.....	17
1.4. Naturaleza jurídica.....	18
1.5. Clases de adopciones	20
1.5.1. Por sus efectos	20
1.5.2. Por los países que intervienen.....	21
1.5.3. Por su trámite.....	22
1.6. Efectos de la adopción	22
1.7. Trámite de la adopción	24
1.7.1. Judicial	24
1.7.2. Extrajudicial o notarial	25

CAPÍTULO II

2. Análisis del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional	27
2.1. Antecedentes históricos.....	27

Pág.

2.2. Contenido del convenio	28
2.3. Objeto del convenio	46
2.4. Planteamiento de inconstitucionalidad del convenio.....	48
2.5. Situación actual de la adopción en Guatemala	58

CAPÍTULO III

3. Papel que desempeña la institución de la adopción en Guatemala y en el ámbito internacional.....	61
3.1. Datos históricos	61
3.2. Justificación	63
3.3. Formas de adopción internacional.....	64
3.3.1. Simple	64
3.3.2. Plena.....	67
3.4. Concepto de adopción internacional.....	69
3.4.1. Beneficio de las adopciones internacionales.....	70
3.4.2. Elementos indispensables en las adopciones internacionales.....	70
3.5. Clases de adopciones internacionales	71
3.5.1. Adopción en otro país	71
3.5.2. Adopción internacional en sentido estricto	72
3.5.3. Adopciones privadas.....	72
3.5.4. Adopciones a través de una agencia autorizada por el Estado	72
3.6. Marco legal de las adopciones internacionales	73
3.6.1. Declaración de las Naciones Unidas.....	73
3.6.2. Convención sobre los Derechos del Niño	74
3.6.3. Convenio de La Haya Relativo a la Protección y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.....	76

CAPÍTULO IV

Pág.

4. Análisis de la importancia de la ratificación del Convenio de La Haya Relativo a la Protección y Cooperación en materia de Adopción Internacional en la legislación nacional e internacional	79
4.1. Ubicación de la adopción en la legislación nacional.....	79
4.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	79
4.1.2. Código Civil.....	81
4.1.3. Código Procesal Civil y Mercantil.....	83
4.1.4. Ley de Tribunales de Familia.....	83
4.1.5. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.....	83
4.1.6. Ley de adopción.....	84
4.2. Causas a nivel internacional que inciden en las adopciones.....	85
4.2.1. Crecimiento poblacional.....	85
4.2.2. Extrema pobreza.....	86
4.2.3. Intereses particulares para la adopción	87
4.2.4. Niños abandonados	87
4.2.5. Bajo nivel de escolaridad de los padres.....	88
4.3. Etapas para llevar a cabo las adopciones internacionales	89
4.3.1. Primera etapa.....	89
4.3.2. Segunda etapa.....	90
4.3.3. Tercera etapa.....	91
4.4. Principales anomalías en el proceso de las adopciones internacionales en Guatemala.....	93
4.4.1. Antecedentes	93
4.4.2. Las adopciones ilegales.....	94
4.4.3. Adopciones con fines comerciales.....	95
4.4.4. El robo de niños	96
4.4.5. Alquiler de vientres o mamás canguro.....	97

	Pág.
4.4.6. Tráfico de niños guatemaltecos	98
4.5. Consecuencias que se generan a raíz de procesos anómalos de adopciones internacionales.....	99
4.5.1. Para el niño dado en adopción.....	99
4.5.2. Para la infancia en general	100
4.6. Importancia de la ratificación por parte de Guatemala del Convenio de La Haya Relativo a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.....	101
4.6.1. Amplitud en la legislación interna.....	101
4.6.2. Existencia de un mejor control a través del Estado.....	103
4.6.3. Importancia del Convenio para Guatemala.....	105
 CONCLUSIONES.....	 109
RECOMENDACIONES	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113

INTRODUCCIÓN

Al hacer un análisis de nuestra legislación especialmente en el ordenamiento jurídico civil surge un especial interés por la institución de la adopción, misma que se ha venido dando desde la antigüedad pero al transcurrir de los tiempos ha perdido su carácter y esencia principal. Algunas de las causas principales que han dado motivo a este fenómeno son: la extrema pobreza en la que vive más de la mitad de la población de Guatemala, lo que hace que se utilice erróneamente la adopción como una salida a la crisis, la falta de políticas públicas de apoyo a las familias pobres, la falta de una cultura de respeto a los derechos humanos –incluidos los derechos del niño- y la fuerte demanda de niños adoptivos por parte de países extranjeros. Todo ello unido a una falta de control institucional y de transparencia de las adopciones, lo que ha permitido la creación de una auténtica red internacional de adopciones de la que lucran diversos sectores– tanto en la nación de origen como en los países receptores- para quienes los menores de edad significan ingresos millonarios.

Recalcamos que no es el interés de la continuación de un grupo familiar, ni el empeño de que no se extinga un apellido aristocrático lo que motiva la nueva aceptación de la adopción, sino un interés social de asistencia a los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles subsistencia y educación, que al mismo tiempo refleja su beneficio en los matrimonios que no tienen hijos, a quienes brinda las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar. Basados en este principio de elevada utilidad social es que se inspira y desarrolla la materia de la adopción internacional.

Es por ello que ha sido preciso acoger que la legitimación adoptiva esté fundada sobre *el matrimonio de los adoptantes, que sea irrevocable, que no sea posible sino para los niños de corta edad, que rompa automáticamente todo vínculo con la familia de origen que cree, entre el hijo y las familias de los adoptantes, verdaderos vínculos de parentesco*. Por supuesto, cada legislación que acepte esa figura, legitimación adoptiva, debe precisar sus contornos según las características que les den origen.

Se acusa, sobre todo, en la legislación existente, una falta absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción, lo que permite en numerosas ocasiones ese odioso tráfico de niños que día a día que se hace referencia, dando lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes. El sistema no está fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer sobre los demás intereses en juego, como son los de los adoptantes, los de los padres o guardadores del adoptado y, por supuesto, sobre los de los padres o guardadores del adoptado sobre los de los intermediarios que favorecen la adopción. Por el contrario, lo que se pretende es basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más lo necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución de la adopción.

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y, como consecuencia de ello, se ha dado un nuevo enfoque a los derechos humanos de la infancia, que consiste en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

Por lo cual nos vemos en la necesidad de precisar estas nuevas tendencias, adaptando la legislación existente a la normativa internacional ratificada por el Estado guatemalteco, y convertirla en derecho directamente aplicable, puesto que la normativa internacional en materia de derechos humanos ingresa en el ordenamiento jurídico interno con carácter de norma constitucional, según lo ha establecido la Honorable Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha catorce de abril del año dos mil tres, al definir su posición respecto al Artículo 46 de la Constitución Política de la República.

En ese contexto, el problema planteado para la presente investigación se definió así: Debido a que en Guatemala no existe ninguna normativa nacional en el caso de adopciones internacionales, se deben establecer límites y parámetros legales en el trámite de las mismas, a través de los tratados o convenios internacionales.

El marco teórico que fundamentó la investigación fue, esencialmente, el que establece que la institución de la adopción *va de la mano con un escenario jurídico-social y, fundamentalmente, donde las situaciones de ignorancia, desempleo, subempleo y violencia dan lugar a que nazcan niños no deseados; tales niños, con pocas posibilidades de desarrollo y ante un futuro incierto y sombrío, debido a que nuestro país cuenta con dos terceras partes de su población en estado de extrema pobreza y, aunado a esto, el Estado no cuenta con políticas de protección a la familia, factor determinante que ha contribuido a que la venta de los niños y niñas se convierta*

en una forma de vida para muchos, especialmente cuando dichas familias carecen de recursos económicos y no encuentran solución ni apoyo para solventar sus problemas. Por el contrario, se debe tener presente que los niños deben crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión con carácter prioritario y adoptar medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su hogar de origen, reconociendo, eso sí, la adopción internacional como un medio que puede presentar la ventaja de dar al niño abandonado la opción o el derecho de tener una familia adecuada.

La hipótesis que se planteó fue: La falta de una legislación en materia de adopciones internacionales, permite que se siga violentando los principios del interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales. Todo esto ha dado como resultado que por no existir un procedimiento legal, establecido y controlado por parte del Estado, se vulneren los derechos de los infantes; además, Guatemala no cuenta con políticas de Estado en materia de familia y protección de los niños y el alto grado de violencia y corrupción imperante en el país permite que las adopciones se hayan convertido en un jugoso y sucio negocio para personas inescrupulosas, y represente un atentado contra de la vida, la moral, y el estado físico de la parte más desprotegida de la familia y la sociedad, como son los niños.

Los objetivos generales fueron los siguientes: Contribuir al estudio y conocimiento del problema que generan las adopciones internacionales en Guatemala; Contribuir a formular los parámetros y límites en el trámite de las adopciones internacionales. Los específicos: Desarrollar una guía del procedimiento para las adopciones internacionales; Contribuir a la formulación de las medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su lugar de origen.

Los supuestos de los que partió la investigación fueron: a) La intervención del Estado para la ratificación del Convenio relativo a la Protección y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, es una necesidad y prioridad para que se cumplan los postulados relativos a que el interés superior del niño sea considerado primordial en cualquier circunstancia en la que se deba tomar decisión sobre su persona; b) La

legislación vigente en nuestro país no determina parámetros ni límites para el trámite de las adopciones internacionales, circunstancias por las cuales no existe un control legal en cuanto a las sustracciones, tráfico y venta de niños disfrazadas a través de la institución de la adopción, lo cual constituye un negocio ilícito; c) Con la ratificación del Convenio el Estado de Guatemala deberá legislar en protección de la adopción, tomando medidas necesarias y adecuadas para garantizar que no se den beneficios financieros indebidos para quienes participan o son protagonistas de la adopción.

Los métodos aplicados para la realización de la presente monografía fueron el analítico-sintético y el comparativo; respecto a las técnicas se emplearon las bibliográficas y documentales.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, destinado al estudio de la institución de la adopción en particular; el segundo aborda el tema del análisis del Convenio relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; el tercero, se adentra al papel que desempeña la institución de la adopción en Guatemala y en el ámbito internacional; en el último de ellos se realiza el análisis de la importancia de la ratificación del Convenio relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional en la legislación nacional e internacional.

Con base en ello, se formularon las conclusiones y recomendaciones correspondientes, con las cuales se comprobó la hipótesis planteada y se alcanzaron los objetivos propuestos.

CAPÍTULO I

1. La adopción

1.1. Antecedentes históricos

1.1.1. Derecho antiguo

No se conoce país civilizado en donde no se haya establecido normas legales en forma indumentaria. En el año 400 antes de Cristo surgen las civilizaciones en Egipto y Samaria, en ellas ya existen acciones de represión contra menores y protección a favor de ellos. En cuanto a las primeras, recordemos que en la Biblia el Éxodo, nos da a conocer cómo los Egipcios esclavizaron cruelmente a los Israelitas, y dispusieron que cuando los que atendían los partos sirvieran a los hebreos se fijasen en el sexo del recién nacido estipulando que, si era niña dejarle vivir pero si es niño matarlo. Sin embargo, las parteras tuvieron temor de Dios y no hicieron lo que el Rey de Egipto les había ordenado, sino que dejaron vivir a los niños. Fue en esta época cuando un hombre de la tribu de Levi, se casó con una mujer de la misma tribu, la cual quedó embarazada y tuvo un hijo. Al ver que era el niño hermoso, lo escondió durante tres meses, pero al ver que no lo podría tener escondido por más tiempo, lo tomó, lo puso en un canastillo de Junco, seguidamente le tapó todas las rendijas con asfalto natural y brea, para que no le entrara agua y luego puso al niño dentro del canastillo para posteriormente dejarlo entre juncos a orillas del río Abilo, además dejó a una hermana del niño para que se quedara a una distancia prudencial y estuviera al tanto de lo que pasara con él. Luego de pasado un tiempo y de haberse deslizado el canastillo por el río la hija del Faraón al momento de bañarse en el río y mientras su sirvienta se paseaba a la orilla ésta vio el canastillo. La hija del Faraón llamada Termala al abrir el canastillo y ver que ahí dentro había un niño llorando, sintió compasión por él y dijo este es un niño llorando. Más adelante aquel niño adoptado se convertiría en Moisés, cuyo nombre traducido significa para algunos el salvado de las aguas o el marido.

Recordemos que los egipcios condenaban al padre cuyos maltratos ocasionaban la

muerte del hijo, a permanecer abrazando el cadáver durante tres días. Frente a ellos, vemos que los Arabes enterraban vivas a las primogénitas (mujeres) que nacían, por que consideran un signo fatal para la estabilidad de la familia. Entre los griegos la patria potestad estaba subordinada a la ciudad. El menor pertenecía a la ciudad, la cual exigía una educación adecuada para que sirviese con eficacia a la comunidad.

Los niños abandonados fueron ayudados por primera vez en Roma mediante hojas de asistencia instituidas desde los años 100 después de Cristo por Trajano y Adriano, para solventarles sus más vitales necesidades.

En el derecho romano en el período de Justiniano, se distinguían tres períodos en la edad: “uno de irresponsabilidad absoluta hasta los siete años, llamado de la infancia y el próximo a la infancia (infantil) hasta diez años y medio en el varón y nueve años y medio en la mujer. El infante no podía hablar, aún no era capaz de pensamiento criminal, el segundo correspondiente a la proximidad de la pubertad, hasta los doce años en la mujer y en el varón hasta los catorce años, en que el menor no podía aún engendrar, pero en el cual la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado; y en tercer término encontramos al de la pubertad hasta los dieciocho años extendido después hasta los veinticinco años, denominado de minoridad, en que eran castigados los actos delictuosos cometidos por los menores, estableciendo sólo diferencias en la naturaleza y en la calidad de la pena.”¹

Según el antiguo criterio de los romanos el infante era literalmente, el que no podía hablar. Como se ha indicado en la época de Justiniano la infancia terminada a los 7 años y la impubertad, a los 14 años; profari significó entonces pronunciar palabras cuyo sentido no se entendía y no como antes, que era no hablar.

Durante la época de Constantino (año 315 después de Cristo), se protegió a los niños desamparados y bajo la influencia del cristianismo se crearon los primeros establecimientos para niños en situación difícil.

¹ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 132.

En Roma surge la patria potestad: “como un derecho de los padres; sobre todo del padre, en relación con los hijos en derechos sobre la vida y la propiedad del mismo, surge la adopción de caracteres definidos, los romanos la sistematizaron y le dieron gran importancia, considerándose por tanto la adopción como de origen romano la adopción surge de una necesidad religiosa que es la de continuar el culto doméstico a los antepasados, el mismo que debió ser realizado por un varón.”²

Conjuntamente con el motivo religiosa coexistía el interés político, ya que sólo el varón podía ejercerlo, tal es el caso de la adopción de Octavio por César y la de Nerón por Claudio en Roma. Otros motivos como el de pasar de la calidad de plebeyo a patricio o viceversa, el interés económico etc. dieron vigencia a ésa adopción la misma que era establecida en beneficio del adoptante y del grupo social al cual este pertenecía resultando el adoptando un medio del cual se servía un individuo o una familia para darse un sucesor de los bienes, del nombre, de las tradiciones aristocráticas y del culto de los antepasados familiares. La palabra adopción en Roma se convirtió en una voz genérica, y se distinguieron dos especies: adrogación, que se aplica a los jefes de familia sui iuris, y la adopción propiamente dicha, aplicable a los alieni iuris o hijos de familia. Por la primera el adoptado pasaba con todos sus bienes y con las personas que de él dependían, a la familia del adoptante. La segunda, en cambio, se hizo a través de una forma ficticia; la *mancipalia*, alienato, *per a est et libran*, que destruía la patria potestad y la *in jure cesto*, por la que el magistrado declaraba que el hijo pertenecía como tal al *adoptante*. En los últimos tiempos de la República se introdujo la costumbre de declararla testamentariamente, en la misma que se consideraba como hijo de un ciudadano determinado, como hizo por ejemplo Julio César respecto a Octavio, pero entonces era precisa la ratificación por un plebiscito ni aún así, tal forma de adopción solo otorgaba derechos hereditarios.

El derecho germánico, conoció un tipo especial de adopción, realizada solamente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico. Al ponerse en contacto con el derecho romano, los germanos

² Brañas, **Ob. Cit**; pág. 135.

encontraron en la adopción de este un modo adecuado de suplir la sucesión testamentaria que desconocía.

1.1.2. Derecho medieval

“Durante la edad media sostuvieron diferentes métodos de protección a favor de los menores de edad. Los glosadores indicaban que los delitos cometidos por los menores no debían sancionarse sino cuando éstos cumplieran la mayoría de edad. Los germanos indicaron que no podía imponerse al delincuente ciertas penas, como la de muerte y otras graves, y así lo dispuso el viejo código sajón. La Ley Carolina, que ordenaba remitir el caso del que a causa de su juventud o de otro defecto no se deba cuenta de lo que hacía, sometiéndolo al arbitrio de los peritos en derecho.”³

Los pueblos del medioevo, consideraron la inimputabilidad en los primeros años, aún cuando las leyes no la establecieran. En esa época no podría el niño cometer ciertos hechos, como la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio. El derecho canónico reconoció la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años cumplidos, y de esta edad hasta los catorce años, se aplicaba una pena disminuida, atendiéndose su responsabilidad, sin embargo dividió a los canonistas en dos tendencias: unos sustentaron la tesis de que lo era si es que obraba con discernimiento, y otros defendieron la imputabilidad siempre, aunque castigándole en forma atenuada.

El Parlamento de París en 1452, estableció el principio de que los señores debían de participar en el mantenimiento de los niños pobres. Dos figuras resplandecen en el Siglo de las Luces en Francia; Vicente de Paul y Juan Budos, quienes fundaron establecimientos para niños abandonados.

³ Calvento Solari, Ubaldino, **Legislación sobre adopción en Latinoamérica**, pág. 76.

En el siglo XIV se fundó el *padre de los huérfanos* una institución destinada a la educación correctiva y la capacitación profesional de los menores delincuentes y desamparados en 1793. En 1407 se creó un juzgado de huérfanos y en 1410 San Vicente Ferrer constituyó una cofradía que atendía un asilo a niños abandonados por sus padres. Un siglo más tarde igual iniciativa ampliada a los delincuentes tuvo en Francia San Vicente de Paúl.

En Inglaterra, la situación en el Medioevo y el Renacimiento era semejante al resto de Europa. En el siglo X, ante el primero robo, los padres debían de garantizar la futura honestidad del autor del delito y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa. Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la hora con los mayores.

1.1.3. Derecho moderno

En 1703 el Papa Clemente XI con fines de corrección, enmienda, formación profesional y moral, crea el hospicio de San Mechelle en Roma.

“En el viejo derecho español, las partidas hicieron una distinción entre los delitos de lujuria y los demás acerca de la edad, hacen muy curiosos comentarios los glosadores de esta Ley de Partidas del siglo XIII, porque si cesase la presunción de que antes de los catorce años fuere el niño púber, debería ser castigado. El autor menciona la cita de San Gregorio en sus diálogos, quien cuenta que un niño de nueve años dejó embarazada a su nodriza, y como el niño durmiese con ella hasta la edad de diez años sucedió que habiendo la mujer bebido más de lo que permite la templanza, impulsado después por su liviandad, con torpes movimientos excitó al niño para el coito. Por todo esto unos opinaban que el menor de catorce años debía ser penado por estupro, y los otros se atenían al texto de las partidas que negaban toda la pena desde 1734, en Sevilla, se procuraba mantener bibliografía del menor para resolver su caso.”⁴

⁴ Le Balle, Robert, **Legitimación en el derecho comparado**, pág. 12.

1.1.4. Derecho contemporáneo

En Alemania desde 1833, se establece institutos modelos para la readaptación de menores.

En Inglaterra en 1854 se determinó la rehabilitación en centros separados para los menores delincuentes. En España los menores fueron recluidos en la cárcel común, lo que se rectificó por su fracaso en nuevas leyes en 1904.

“En Rusia, una Ley en 1897 indicaba que el juicio de los menores infractores entre los diez y diecisiete años debía hacerse a puertas cerradas y en audiencia especial con participación de los padres, debiendo aplicarse medidas pedagógicas y por opción sanciones penales correctivas. Es un precedente, con equivalencia en otras naciones, de la discreción con que relativas a la minoridad surgen desde fines del siglo pasado y comienzos del presente. Se aspira a reemplazar totalmente la idea de represión, expansión o responsabilidad moral, por la instauración de un sistema psico-pedagógico tutelar y perfeccionista, que pueda extenderse no sólo a los hechos ilícitos de menores sino a sí mismo, a situaciones de menores en peligro material y moral.”⁵

1.1.5. Derecho actual

“En Guatemala, el Código civil de 1877 reguló la adopción en el libro I, título VII, artículo 267 al 284, sin que la exposición de motivos del mismo se ocupase de la materia, la adopción o prohijamiento –disponía el Artículo 267 –es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. El código de 1933 no admitió la adopción, guardando silencio con relación a la materia, ni la exposición de motivos del proyecto de código civil se hace la siguiente reseña del desarrollo de la materia en el campo legislativo del

⁵ Le Bille, **Ob. Cit**; pág. 33.

país: “La adopción es una institución jurídica que ha tenido sus alternativas en la legislación de Guatemala. Aceptada en el Código civil de 1877, quedó suprimida en el libro 1º. Del Código Civil sancionado por el decreto del Ejecutivo número 921, de fecha 30 de Junio de 1926, supresión que se confirmó en el Código Civil contenido en el decreto número 1932 de la Asamblea Nacional Legislativa de 13 de mayo de 1933. La Junta Revolucionaria de Gobierno restableció la adopción por medio del decreto número 63, de 24 de febrero de 1945, disposición que el Congreso aprobó el 5 de mayo de 1947, emitiendo el decreto número 375, que es la ley vigente de adopción. Las constituciones de 1945 y 1954, establecieron la adopción en beneficio de los menores de edad, consagrándola definitivamente como institución que debía incorporarse a la legislación guatemalteca. La adopción que acepta nuestro ordenamiento jurídico no es la institución que regula el código del 1977, pues aquella estaba inspirada en finalidades muy distintas de los objetivos que persigue la ley actual. No es el interés de la continuación de un grupo familiar, ni el empeño de que no extinga un apellido aristocrático lo que motiva la nueva aceptación de la adopción, sino un interés social de asistencia a los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles subsistencia y educación, que al mismo tiempo refleja su beneficio en los matrimonios que no tienen hijos, a quienes brinda las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar.”⁶ En este principio de elevada utilidad social, que significa colaboración de las personas a la obra de asistencia social del Estado, se inspira y desarrolla la materia del capítulo VI del proyecto, tomando de la ley actual las disposiciones que estimamos aceptables.

⁶ Brañas, **Ob. Cit**; pág. 145.

El Código procesal civil y mercantil guarda silencio a ese respecto, porque el Código civil regula la materia disponiendo: para equiparar los efectos de la adopción a los efectos de la filiación, se ha creado la discutida figura generalmente conocida con el nombre de legitimación adoptiva, a la cual se refieren los hermanos Mazeaud en los siguientes términos: para hacer verdaderamente del hijo adoptado el hijo de los adoptantes, para asimilar los efectos de la legitimación adoptiva a los de la filiación. Ha sido preciso que la legitimación adoptiva esté fundada sobre el matrimonio de los adoptantes, que sea irrevocable, que no sea posible sino para los niños de corta edad, que rompa automáticamente todo vínculo con la familia de origen: que cree, entre el hijo y las familias de los adoptantes verdaderos vínculos de parentesco. Por supuesto, cada legislación que acepte esa figura (legitimación adoptiva) precisa sus contornos según las características que les dan origen.

La solicitud de adopción debe presentarse al juez competente del domicilio del adoptante, acompañándose la partida de nacimiento del menor y proponiéndose 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 239 del Código civil.

Además, si el menor tiene bienes, el adoptante deberá presentar inventario notarial de los mismos y constituir garantía suficiente a satisfacción del juez. Artículo 241 del Código civil. En caso de que el adoptante hubiese sido tutor del menor, deberá

presentar los documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y que los bienes fueron entregados Artículo 242.

Los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela, deberán expresar su consentimiento para la adopción. El Ministerio Público examinará las diligencias y si no opusiere objeción alguna, el juez declarará ha lugar la adopción y mandará que se otorgue la escritura respectiva. Artículo 243 Código civil.

En la escritura de adopción deberá comparecer el adoptante y los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela. Firmada la escritura, el menor pasa a poder del adoptante, lo mismo que los bienes si los hubiere, y el testimonio será presentado al registro civil para su inscripción, dentro de los quince días siguiente a la fecha del otorgamiento Artículo 244.

Nada estipula 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 obligado, absolutamente necesario, o sea, que se requiere el consentimiento expreso de los padres (no si ambos viven, de uno sólo de ellos), 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 afectivo y jurídico más fuerte.

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 procedente la adopción (aplicando la letra del Artículo 243, segunda parte), o bien que el juzgador tiene amplio margen discrecional para apreciar las objeciones, criterio éste que resulta más aceptable dada la naturaleza y el objeto que la ley reconoce a la adopción.

En cuanto a quienes pueden adoptar y ser adoptados, el código no dispone que el adoptante debe ser mayor de edad, o que tenga una edad determinada. Esta omisión crea un problema interpretativo en cuanto a determinar si una persona menor de edad puede adoptar a otra. Ha de entenderse que no puede hacerlo. En efecto para adoptar se requiere plena capacidad en el adoptante.

Los casos de capacidad relativa o excepcional (para contraer matrimonio, para contratar en materia laboral, etcétera) de los menores de edad, aparecen expresamente determinadas por la ley, como excepciones al principio de la plena capacidad civil, que se obtiene con la mayoría de edad excepción no dispuesta en cuanto a la adopción.

El código acepta, como principio general, que el adoptado, debe ser menor de edad, e hijo de otra persona (es decir, no procreado por el adoptante, quien, en otro supuesto, podría adoptar a un hijo no reconocido para acogerse al beneficio de la revocabilidad de la adopción –aunque resulta oportuno señalar que el código no regula

tal caso). Excepcionalmente, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiese existido la adopción de hecho durante su minoridad. Esta excepción tiene por objeto afianzar los lazos civiles creados por el tratamiento que, de hecho, sin mediar adopción propiamente dicha, un adulto de un menor y sigue dándosele después de llegar a la mayoría de edad, como si fuera su hijo. Para, en ese supuesto legal adoptar a una persona mayor de edad, requiérase el consentimiento de ésta, en razón de que, ya en pleno goce de su capacidad civil, puede rechazar una situación creada cuando no estaba en aptitud de evitarla.

El código dispone que nadie pueda ser adoptado por más de una persona, salvo el caso de que marido y mujer estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado (Art. 234 del Código civil). En sentido contrario, marido o mujer pueden, aún sin la anuencia de uno u otro, adoptar por sí a un menor. Según lo estipulado en el Artículo 255 Código civil. No obstante, si en las diligencias respectivas el marido o la mujer, según el caso, manifiesta su inconformidad o expresa oposición a la adopción que solicite el otro, indudablemente el juzgado deberá analizar las circunstancias para su ecuánime resolución no obstante que el propio código civil y el código procesal civil y mercantil guardan silencio al respecto, en virtud de que la adopción es un acto que indudablemente afecta e interesa al matrimonio, a los cónyuges, en supuesto como el expresado, y máxime que el Código civil –véase Artículo 209- dispone que para que los hijos procreados fuera del matrimonio vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge, lo cual, aunque por motivación distinta, puede colateralmente tenerse en cuenta para el caso de adopción comentado.

En otro orden de ideas, pero siempre en atención al matrimonio, el mismo Artículo 234 preceptúa que uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro (es decir a hijo procreado por el otro cónyuge con persona que no sea el cónyuge adoptante). La actitud del otro cónyuge también será determinante. En este caso, sería dudosa la aplicación del Artículo 258.

Al tutor no le está vedado adoptar al pupilo. Sin embargo, es necesario que con anterioridad sean aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela, este requisito previo relativo a las cuentas de la tutela es indispensable para despejar cualquier duda que pudiera haber con relación al propósito de la adopción, y para evitar asimismo, que el tutor pueda eludir la rendición de cuentas por el ejercicio de su función, acudiendo al expediente de adoptar a su pupilo.

Por su parte, la Constitución Política de la República de Guatemala, al regular a la familia en el capítulo II de su Título I, referido a los Derechos Humanos, establece que el Estado garantiza su protección social, económica y jurídica, y que protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad. Igualmente, se dispone en este capítulo que el Estado reconoce y protege la adopción, declarando de interés nacional la protección de los niños y huérfanos y de los abandonados.

Dicha Carta Magna garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, pues ésta es considerada como el núcleo social idóneo de formación integral de

la persona. Por tanto, el Estado debe adoptar, con carácter prioritario, las medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, de modo que nunca la falta o carencia de recursos materiales de ésta sea causa suficiente para dar a su hijo en adopción. Con la presente Ley se quiere reforzar la consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar.

Sin embargo, y a pesar de la trascendencia y nobleza de la institución, es preciso reconocer que la regulación de la adopción, hasta ahora vigente, no ha llegado a satisfacer la función social que debe cumplir, a causa de la existencia de una serie de defectos o insuficiencias normativas. En efecto, para la sociedad guatemalteca la adopción internacional se ha convertido en sinónimo de tráfico ilegal de niños; y no se ha dado, hasta ahora, una respuesta legislativa que regule debidamente esta institución de modo que se impidan los abusos frecuentes e incontrolados que han convertido al niño en un objeto de tráfico, violentando así sus derechos humanos.

Algunas de las causas principales de este fenómeno son la extrema pobreza en la que vive más de la mitad de la población de Guatemala, lo que hace que se utilice erróneamente la adopción como una salida a la crisis, la falta de políticas públicas de apoyo a las familias pobres, la falta de una cultura de respeto a los derechos humanos –incluidos los derechos del niño– y la fuerte demanda de niños adoptivos por parte de países extranjeros. Todo ello, unido a una falta de control institucional y de transparencia de las adopciones (que tiene sus raíces en los años de conflicto armado) ha permitido la creación de una auténtica red internacional de adopciones de la que

lucran diversos sectores – tanto en país de origen como en los países receptores- para quienes los menores de edad significan ingresos millonarios.

“Las cifras son muy indicativas, en un país con una población de 1,824.000 niños de edad inferior a cuatro años, se produjeron 1265 adopciones en 1997, 1347 en 1998 y 2109 en el año 2001. Ello contrasta con las cifras de países de la misma área: en Honduras se produjeron tan sólo 78 adopciones entre 1997 y 1998; en Ecuador, con una población similar en número y en riqueza de etnias y con una situación social parecida, el número de adopciones internacionales anuales fue de 80 entre los años 1998 y 1999.”⁷

Los números hablan por sí mismos, en el ranking mundial sobre países que más niños dan en adopción, Guatemala ocuparía el cuarto lugar, después de Rusia, China y Corea del Sur. Pero ello en términos absolutos, porque si miramos la población de cada uno de estos países, nos daríamos cuenta de que en realidad Guatemala figuraría como el país que más niños da en adopción del mundo. En efecto, Rusia tiene una población de 147.4 millones, China 1300 millones de habitantes y Corea del Sur, una población de 46 millones. Guatemala sólo tiene alrededor de 12 millones.

Esta actividad que se ha vuelto única, es muy lucrativa para los intervinientes en la misma, ya que los honorarios por el trámite de la adopción oscilan entre 9 y 25 mil dólares por cada una, en tal virtud, el procedimiento de la adopción en Guatemala hace

⁷ Operti Badan, Didier, **La adopción internacional en el derecho internacional privado de conflicto**, pág. 88.

figurar al país en el concierto de las naciones como aquel que más niños da en adopción en el mundo.

La mayoría de los niños que se dan adopción tiene menores de dieciocho meses. El 6% tiene menos de cinco años. Cuando ya han cumplido esa edad es difícil que se les quiera adoptar. Los niños y las niñas que viven en instituciones, sin el cariño de una familia, no tienen ninguna posibilidad de ser adoptados, permaneciendo en las instituciones hasta que cumplan la mayoría de edad.

El 82% de los niños que son dados en adopción viven en hogares privados, coloquialmente denominados “casas cunas” o “casas de engorde”, lo que llama la atención, pues en realidad quienes deberían conseguir una familia adoptiva son los que, sin pariente alguno que quiera hacerse cargo de ellos, viven institucionalizados casi desde su nacimiento.

De una investigación realizada por el Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF- en el año 2000, se desprende que de cada dieciséis casos de adopción investigados, sólo en dos las direcciones dadas por la familia de origen eran correctas. En el resto de los casos, a la presunta madre biológica nunca había trabajado en el lugar indicado, o la dirección no existía, o existía pero no había casa habitada alguna, o nadie conocía a la mujer en esa dirección.

El precio pagado por las adopciones oscila, según los países, entre nueve mil y veinticinco mil dólares. El número de las adopciones internacionales es de un 98%, frente al 2% de las adopciones nacionales.

En consecuencia, en Guatemala las adopciones son más altas que en ningún otro país y la mayoría son internacionales, permitiéndose pagar precios excesivos por el niño como si fuera una mercancía cuando en realidad lo que debería buscarse es satisfacer su derecho a tener familia.

¿Podríamos concluir que en Guatemala, las madres son peores madres que en el resto del mundo?, ¿Podríamos decir que en Guatemala la pobreza es peor que en cualquier otro país? Más bien se debería concluir que en Guatemala, el procedimiento para adoptar es tan libre y con tan poco control, que permite a cualquier ciudadano de cualquier Estado adoptar a un niño guatemalteco sin que exista un control de su origen ni del consentimiento, no viciado, de los padres y sin que se dé la necesaria investigación para saber si el niño ha sido o no robado o sustraído ilegalmente (como ha sucedido repetidas veces).

Se acusa sobre todo, en la legislación existente, una falta absoluta de control de las actuaciones que proceden a la adopción, lo que permite en numerosas ocasiones ese odioso tráfico de niños al que se hacía referencia, dando lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes. El sistema no está fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer sobre los demás intereses en

juego, como son los de los adoptantes, los de los padres o guardadores del adoptado y, por supuesto, sobre los de los padres o guardadores del adoptado y, por supuesto, sobre los de los intermediarios que favorecen la adopción.

Por el contrario se pretende basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familia, referido esencialmente a quienes más lo necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución de la adopción.

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y, como consecuencia de ello, se ha dado un nuevo enfoque a los derechos humanos de la infancia, que consiste en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

Así, el concepto *ser escuchado si tuviere suficiente juicio*, se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Y, en esta dinámica, se introducía anteriormente la obligatoriedad de que el mayor de doce años preste su consentimiento a la adopción, debiendo ser oído cuando no hubiere alcanzado dicha edad, valorando su opinión con base a su desarrollo y madurez.

Es preciso, en el ámbito de estas nuevas tendencias, adaptar la legislación existente a la normativa internacional ratificada por el Estado guatemalteco y convertida, desde entonces, en derecho directamente aplicable, puesto que la normativa internacional en materia de derechos humanos ingresa en el ordenamiento jurídico interno con carácter de norma constitucional, según lo ha establecido la Honorable Corte de Constitucionalidad al definir su posición respecto al Artículo 46 de la Constitución Política de la República.

En efecto, todos los Estados adquieren un compromiso con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se declara que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, y que la familia es base fundamental de la sociedad, en virtud de la cual a los niños se les debe garantizar el derecho a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de amor y de comprensión; asimismo, el Estado guatemalteco ha adquirido un compromiso con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga, en su Artículo 4º, a adoptar las medidas legislativas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos de la misma.

1.2. Definición

La palabra adopción proviene del latín *adoptio*, que significa prohijamiento; que es una manera de ser hijo de otra persona aún no siéndolo.

“La adopción es la creación de una filiación artificial por medio de un acto o

condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio.”⁸

De los más connotados autores extraemos las siguientes definiciones:

Según Planiol la adopción es concebida como: “un contrato solemne, sometido a la aprobación de la justicia”.⁹

Para Guillermo Cabanellas la adopción: “es el acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política a quien no lo es por naturaleza; sin excluir el requisito que esto consciente para legalizar ciertas ilegitimidades”.¹⁰

El tratadista Manuel Osorio señala que la adopción: “es una acción de adoptar, de recibir como hijo, al que no lo es naturalmente”.¹¹

Por su parte Federico Puig Peña al definir la adopción lo hace como: “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 filiación legítima”.¹²

Diego Espín Canovas basándose en lo dicho por Planiol agrega que la adopción “es un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultan de la filiación legítima”.¹³

La adopción se encuentra normada en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 54, regulando que: “el estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”.

Al mismo tiempo es establecida en el Artículo 228 del Código civil, prescribiendo

⁸ Brañas, **Ob. Cit**; pág. 126.

⁹ Planiol, **Tratado elemental de derecho civil**, pág. 220.

¹⁰ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 18.

¹¹ Osorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**, pág. 60.

¹² Puig Peña, Federico, **Tratado de derecho civil español**, pág. 475.

¹³ Espín Canovas, Diego, **Compendio de derecho civil**, pág. 384.

que: “la adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona”, no obstante lo dispuesto, se puede legalizar la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, siempre que hubiese existido adopción de hecho durante la minoría de edad de éste. Por su parte, en materia procesal nuestra legislación no regula nada respecto a ésta institución.

Podemos concebir también a la adopción como: la una institución jurídica de asistencia social encaminada a la protección de la niñez, el huérfano y el desamparado en virtud de la cual una persona llamada adoptante, toma como hijo propio a quien no lo es por naturaleza, pasando éstos a formar una familia creando entre ellos un vínculo reconocido como filiación.

1.3. Características

Del análisis de las definiciones anteriores, se desprenden como elementos principales los siguientes:

❖ **La adopción es una institución jurídica**

Misma que por encontrarse contemplada en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Civil Decreto Ley 106, la cual ha sido creada, organizada y normada, encontrándose actualmente vigente.

Se le considera jurídica pues nace en el campo jurídico y se desarrolla en él, robusteciéndose de legalidad todo lo relacionado entre el adoptante y el adoptado.

❖ **Es un acto jurídico**

Debido a que nace de la voluntad de las partes que en ella intervienen, el cual como hecho dependiente de la persona que desea adoptar se produce el nacimiento de la adopción.

❖ **Es de asistencia social**

Ya que su finalidad es beneficiar a los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles las necesidades básicas inherentes a la

persona y refleja también el beneficio a matrimonios que no poseen hijos.

- ❖ Crea un vínculo artificial de parentesco

Puesto que todos sus efectos pueden equipararse a la filiación legítima.

- ❖ La adopción es voluntaria

Es un acto que está sujeto a la voluntad de las partes que intervienen en ella, pues el adoptante manifiesta su propio deseo de llevar a la práctica éste acto jurídico.

El parentesco que nace de la adopción es puramente civil, uniendo al adoptante así como sus descendientes legítimos, no extendiéndose a las familias de uno y otro, es decir, que la adopción solamente entabla parentesco entre el adoptante y el adoptado y los hijos de éste último; pero ese parentesco no se extiende a los miembros de la familia del adoptante, ni existen relaciones jurídicas entre estos grupos familiares, únicamente el impedimento del matrimonio, por ejemplo, entre el adoptante y un descendiente del adoptado.

1.4. Naturaleza Jurídica

En el Derecho civil, la adopción es una institución de gran importancia, lo cual ha inspirado y ha sido objeto de estudio por diversos tratadistas, ya que en ella se encuentran diversos e importantes aspectos que son, de una u otra forma determinantes de su regulación legal.

Para poder determinar su naturaleza jurídica, se presentan a continuación los dos principales criterios que son:

A) La adopción es un contrato

Desde el punto de vista del tratadista Manuel Samarriva quien apunta que: “la adopción es un contrato, atendiendo a que en ella hay un acuerdo de voluntades que dan como consecuencia la realización de un negocio jurídico

que se realiza y se lleva a la práctica llenando todos los requisitos que establecen las normas, que tiene como finalidad directa y específica la creación de la adopción, misma que produce en sus efectos la tramitación y adquisición de la patria potestad modificando y extinguiendo derechos y obligaciones”.¹⁴

Es importante resaltar que de lo comentado anteriormente se deduce que en la adopción:

- a) Las partes no pueden modificar los efectos que de la adopción se producen;
- b) Mientras la adopción ofrezca ventajas para el adoptado, ésta procederá;
- c) Es necesaria la aprobación judicial, no basta con el consentimiento del adoptado y el adoptante para su perfeccionamiento;
- d) No puede someterse a un plazo, modo o condición y gravamen alguno.

B) La adopción como institución

Esta teoría es sustentada por un sector numeroso de juristas, aquí encontramos al tratadista Federico Puig Peña quien la define como “una institución, porque es una obra o empresa que se realiza y perdura en el medio social, se desarrolla en una situación o estado regido por un conjunto de reglas creadas e impuestas por el Estado”.¹⁵ Las cuales son inmodificables por voluntad del adoptante y adoptado, y cuyos elementos y efectos esenciales están más allá de todo cambio, quedando por consiguiente limitada la voluntad, porque su misión fundamental es la integración del adoptado a la familia en la cual tenga un estado permanente de vida.

¹⁴ Samarriva Undurraga, Manuel, **Derecho de familia**, pág. 460.

¹⁵ Puig, **Ob. Cit**; pág. 475.

El Decreto Ley 106 Código civil, comparte y sustenta el criterio de considerar a la adopción como institución, ya que ésta ha sido creada y normada por el Estado de Guatemala con finalidades de servicio social, buscando el beneficio de los hijos sin padre, o de hijos cuyos padres no prestan a darles a sus hijos un nivel digno satisfaciendo sus necesidades básicas, así también como una incidencia social, al permitir integrar familias que no estarían completas sin la presencia de los hijos.

1.5. Clases de adopciones

1.5.1. Por sus efectos

❖ Plena

“Esta fue instituida para los niños que se encuentran en estado de abandono, produce efectos similares a los que considera la filiación legítima, es decir, que el adoptado queda, respecto del adoptante, en una situación jurídica muy análoga a la del hijo respecto del padre, desligándolo de su familia natural. Permite entre adoptante y adoptado los derechos sucesorios que existen entre padre e hijo legítimo”.¹⁶

❖ Semiplena

“Coincide con la adopción única recogida en el Código civil en su primitiva redacción, que es aplicable a todos y produce efectos muy limitados. El Código civil

¹⁶ Puig, **Ob. Cit**; pág. 477.

de 1970 mantiene las dos clases de adopción pero cambiando la nomenclatura ya que la antes llamada menos plena, ahora se le denomina simple, la diferencia fundamental de ambas es la de atribuir a adoptante y adoptado, la posición sucesoria del padre y el hijo legítimo, con las que se agotan, como se recalca, las posibilidades de reconocimiento del vínculo adoptivo”.¹⁷

❖ Simple

En esta la ley amplía y favorece los efectos de la relación adoptante-adoptado, en el sentido de eliminar el sistema del pacto sucesorio y atribuye, aparte de otros efectos como la posición del hijo y del padre natural respectivamente, al adoptante y al adoptado en el orden de los derechos hereditarios. Coincidente en todas las legislaciones son las formas de adopción, cristalizadas por escritura pública o por resolución judicial. En consecuencia, la intensidad del vínculo que crea la ley entre el adoptante y el adoptado, se distingue la adopción simple con efectos limitados de la adopción plena que crea fuertes vínculos entre adoptante y adoptado.

1.5.2. Por los países que intervienen

❖ Nacionales

“Se refiere a la adopción en la cual los sujetos que intervienen son del mismo país de origen del adoptado.”¹⁸

¹⁷ **Ibíd.**

¹⁸ Operti, **Ob. Cit**; pág. 66.

❖ Internacionales

Esta se refiere a la que los adoptantes tienen una nacionalidad diferente a la del adoptado, también se le denomina *adopción entre países*. Para efectuar este tipo de adopción, se requiere llenar y calificar con los requisitos que establece la ley guatemalteca, pero también adjuntar un considerable número de documentos.

“Esta adquiere importancia en el Derecho Internacional Privado debido a que la mayoría de los Estados del mundo admiten hoy en día lo que se ha dado en llamar la adopción internacional, es decir adopciones en las cuales los adoptantes y el adoptado pertenecen a Estados distintos.”¹⁹

Ésta forma de adopción es una institución casi universal, y se dice que es casi universal porque hay algunas legislaciones del mundo que no la aceptan, se deja ver la mayoría de los Estados del mundo, ya que admiten lo que se ha denominado *adopción internacional*, lo cual quiere decir que los adoptantes y adoptado pertenecen a diferente nacionalidad.

Se considera que ésta denominación no es la más adecuada, ya que son seres humanos los que intervienen, no cosas comerciales.

1.5.3. Por su trámite

❖ Judicial

Es la que se realiza en un órgano jurisdiccional, y el trámite se encuentra regulado en el Código Civil, en los Artículos comprendidos del 240 al 244.

¹⁹ Larios Ochaita, Carlos, **Manual de derecho internacional privado**, pág. 88.

❖ Notarial o extrajudiciales

Es la que se realiza ante los oficios de un Notario, ya que éste como auxiliar de los tribunales y poseedor de fe pública, puede tramitar diligencias voluntarias de adopción. Estas diligencias se encuentran reguladas en el Decreto Ley 54-77 del Congreso de la República, específicamente en los Artículos del 28 al 33.

❖ Mixta

El Artículo cuarto de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77, regula que cuando la opinión del Ministerio Público fuere adversa, el Notario previa notificación a los interesados deberá enviar el expediente al Tribunal competente para su resolución.

1.6. Efectos de la adopción

La adopción es una institución análoga a la filiación crea una relación de parentesco entre adoptado y adoptante confiriéndole la ley al hijo adoptivo igualdad de derechos que el hijo natural correspondiéndole por tanto las mismas obligaciones; entre los efectos que produce la adopción se encuentran:

a) Patria potestad

Es el conjunto de derechos y deberes que los padres ejercen en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad.

El Artículo 232 del Código civil señala “Al constituirse la adopción el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado...”; con la mayoría de edad del adoptado no termina la adopción pero si la patria potestad.

El Artículo 234 del decreto ley 106 determina que nadie puede ser adoptado por mas de una persona, pero acepta la adopción conjunta cuando se produce en el matrimonio, estableciéndose en este caso la patria potestad en forma conjunta.

También se prevé la adopción por un cónyuge del hijo del otro cónyuge, según lo establece el Artículo 234 segundo párrafo “....también uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro....”

Los padres adoptivos tienen los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres legítimos sobre sus hijos, por lo tanto los hijos adoptivos adquieren derechos y obligaciones para con sus padres adoptivos.

b) Alimentos

Se define el derecho de alimentos como “La facultad jurídica que tiene una persona llamada alimentista para exigir a la otra llamada alimentante, lo necesario para subsistir, en virtud de parentesco”.²⁰

Los alimentos comprenden todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica e instrucción del alimentista cuando es menor de edad (Artículo 278 del Código civil).

c) Derechos sucesorios

²⁰ Brañas, **Ob. Cit**; Pág. 87.

El Artículo 236 del Decreto Ley 106, establece: “El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquel. Se establece el carácter tutelar que contiene la norma para con el adoptado al establecer y garantizar su derecho de sucesión heredando el hijo adoptivo en igual grado que corresponde a los hijos naturales. En igual forma el artículo 1076 señala que: los hijos sean o no de matrimonio, heredan de sus padres por iguales partes”.

El Artículo 1078 del mismo cuerpo legal prescribe en su parte conducente: “La Ley llama a la sucesión intestada, en primer lugar a los hijos, incluyendo a los adoptivos...”

El Artículo 74 del Código de Derecho Internacional Privado dispone: “Se regula por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a la sucesión de éste y por la del adoptado lo que se refiere al apellidos y a los derechos y deberes que conserve respecto de su familia natural así como su sucesión respecto al adoptante”.

El Artículo 237 del Código civil señala: “El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca.”

d) Parentesco

El parentesco civil sólo existe entre el adoptante y el adoptado, por lo tanto la ley no reconoce ningún grado de parentesco entre el adoptante y adoptado y sus respectivas familias por consiguiente las obligaciones y los derechos que nacen entre éstos no se extiende entre los parientes del uno y otro. El Código civil reconoce por ende tres clases de parentesco siendo estos: el de

consanguinidad dentro del cuarto grado; el de afinidad dentro del segundo grado; y el civil que nace de la adopción.

1.7. Trámite de la adopción

1.7.1. Judicial

“Para el trámite de la adopción judicial deben observarse normas jurídicas generales e indispensables para su realización, misma que se lleva a cabo de la manera siguiente:

- a) Se da inicio con la presentación de los padres adoptivos ante Juez competente, ya sean nacionales o extranjeros, quienes tienen el derecho de ser representados por un Abogado o actuar de manera personal;
- b) Acto seguido el Juez toma la declaración sobre la idoneidad de los futuros padres adoptivos y a los testigos designados por éstos;
- c) Una vez los padres biológicos otorguen de manera expresa el consentimiento sobre la adopción, el tribunal designa a una trabajadora social, para que lleve a cabo el estudio socioeconómico de los futuros padres;
- d) Enseguida el tribunal remite el expediente a la Procuraduría General de la Nación, para que emita opinión y cuando el expediente sea devuelto por parte de ésta institución con opinión favorable, el Juez dicta sentencia ordenando que se otorgue la escritura pública de adopción;
- e) Las diligencias de la adopción duran regularmente entre seis y ocho meses y finaliza en el momento que se solicita el Registro Civil la partida de nacimiento en la cual consta el nuevo estado civil del niño adoptado; y
- f) La documentación que se exige es la cédula de vecindad de los padres adoptantes y biológicos, además de documentación que demuestre la solvencia económica de los adoptantes, certificación de matrimonio, (en la actualidad no

está establecido legalmente que los adoptantes deben ser un matrimonio, pero hay cierta prioridad a las parejas que se encuentra casadas, situación que se da cuando existen varias solicitudes) y partida de nacimiento del niño a adoptarse en la que conste que es hijo biológico de quienes lo entregan.”²¹

1.7.2. Extrajudicial o notarial

“Este procedimiento parece ser que solamente se lleva a cabo en Guatemala y se realiza de la siguiente manera:

- a) Se inicia ante un Notario colegiado activo, se realiza en base a la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria;
- b) En el trámite de éste tipo de adopción no necesariamente debe existir una resolución de Juez competente, un Juzgado de familia actúa únicamente para solicitarle a la trabajadora social que bajo juramento realice un estudio socioeconómico;
- c) Si los futuros padres adoptivos residen en el país, solicitan los servicios de un Abogado que hará las veces de Notario; si no residen en el país deberán contactar al Abogado directamente o a través de una agencia internacional de adopción y enviarle el estudio socioeconómico y sus antecedentes judiciales;
- d) Si se diera el caso mencionado en el inciso anterior, el Notario nombra otro Abogado como mandatario de los futuros padres adoptivos, facultándolo para realizar los trámites que sean necesarios y si fuera necesario viajar con el niño y entregarlo a los padres adoptivos en su país de residencia;
- e) El Notario debe exigir dos testimonios sobre la idoneidad (las buenas costumbres y moral de los adoptantes y la posibilidad económica con que cuentan), para cumplir con las obligaciones que requiere la adopción;
- f) Se redacta el acta solicitando que se inicie el trámite y luego se solicita el

²¹ Marroquín Guerra, Otto, **Derecho civil**, pág. 4.

informe de una trabajadora social adscrita a un Tribunal de Familia;

- g) El expediente se remite a la Procuraduría General de la Nación para que emita su opinión; si esta es favorable, el Notario elabora la escritura pública con la participación de los padres adoptantes y biológicos del niño y la remite al Registro Civil para su inscripción;
- h) Con la expedida de la partida de adopción finaliza el trámite;
- i) Si la opinión es desfavorable, el Notario deberá cumplir con lo indicado por la Procuraduría y deberá enviarlo de nuevo; y
- j) Si la adopción es de carácter internacional, deberán seguirse una serie de trámites para la expedición del pasaporte y la respectiva visa.”²²

²² Marroquín, **Ob. Cit**; págs. 4 y 5.

CAPÍTULO II

2. Análisis del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993)

2.1. Antecedentes históricos

Especial atención merece el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional ya que es un instrumento bastante completo que se considera ser un buen recurso para la tramitación de las adopciones en el ámbito internacional; fue el año mil novecientos noventa y ocho, cuando se inició por parte de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado un proyecto de Convenio relativo a la Cooperación en Materia de Adopción Transnacional, el cual tenía como objetivo la puesta en práctica de la literal “b” del artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Con fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y tres la Convención de la Haya adoptó como instrumento internacional a dicho Convenio y para el dieciséis de enero de mil novecientos noventa y cinco éste había sido firmado por ocho Estados y ratificada por otros, fue el uno de mayo del mismo año cuando dicha Convención entró en vigor, la misma se inspira en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos aplicables a la Protección y el Bienestar de los niños considerado desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y colocación familiar a nivel nacional e internacional de fecha tres de diciembre de mil novecientos ochenta y seis y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del dos de septiembre de mil novecientos noventa; al realizarse la Convención de la Haya no tenía por objeto crear nuevos derechos sino organizar la cooperación entre los estados para que participaran en procedimientos de adopción internacional.

“Este convenio ha sido adoptado en la Haya (Holanda) el 29 de mayo de 1993 por sesenta y tres Estados. Además varias Organizaciones No Gubernamentales han

participado en su redacción, generalmente llamado el Convenio de La Haya de 1993, es un instrumento de implementación concreta en el campo de la adopción internacional. Es el primer convenio de aplicación mundial en materia de adopción internacional que tiene valor ejecutivo para los Estados que lo ratifican.”²³

Un número ya importante de Estados han ratificado o han adherido al Convenio de la Haya de 1993. El Servicio Social Internacional le invita a usted a promover la ratificación o la adhesión al Convenio por su país y velar por su implementación correcta. El Servicio Social Internacional considera que es un paso adelante importante ha un mejor respeto de los derechos del niño cuando se considera la adopción.

Para concluir se puede decir que la adopción internacional es una institución que por causas bien conocidas ha experimentado un notabilísimo aumento en los últimos años. La preocupación sobre los problemas inherentes a esta institución y la finalidad de evitar actuaciones privadas abusivas han inspirado el Convenio de la Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho el 29 de mayo de 1993 y ratificado por muchos países.

El Convenio de la Haya Relativo a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho en la Haya, el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y tres, fue aprobado por el Congreso de la República de Guatemala a través del Decreto número 50-2002 de fecha trece de Agosto de dos mil dos.

2.2. Contenido del Convenio

Consideramos de suma importancia para objeto de estudio y desarrollo de la presente investigación, a la vez hacer conciencia de la importancia que tiene la necesidad de que Guatemala suscriba el presente Convenio plasmar sus disposiciones internacionales siendo éstas:

PARTE I

²³ Wilde, Zulema, **La adopción nacional e internacional**, pág. 225.

Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993)

En el presente convenio los Estados signatarios se comprometen a:

Reconocimiento que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión;

Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen.

Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen.

Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990/2712), a, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar, en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986).

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación del Convenio

Artículo 1.

El presente Convenio tiene por objeto:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional.
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Artículo 2.

1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.
2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

Artículo 3.

El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

CAPÍTULO II

Condiciones de las adopciones internacionales

Artículo 4.

Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

- a) Han establecido que el niño es adoptable.
- b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;
- c) Se han asegurado de que:
 - 1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular, en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.
 - 2. Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado;
 - 3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados.
- d) El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño;
- e) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que:
 - 1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario.
 - 2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño.
 - 3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito.
 - 4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Artículo 5.

Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

- a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar.
- b) Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados.
- c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

CAPÍTULO III

Autoridades centrales y organismos acreditados

Artículo 6.

1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.
2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad Central y Especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad Central competente dentro de ese Estado.

Artículo 7.

1. Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio.
2. Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para:
 - a) Proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios.
 - b) Informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida

de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

Artículo 8.

Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la aplicación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

Artículo 9.

Las Autoridades Centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para:

- a) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción,
- b) Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción.
- c) Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones.
- d) Intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional.
- e) Responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a los solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades Centrales o por autoridades públicas.

Artículo 10.

Sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles.

Artículo 11.

Un organismo acreditado debe:

- a) Perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya

acreditado.

- b) Ser dirigido y administrado por personas calificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional.
- c) Estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

Artículo 12.

Un organismo acreditado en un Estado contratante sólo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

Artículo 13.

La designación de las Autoridades Centrales y, en su caso, el ámbito de sus funciones, así como el nombre y dirección de los organismos acreditados, serán comunicados por cada Estado contratante a la Oficina Permanentemente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

CAPITULO IV

Condiciones de procedimiento respectivo a las adopciones internacionales

Artículo 14.

Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual.

Artículo 15.

1. Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contengan información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños

que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

2. Esta Autoridad Central transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de origen.

Artículo 16.

1. Si la Autoridad Central del Estado de origen considera que el niño es adoptable:
 - a) Preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares.
 - b) Se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural.
 - c) Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el Artículo 4.
 - d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colación prevista obedece al interés superior del niño.
2. Esta Autoridad Central transmitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

Artículo 17.

En el Estado de origen, sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:

- a) La Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo.
- b) La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen.
- c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.
- d) Se han constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será

autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Artículo 18.

Las Autoridades Centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción.

Artículo 19.

1. Sólo se podrá desplazar al niño al Estado de recepción si se han observado las exigencias del artículo 17.
2. Las Autoridades Centrales de ambos Estados se asegurarán de que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y, cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.
3. Si no se produce el desplazamiento del niño, los informes a los que se refieren los artículos 15 y 16 serán devueltos a las autoridades que los hayan expedido.

Artículo 20.

Las Autoridades Centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido.

Artículo 21.

1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés, tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para:
 - a) Retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional.
 - b) En consulta con la Autoridad Central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño sólo podrá

tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos.

- c) Como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.
2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo.

Artículo 22.

1. Las funciones atribuidas a la Autoridad Central por el presente capítulo deben ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al capítulo III, en la medida prevista por la Ley de este Estado.
2. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la Ley y bajo el control de Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que:
 - a) Cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado.
 - b) Estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.
 - c) El Estado contratante que efectúe la declaración prevista en el párrafo 2 informará con regularidad a la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado los nombres y direcciones de estos organismos y personas.
3. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades Centrales se ejercen de acuerdo con el párrafo primero.
4. A pesar de que se haya realizado la declaración prevista en el párrafo 2, los informes previstos en los artículos 15 y 16 se preparará, en todo caso, bajo la

responsabilidad de la Autoridad Central o de otras autoridades u organismos de acuerdo con el párrafo primero.

CAPITULO V

Reconocimiento y efectos de la adopción

Artículo 23.

1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el Artículo 17, apartado c).
2. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario del Convenio la identidad y las funciones de la autoridad o autoridades que, en dicho Estado, son competentes para expedir la certificación. Notificará asimismo cualquier modificación en la designación de las autoridades.

Artículo 24.

Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Artículo 25.

Todo Estado contratante puede declarar ante el depositario del Convenio que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en aplicación del artículo 39, párrafo 2.

Artículo 26.

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento:
 - a) Del vínculo de filiación entre el niño y sus adoptivos.

- b) De la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo.
 - c) De la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.
2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.
 3. Los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

Artículo 27.

1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, sí:
 - a) La ley del Estado de recepción lo permite.
 - b) Los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción.
2. El artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción.

CAPÍTULO VI

Disposiciones generales

Artículo 28.

El Convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción.

Artículo 29.

No habrá contacto alguno entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño y otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones de los artículos 4, apartados a) al c), y del artículo 5, apartado a), salvo cuando la adopción del niño tenga lugar entre familiares o salvo que se cumplan con las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen,

Artículo 30.

1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia.
2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la Ley de dicho Estado.

Artículo 31.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, los datos personales que se obtengan o transmitan conforme al Convenio, en particular aquellos a los que se refieren los artículos 15 y 16, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron.

Artículo 32.

1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional.
2. Sólo se podrán reclamar y pagar costes y gastos directos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción.
3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas con relación a los servicios prestados.

Artículo 33.

Toda autoridad competente que constate que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones del Convenio, informará inmediatamente a la Autoridad Central de su Estado. Dicha Autoridad Central tendrá la responsabilidad de asegurar que se tomen las medidas adecuadas.

Artículo 34.

Si la autoridad competente del Estado de destino de un documento así lo requiere, deberá proporcionarse una traducción auténtica. Salvo que se disponga lo contrario, los costes de tal traducción correrán a cargo de los futuros padres adoptivos.

Artículo 35.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes actuarán con celeridad en los procedimientos de adopción.

Artículo 36.

En relación con un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales:

- a. Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado.
- b. Toda referencia a la Ley de dicho Estado se entenderá referida a la Ley vigente en la correspondiente unidad territorial.
- c. Toda referencia a las autoridades competentes o a las autoridades públicas de dicho Estado se entenderá referidas a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial.
- d. Toda referencia a los organismos acreditados de dicho Estado se entenderá referida a los organismos acreditados en la correspondiente unidad territorial.

Artículo 37.

En relación a un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la Ley de ese Estado se entenderá referida al sistema jurídico determinado por la Ley de dicho Estado.

Artículo 38.

Un Estado contratante en el que distintas unidades territoriales tengan sus propias normas en materia de adopción no estará obligado a aplicar las normas del Convenio cuando un Estado con un sistema jurídico unitario no estaría obligado a hacerlo.

Artículo 39.

1. El Convenio no derogará a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.
2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio.

Artículo 40.

No se admitirá reserva alguna al Convenio.

Artículo 41.

El Convenio se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción.

Artículo 42.

El Secretario general de la Conferencia de la Haya, de Derecho internacional privado convocará periódicamente a una Comisión especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio.

CAPÍTULO VII

Cláusulas finales

Artículo 43.

1. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de la Haya, de Derecho internacional privado cuando se celebró su decimoséptima sesión y de los demás Estados participantes en dicha sesión.
2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.

Artículo 44.

1. Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor en virtud del párrafo 1 del artículo 46.
2. El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario 3. La adhesión sólo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguiente a la recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del artículo 48. Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario del Convenio.

Artículo 45.

1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva.
2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable.
3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente artículo, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio de dicho

Estado.

Artículo 46.

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación prevista en el artículo 43.
2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor:
 - a) Para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
 - b) Para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Artículo 47.

1. Todo Estado parte en el presente Convenio podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al depositario.
2. La denuncia surtirá efecto el día primero del mes siguiente a la experiencia de un período de doce meses después de la fecha de recepción de la notificación por el depositario del Convenio. En caso de que en la notificación se fije un período más largo para que la denuncia surta efecto, ésta tendrá efecto cuando transcurra dicho período, que se contará a partir de la fecha de recepción de la notificación.

Artículo 48.

El depositario del Convenio notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, de Derecho internacional privado, así como a los demás Estados participantes en la decimoséptima sesión y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44:

- a) Las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que se refiere el

artículo 43:

- b) Las adhesiones y las objeciones a las mismas a que se refiere el artículo 44.
- c) La fecha en la que el Convenio entrará en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.
- d) Las declaraciones y designaciones a que se refieren los artículos 22, 23, 25 y 45.
- e) Los acuerdos a que se refiere el artículo 39.
- f) Las denuncias a que se refiere el artículo 41.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, de Derecho internacional privado, en el momento de celebrarse su decimoséptima sesión, así como a cada uno de los demás Estados que han participado en dicha sesión.

2.3. Objeto del Convenio

El Convenio de La Haya Relativo a la Protección y Cooperación en Materia de Adopción Internacional es un buen recurso para las tramitaciones de las adopciones. Describe minuciosamente el procedimiento que da lugar a la adopción de un niño extranjero.

Para la aplicación de los controles, medidas y principios referentes a la Convención, los Estados partes deben designar una autoridad central que se encarga de darle cumplimiento a las obligaciones contraídas.

Para mayor comprensión del tema y el fundamento legal del objeto del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, éste en su Artículo 1 regula:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en

consideración al interés superior del niño y al respeto de los Derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional;

- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) Asegurar el reconocimiento en los Estados Contratantes de las Adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Como se puede notar en el Convenio referido, por medio de este Artículo se está ratificando lo preceptuado en el Artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para lograr el objetivo propuesto por la Convención de la Haya, que se refiere a que se pueda conseguir que se apliquen los derechos del niño internacionalmente, la convención impone a los Estados, determinados controles y medidas en distintas etapas del procedimiento, que por ser de especial importancia se deben mencionar, siendo estos los siguientes:

- a. Reitera el orden de prioridades en materia de protección de la infancia en cuanto a lo siguiente:
 - En primer lugar, proporcionar un apoyo adecuado a la familia biológica del niño, para que ésta pueda asumir sus responsabilidades para con él (Preámbulo, apartado tres); de fracasar esta medida.
 - Cerciorarse de que el niño es adoptable (artículo 4 literal a);
 - Comprobar si el niño puede ser colocado o adoptado por una familia en su propio país (artículo 4 literal "b"; en caso contrario, comprobar si la adopción internacional "responde al interés superior del niño" (artículo 4 literal b).
- b. Describe con precisión el segundo elemento esencial de la protección del vínculo biológico entre el niño y sus padres, a saber el consentimiento de las personas competentes (ver artículo 4 literales "c" y "d" este último punto relativo al consentimiento del niño). Además, para garantizar que las distintas decisiones mencionadas en el artículo cuarto puedan tomarse de forma

independiente, la Convención de la Haya prohíbe cualquier contacto entre los futuros padres adoptivos y los padres biológicos o cualquier otra persona responsable del niño; dichos contactos sólo pueden existir una vez cumplidos los procedimientos previstos en el artículo cuarto, y “tras haber constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar” (artículo 5 literal “a”).

- c. La Convención de la Haya anima a los estados a establecer un sistema de control de gastos y honorarios ocasionados por las adopciones internacionales y confirmar que condena la obtención de beneficios materiales indebidos (artículo 8 y 32). Sin embargo, no se prevén sanciones penales de ningún tipo para los infractores.

2.4. Planteamiento de inconstitucionalidad del Convenio

Debido al interés que generó el presente Convenio y al procedimiento utilizado al momento de su ratificación y aprobación, se planteó inconstitucionalidad del mismo el trece de agosto de dos mil tres en la cual los fundamentos jurídicos fueron los siguientes: En ambas acciones se impugna la totalidad del Decreto 50-2002 del Congreso de la República, que aprueba el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho en la Haya, el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y tres. Y establece que dicho normativo entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial. Por lo que a continuación se transcribe el mismo:

“La primera de las acciones planteadas, la del Instituto de Derecho de Familia se basa en que, de acuerdo al artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala: son funciones del Presidente de la República: “...o) Dirigir la Política Exterior y las Relaciones Internacionales; celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.” Y que así mismo el artículo 171 literal l) de la Constitución establece que: “son atribuciones específicas del Congreso: ...l) aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios, o cualquier arreglo

internacional...”. La entidad interponente argumenta que en el presente caso el segundo CONSIDERANDO del Decreto 50-2002 del Congreso establece: **que el Estado de Guatemala suscribió el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional**, pero que el Congreso de la República únicamente puede ejercer su atribución de aprobar Tratados y Convenios, cuando **HAYAN SIDO CELEBRADOS O SUSCRITOS** por el Presidente de la República y en representación del Estado de Guatemala; **contrario sensu**, el Congreso de la República no puede aprobar un Convenio o un Tratado Internacional que no haya sido celebrado o suscrito por el Ejecutivo. Manifiesta la entidad interponente que el artículo 12 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su parte conducente dice: “el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará por la firma de su representante: **a)** cuando el Tratado disponga que la firma tendrá ese efecto...” y la reserva que Guatemala hizo a ese artículo en el instrumento de su ratificación en su parte conducente dice: “para Guatemala la firma o rúbrica de un Tratado por parte de su representante, deberá entenderse que es siempre **ad referéndum**, sujetos en uno u otro caso a confirmación por parte de su Gobierno”. Manifiesta la interponente que el texto transcrito corrobora y ratifica que el Congreso de la República solo puede aprobar un tratado o convención cuando haya sido firmado o rubricado por su representante, que en este caso es por mandato constitucional el Presidente de la República. Señala la interponente que Guatemala no participó en la decimoséptima sesión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado y que, con posterioridad, tampoco suscribió el Convenio mencionado, por lo que Guatemala no es parte de ese Convenio ni está obligada por el mismo, manifestando que también como consta en la certificación que le fuera extendida por el Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha veintitrés de agosto de dos mil dos, el Estado de Guatemala nunca suscribió el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, y que lo afirmado por el Congreso de la República en el segundo CONSIDERANDO del Decreto impugnado, no sólo es manifiestamente alejado de la verdad, sino que además esa afirmación le permitió la aprobación de una Convención que jurídicamente no produce ninguna vinculación para Guatemala; Convención a cuya ratificación tampoco puede proceder el Ejecutivo porque el Decreto impugnado no puede darle vida jurídica a algo que no existe. Manifiesta la interponente

que el Congreso de la República al emitir el Decreto impugnado ha violado y tergiversado la literal l) del artículo 171 de la Constitución de Guatemala, pues el ejercicio de la atribución de “aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional...” tiene como prerequisite o condición, que tales tratados, convenios, o arreglos internacionales, hayan sido celebrados o suscritos por el Presidente de la República en ejercicio de la función que a éste le otorga la literal o) de la Constitución, que en su parte conducente dice: **“son funciones del Presidente de la República: ...celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución”**, argumenta la interponente que el Congreso de la República, al emitir el Decreto impugnado, no sólo ha subordinado la autoridad del Organismo Ejecutivo, que es a quien compete celebrar los Convenios Internacionales, sino que pretende incorporar como Ley un instrumento internacional, que por falta de ese requisito constitucional de celebración o suscripción, no puede obligar a nadie en el país, pues en Guatemala ninguna persona está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella, violando también así los artículos 5º. y 141 de la Constitución de Guatemala, indicando que el Congreso de la República también ha violado, con la emisión del Decreto impugnado, el artículo 149 de la Constitución de Guatemala, que en su parte conducente establece que: “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y practicas internacionales...” pues como ya se indicó, el artículo 12 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados claramente establece que: “el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado se manifestará mediante la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto” y el artículo 43 del Convenio cuya aprobación se impugna, claramente establece como requisito para su suscripción la firma de los Estados y en el presente caso faltó la firma del representante del Estado de Guatemala, función que constitucionalmente solo le corresponde al Presidente de la República. Finaliza el interponente diciendo que el Congreso de la República ha situado al Estado de Guatemala en una actitud de manifiesta violación constitucional y evidente incumplimiento de los principios y reglas de Derecho Internacional que se ha comprometido a respetar...

En el trámite de la inconstitucionalidad no se decretó la suspensión provisional. Se

dio audiencia por quince días al Presidente de la República, Congreso de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores; Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público.

En las alegaciones **El Ministerio Público**, respecto a la acción de inconstitucionalidad planteada por la representante legal del Instituto de Derecho de Familia, Licenciada **DINA ESTHER CASTRO MEJIA**, expresó que la Asociación denominada Instituto de Derecho de Familia pretende mediante esta acción se declare la Inconstitucionalidad del Decreto 50-2002 del Congreso de la República que aprueba el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, porque el mismo no ha sido celebrado o suscrito por el Ejecutivo. Que al formular su tesis la postulante afirma que invoca como violado el inciso o) del artículo 171 de la Constitución de Guatemala cuando tal artículo no llega en su texto hasta tal inciso. Del planteamiento aparece que no se hace la confrontación jurídica razonada entre el contenido del Decreto impugnado y las normas constitucionales señaladas como vulneradas o tergiversadas. Que finalmente respecto al artículo 149 de la Constitución respecto del Convenio de mérito denuncia el hecho de la falta de firma de ese mismo Convenio por parte del Presidente de la República, como representante del Estado de Guatemala, hecho que a criterio de esta fiscalía podría hacerse valer por otra vía de protección y control constitucional pero no por la vía de la inconstitucionalidad de carácter general en los términos que aparece; **El Presidente Constitucional de la República** en funciones **JUAN FRANCISCO REYES LÓPEZ**, respecto a la inconstitucionalidad planteada por la representante legal del Instituto de Derecho de Familia Licenciada **DINA ESTHER CASTRO MEJIA**, expresó que en cuanto al sistema de incorporación de los tratados y Convenios Internacionales a nuestro sistema jurídico guatemalteco, una vez el Tratado ha sido aprobado internacionalmente, en el nivel interno solo se requiere su aprobación por parte del Congreso de la República y su posterior ratificación por parte del Organismo Ejecutivo. Para tal efecto, legalmente está previsto un procedimiento interno que podemos resumir así: una vez finalizada la etapa de negociación o discusión se procede a declarar una versión final que será sometida a la aprobación y firma de los plenipotenciarios, no siendo vinculante la firma del Tratado para los Estados parte, salvo que el mismo

instrumento lo indique. La firma del Tratado puede realizarse en el acto de aprobación del texto final, o bien en otro acto formal diferido, estableciendo para el efecto la fecha límite para ser firmado. Luego se procede a la ratificación del Tratado que constituye “el acto por medio del cual, el Estado contratante conforma o vuelve a expresar la voluntad que manifestó al firmar el Tratado y con ello se obliga al cumplimiento del mismo. En Guatemala, el Presidente de la República tiene la facultad de ratificar los Tratados Internacionales, pero previamente debe realizar el siguiente procedimiento: la Cancillería recibe del plenipotenciario el instrumento, y con dictamen lo eleva al Jefe del Estado, si éste lo encuentra ajustado a Derecho y conveniente para el país, lo traslada al Congreso de la República como iniciativa de ley para su aprobación. Aprobado en el Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo, a través de acuerdo gubernativo ratifica el instrumento internacional y se ordena su publicación en el Diario Oficial, convirtiéndose de esa manera en Ley Ordinaria. En el Derecho Internacional existen dos mecanismos para formar parte de un Tratado Internacional. En este caso los Estados firmantes adquieren la calidad de Estados parte. El segundo mecanismo para pasar a formar parte de un Tratado o Convenio Internacional, es a través de la adhesión. De conformidad con el artículo 15 del Convenio de Viena, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión, entre otros casos “cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión...” en el caso del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación Internacional en Materia de Adopción Internacional, el artículo 44 de dicho convenio establece que “cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor, en virtud de su párrafo 1 del artículo 46”. De las acotaciones doctrinarias y legales en materia de derecho internacional y derecho constitucional podemos deducir de la lectura e interpretación adecuada del artículo 44 de dicho Convenio que en el mismo quedó prevista la posibilidad de que cualquier Estado interesado pueda adherirse al mismo después de iniciada la vigencia, por lo que no es cierto lo afirmado por la entidad accionante en cuanto a que el Congreso de la República únicamente tiene atribuciones para aprobar un Tratado cuando éste haya sido celebrado por el Presidente de la República y que el Estado de Guatemala nunca suscribió el Convenio ya relacionado, puesto que no obstante el Estado de Guatemala no es Estado parte del citado instrumento

internacional, el mismo Convenio lo Faculta para poder adherirse al mismo en su calidad de Estado miembro...

En los alegatos en el día de la vista **el Presidente de la República** en funciones **JUAN FRANCISCO REYES LÓPEZ**, reitera los conceptos vertidos en su memorial de la audiencia que por quince se le confirió, y destaca la falta de la acción presentada por el Abogado **JESUS ERNESTO RAMÍREZ LARA**. **B) El Ministerio Público** reitera sus argumentos y peticiones formuladas en el memorial presentado en la audiencia que por quince días se le confirió. **C) El Congreso de la República**, también reitera los argumentos vertidos en el memorial presentado al evacuar la audiencia que se le otorgara por quince días, solicitando que sean tomados en cuenta los mismos al momento de dictarse la sentencia que en derecho corresponde. **D) La Procuraduría General de la Nación**, señala: El postulante en su escrito de interposición, manifiesta que el Decreto 50-2002 del Congreso de la República viola los artículos 171, literal l) y 183 literal k) y o) de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque el Congreso no puede aprobar aquellos tratados, convenios o arreglos internacionales que puedan ser ratificados; lo que no sucede en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional... el artículo 171 inciso l) de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece dentro de las atribuciones del Congreso “ **APROBAR, ANTES DE SU RATIFICACIÓN**, los tratados, Convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1. Afecten a las leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos”, por su parte el artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece las “Funciones del Presidente de la República: son funciones del Presidente de la República: ...k) someter a la consideración del Congreso para su aprobación antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los Contratos y concesiones sobre los servicios públicos; y el inciso o) del mismo artículo establece “Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales: Celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución. De la misma forma que el Congreso no puede dejar en suspenso la aplicación de una ley, tampoco puede concederle al Ejecutivo una atribución que no le corresponde según la Constitución, por lo que al aprobar para su ratificación el Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional al que únicamente puede adherirse,

están violando las normas constitucionales contenidas en el artículo 171 inciso l) y 183 inciso k) y o) “Lo afirmado por el postulante no es cierto, puesto que como quedo plenamente razonado en el apartado anterior. Si bien es cierto el señor Presidente de la República puede celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución la práctica internacional y la suscripción de convenios y tratados, especialmente de la Convención de Viena, le permiten a los Estados y en el presente caso, al Estado de Guatemala, adherirse a cualquier convenios máxime como es el caso del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en el que dicho convenio dejó abierta la posibilidad de que cualquier Estado podría adherirse al mismo, sin que este Estado fuere miembro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, ni haber estado presente en la Decimoséptima Sesión, en la que se ratificó el referido convenio. De tal forma, que el argumento que hace valer la postulante, no se ajusta a la Constitución ni a los tratados y convenios suscritos por Guatemala, ni a la práctica internacional que como claramente lo establece el artículo 149 de nuestra Carta Magna, ordena que Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y practicas internacionales. De donde se colige, que lo actuado por el Estado de Guatemala al adherirse a dicho convenio y ser ratificado por el Congreso de la República, se cumplió con el texto constitucional y con los tratados y convenciones vigentes suscritos por Guatemala, por lo que la Institución a su cargo estima que no hay ninguna inconstitucionalidad al emitirse el Decreto 50-2002 del Congreso de la República; por lo que la Inconstitucionalidad General Total planteada, por el Abogado Jesús Ernesto Ramírez Lara debe ser declarada SIN LUGAR, por su notoria improcedencia. El Abogado Jesús Ernesto Ramírez Lara manifiesta: La Constitución Política de la República de Guatemala, le confiere al presidente de la República la función de “dirigir la política exterior y las relaciones internacionales: celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución“. Es inaceptable que dichos términos (“celebrar”, “ratificar” y “denunciar”) puedan inferirse un cuarto término como sería ‘adherirse’, el que tiene un significado propio totalmente distinto de los tres verbos que establece la Constitución Política de la República de Guatemala como funciones conferidas al Presidente de la República, para dirigir la política exterior y las relaciones internacionales”. Lo aseverado por el postulante, no es cierto pues los

vocablos celebrar, ratificar y denunciar, no infiere ni mucho menos se deduce, que de los mismos, se extraiga un cuarto término, que sería el de adhesión, pues como quedo demostrado anteriormente, el adherirse es una facultad que los tratados y convenios intencionales, principalmente la Convención de Viena, dejó abierto para que los Estados miembros, en un momento determinado puedan adherirse a determinada convención, aún cuando no hubieren participado en al misma. El artículo 149 de nuestra Carta Magna, ordena que “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y practicas internacionales, con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los Derechos Humanos, al fortalecimiento de los proceso democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados”; al ser signatarios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, puede perfectamente aplicar la misma, principalmente lo estipulado en la literal d) del artículo 2do. De dicha convención, que en forma meridiana prescribe que “Se entiende por “ratificación“, “aceptación“, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un Tratado”. La Convención anteriormente relacionada en su artículo 11, que se refiere a formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado, manifiesta también, que: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, aceptación, la aprobación o la adhesión, o cualquier otra forma que se hubiere convenido”. Lo anteriormente manifestado, demuestra plenamente que el Estado de Guatemala al ser miembro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados puede perfectamente dar su consentimiento para obligarse en un tratado determinado por medio de la “adhesión”. **E) En el caso de la interponente** de la primera acción de inconstitucionalidad; en relación al memorial presentado por la Procuraduría General de la Nación, que el artículo 11 se refiere a formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado, preceptúa: “el consentimiento de un Estado de obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o cualquier otra forma que se hubiere convenido y con bases en ese dice

el Licenciado Rudio Leosan Mérida Herrera, en funciones de Procurador General de la Nación, que el Estado, puede perfectamente dar su consentimiento para obligarse en un tratado determinado por medio de la adhesión. Sin embargo, a dicho funcionario se le olvida que con fecha **CATORCE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE**, mediante **ACUERDO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES**, al ratificar la mencionada convención, en el artículo 2, literal b. II: indica“ que asimismo confirma dicha reserva en cuanto a la **NO** aplicación de los artículos 11 y 12 de la Convención por ser incompatibles con la Constitución Política; manifiesta la interponente, que se hizo consulta a la Asociación de Dignatarios de la Nación, y el licenciado Juan Cesar García Portillo, señaló: “De ahí que aunque se contempló -la adhesión- como una de las formas que en derecho internacional escrito o consuetudinario, se contraen obligaciones de parte de los Estados, se haya eliminado en nuestra Constitución Política. El criterio prevaleciente, fue que no convenía a un Estado democrático”, podemos deducir que resulta obvio que el Congreso de la República, únicamente puede ejercer su atribución de Aprobar tratados y convenios cuando **HAYAN SIDO CELEBRADOS O SUSCRITOS** por el Presidente de la República, en representación del Estado de Guatemala, lo cual en este caso **NO SUCEDIÓ...**

El Estado de Guatemala se ha adherido de conformidad con el artículo 149 de la Constitución, ello es aceptable y correcto respecto a las adhesiones hechas antes del año mil novecientos noventa y siete, que fue cuando se hizo la reserva expresa y excluyente del artículo 11 de la Convención de Viena Sobre los Tratados, GUATEMALA NO PUEDE ADHERIRSE AL CONVENIO DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, YA QUE ESA ADHESIÓN LA HIZO EN EL AÑO DOS MIL DOS, ES DECIR CINCO AÑOS DESPUÉS DE LA RESERVA HECHA AL ARTICULO 11 DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE LOS TRATADOS; RAZÓN POR LA CUAL Y SI SE CIÑE A SUS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES DESPUÉS DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE, PUEDE CELEBRAR, SUSCRIBIR Y RATIFICAR INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PERO NO PUEDE ADHERIRSE A ELLOS. Y...

La Corte de Constitucionalidad analizando los argumentos planteados, alegatos y demás declara: del análisis de las normas constitucionales que los interponentes

estiman violadas, artículos 171 inciso l) y 183 incisos k) y o) de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como del estudio y análisis de las normas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la reserva expresa hecha por el Estado de Guatemala al artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; esta Corte considera que la aprobación por parte del Congreso de la República de Guatemala del CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL, infringe tales disposiciones legales, al aprobar una convención que no ha sido suscrita en ningún momento por Guatemala y que como consecuencia no puede ser ratificada, y a la que Guatemala tampoco puede adherirse, por la reserva hecha al artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, como norma de Derecho Internacional, es una norma suplementaria a nuestra Constitución pero que no puede aplicarse por haber quedado excluidos sus efectos jurídicos y porque ninguna norma constitucional legisla en forma expresa el mecanismo de la adhesión a los convenios o tratados internacionales .Además los tratados o convenios internacionales pueden tener efectos en Guatemala, solo si son aprobados por el Congreso de la República; aprobación que debe realizarse a través de la emisión de una ley ordinaria (sujeta a los requisitos de formación y sanción contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala), pues de lo contrario no podría obligar a los habitantes del país quienes por mandato del artículo 5 constitucional“ no están obligados a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella”.

En consecuencia, el Decreto cuestionado contraviene los artículos 171 literal l) y 183 literales k) y o) de la Constitución Política, por lo que es procedente **declarar con lugar** la inconstitucionalidad planteada.

POR TANTO: La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas **DECLARA:** **I) INCONSTITUCIONAL** en forma total el Decreto 50-2002 del Congreso de la República. **II)** No hay condena en costas. **III)** Esta sentencia deberá publicarse en el Diario Oficial, dentro de los tres días siguientes de que esté firme. **IV) NOTIFÍQUESE.”**

Como vemos el procedimiento para que el Convenio de la Haya se acogiera en

nuestra legislación se hizo a través de la adhesión, lo que atenta contra el estado de Derecho imperante en un país democrático como el nuestro, toda vez que para que un tratado o convenio pueda ser parte de nuestra legislación interna *debe ser celebrado o suscrito por el Presidente de la República en representación del estado de Guatemala.*

De esto emana el planteamiento de inconstitucionalidad ya que Guatemala en ningún momento puede adherirse al tratado o convenio alguno sino por el procedimiento establecido en nuestra Constitución Política de la República, procedimiento que se vio violentado al infringir los, artículos 171 inciso l) y 183 incisos k) y o) de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como del estudio y análisis de las normas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la reserva expresa hecha por el Estado de Guatemala al Artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya obsoleto debido a que se dejó de implementar en mil novecientos noventa y siete.

Es lamentable que un convenio de tal magnitud haya quedado en suspenso por una mala práctica legislativa y ejecutiva, puesto que en nuestro medio se han venido dando una serie de arbitrariedades e ilegalidades al momento de efectuarse las adopciones, lo que atenta y trae consecuencias jurídicas serias tanto para el niño que es dado en adopción ya que su futuro es oscuro e incierto como para aquellos abogados y Notarios que se prestan a una mala práctica del derecho. Es así, como nos vemos en la necesidad de que el presente convenio sea suscrito, aprobado y ratificado de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico vigente para llevar un estricto control de las adopciones que en nuestro país están a la orden del día y erradicar por completo aquellas malas prácticas del derecho que se vienen suscitando.

2.5. Situación actual de la adopción en Guatemala

En la actualidad la adopción se lleva a cabo por razones de tipo altruistas y filantrópicas (razón de tipo humanitario), que llevan consigo también un interés caritativo y de protección. Es decir, los padres adoptivos del adoptado tienen una finalidad de tipo humanitario para el niño que de una u otra forma se encuentra en

desamparo familiar. La protección que realizan los padres adoptivos es consagrada a los niños huérfanos, cumpliendo con el principio de ayuda y asistencia social con la única y exclusiva finalidad de incorporarlos a una familia integrada.

La legislación guatemalteca contempla la adopción como un principio de derecho consuetudinario y que el Estado la reconoce y protege, declarándola de interés nacional, para la ayuda y protección de niños huérfanos y abandonados.

Como vimos el presente convenio no pudo ser ratificado ni mucho menos aprobado ya que Guatemala en ningún momento lo suscribió a través del Presidente de la República y en representación del Estado de Guatemala ni por parte del Congreso de la República; órganos que no pueden aprobar un convenio o un tratado internacional del cual no son parte ni siquiera se encuentra adheridos. Pues como ya se indicó, el Artículo 12 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados claramente establece que: “el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado se manifestará mediante la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto” y el Artículo 43 del convenio cuya aprobación se impugna, claramente establece como requisito para su suscripción la firma de los Estados y en el presente caso faltó la firma del representante del Estado de Guatemala, función que constitucionalmente solo le corresponde al Presidente de la República, el Congreso de la República ha situado al Estado de Guatemala en una actitud de manifiesta violación constitucional y evidente incumplimiento de los principios y reglas de derecho internacional.

El Estado de Guatemala se adhirió de conformidad con el Artículo 149 de la Constitución, ello es aceptable y correcto respecto a las adhesiones hechas antes del año mil novecientos noventa y siete, que fue cuando se hizo la reserva expresa y excluyente del Artículo 11 de la Convención de Viena Sobre los Tratados, Guatemala no puede adherirse al convenio de la Haya relativo a la protección a la niñez y a la cooperación en materia de adopción internacional, ya que esa adhesión la hizo en el año dos mil dos, es decir cinco años después de la reserva hecha al Artículo 11 de la Convención de Viena sobre los tratados; razón por la cual y si se ciñe a sus

procedimientos constitucionales después del año mil novecientos noventa y siete, puede celebrar, suscribir y ratificar instrumentos internacionales pero en ningún caso puede adherirse a ellos.

La adopción tramitada a través de un Notario, es uno de los problemas más grandes ya que por no existir un control efectivo, hace de éste un negocio bastante oneroso, debido a la falta de ética de parte de una buena cantidad de Abogados y Notarios, y como consecuencia convierte al niño en una mercancía de lucro.

Si se analiza el porcentaje de las adopciones, es fácil darse cuenta que en un noventa y siete por ciento son de trámite notarial y el tres por ciento restantes tiene un control judicial, eso demuestra la demanda que existe de las adopciones notariales, debido al poco control que se ejerce a dicho procedimiento.

Todo esto se presta a diferentes e innumerables violaciones a Derechos Humanos, tratados y convenciones internacionales en materia de adopción internacional, puesto que la figura de la adopción se ha ido desvirtuando debido a que la Procuraduría General de la Nación que es el ente encargado de vigilancia del cumplimiento de la legislación interna del país no cuenta con los medios económicos necesarios para ejercer un control interno calificado. Otro factor de gran importancia que coadyuva a que se viole la legislación interna de Guatemala es que somos un país tercer mundista y existe un grado de natalidad y mortalidad elevados en situaciones económicas precarias, situaciones en las cuales muchos niños quedan en la orfandad y desamparados ya que el Estado no cuenta con medios económicos necesarios y fundamentales para hacerse cargo de éstos, quedando por ende desamparados y a merced de mercenarios que se aprovechan de estas situaciones para poder traficar con ellos.

CAPÍTULO III

3. Papel que desempeña la institución de la adopción en Guatemala y en el ámbito internacional

3.1. Datos históricos

Esta figura empezó con mayor frecuencia, terminada la segunda guerra mundial, ya que los niños ocuparon el primer lugar en atención, como un acto humanitario, ante la situación en que los huérfanos habían quedado como consecuencia de la guerra.

“La adopción pasó de ser un sistema para dar un niño a una familia y se convirtió en la forma de dar una familia a un niño. Principalmente familias de los Estados Unidos de Norte América, pero también de Canadá, Australia y Europa, adoptaron niños huérfanos procedentes de Alemania, Italia y Grecia, países en los que existía una situación de emergencia, también se adoptaron niños japoneses y chinos pero en una menor escala.”²⁴

“A finales de los años sesenta la adopción internacional adquirió una imagen de solidaridad con el tercer mundo, debido a la enorme problemática que tenían dichas colonias recién independizadas. Inicialmente lo que más preocupaba eran los problemas derivados de la existencia de diferentes normativas legales entre adoptado y adoptante, así como los problemas que se habían observado en lo referente a la adaptación del niño y su nuevo entorno y la capacidad de los padres adoptivos, de satisfacer las necesidades específicas del niño en relación a ello.”²⁵

En 1960 tuvo lugar un seminario que se llevó a cabo en Leysin, Suiza sobre adopciones internacionales, en el cual surgieron los primeros principios sobre el tema. Dichos principios han servido para todos los instrumentos internacionales que se han llevado a cabo con posterioridad.

²⁴ Fondo de las Naciones para la infancia, **Adopción Internacional UNICEF**, pág. 2.

²⁵ Calvento Solari, Ubaldino, **Legislación sobre adopción en Latinoamérica**, pág. 97.

En 1965, se lleva a cabo la Convención de la Haya sobre jurisdicción, Ley aplicable y reconocimiento de los decretos relacionados con la adopción. “Sin embargo es en 1970, cuando surge la problemática acerca de la exportación masiva de niños procedentes de países en desarrollo económico. A raíz de éstas situaciones en 1979, con motivo de la celebración del año internacional del niño, la ONU, elabora un documento en el cual incluye y analiza la situación de las adopciones. En 1983, se lleva a cabo la reunión en Quito Ecuador, de expertos sobre adopción de menores de la ONU, que de una u otro forma da las bases para las legislaciones internas sobre el tema.”²⁶

En 1989, el Instituto Interamericano del Niño culminó un estudio con la aprobación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. A partir de 1980, los Estados miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, han llevado a cabo diferentes eventos y convenios entre los Estados miembros. En ese documento los Estados firmaron el convenio sobre Aspecto Civiles del Secuestro de Menores. En la V Conferencia de la Haya llevada cabo en 1988, se inicia el proceso de redacción de un proyecto de convención relativa a la cooperación en materia de adopciones internaciones, entre los años de 1990 a 1992.

No obstante, de ser una organización independiente a las Naciones Unidas, en 1993 la Conferencia de la Haya adopta, el 10 de mayo, un acuerdo relativo a la protección y a la cooperación en materia de adopciones internacionales, que lleva su inspiración en los principios sociales y jurídicos aplicables a la Convención de los Derechos del Niño, que lleva el nombre de Convención de la Haya. Ésta tiene por objeto crear más normativa sino organizare la cooperación entre los Estados parte que participan en procedimientos de adopción internacional. Con el objeto de una mayor participación se decide la elaboración del documento, y con ello se abre el debate a los Estados no miembros de la conferencia.

3.2. Justificación

²⁶ Pilotti Davies, Francisco, **Las adopciones internacionales en América Latina**, pág. 45.

La situación económica de las madres solteras en Guatemala es precaria para la alimentación, educación y sostenimiento de sus hijos, lo que aunado a la no existencia de normas jurídicas de carácter nacional y la no aplicación de las normas internacionales existentes de la regulación de la adopción internacional, conduce a que se produzcan anomalías antes, durante y posteriormente al trámite de adopción internacional, todo esto también como resultado de la irresponsabilidad que existe en nuestro medio para formar una familia (madres solteras, abortos, etc.)

Otra de las razones más aceptadas y, que aducen las madres, en cuanto a dar en adopción a sus hijos menores, es por el grado de pobreza extrema, que se vive actualmente en Guatemala.

En otros casos las madres se dedican a cuidar a sus otros hijos, o trabajan en el servicio doméstico en casas ajenas, por ésta situación se la hace más difícil cuidar, alimentar y dar educación a otro niño, por lo que toman la decisión de dar en adopción a éste, y de paso en algunos casos solucionan su situación económica, ya que dar en adopción a un niño, a una persona extranjera, saben que les podrían traer beneficios económicos para solventar su precaria economía familiar.

De acuerdo a la investigación que se realiza se establece que muchos de los Abogados y Notarios que se dedican a éste negocio colocan como domésticas a las futuras madres en lo que dan a luz y posteriormente las devuelven a sus lugares de origen, mujeres que regularmente son mujeres que proceden del interior de la República con un grado académico bajo o casi nulo y un nivel de vida económico precario, necesitadas y valiéndose de cualquier cosa para obtener ingresos económicos fáciles aunque sea de manera ilegal, exponiendo a tal grado su integridad física y su libertad.

Encaminado lo anterior debido a que en Guatemala no existe ninguna normativa nacional en caso de las adopciones internacionales, por lo que se deben establecer límites y parámetros legales en el trámite de las mismas y que no sea permitido ni solapado a través de éstas el lucro, tráfico, sustracción y venta de los niños que son el

futuro de nuestro país.

3.3. Formas de adopción Internacional

3.3.1. Simple

Por esta clase de adopción entendemos que es aquella que no crea lazos de parentesco sino con los adoptantes, es revocable, y en general tiene limitaciones en cuanto a derecho y obligaciones respecto de los padres biológicos y no se extiende hacia los demás parientes de la persona adoptante. Artículo 229 del Código Civil y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Interés superior del niño).

En el Código civil de Guatemala se regula sin embargo una adopción que podría denominarse simple con efectos distintos a la filiación natural: por ejemplo el parentesco no se extiende a la familia del adoptante o en caso de fallecimiento del adoptante el menor de edad, ha de volver con la familia de origen o el tutor o a la institución de la que procediere lo que plantearía el problema antes mencionado de que hacer cuando tal medida perjudica al niño unido afectivamente con la familia del adoptante fallecido dado además el contenido de la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 51 que manifiesta la protección a la salud mental y moral de los menores y declara en el Artículo 54 de interés nacional la protección de niños huérfanos y abandonados.

El Código civil en sus Artículos 228 al 251, regula someramente el concepto de adopción, definiéndola como “acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona” permitiendo la adopción del mayor de edad, siempre que éste diere su consentimiento expreso, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad. También contempla los efectos de la adopción, desde un punto de vista de adopción limitada no plena; así, por ejemplo, establece que el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca y regula el supuesto en que el adoptado no fuere heredero del adoptante; de igual modo establece que 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 procediera.

Las disposiciones de este código son insuficientes y no responden a la realidad social, donde el 98% de las adopciones son internacionales con carácter pleno y se tramitan por la vía notarial, aparte de que violan el espíritu de la Convención sobre los Derechos del niño.

Los principios del Código civil referentes a la adopción confieren deficiencias, principalmente las siguientes:

1. "No establece la subsidiariedad de la adopción internacional respecto a la nacional.
2. No establece la actuación en el interés superior del niño.
3. No exige el "consentimiento" del menor de edad que vaya a ser adoptado cuando tuviera edad para ello (12 años suele ser la edad dispuesta por los diversos ordenamientos), ni se regula la necesidad de que sea oído cuando tuviera suficiente juicio.
4. No tiene en cuenta la idoneidad de los adoptantes en relación con las necesidades del niño.

No se regula el control del origen del niño por ejemplo: no contempla una autoridad o entidad estatal encargada de llevar tal control antes de iniciarse el procedimiento judicial, ni tampoco existe control sobre las casas cuna o lugares de acogimiento del niño.

5. No se exige que en la legislación del país receptor existan leyes que garanticen los mismos derechos y obligaciones reconocidos al menor de edad en su país de origen.
6. La adopción no siempre es plena, de modo que a veces no se rompen totalmente los vínculos con la familia biológica; cabe la revocación de la adopción; ausencia de derechos hereditarios por parte de algunos parientes, cuyo parentesco surge a raíz de la adopción; la familia biológica sigue conservando derechos sobre el niño dando en adopción.
7. No se establece la necesidad de un seguimiento del niño que es adoptado por

una familia residente en el extranjero, corriéndose el peligro de que los padres adoptivos lo utilicen para fines malignos: (prostitución, tráfico de órganos, etc.

8. Al no existir un control público respecto al origen de los niños, ni un control judicial del procedimiento de adopción, se ha dado lugar a una serie de adopciones ilegales en forma, pero ilegales en su fondo; el origen de los niños suele ser con frecuencia desconocido, incontrolado, y no existen barreras para que determinados abogados dedicados a la adopción conviertan estas en un auténtico tráfico de niños, puesto que no se limitan los honorarios que ellos puedan exigir a los adoptantes, ni los métodos, modos o formas que tienen de convencer a las madres de escasos recursos económicos y con un gran número de hijos para que consientan en el negocio, métodos que a veces llegan a la coacción.

Nuestro Código civil, Decreto Ley 106 en su Artículo 228 estipula: “La adopción, es acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona y el artículo”, Artículo 229 de dicho código indica: “Los Derechos y obligaciones que nacen de la adopción así como el parentesco civil que establece entre el adoptante y adoptado, no se extienden a los parientes de uno y otro. Sin embargo, el adoptado y los hijos del adoptante, deben ser considerados, tratados y presentados a las relaciones sociales como hermanos; pero entre ellos no existe derecho de sucesión recíproca”.

Por su parte el Artículo 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa: “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”.

3.3.2. Plena

“Este tipo de adopción produce los mismos efectos que la filiación matrimonial y extramatrimonial con extinción de los vínculos jurídicos con la familia anterior, reviste características de consanguinidad, es irrevocable, crea lazos de parentesco con todas las personas afines o consanguíneas de los adoptantes y en general otorga

exactamente todos los derechos y obligaciones de la filiación biológica.”²⁷ Esta institución para lo cual para su tramitación y/o materialización necesita ajustarse a nuevas corrientes que permitan asegurar aún más los derechos del menor, de sus padres biológicos, así como los de los padres adoptes.

El Convenio de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en materia de adopción internacional regula este tipo de adopción en los siguientes artículos:

Artículo 2.

1. “El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

2 El convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

Artículo 4.

Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: a)..., b)..., c) Se han asegurado de que:

1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento de requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular con relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

El artículo 26 del Convenio de la Haya relativo a la Protección y a la Cooperación en materia de adopción internacional establece lo siguiente:

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento:

a) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos.

b) De la responsabilidad de los padres adoptivos respecto del hijo.

²⁷ Pilotti, **Ob. Cit**; pág. 90.

- c) De la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.
- 2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.
- 3. Los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

Artículo 27.

- 1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, sí:
 - a) La ley del Estado de recepción lo permite.
 - b) Los consentimientos exigidos en el Artículo 4, apartados c) y d), han sido otorgados para tal adopción.
- 2. El artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción.

3.4. Concepto de adopción internacional

La adopción adquiere gran importancia en el campo que comprende en derecho internacional privado, debido a que en la mayoría de los Estados del mundo se admite hoy día que las adopciones se aceptan con agrado si los adoptantes y el adoptado pertenecen a distintos Estados.

Aunque la adopción internacional no sea demasiado importante desde el punto de vista cuantitativo, si se la compara, por ejemplo, con otras medidas para el bienestar del niño, éste fenómeno ha despertado un gran interés en círculos legales internacionales, lo que pone de manifiesto la enorme trascendencia de los problemas cuantitativos que se derivan de ella.

La adopción internacional se concibe como: “aquella en la cual tanto los padres (adoptantes) y el niño (adoptado) pertenecen a dos Estados diferentes. Ésta forma de adopción es casi universal porque hay algunas legislaciones del mundo que no la aceptan, se deja ver en la mayoría de los Estados del mundo, ya que admiten lo que se ha denominado como adopción internacional, lo cual quiere decir que los adoptantes y adoptado pertenecen a diferente nacionalidad.”²⁸

El desarrollo del derecho internacional en lo referente al tema, también es una muestra de la creciente preocupación respecto a los tremendos abusos que se están cometiendo contra el espíritu y los procedimientos de la adopción internacional.

Existe en la actualidad mucha demanda de adopciones internacionales en Guatemala, esto se debe a que en los países de los padres adoptivos solicitantes ha bajado la tasa de natalidad por diversas circunstancias, sumado a que nuestro país vive en extrema pobreza que lleva a los padres biológicos en este caso madres desamparadas y solteras a tomar decisiones que en muchos casos no quisieran realizar.

²⁸ Marroquín, **Ob. Cit**; pág. 10.

3.4.1. Beneficio de las adopciones internacionales

La adopción internacional puede ofrecer una familia apropiada y permanente a un niño que ha sido privado definitivamente de su entorno familiar, o a los que siempre en su interés superior no se les pueda permitir permanecer en él. Así pues, la adopción internacional es una oportunidad que se les ofrece a dichos niños, cuando parezca ser la mejor solución para ellos.

Lo que prevalece regularmente en las adopciones internacionales es el interés particular de una familia extranjera de adoptar un niño, de un Abogado, de un Notario, o de una agencia de adopciones, por lo que se ha venido desvirtuando el interés superior del niño. Desde el momento en que no se está estableciendo un control que permita determinar con veracidad el origen de los niños que salen en adopción, no se está cumpliendo con esto el objetivo de esta institución. En la actualidad para determinar la veracidad del parentesco de los niños dados en adopción se utiliza un medio fiable y eficaz que es el del ADN (Ácido Desoxirribonucleico).

En nuestro medio existe un gran número de niños institucionalizados por abandono de padres irresponsables o que no poseen los medios económicos suficientes para su manutención, por lo que se hace de suma importancia crear los mecanismos para garantizar el fortalecimiento de la familia y que los niños puedan regresar a ella, no vulnerándose así el derecho de los niños a no ser separados de su entorno familiar.

3.4.2. Elementos indispensables en las adopciones internacionales

Dentro de los elementos que concurren en las adopciones internacionales podemos citar:

- a) “Las madres o instituciones en donde se encuentra ubicado el niño o niña;
- b) La agencia internacional de adopciones;
- c) Los posibles padres adoptivos;
- d) La trabajadora social que elabora el estudio socioeconómico de los posibles padres adoptivos;

- e) El psicólogo que elabora el estudio psico-social de los padres adoptivos;
- f) Dos testigos que dan fe de la idoneidad de los padres adoptivos;
- g) El organismo de cada país que tiene bajo su cargo la emisión de certificación de antecedentes penales;
- h) Embajador y/o Cónsul de Guatemala, en cada país, quien autoriza la documentación que se envía al Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala;
- i) Traductor jurado quien traduce al Castellano todo el expediente, cuando proviene de un país de habla no hispana;
- j) El Abogado en Guatemala quien elabora el acta notarial y la escritura pública final;
- k) Los juzgados de familia;
- l) Las trabajadoras sociales del juzgado de familia;
- m) El Abogado de la Sección de Adopciones de la Procuraduría General de la Nación quien emite dictamen;
- n) El Registrador Civil, quien asienta la nueva partida de nacimiento del niño o niña;
- o) Oficial de Migración quien emite el pasaporte para que el niño o la niña pueda viajar; y
- p) Embajada y/o Consulado que emite la visa respectiva.”²⁹

3.5. Clases de adopciones internacionales

3.5.1. Adopción en otro país

Este tipo de adopción “es aquella en la cual el menor que va a ser tomado en adopción tiene que salir de su país de residencia habitual, sin tomar en cuenta la nacionalidad de padres adoptivos.”³⁰

3.5.2. Adopción internacional en sentido estricto

²⁹ Muñoz Meany, Enrique, **Derecho internacional privado**, pág. 101.

³⁰ Opertti, **Ob. Cit**; pág. 90.

“Esta adopción se da cuando los padres adoptivos y el niño que va a ser adoptado son de distinta nacionalidad sin tomar en cuenta si dichos padres residen y seguirán residiendo o no en el país de residencia habitual del niño que se da en adopción.”³¹

3.5.3. Adopciones privadas

Esta clase de adopción “es denominada también como directa, sin agencia, mismas que son iniciadas regularmente por los potenciales padres adoptivos. Surge cuando en la tramitación de la misma no ha intervenido el Gobierno ni ninguna agencia autorizada por éste.”³²

Existe controversia en esta clase de adopción, porque aunque no se garantiza que las adopciones tramitadas a través de una agencia no puedan tener alguna clase de anomalías es claro que la mayoría de problemas de mayor envergadura y más frecuentes aparecen en el ámbito de las adopciones privadas.

3.5.4. Adopciones a través de una agencia autorizada por el Estado

Estas adopciones son de índole estatal ya que el Estado interviene creando o facultando agencias para el efecto, agencias que son controladas y rinden informes periódicos de sus actuaciones a la entidad estatal que las fiscaliza. Adopciones que se tornan más confiables tanto para los padres biológicos que dan sus hijos en adopción como para los niños y que garantiza en determinado momento un futuro exitoso y satisfactorio para el adoptado.

3.6. Marco legal de las adopciones internacionales

Guatemala es uno de los países con mayor demanda en cuanto a las solicitudes de adopciones provenientes del extranjero, (por ser un país de extrema pobreza,

³¹ Fondo de las Naciones para la Infancia, **Ob. Cit**; pág. 3.

³² Wilde, Zulema, **Adopción nacional e internacional**, pág. 265.

tercermundista y de una natalidad elevada), un sin embargo, como se ha mencionado no contamos con una ley específica en ésta materia sino solamente se tienen disposiciones generales en cuanto a adopciones se refiere pero de una manera general.

Debemos hacer énfasis como parte medular de la presente investigación a la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Guatemala en el año de 1990 y la Convención de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, última que Guatemala no es signataria ni la ha ratificado.

3.6.1. Declaración de las Naciones Unidas

En la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y Bienestar de los Niños es donde se hace particular referencia a la adopción y la colocación de los niños en hogares de guarda, todo esto enfocado en plano nacional e internacional estableciendo con esto en su Artículo 17 que: cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país, (*adopción internacional*) como una forma alternativa de proporcionarle una familia.

La Declaración de las Naciones Unidas hace referencia en su contenido y contexto a dos consideraciones importantísimas que hay que tomar en cuenta para que pueda darse y surgir la adopción internacional siendo éstas:

- a) Asegurar que todo aquel que resulte involucrado de modo directo en el proceso, sea adecuadamente asesorado y garantizar que personal calificado lleve a cabo un seguimiento de la relación entre el niño y los futuros padres adoptivos antes que se lleve a cabo la adopción; y
- b) La importancia de evitar el secuestro de niños, así como impedir que se obtengan como resultado de la adopción beneficios económicos indebidos para quienes participen en ella, además de proteger los intereses jurídicos y sociales

del niño.

3.6.2. Convención sobre los Derechos del niño

De la Convención sobre los Derechos del niño, Guatemala es parte desde el 10 de mayo de 1990, en la cual regula en sus Artículos: 9, 11, 20, 21 y 35 aquellos compromisos y derechos que se deben establecer en materia de adopciones para que no se violen los derechos de los infantes dados en adopción.

Artículo 9. Se menciona el derecho que el niño tiene de permanecer con su familia, al señalar que: *todo niño tiene derecho a los cuidados de sus padres y a no ser separado de ellos, salvo cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.*

Artículo 11. Estipula que: *1º. Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2º. Para éste fin los Estados partes promoverán la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales, o la adhesión de acuerdos existentes.*

Artículo 20, Este artículo establece la adopción como una forma de protección para el niño de la siguiente forma:

- 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en su medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del estado.*
- 2. Los Estados partes asegurarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.*
- 3. Entre dichos cuidados figurarán entre otras cosas la colocación en otra familias, la Záfala del derecho islámico, la adopción de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

Artículo 21. Establece los principios que deberán regir las adopciones y los compromisos de los Estados así:

- a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible, en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes y que, cuando así lo requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar o guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país, goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concentración de arreglos o Acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de ese marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 35. Por último éste artículo establece que: los Estados tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

3.6.3. Convenio de La Haya en materia de adopción internacional

El Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación de Materia de Adopción Internacional, la cual fue adoptada el 29 de mayo de 1,993 y entro

en vigor el 1 de mayo de 1995 de la cual Guatemala no es signataria, en la redacción de dicho Convenio intervinieron más de sesenta países y unas diez organizaciones no gubernamentales internacionales, mismo que tiene por objeto:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes, que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia prevenga el secuestro, la venta o el tráfico de niños; y
- c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.-

“El 7 de abril de 1999 eran 30 los Estados contratantes y otros 11 Estados habían manifestado su interés de ratificar el Convenio firmándolo.”³³

A continuación se hace énfasis de los diferentes Estados contratantes del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en los cuales se encuentran diecisiete países de origen (O) y trece países de acogida (A) que han ratificado dicho Convenio o se han adherido a él, siendo éstos:

Andorra (A)	Costa Rica (O)	Israel (A)	Perú (O)
Australia (A)	Dinamarca (A)	Lituania (O)	Polonia (O)
Brasil (O)	Ecuador (O)	México (O)	Rumania (O)
Burkina Faso (O)	El Salvador (O)	Moldavia (O)	Sri Lanka (O)
Burundi (O)	España (A)	Noruega (A)	Suecia (A)
Canadá (A)	Filipinas (O)	Paraguay (O)	Venezuela (O)
Chipre (A)	Finlandia (A)	Francia (A)	Colombia (O)

Otro aspecto de mucha importancia en las adopciones internacionales es la Ley que la rige para todos los países que aceptaron y ratificaron, así como aquellos que fueron signatarios y depositaron sus disposiciones reguladas en el Código de derecho internacional privado en sus Artículos del 73 al 77 refiriéndose a ésta en las materias

³³ Fondo de las Naciones para la Infancia, **Ob. Cit;** pág. 5.

siguientes:

- a) Se rige por la ley personal del adoptado
 - 1. La capacidad para ser adoptado;
 - 2. Las condiciones para ser adoptado;
 - 3. Las limitaciones para ser adoptado;
 - 4. Los aspectos de la adopción en cuanto a la situación de la sucesión hereditaria;
 - 5. El derecho de tener el nombre con el apellido del adoptante;
 - 6. La conservación de derechos y deberes de parte del adoptante con relación a su familia natural.
- b) Se rigen por la ley personal del adoptante
 - 1. La capacidad, condiciones y limitaciones para adoptar;
 - 2. Los efectos de la adopción, en cuanto a la sucesión del adoptante.
- c) Se rigen y se consideran de orden público internacional
 - 1. Las disposiciones o normas que establecen el derecho de alimentar y las que establecen para la adopción formas solmenes.

Como se viene haciendo énfasis este es uno de los instrumentos a nivel internacional que debe formar parte de nuestra legislación interna, debido a la importancia que genera al momento de tramitarse una adopción internacional, ya que sienta las bases fundamentales y exige que se ejerza un mejor control por parte de los Estados parte de los niños que se dan en adopción, a la vez, que se de un seguimiento formal y serio de los niños que salen de los países y se erradique por completo el mal procedimiento que se ha venido dando y evitar así las diversas violaciones a los derechos de los niños.

CAPÍTULO IV

4. Análisis de la Importancia de la ratificación del Convenio de La Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional en la legislación nacional e internacional

4.1. Ubicación de la adopción en la legislación nacional

4.1.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Por ser la Carta Magna del país se hace un análisis de las constituciones de los años 1945 y 1956, hasta llegar a la actual de 1985 y los Artículos en los cuales se ha regulado la institución de la adopción.

En la constitución de 1945 se encontraba regulada la adopción en la Sección III Familia, en el Artículo 75 que literalmente regulaba: “Se instituye la adopción en beneficio de los menores de edad la ley reglamenta esta materia”. Artículo 76, “No se reconoce desigualdad entre los hijos; todos, incluyendo los adoptivos tienen los mismos derechos”.

En la constitución de 1956 aparece contemplada en el Artículo 91 que regulaba: “La adopción esta instituida en beneficio de los menores de edad. Los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes”.

En la constitución de 1965 se encontraba normada en el Artículo 87 párrafo cuarto y regulaba: “Se instituye la adopción en beneficio de los menores de edad. los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes”.

En la actualidad en nuestra constitución de 1985 se encuentra regulada la adopción en el Artículo 54 que contempla: “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”.

Analizando lo anterior, se distingue que durante el transcurso de éstos veinte años que contemplan del año 1945 a 1965 la Carta Magna ha venido regulando la institución de la adopción instituyéndola desde el punto de vista de beneficiar a los menores de edad para que se constituyan legalmente como hijos de sus adoptantes sin permitir que existan desigualdades entre éstos y los hijos biológicos.

En la constitución de 1985 que es la que se encuentra vigente, el Estado retoma el interés por esta institución y enmarca un reconocimiento y una protección a la adopción, al adoptado le reconoce la condición de hijo del adoptante y por lo tanto declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y abandonados.

Por lo anterior es importante distinguir que los factores que hay influido en el desarrollo de esta institución han sido la orfandad y el abandono los rasgos dominantes del niño y la niña candidatos a la adopción, aún y cuando es sabido que no todos los niños huérfanos y abandonados, tendrán la oportunidad de formar parte de una familia; este problema se vio incremento con el conflicto armado interno que durante más de treinta años, y fue que hasta la firma de los Acuerdo de Paz entre la Guerrilla y el Estado dejaron tanto huérfanos y desvalidos que fueron puestos a disposición de hogares temporales y centros de beneficencia cuyos destinos se presumen fueron dados en adopciones internacionales, y éste, es el problema del abandono y la orfandad que se incrementen las adopciones sobre todo en el ámbito internacional.

Sin embargo, otro factor de primordial importancia lo es también el desempleo y la economía familiar, el cual resulta a la larga un gran beneficio para quien se ve afectado por esta situación, recurrir a la adopción y que mejor que hacerlo a la nivel internacional la cual en la actualidad es muy bien pagada y por lo tanto, viene a solventar, por así decirlo momentáneamente, la crisis económica y el desempleo que afecta en la familia dando como consecuencia que de esta manera muere a la vida práctica y se pierde la verdadera función para la cual fue creada la adopción, la cual es procurarle un hogar al menor y no así la solución de problemas económicos familiares.

4.1.2. Código civil

En nuestro Código civil vigente Decreto Ley 106, se reconoce la adopción como un acto jurídico de asistencia social, siendo importante resaltar que un matrimonio para que pueda adoptar a un niño, niña o joven debe existir el consentimiento de ambos para considerar al menor como hijo del matrimonio, además se da la opción a que pueda ser adoptado con su propio consentimiento un mayor de edad, siempre que hubiere existido ésta de hecho durante su minoría.

Por su parte el adoptado tiene la calidad de hijo y se le reconoce que debe ser considerado, tratado y presentado como hermano, aunque no exista derecho de sucesión recíproca. Asimismo, en lo que se refiere a la revocación se estipula de conformidad con el inciso segundo del Artículo 247 del Código civil establece que la adopción puede ser revocada: "...por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable en sus bienes...", norma legal que no indica que esos mismos bienes pudieron haber sido del adoptado, ya que según el Artículo 241 del mismo cuerpo legal regula que: "...si el menor tiene bienes, el adoptante deberá presentar inventario notarial de los mismo y constituir garantía suficiente a satisfacción del Juez..." Hacemos alusión a esto, debido a que en ningún momento nos indica que los bienes serán devueltos al adoptado si la adopción fuera revocada, o por cualquier otra causa. Esto no indica que la Ley se inclinó desde 1886 hacia la convivencia únicamente del adoptante.

Observamos también, que en el caso de que muriera el adoptante y el adoptado fuera menor de edad, éste regresará al poder de sus padres biológicos o tutor si existiera y en su defecto volverá a la institución de asistencia social de donde procediere, ya que si el niño es dado en adopción se debe a que sus padres no lo pueden conservar en su poder por diversas razones.

En lo relativo a la revocación de la adopción la variantes en el transcurso de la historia no ha cambiado mucho, por lo que cabe mencionar que se regulan cuatro causales que pueden motivar la revocación de ésta relación entre adoptante y adoptado como son: *el de atentar contra la vida y el honor del adoptante, pero no solamente de*

él, sino también de su cónyuge, ascendientes o descendientes, si causare maliciosamente al adoptante pérdida en sus bienes o si éste a sabiendas que el adoptante se encuentra física o mentalmente enfermo o necesitado lo abandonare.

Haciendo una síntesis de la adopción en el transcurso de la legislación guatemalteca se ve que ha pasado por cuatro etapas.

- a) Del año 1877 en la que hace su aparición a la vida jurídica la figura de la adopción;
- b) Del 27 de mayo de 1931 fecha en que se aprueba y se ordena su reincorporación a la Ley y el 13 de mayo de 1933 en la que nuevamente se ordena la suspensión del ordenamiento jurídico;
- c) Del 5 de mayo de 1947 a 1965 fecha en que el Congreso emite el Decreto 375 y aprueba el Decreto 63 en el que reaparece la adopción como se establece actualmente en el Decreto Ley 106;
- d) La aprobación del Decreto Ley 106 Código civil en donde aparece regulada la adopción y el cual se encuentra vigente.

Finalizamos haciendo alusión que en la actualidad la adopción se establece por escritura pública mediante la autorización judicial, o como lo establece la ley respectiva a través de intervención notarial. Norma que es aplicable a todo ámbito de adopción sea nacional o internacional, regulando además que los extranjeros que deseen adoptar a un menor en Guatemala, deberán formalizar de acuerdo con las disposiciones legales que rige la institución de la adopción.

4.1.3. Código procesal civil y mercantil

Encontramos ahora que dentro del Decreto Ley 107 Código procesal civil y mercantil se encuentra regulada la jurisdicción voluntaria iniciando en su Artículo 401, sin embargo, en ninguna norma encontramos regulada en sí la adopción, a pesar de que la misma se puede realizar de manera notarial dentro de las diligencia de jurisdicción voluntaria lo que nos indica y marca es la pauta para que la tramitación se de de acuerdo a la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

4.1.4. Ley de Tribunales de Familia

Esta ley contempla el procedimiento notarial de la adopción únicamente en los casos que deben de tramitarse en procedimiento especial dentro de la jurisdicción privativa de los Tribunales de familia.

4.1.5. Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria

El Decreto 54-77 del Congreso de la República, cual faculta a los Notarios del país para que puedan llevar a cabo el trámite de las adopciones en la vía voluntaria, estableciendo los lineamientos y el procedimiento necesarios para la tramitación de la adopción internacional en sus Artículos 28 al 33. Es de suma importancia resaltar el Artículo 33 del mismo cuerpo legal en mención ya que establece que: “en la escritura de adopción deberá comparecer el adoptante y los padres biológicos del menor o la persona que ejerza la tutela.”

En apariencia es un trámite muy sencillo que implica que el Notario realice dichas diligencias cumpliendo con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, recalcando que es en el transcurso de esos trámites donde se decide el futuro de un niño que será dado y no basta cumplir con ellos sino que es necesario que exista un ente fiscalizador confiable y seguro, a la vez de un registro de seguimiento de las

diligencias para que no solamente quede archivada en un registro sino que pueda tenerse un contacto, información y actualización del estado del menor.

Es lamentable que en un país como el nuestro exista abuso de poder y emplearlo sobre aquellos que no lo tienen aprovechándose así de los más débiles, valiéndose de Notarios jóvenes e inexpertos para dejar plasmados esos actos y negocios jurídicos de adopción de menores sin que figure en esos documentos una persona identificada que contraiga la responsabilidad que ello implica. Esto ha dado lugar a que aprovechándose de la fe pública de la cual está investida el Notario se concierten jugosos negocios de adopción, poniendo en mal el profesionalismo, moral y ética de otros Notarios honestos que con tanta dignidad han sabido llevar y respetar los principios profesionales de la carrera.

4.1.6. Ley de adopción

En 1947 el Congreso de la República de Guatemala aprobó el Decreto 375 Ley de adopción, misma que constaba de 22 Artículos considerando que era conveniente en beneficio de los menos desvalidos dictar disposiciones que tiendan a incrementar la asistencia social.

Consideraba la adopción como una institución de asistencia social debido a que se toma como hijo propio a quien no lo es por naturaleza, además estipulaba normas como las de que la adopción no constituye estado civil ni parentesco entre adoptante y adoptado, pero que producía entre ellos los mismos derechos y obligaciones que la ley establece entre padres e hijos entre otros.

Se notó con la implementación de este Decreto un avance significativo en cuanto a la adopción, pero hay que considerar que éste fue derogado por el Decreto Ley 106 actual Código civil, pero a pesar de no ser vigente forma parte de la regulación en materia de las adopciones.

4.2. Causas a nivel internacional que inciden en las adopciones

4.2.1. Crecimiento poblacional

“El crecimiento poblacional mundial es una de las causas más trascendentales debido a las grandes tasas de fecundidad existentes, a su vez las situaciones de ignorancia por falta de educación, desempleo y violencia intrafamiliar es lo que ha dado lugar a que día con día nazcan niños que no son deseados por sus futuros padres, mismos que en ningún momento han planificado un futuro prometedor al producto de su concepción teniendo así éstos pocas posibilidades de desarrollo en todo sentido.”³⁴

En países subdesarrollados como el de Guatemala la situación de extrema pobreza se vive día con día ya que no existe control por parte del Estado a través del Ministerio de Salud Pública en cuanto a la vigilancia que debe llevarse para poder ofrecerle a la población una política de salud adecuada, garantizando un nivel de natalidad adecuado para ofrecer a los niños un crecimiento económico, académico, social y político. Cuando decimos que los niños deben ser el objetivo primordial de las medidas que se adopten para proteger y respetar sus derechos, hay tres pautas que deben ser de suma importancia para los niños en situaciones de riesgo, descuido y abandono siendo éstas:

- a) “El descuido y abandono de niños son principalmente el resultado de la pobreza y la indigencia. Las familias numerosas, falta de educación, un control de natalidad, la ruptura del núcleo familiar, la debilitación del papel desempeñado por la familia extensa, la violencia intrafamiliar, el alcoholismo y la drogadicción, los problemas de salud, con todas consecuencias de la pobreza y la indigencia.”³⁵

- b) “En los países económicamente débiles, el internamiento de instituciones es a menudo la respuesta automática para los niños que necesitan cuidado y protección. Sin embargo, la institucionalización provoca efectos negativos en el desarrollo del niño, no favorece el desarrollo psicológico, emocional, social, intelectual o incluso físico del niño. Además en muchos países, las instituciones se encuentran con poco presupuesto y mal gestionadas, a su personal le falta

³⁴ Wilde, Zulema, **Adopción nacional e internacional**, pág. 287.

³⁵ Larios Ochaíta, Carlos, **Manual de derecho internacional privado**, pág. 87.

formación y también carecen de una supervisión adecuada, por lo que ni siquiera llegan a cubrir las necesidades básicas de los niños.

Algunas personas a sabiendas de la situación imperante se oponen a la adopción internacional, pues sostienen que los niños tienen derecho a ser educados dentro de sus propias comunidades, pero al mismo tiempo, están dispuestos a dejar que éstos se debiliten en instituciones en las cuales se ignoran o violan los derechos fundamentales del niño.”³⁶

- c) La adopción internacional puede dar lugar a prácticas que generen importantes riesgos para los niños y sus familias biológicas, pues constituye con demasiada frecuencia un medio por el que parejas o personas individuales tanto nacionales como extranjeras satisfacen su deseo de tener un hijo y formar una familia, sin prestar atención al interés superior del mismo.

Es por ello que la adopción debe considerarse como una medida social y legal para proteger a los niños, dicha responsabilidad debe recaer en el Estado o Estados implicados para ejercer un estricto control por parte de sus organismos, dictar y aprobar leyes que sean implacables al momento de castigar el tráfico y comercialización de éstos.

4.2.2. Extrema pobreza

Vivimos en un mundo en donde el sesenta por ciento de toda la población es eminentemente pobre, continentes como el Americano y Africano son marco perfecto para que las adopciones se lleven a cabo libremente. Debido a que los Estados no cuentan con políticas de protección de la familia lo que contribuye a que la venta de niños y niñas se convierta en una forma de vida para muchos, especialmente cuando el núcleo familiar carece de recursos económicos y no cuentan solución ni apoyo para solventar dicha problemática. Dicha situación se manifiesta incluso antes del nacimiento ya que existen personas que se encargan de buscar a madres en estado de gravidez para comprar al futuro hijo que está por nacer dándoles incluso un precio en algunas

³⁶ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 85.

ocasiones insignificante pero que para el nivel de necesidad económica existente genera un jugoso negocio para las madres.

4.2.3. Intereses particulares para la adopción

A nivel internacional lo que prevalece en la actualidad en las adopciones internacionales son los intereses particulares de muchas familias extranjeras que por diversas circunstancias desean tomar como hijo propio al de otra persona (adopción), ya sea a través de un Abogado, un Notario o de una agencia de adopciones legalmente constituida. Esto se da muy a menudo, puesto que las personas que desean adoptar a un infante lo hacen solamente tomando en cuenta su interés o conveniencia particular con lo cual se está violando el interés superior que debe prevalecer que es el del niño, mismo que no se encuentra resguardado por ninguna autoridad o Estado que permita determinar con certeza el origen de los niños y niñas que salen en adopción.

4.2.4. Niños abandonados

Hablamos de abandono de infantes pero en muchas ocasiones desconocemos las causas que dan origen a tan situación, es por eso que se recalca que los factores que dan surgimiento a ello son: *la violencia intrafamiliar, la desintegración del hogar, la falta de recursos económicos, el desempleo, la drogadicción, el alcoholismo, entre otras.*

Los niños que vemos cotidianamente abandonados ya sea en las calles o en instituciones de resguardo estatal (guarderías), son producto de la irresponsabilidad de aquellos padres que por su estado económico o nivel de educación y madurez dejan desamparados a su suerte. Existe en el mundo un gran número de niñas y niños que de cierta forma han sido institucionalizados por abandono, pidiendo limosna, drogándose, prostituyéndose, robando o que son violentados en sus derechos al momento de que son traficados por personas inescrupulosas para fines inhumanos, sin escapar de aquellas que poseen buenas intenciones de formar un hogar y brindarles un hogar prometedor.

Es lamentable observar como en los Estados del mundo no existe una política de resguardo de la niñez desamparada (por diversas situaciones), es por ello que el método más ágil y de descargo para los gobiernos es la *adopción*, que a nuestro criterio es importante para que aquellos niños puedan tener mejores oportunidades de vida y superación, lo que no se acepta desde ningún punto de vista es que ésta institución se ha venido desvirtuando con el transcurrir de los años ya que como recalcamos no existe control por parte de los gobiernos ni de las instituciones encargadas de dar a un niño en adopción, sino que por el contrario, se ha venido prestando para que se tramite ilegalmente con fines de lucro violentando a todas luces los Derechos Humanos de la parte más desprotegida de la sociedad que es la niñez.

4.2.5. Bajo nivel de escolaridad de los padres

Como de todos es sabido el nivel de analfabetismo a nivel internacional y más marcado a nivel de Latinoamérica y África es elevado, la falta de presupuesto de los países el alto número poblacional y la escasa política escolar es factor determinante para que los padres no le puedan dar un nivel de vida a sus hijos, es por ello que recurren a darlos en adopción.

Un estudio realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, “comprueba que la relación estadística directa entre carencia de educación, pobreza, y nivel de escolaridad es elevado a nivel mundial.”³⁷ La falta de estudio aunado con el desempleo genera que los padres den a sus hijos en adopción ya que de ellos no recibirán un futuro prometedor, es por ello que los Estados deben de poner énfasis a una política de educación y alfabetización en pro de la familia y no permitir la desintegración de ésta; cumpliendo así, con la legislación interna de cada Estado y garantizarle a los habitantes un nivel de vida mejor e impidiendo que la solución más pronta y cómoda sea la de dar a su hijo en adopción directamente o a través de las instituciones creadas para el efecto.

4.3. Etapas para llevar a cabo las adopciones internacionales

³⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, **Ob. Cit**; pág. 45.

4.3.1. Primera etapa

Toda solicitud que requiera una adopción internacional debe ir siempre acompañada de los documentos siguientes:

- a) “Apoderado judicial en Guatemala (se comprueba con el testimonio de la escritura pública);
- b) Informe socio-económico de los adoptantes;
- c) Informe financiero (balance) de los adoptantes;
- d) Carencia de antecedentes penales;
- e) Autorización del Gobierno de la República de origen de los adoptantes;
- f) Certificación de la constancia matrimonial de los solicitantes;
- g) Certificación de nacimiento de la pareja solicitantes;
- h) Certificado médico (de los adoptantes);
- i) Tres cartas de recomendación que den fe de las cualidades de los solicitantes (declaración bajo juramento);
- j) Constancia de los salarios devengados por los solicitantes; y
- k) Dos fotografías recientes de los solicitantes.”³⁸

Todos éstos documentos deben presentarse fehacientemente con sus respectivos pases de ley o enviarse por correo vía e-mail al hogar o aludido, quienes a su vez entregarán los documentos referidos al apoderado acreditado en Guatemala para que éste los prepare y los devuelva nuevamente al hogar.

4.3.2. Segunda etapa

Ésta por su naturaleza implica que se de la espera de los solicitantes en lo que el hogar selecciona al niño que se adecue al matrimonio que solicita.

“Una vez realizada la elección del hogar con respecto al niño se los presenta a los solicitantes y si el matrimonio lo acepta, el hogar que tienen a su cargo el niño notifica al

³⁸ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 98.

apoderado para que se proceda a faccionar un instrumento público de compromiso, por medio del cual el Gobierno en éste caso de Guatemala a través del hogar confía al menor en vía de aprobación por un plazo de seis mese al matrimonio y a través de esa escritura pública el matrimonio nombra a una persona que intervenga como garante el cual actúa con responsabilidad solidaria adoptiva en cuanto de las obligaciones contraídas en Guatemala, en la cual se compromete a que terminado el período probatorio sea autorizada la adopción la legalización correspondiente, quien a su vez presentará los documentos debidamente firmados y concluir el trámite en un año como período máximo.”³⁹

Durante el período de prueba, el matrimonio solicitante será visitado por una trabajadora social misma que efectuó el informe inicial. Ésta obligación es relativa, ya que en el supuesto que los adoptantes vivan en España será difícil la comprobación de las relaciones inter-filiales de la derivación del vínculo adoptivo.

En el caso de la tramitación voluntaria notarial directa, dicha etapa es irrelevante ya que el mandatario se encarga de dar a conocer al niño a través de fotografías y otros medios, a efecto de que el menor reúna las cualidades que los adoptantes desean, así como de realizar todas aquellas diligencias necesarias para que finalmente se otorgue la escritura de adopción correspondiente y la posterior entrega del menor a los padres adoptantes.

4.3.3. Tercera etapa

Corresponde a la última etapa en cuanto a adopción internacional se refiere, en ésta se llevan a cabo todos los trámites legales propiamente dichos, el procedimiento de las adopciones sean extrajudiciales o judiciales es el mismo, ya sea éste para los extranjeros como para los nacionales.

Por último el testimonio de la escritura pública se envía a los adoptantes, para que procedan en su país de origen a ejecutarla y con ello, solicitar la ciudadanía legal del

³⁹ Larios, **Ob. Cit**; pág. 106.

adoptado conforme a las leyes vigentes del país de los adoptantes.

En cuanto a la adopción internacional tramitada ante un Notario, el mandatario de los adoptantes debe poner a la vista del Notario que realizará las diligencias voluntarias de adopción internacional la documentación siguiente:

- “Mandato judicial con representación otorgado a favor de un Abogado y Notario;
- Certificación de la partida de nacimiento del menor a adoptarse;
- Acta notarial de consentimiento para dar en adopción al menor, otorgada por la madre natural o biológica;
- Copia legalizada de la cédula de vecindad de la madre natural o biológica;
- Certificación de matrimonio de los futuros padres adoptivos;
- Carencia de antecedentes penales de los padres adoptantes;
- Autorización con fines de adopción otorgada por la entidad correspondiente en el país de origen de los adoptantes;
- Informe socioeconómico de los padres adoptantes realizado en el país de éstos;
- y
- Dos declaraciones testimoniales rendidas bajo juramento solemne de ley.”⁴⁰

En cuanto al trámite hecho ante Notario esbozamos a grandes rasgos las fases que se deben llevar a cabo, siendo éstas:

- a) Acta de requerimiento; en la cual el requirente deberá presentar al Notario la documentación que exige la ley (prueba documental);
- b) Primera resolución; proferida por el Notario en la cual se da inicio a las diligencias voluntarias de adopción, se recibe la prueba documental y se da audiencia a la Procuraduría General de la Nación;
- c) Notificación de la primera resolución; a las personas interesadas en el asunto;
- d) Remitir el expediente a la Procuraduría General de la Nación; para que se pronuncia acerca del caso y emita su dictamen favorable o no;
- e) Con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación; el Notario procederá a dictar el auto final;
- f) Faccionamiento de la escritura pública; en la cual comparecerán los padres

⁴⁰ Larios, **Ob. Cit**; pág. 107.

biológicos del menor y los adoptantes;

- g) Anotación del Testimonio de la escritura de adopción; esto se da al margen de la partida de nacimiento del menor en el Registro Civil respectivo; y
- h) Por último se remite el expediente al Archivo General de Protocolos; para su guarda, conservación y custodia.

4.4. Principales anomalías en el proceso de las adopciones internacionales en Guatemala

4.4.1. Antecedentes

A través de la historia, en el transcurso del proceso de las adopciones sean nacionales o internacionales pueden producirse violaciones a los derechos fundamentales de los niños, tomándose a veces como justificación de que se está llevando a cabo una acción humanitaria y, que de algún modo, al infante le cambiará la vida con una familia económicamente estable y con país que ofrece mejores oportunidades.

En acciones y procedimientos ilegales de adopción, intervienen personas criminales de todo tipo y parejas dispuestas a llevar a cabo dichas arbitrariedades contrarias a la Ley imperante en cada país, con fin de asegurar un jugoso negocio en cuanto a adopciones se refiere.

Distintas formas y métodos se ponen en práctica, y el gran número de personas que pueden llegar a intervenir en el proceso de adopción. Son claros los ejemplos de lo difícil que resulta la protección de los derechos del niño en el ámbito de las adopciones internacionales, ya que se presenta aún todavía más complicado el panorama cuando en muchos de los casos por no referirnos a la mayoría que se tienen que observar características formales en el procedimiento que se realiza de acuerdo a la Ley cuando la realidad no lo es.

Según un informe de la relatora especial de las Naciones Unidas para la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil: “aduciendo que la práctica común e ilegal sigue existiendo dentro del proceso de adopción internacional en Guatemala, por lo que es posible que las personas que se encuentra involucradas ocupen situaciones privilegiadas.”⁴¹ Dentro de éstas se encuentra involucrados Abogados y Notarios, Doctores y Jueces inescrupulosos que actúan dentro de la legislación interna del país,

⁴¹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, **Ob. Cit;** pág. 60.

robando bebés en países vecinos y exportándolos a Guatemala u otros países a través de la adopción.

El robo y la venta de bebés en Guatemala dentro del proceso de la adopción internacional, son tan sólo algunos de los muchos resultados perjudiciales encontrados dentro de los numerosos informes rendidos por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, anomalías que se han venido dando a través de los años por lo que creemos necesaria su difusión.

4.4.2. Las adopciones ilegales

Se ha dado y se ha venido dando que se han encontrado pruebas en contra de los hospitales en donde falsifican certificados de nacimiento a trabajadoras sociales, facilitando la declaración de abandono por parte de las madres hacia sus hijos, aduciendo de que los niños se encuentran gravemente enfermos y por ello se rompe el vínculo de parentesco existente.

Dicha anomalía se complementa con el soborno a funcionarios locales o de Gobierno central, para asegurarse que las resoluciones que se emitan sean favorables a estos criminales. “Las declaraciones falsas de nacimientos, de maternidad o paternidad son llevados a cabo sin que exista un control directo y confiable por parte del Estado, ya que se han dado casos en los cuales los mismos parientes o una madre fingida de los niños renuncia a ellos alegando ser la madre biológica, cuando la realidad es que solamente son personas que han estado al cuidado de los niños durante un cierto período de tiempo.”⁴²

Otra de las formas de conseguir niños para darlos en adopción se lleva a cabo engañando o drogando a las madres embarazadas y analfabetas para que pongan la impresión dactilar de su pulgar derecho en formularios de papel oficial de los Tribunales de Justicia, los cuales posteriormente son llenados con datos personales falsos para facilitar con esto la adopción.

⁴² Operti, **Ob. Cit;** pág. 121.

Por otro lado, existen Abogados sin ética por llamarlos así, que amedrentan o amenazan a las madres forzándolas a separarse de sus hijos para obtener su propósito y en muchos de los casos las progenitoras nunca llegan a recuperar al infante o se ven temerosas y vencidas por el nivel de poderío e influencias que éstos representan.

La figura de la adopción en ningún caso se institucionalizó para éstos fines, sino que se previó la necesidad de que se conformarían hogares con hijos en donde no los había como un acto de amor paternal, mismo que son bien vistos siempre y cuanto lleguen a cumplir con ese objetivo para lo cual fue creado. Por ésta y muchas razones el proceso de adopción debe de ser defendido de aquellas arbitrariedades y manipulaciones al cual es ya sometido y devolverle a la legislación el poder y el control de ejercerla conforme a la ley.

“En muchos países de Latinoamérica existe una legislación débil y poco o nulo control en el tema de adopciones lo que conduce a que se lleven a cabo diversas arbitrariedades y anomalías serias en el proceso de adopción. Es por ello que la Comunidad Internacional previó todos éstos acontecimientos con la creación e implementación de la Convención de los Derechos del Niño, para protegerlos y no ser privados del seno familiar y que el Estado garantice la asistencia hacia éstos.”⁴³

4.4.3. Adopciones con fines comerciales

El relator de los Derecho Humanos de la Naciones Unidas, en su informe sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hace alusión: “que es el procedimiento, no el fin lo que persigue el aspecto comercial.”⁴⁴

La trata de niños es una situación que implica una tolerancia de una gran red de individuos, que en muchas ocasiones ni siquiera se conocen entre ellos ya que única y exclusivamente se dedican a buscar a mujeres embarazadas y ofrecerles cierta

⁴³ Bidart Campos, Germán, **La adopción y la patria potestad de los padres de sangre**, pág. 48.

⁴⁴ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, **Ob. Cit**; Pág. 33.

cantidad de dinero con tal de obtener sus propósitos, llegando hasta a utilizar la fuerza física o psicológico en contra de éstas con tal que hagan entrega del producto de su concepción.

Debido al alto nivel de demanda que conllevan las adopciones de una forma ilegal, es que en la actualidad las mismas mujeres consientes del delito que están cometiendo y con tal de percibir grandes cantidades de dinero se embarazan al azar para después del parto entregarlos a personas inescrupulosas que se dedican a este tipo de negocios y puesto en un país como el nuestro en que todavía no nos acogemos a un Tratado o Convenio internacional, el riesgo o las consecuencias de sus actos quedan impunes.

No es concebible como algunas madres o padres biológicos entregan a sus hijos menores a cambio de bienes de consumo tales como: *incentivos económicos, casas de habitación, automóviles, perdón de condenas o extinción de persecuciones penales.*

4.4.4. El Robo de niños

El robo de menores puede llevarse a cabo de diferentes maneras: *desde el secuestro del infante, organizar un raptó por medio de una organización bien estructurada que se dedica a éstos actos de bandalismo, amedrentar a las madres, forzarlas a entregar a los menores recién nacidos, chantajes, etc.*

Se ha establecido que en Centroamérica son casos muy frecuentes de que ciertos funcionarios de Gobierno, se ven involucrados en la recepción de menores que habían sido secuestrados a familias de escasos recursos económicos, escondiéndolos en centros clandestinos destinados al cuidado, protección y alimentación de los infantes, e inclusive en particulares ocasiones en la propia morada de éstos funcionarios que posteriormente vendían a los niños a parejas extranjeras por cantidades de dinero elevadas.

Estas anomalías también se pueden llevar a cabo especialmente con madres solteras adolescentes, al incitarlas a que renuncien a su futuro hijo recién nacido,

presionándolas de manera moral o religiosa haciéndoles saber que un hijo fuera del matrimonio es pecado mortal y que los padres de la futura madre no lo permitirían. Otra de las justificaciones de las cuales se valen los traficantes de niños es que un niño siempre va a estar mejor con una pareja de casados que con una madre soltera con pocos recursos para poder subsistir, ya que ésta no cuenta con los medios suficientes para poder sobresalir. En varias ocasiones se ha dado el caso de que informan mal intencionadamente a las madres haciéndoles creer de que el niño ha muerto o nació muerto, posibilitando así la salida del niño de la maternidad en forma anómala.

4.4.5. Alquiler de vientres o mamás canguro

“Éste fenómeno se ha venido dando desde años atrás pero no con fines comerciales ni ilegales como se da en la actualidad, el mismo se lleva a cabo cuando una madre ofrece su vientre para gestar a un nuevo ser quien es inscrito posteriormente a nombre de la madre biológica y entregarlo en adopción.”⁴⁵

Al mismo tiempo, en el mismo proceso se ha evidenciado que en el transcurso del parto del bebé es entregado a una madre supuesta o a los adoptantes verdaderos, quienes directamente hacen la inscripción del infante en el Registro Civil respectivo como hijo de la pareja, dando lugar con ello a persecución penal por el delito de *suposición de parto*, tipificado en nuestro Código penal en su Artículo 238.

Por lo avanzado de la tecnología en la actualidad existen varios sitios en la Internet, en los cuales se ofrece a la venta con fotografías incluidas decenas de niños de diferentes edades producto de la concepción de estas madres canguro a elevadas cantidades de dinero. Éstos hechos están ligados siempre a la compraventa de niños y niñas en la cual se encuentra involucrados por lo general médicos, obstetras o comadronas, empleadas de centros asistenciales estatales o privados, Abogados y Notarios que se prestan para llevar a cabo dichos actos delictivos *inaceptables*.

4.4.6. Tráfico de niños guatemaltecos

⁴⁵ Díaz de Guijarro, Enrique, **El parentesco adoptivo, su real extensión y alcance**, pág. 3.

Otro de los factores determinantes y anomalías en el proceso de adopción es la situación del tráfico de niños guatemaltecos, de la cual Francia es uno de los más potenciales consumidores de ésta aberrante práctica seguida de Estados Unidos de Norteamérica. Guatemala ocupa el cuarto lugar en el mundo en cuanto a la exportación de niños recién nacidos, después de China, Rusia y Corea del Sur, la mayoría de los potenciales padres adoptivos son de buena fe, los documentos legales que les procura la Embajada de Francia radicada en Guatemala están conforme a derecho y se llevan a cabo de acuerdo a las leyes francesas, pero un aspecto importante y que no se debe dejar pasar por alto es el destino del menor ya que a ciencia cierta no se puede comprobar si es seguro y correcto.

Los altos ingresos que suministran las adopciones internacionales constituyen un poderoso incentivo para la existencia y proliferación de personas bien organizadas que se dedican a este fin, ya que en Guatemala por la falta de una legislación sobre la materia y la ausencia de un efectivo control estatal se ve vulnerada, asediada y elegida para llevar a cabo el tráfico de menores.

De acuerdo a un registro llevado por la Procuraduría General de la Nación: “en el año 1996 fueron aprobadas 731 adopciones, revelando que en el año de 1997 se dieron 1252 adopciones internacionales, desde Guatemala. En 2005 esta situación aumentó a 1323, de las cuales la información revela que el 60.34% de los bebés que fueron dados en adopción al extranjero por Guatemala, tenían como destino los Estados Unidos de Norteamérica, 12.11% a Francia, 6.33% a Canadá, el 5.21% a España y el 2.33% a Italia. Ese mismo año Guatemala realizó entre 1980 y 2200 adopciones internacionales, con un promedio de 185 adopciones por mes, es decir más de siete adopciones por día.”⁴⁶

4.5. Consecuencias que se generan a raíz del procesos anómalos de adopciones internacionales

4.5.1. Para el niño dado en adopción

⁴⁶ Procuraduría General de la Nación, **Informe sobre adopciones**, págs. 65, 66 y 67.

El hecho de exigir que se resten a todas luces los derechos fundamentales del niño durante el proceso de las adopciones nacionales o internacionales, “no es solamente es una situación moral sino de ética y de respeto del ordenamiento jurídico imperante en un Estado de derecho, ya que esto implica que la violación a los mismos trae consigo repercusiones negativas de tipo social y psicológico para el niño que va a ser dado en adopción como es el hecho de ser privado del seno familiar.”⁴⁷

Es por ello que se recalca lo regulado en el Artículo 30 del Convenio de la Haya cuando establece que: “los Estados contratantes deberán asegurar la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño”, lo cual significa que el niño tiene derecho a una identidad misma que lleva implícita el derecho a conocer sus orígenes.

De ahí la importancia que resulta cuando se recurre a procedimientos ilegales durante el proceso de adopción internacional, ya que se está poniendo en peligro la identidad del menor, tal es el caso del tráfico de niños puesto que aquí desaparece toda posibilidad de acceder a una información relativa a la familia del niño que es sustraído.

⁴⁷ Bidart, **Ob. Cit**; pág. 55.

Es por ello que se ve necesario que la autoridad competente del país de acogida garantice mediante un estudio previo, que los futuros padres adoptivos sean considerados capaces e idóneos para poder adoptar a un menor. En las adopciones internacionales es imperante que los padres adoptivos tengan además de una capacidad general para la paternidad, que deban estar en capacidad de llevar a cabo el manejo de los aspectos relacionados con la diversidad racial, cultural y nacionalidad de la adopción.

El simple hecho de que el niño desconozca sus orígenes biológicos y familiares trae consecuencias jurídicas de convivencia social y de adaptabilidad del menor hacia sus padres adoptivos, generando con esto molestia y un grado de incertidumbre del futuro del menor ya que no existe en la actualidad ni un medio de control adecuado ni legislación internacional adoptado por Guatemala.

Por lo anterior es conveniente que en las adopciones internacionales los futuros padres adoptantes además de llenar y cumplir con todos los requisitos necesarios para optar a la misma, previa aprobación de las autoridades competentes y después de haberse realizado un estudio socioeconómico dentro de la comunidad en la cual residen se cumpla con comprobar fehacientemente la información fidedigna del matrimonio que requiere al niño, estado de salud física y emocional, motivación de la adopción, referencias positivas y apoyo emocional de los parientes, entre otros.

4.5.2. Para la infancia en general

Las diferentes consecuencias debidas a las anomalías en el proceso de adopción van más allá del niño que va a ser dado en adopción, el hecho de que se lleven a cabo tantas adopciones internacionales viciadas afecta potencialmente a todos aquellos niños que han sido abandonados en países como el nuestro, o que corren el riesgo de serlo.

Una de las situaciones que perjudica a la niñez en general es: “el hecho de que al salir a la luz pública todos aquellos escándalos relacionados con las adopciones

internacionales, suele suceder en los países de origen que prohíban todo tipo de adopciones internacionales, medidas que afectan en forma negativa a aquellos niños y familias en cuyos casos se ha demostrado que éste tipo de cuidado es necesario y determinante para poder ofrecer un futuro mejor y un nivel de vida adecuado para los menores que han sido abandonados, maltratados o dejados en la orfandad.”⁴⁸

Para evitar que se ponga en riesgo a la niñez en general la autoridad competente de cada país garantice mediante un estudio previo que los padres adoptivos sean los idóneos para tal fin, lo cual se debe llevar a cabo después de la adoptabilidad del niño lo que significa que se haga una exhaustiva selección de la familia más apropiada para un niño determinado, teniendo en cuenta la historia, las características y la necesidad de los niños a nivel mundial. Dicha situación se debe dar asumiendo responsablemente por parte el país de origen de la asignación de una familia idónea mediante un estudio serio preparado y aportado por el Estado de acogida, ya que de ello depende el éxito o fracaso de la adopción y el futuro y bienestar de los niños.

4.6. Importancia de la ratificación por parte de Guatemala del Convenio de La Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional

4.6.1. Amplitud de la legislación interna

Debido a que nuestro ordenamiento jurídico interno se encuentra en un estado de indefensión y puesto que la adopción se encuentra regulada solamente en el Código civil guatemalteco, dando éste la pauta para que la misma sea tramitada judicial o extrajudicialmente en base a lo regulado por Código procesal civil y mercantil y la Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, es que se han venido dando una serie de violaciones a los Derechos Humanos de los niños que se encuentran abandonados o reclusos en centro de adopción, principalmente al principio de conservación del interés del infante que debe prevalecer ante todo que éste se encuentre en poder de sus padres y en seno de la familia.

⁴⁸ Díaz, **Ob. Cit**; pág. 37.

Es por ello que se hace necesario que se apruebe de inmediato mediante el procedimiento interno legal adecuado que impera en nuestro país el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional celebrado en la XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 29 de mayo de 1993, para que se fortalezca así nuestra legislación interna en materia de Derechos Humanos, estableciendo con esto las bases y parámetros legales en las adopciones internacionales.

Al momento de que Guatemala sea parte del Convenio entrarán en vigencia por ende todas las normas que éste regula, adecuándose de manera armoniosa a nuestra legislación proveyendo de una herramienta básica y fundamental a Jueces, Abogados y Notarios e instituciones que se dedican a tramitar la adopción, dotando con esto al Estado para tomar prioritariamente las medidas necesarias para mantener al niño hasta donde sea posible en su familia de origen, pasando la adopción en último caso el recurso que se agote siempre en bienestar de los niños. El presente Convenio resulta por demás interesante para Guatemala no solamente por ser una normativa internacional, sino porque permite así marcar los avances que en materia legislativa se han obtenido.

En un estado de derecho democrático como el nuestro es inconcebible que pese a existir un ordenamiento jurídico específico y bien marcado no se cumpla a cabalidad, sea por un mal procedimiento o por negligencia del ente fiscalizador de las adopciones que en este caso para Guatemala es la Procuraduría General de la Nación, institución que representa al Estado y es la encargada de que a través de su opinión se aprueben las diligencias de las adopciones. Guatemala en la actualidad no cuenta con un instrumento internacional que regule el trámite y proceso que controle las adopciones internacionales, mismas que en nuestro medio se encuentran a la orden del día y con procedimientos ilegales o fraudulentos para conseguirla, pasando por alto los derechos de las familias de criar, alimentar y proteger a sus hijos.

Pese al alto número de demandas que se presentan en nuestro país para que

personas extranjeras adopten a un menor aunado esto con el alto número de natalidad, pobreza, irresponsabilidad de los padres y el desempleo, además el hecho de no existir políticas estatales para poder ofrecer una mejor calidad de vida a los habitantes, por ello es que se hace necesario e imperante que Guatemala ratifique cuanto antes el Convenio sobre adopción internacional logrando así dar un paso enorme en materia política y legislativa, enriqueciendo el ordenamiento jurídico imperante en el país garantizando a la parte más desprotegida de la sociedad y de la familia como lo son los niños un futuro prometedor de acuerdo a las políticas dictadas por el presente Convenio y concordar que exista preeminencia de ésta normativa internacional juntamente con lo regulado en nuestras leyes, ya que de lo contrario seguiremos padeciendo de este mal que día con día toma más auge en nuestro medio.

4.6.2. Existencia de un mejor control a través del Estado

Como lo hemos venido tratando en los capítulos anteriores las adopciones internacionales en Guatemala empezaron a crecer exponencialmente después de que en Honduras se tomaran severas medidas sobre las adopciones de manera ilegal que se suscitaban, al momento de que ese vecino país tomara medida serias y eficaces para luchar contra temido mal es desde ese momento que Guatemala se torno el foco central y vulnerable para explotación, debido a medios y legislación débiles que existen en la actualidad.

Muchas de las violaciones a las leyes y a los Derecho Humanos de los niños se han dado mediante el sistema de adopción ante Notario, puesto que éste constituye una puerta abierta para la corrupción y la coerción por lo ágil y no controlado del proceso, pese a que la madre es entrevistada en la oficina de la Procuraduría General de la Nación y por el Cónsul del país donde será adoptado el niño y a la vez no contar con un medio eficaz como es la prueba del ADN (Ácido Desoxirribonucléico) para el niño y la progenitora y así determinar el grado de parentesco que los une.

Es Gobierno y el Congreso de la República de Guatemala a través de los mecanismos existentes para dictar leyes y en armonía con el órgano encargado de

administrar justicia, deben de pronunciarse en pro de la niñez guatemalteca dictando sanciones severas y concisas en contra de aquellas personas que se dedican a violar los Derechos Humanos de los niños, dejando por un lado conveniencias de tipo económico, político y social, garantizando a la población el bienestar común.

Una vez sea aprobado y ratificado el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional por parte del Estado de Guatemala, se estará contando con una herramienta confiable y positiva para combatir los aberrantes ilícitos de secuestro, tráfico de niños y adopciones ilegales que en muchas ocasiones son cometidas por personas profesionales del derecho y funcionarios de Gobierno, al mismo tiempo se estarán estableciendo vigilancias constantes sobre las adopciones y exigiendo a la Procuraduría General de la Nación un estricto y eficaz control de expedientes y solicitudes de padres extranjeros al momento de que requieran adoptar a un niño guatemalteco. Gracias al Convenio y en base a éste, se faculta a los estados para poder erradicar por completo las adopciones ilegales a través de un seguimiento libre, legal y por escrito de los niños dados en adopción y de los padres adoptantes, logrando así que las adopciones se lleven a cabo de forma legal previo haber realizado una investigación sobre los futuros padres, determinar su aptitud para serlo; a la vez hacer necesariamente una asesoría conveniente y constatar a través de ésta que se hayan cumplido con los permisos otorgados al niño para entrar, residir y permanecer en otro país de una forma legal, minimizando en base a ello el riesgo que el infante sea adoptado no para formar una nueva familia ni para proveerlo de un futuro mejor y de darse el caso permite el Convenio que el infante sea regresado a su país de origen y cesen las violaciones o vejámenes que se encuentra sufriendo.

El control estatal es de vital importancia para que un país tenga mejores oportunidades de superación, por ende, debe de ir de la mano y auxiliarse de políticas internacionales para que no se vea vulnerado su estado de derecho, manteniendo así intactos los derechos elementales y fundamentales de la población en general y con especial énfasis a la familia y a la niñez éstos últimos que representan el futuro de la Nación y merecen desde todo punto de vista todo el cuidado y respeto a su identidad, nacionalidad, credo y raza.

4.6.3. Importancia del convenio para Guatemala

Nos atañe un especial interés porque Guatemala adopte medidas internacionales en materia de adopción siendo éste el caso el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, puesto que en el año 2002 mediante el Decreto 50-2002 el Congreso de la República lo aprobará, mismo que más tarde sería declarado inconstitucional por haber existido violación al procedimiento establecido en nuestra legislación interna.

La adopción internacional se ha venido dando paulatinamente por diversos países dado a que se ha creado una serie de instrumentos que regulan la materia entre los que destacan mencionar la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Aplicables a la Protección y Bienestar de los Niños, el que ha sido adaptado y enfocado desde el punto de vista en las prácticas en materia de adopción y colocación familiar a nivel nacional e internacional. Se cuenta a la vez con la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño, de gran importancia ya que fue producto de aproximadamente setenta años continuos de esfuerzos de la Comunidad Internacional por obtener un instrumento por el cual se reconocía las necesidades y vulnerabilidad de los niños a nivel mundial como seres humanos, incluyéndose una amplia gama de elementos relativos a los niños mundialmente tales como: raza, color, religión, costumbres, tradiciones, valores y lenguas, velando así porque la adopción del niño solamente sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, además, reconocer la adopción en otro país como un medio de cuidar al infante en el caso de que no pueda ser colocado en un hogar de guarda en donde pueda ser atendido.

Es de vital importancia para nuestro país y considerado como una tercera opción en resguarda de la niñez en cuanto a la adopción el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, instrumento completo que se considera ser un buen recurso para la tramitación de las adopciones a nivel

internacional, ya que el mismo establece garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales reconocidos por el derecho internacional. A la vez, insta un sistema de cooperación entre los Estados partes para asegurar el respeto de garantías hacia los niños y prevenga la sustracción, venta o tráfico de niños reiterando el orden de prioridades en materia de protección de la infancia.

Otro de los aspectos muy marcados del Convenio lo constituye el hecho de que anima a los Estados a establecer un sistema de control de gastos y honorarios ocasionados por las adopciones internacionales y confirmar que condena la obtención de beneficios materiales indebidos, sin embargo, no se prevén sanciones penales de ningún tipo para los infractores por lo que los Estados deben de adoptar medidas legales pertinentes, serias y drásticas para éstos. Para lograr la aplicación de éstos aspectos de controles, medidas y principios los Estados parte designarán una autoridad central que se encargará de darle cumplimiento a las obligaciones que la misma impone, no debiendo emitir reserva alguna a los países que la hayan ratificado y aunque en la actualidad Guatemala no es parte se le debe de dar especial reflexión, toda vez que el formar parte de la misma sería un paso trascendental que vendría a ratificar una vez más el proceso de reconocimiento de la adopción a nivel internacional, ya que coadyuva a que el procedimiento de la adopción sea manejado empleando mejores controles y medidas y en consecuencia genera más transparencia en su tramitación.

Se hace alusión en el presente Convenio a un avance significativo en las adopciones representado a través de la actualización de informes psicosocial y económico, puesto que una vez sea aceptado el menor (tanto la autoridad central del país de recepción como los futuros padres adoptivos), las instituciones de asistencia en donde se encuentra albergado el menor, se soliciten y se actualicen los estudios antes de que continúe con el proceso de adopción, estas actualizaciones se harán llegar al órgano jurisdiccional. La idea planteada es la de verificar la situación actual de la pareja buscando una vez más el interés superior del menor adaptando los certificados con una determinada vigencia, con lo cual superado el lapso se deben realizar nuevamente los

trámites para su actualización.

Por último surge un asunto de máximo interés que cabe señalar y es que se establecen informes de seguimiento, llevado a cabo una vez que el menor se encuentra en estado de recepción se hace necesario verificar que el menor está integrado en la familia, adaptado, y, por supuesto ver su estado emocional y de salud principalmente. Estos informes de seguimiento se realizarán semestralmente durante dos años; no obstante, si en esas evaluaciones se determina la necesidad de continuar con el seguimiento, ésta deberá de continuarse hasta por tres años. Un ejemplo muy marcado de ésta tendencia se da en España, ya que el seguimiento lo realizan las autoridades centrales de la comunidad autónoma de residencia de la familia y deberá efectuarse por asistentes o trabajadores sociales acreditados, anexando siempre la documentación que da el visto bueno.

Por el alto grado de indefensión en el que se encuentra la niñez guatemalteca en la actualidad, nos vemos en la necesidad de enfatizar que Guatemala ratifique el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional para fortalecer el ordenamiento jurídico existente, ya que el Convenio en ningún momento afecta a la ley o leyes de un Estado de origen que exija que la adopción se produzca en él mismo ni tampoco que prohíba el desplazamiento del niño al Estado de recepción antes de la adopción, si bien el presente Convenio no admite reserva alguna, admite en cambio acuerdos entre Estados parte para favorecer la aplicación del mismo en sus relaciones recíprocas.

Consideramos también que es de suma importancia la probación de una nueva ley de adopción, en donde fuera exclusivamente el Estado el encargado de regular todo lo que concierne a dicha institución, y con ello lograr que la adopción sea lo que deber ser una institución noble, que signifique conseguirle a un niño una familia y no para la familia un niño. La obligación principal es sin duda alguna la que recae sobre los Gobiernos de los países de origen, puesto que las autoridades de dichos Estados son responsables del bienestar de todos los niños de su jurisdicción, ya que solamente dichas autoridades pueden hacer posible el hecho de garantizar que la legislación y la política consideren la adopción internacional como un programa eficaz de bienestar

social y con ello motivar las condiciones que aseguren su cumplimiento.

Para concluir podemos decir entonces que nuestro país aunque no forma parte de la Convención de la Haya, está dentro del proceso de reconocimiento, toda vez que en nuestra legislación interna (Constitución Política de la República de Guatemala, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Código de notariado, Código civil, Ley de Tribunales de Familia) contempla la institución de la adopción la cual para su tramitación y/o materialización de una u otra manera necesita ajustarse a nuevas corrientes que permitan asegurar aún más los derechos del menor, de sus padres biológicos así como los de los padres adoptes, ampliando y armonizando así nuestra legislación interna en materia de adopción internacional, estableciendo con ello un estricto control por parte del Estado a través de sus entidades encargadas para el efecto combatiendo y erradicando: *la ilegalidad de los procedimientos adoptados, la corrupción, el tráfico y secuestro de niños y la violación de los derechos fundamentales tanto de la familia, de la niñez como de la población en general*, tratando de tomar un papel protagónico y significativo a nivel internacional y generar que desaparezca ese nivel de preferencia que tienen otros países hacia el nuestro. De darse la urgente aprobación y ratificación por parte de Guatemala del Convenio estaremos caminando con pasos agigantados generando mejores oportunidades de vida y superación para nuestros niños.

CONCLUSIONES

1. La adopción como una institución jurídica de asistencia social encaminada a la protección de la niñez, el huérfano y el desamparado, en la cual una persona o personas toman como hijo propio a quien no lo es por naturaleza, cumple con el fin primordial de formar una familia, por lo tanto crea un vínculo reconocido como filiación que nace y emana de la voluntad de las partes que en ella intervienen.
2. La tendencia a explotar el tráfico de niños, la prostitución, pornografía de menores, y *las adopciones ilegales*, se encuentran más marcados en aquellos países tercermundistas o en vías de desarrollo, puesto que no cuentan con legislación nacional e internacional de estricto cumplimiento que se hagan valer al momento de que son planteadas situaciones que vulneran su estado de derecho imperante.
3. Pese a existir en nuestro ordenamiento jurídico normas vigentes y positivas en materia de adopción el Estado, los Jueces y la Procuraduría General de la Nación no cuentan con un instrumento idóneo para controlar y prever la masiva demanda de adopción en nuestro medio, es por ello que se siguen dando arbitrariedades y violaciones a los derechos humanos de los niños y de la familia.
4. La adopción internacional adoptada y regulada por muchos países, permite un nivel de vida mejor a niños y niñas comprendidos los que se encuentran abandonados, en hogares destruidos o en extrema pobreza, siempre y cuando se dé en un ambiente legal y transparente con las medidas necesarias de protección, garantizándoles un futuro promisorio y que la misma llegue a cumplir el objetivo para la cual fue creada.

5. La mayoría de adopciones ilegales que se presentan vienen acompañadas de malos procedimientos o de personas inescrupulosas que se dedican a ello, que se valen en muchas de las ocasiones por el mal manejo y control que el Estado de Guatemala ofrece a la población y a las instituciones creadas para el efecto, a su vez, no se cuenta con una presión a nivel internacional que exija y tome muy en cuenta las marcadas violaciones y vejámenes que sufre la niñez guatemalteca.

6. La aprobación del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional representa un avance significativo y de suma importancia para nuestro país, materializado desde el momento que sea aplicado en forma conjunta y en armonía con las demás disposiciones legales existentes a través de procedimientos legalmente establecidos, los cuales surtan efectos en favor de la parte más desprotegida de la sociedad representada por los niños.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado de Guatemala a través de la Procuraduría General de la Nación tome conciencia de la importancia y magnitud que representa la adopción internacional y de sus fines para lo cual fue creada, empleando y poniendo en práctica medidas que tiendan a garantizar el estricto y fiel cumplimiento de las leyes del país, generando con esto que los niños sean los menos perjudicados al momento de que se autorice su aprobación.
2. En Guatemala se hace necesario adoptar mecanismos internacionales como lo son, la ratificación del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional por medio del Organismo Legislativo, para armonizarlo conjuntamente con el ordenamiento jurídico existente y erradicar por completo los malos procedimientos de adopciones ilegales, así como el tráfico y comercialización de niños.
3. Que se agudice una campaña masiva por los medios de comunicación existentes, en la cual se haga conciencia a la población específicamente a los jóvenes de la responsabilidad que implica tener hijos de manera irresponsable y sin encontrarse preparado para ello.
4. Que la Procuraduría General de la Nación, como representante del Estado, ejerza la función primordial e importante que desempeña en el rol de las adopciones, investigando y realizando un minucioso estudio en los expedientes de adopción que llegan a su poder, así como también ejerza control sobre las diferentes instituciones que tienen a su cargo cuidado y custodia de niños que esperan ser dados en adopción.
5. Que se declare de urgencia nacional la aprobación y ratificación del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y el Congreso de la República juntamente con el Organismo Ejecutivo procedan a realizar el procedimiento legal establecido en nuestra

legislación, de manera que cobre vigencia lo antes posible para proteger tanto a la familia como a los niños que se encuentran en un estado de indefensión frente a las arbitrariedades que se cometen por no existir un estricto control de la innumerable cantidad de adopciones de que llevan a cabo.

6. Que se unan esfuerzos, tanto del Estado de Guatemala como de la Comunidad Internacional, para poner en práctica una vez entre en vigencia el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, las políticas que ahí se regulan, cumpliendo con ello el fin primordial de garantizar a la población la protección y el resguardo de la vida, los derechos, la identidad y el bienestar común, para vivir en un país que ofrezca mejores oportunidades de vida y encaminarlo a que mediante la implementación de políticas internacionales salga del subdesarrollo en el que se encuentra.
7. Que se vele por el bien jurídico tutelado mediante la tipificación de delitos que vayan acorde a las necesidades de la población en materia de adopción y por ende, se regulen sanciones drásticas aplicables a todas aquellas personas que atentan contra la vida, el honor y la integridad física de los niños, logrando con esto, se reduzca en un gran número la ilegalidad del procedimiento empleado en la adopción y a la vez la simulación de padres ficticios, para llevar a cabo tan aberrante fin.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán. **La adopción y la patria potestad de los padres de sangre.** 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Talleres C & J. 1999.

BRAÑAS, Alfonso, **Manual de derecho civil.** 2t.; 3a. ed.; Guatemala: Ed. Póstuma Cooperativa de Ciencia Política, R. L., 1996.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 8t. 4a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2000.

CALVENTO SOLARI, Ubaldino. **La adopción de menores en Latinoamérica.** 1a. ed.; Quito, Ecuador: Ed. Porrúa. S. A., 1995.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. **El parentesco adoptivo, su real extensión y alcance.** 3t. México: Ed. Ediar. 1990.

ESPIN CÁNOVAS, Diego. **Compendio de derecho civil.** Barcelona, España: Ed. Porrúa, S. A., 1982.

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. **Tratado sobre derecho internacional privado.** 2a. ed.; Lima, Perú: Ed. Depalma. 1995.

GARRONE, Jorge Alberto. **Diccionario manual jurídico.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot. 1987.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Manual de derecho internacional privado.** Guatemala,: Ed. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1994.

LE BALLE, Robert. **Legitimación en el derecho comparado.** Montevideo, Uruguay: Ed. Heliassta S. R. L., 1990.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Código civil anotado.** 2a. ed.; Buenos Aires Argentina: Ed. Artes Gráficas Soler, S.A., 1986.

MARROQUÍN GUERRA, Otto. **Derecho civil.** Guatemala: Ed. Tipografía Nacional. 2001.

MUÑOZ MEANY, Enrique. **Derecho internacional privado**. 4a. ed.; Guatemala: Ed. La Ley, S. A., 1988.

OPERTTI BADAN, Didier. **La adopción internacional en el derecho internacional privado de conflicto**. s.e. Quito, Ecuador: Ed. Depalma. 1983.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario de juristas**. 5a. ed.; México: Ed. Mayo, S. R. L., 2000.

PILOTTI DAVIES, Francisco. **Las adopciones internacionales en América Latina**. 3a. ed.; Quito, Ecuador: Ed. Talleres C & J. 2001.

PLANIOL, Héctor. **Tratado elemental de derecho civil**. 1a. ed.; México: Ed. Porrúa, S. A., 1988.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. 4a. ed.; Madrid, España: Ed. Porrúa, S. A., 1985.

ROMERO DEL PRADO, Víctor. **Tratado de adopción en el derecho internacional privado**. 4a. ed.; Córdoba: Ed. Astrea. 1998.

SAMARRIA UNDURRAGA, Manuel. **Derecho de familia**. Costa Rica: Ed. Costa Rica. 1973.

WILDE, Zulema. **La adopción nacional e internacional**. 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot. 1997.

Legislación:

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

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

Código de Derecho Internacional Privado. Asamblea Nacional Legislativa, Decreto 1551, 1929.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto 17-73, 1974.

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

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

Ley de Tribunales de Familia. Congreso de la República, Decreto 206.

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

Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República, Decreto 54-77.