

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

**TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA NO RATIFICACIÓN DEL CONVENIO DE LA
HAYA EN MATERIA DE ADOPCIONES**

FLOR DE MARÍA GIL ARDÓN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2006.

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

**TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA NO RATIFICACIÓN DEL CONVENIO DE LA
HAYA EN MATERIA DE ADOPCIONES**

TESIS

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

FLOR DE MARÍA GIL ARDÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre 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:

Presidenta: Licda. Gloria Pérez Puerto
Vocal: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Secretaria: Licda. Mayra Yojana Véliz López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
Vocal: Lic. Carlos Alberto Velásquez
Secretario: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez

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

DEDICATORIA

- A MI DIOS: A ti que me has dado todo, que cuando he caído, tú estás a mi lado para levantarme, cuando lloré tú secaste mis lágrimas; se que tú tienes un propósito para mi vida; gracias mi Señor por inundarme de tu amor. Yo soy tu sierva y tú eres mi DIOS.
- A MIS PADRES: Juan Enrique Gil Godoy y Olga Marina Ardón de Gil, por su amor, esfuerzos y guiarme por el buen camino; este triunfo es de ustedes también, sin ustedes no estuviera hoy aquí, ¡Los amo!.
- A MIS HERMANOS: Oswaldo Enrique y Olga Aurora, sigan sus sueños ya que, sí se hacen realidad.
- A MIS SOBRINOS: Madelyn, Andrés, Daniel Morales Gil; por llenar mi vida de mucha alegría y recordarme que un día fui niña.
- A MI CUÑADO: Jorge Mario Morales Cambran; por ser un hermano más y estar siempre dispuesto a ayudar; ¡Gracias!.

A MIS AMIGOS:

Lorena Olivares, Vanessa Córdova, Karem Méndez, Ana Morales, Evelyn Díaz, Klancy Santos, Astrid y Larissa Ochoa, Esperanza de Ochoa, Jorge Delgado, Norma Torres, Vera Guzmán, Izabel Santiesteban, Ana Martínez, Milvia Monroy, Romelia Oxcaj, Luis, Randy, Alex, por ser enviados de Dios para hacerme compañía en todo momento; ¡Los quiero un montón!

A:

La familia Gil Godoy, familia Delgado Olivares, familia Ochoa Lozano; por el cariño y apoyo, siempre estarán en mi corazón.

A:

Oscar Rafael Peralta Muñiz, por vivir a mi lado pequeños detalles que para mí son únicos; ¡Que Dios te bendiga!

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala; por mi formación académica y por los años en los que compartí con personas inolvidables.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos de la adopción	1
1.1 Orígenes de la institución	1
1.2 Adopción entre los pueblos germánicos	1
1.2.1 Costumbres primitivas	2
1.2.2 Periodo de la influencia del período romano	2
1.3 Adopción en Grecia	4
1.4 La adopción en Francia	5
1.4.1 Período primitivo	5
1.4.2 Período post-revolucionario	5
1.4.3 Discusión y sanción del Código de Napoleón	6
1.5 Adopción en Roma	10
1.5.1 Finalidad religiosa	10
1.5.2 Finalidad política	10
1.5.3 Formas en que se practico la adopción en Roma	11
1.6 Diferentes definiciones de adopción	14
1.7 Cómo surge la adopción como en Guatemala	16
1.8 Estudio de la institución	18
1.9 Requisitos substanciales y formales de la adopción	19

	Pág.
1.10 La adopción en nuestro Código Civil	20
CAPÍTULO II	
2. La adopción en la legislación guatemalteca	23
2.1 Antecedentes	23
2.2 Quiénes pueden adoptar y ser adoptados	24
2.3 Efectos de la adopción	26
2.4 Cómo se establece la adopción	28
2.5 Casos en que termina la adopción	29
2.6 Esquema de la adopción por la vía notarial	32
2.7 Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria	32
2.7.1 Principios generales	32
2.7.2 principios fundamentales	36
CAPÍTULO III	
3. Organizaciones y personas que colaboran con la institución de adopción.....	43
3.1 Secretarías de Bienestar Social	43
3.1.1 Objetivos	44
3.1.2 Programa de atención integral	45
3.1.3 Programas con los que cuenta la secretaria de bienestar social	45
3.1.4 Requisitos que deben adjudicarse en la solicitud de adopción de la Secretaría de Bienestar Social	46

	Pág.
3.1.5 Solicitud de adopciones	47
3.2 Juzgados de Paz de la Niñez y la Adolescencia	48
3.3 Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y de la Adolescencia	48
3.4 Procuraduría de los Derechos Humanos	49
3.4.1 Defensoría de la Niñez y de la Adolescencia	50
3.4.2 Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos	50
3.5 Asociaciones que tramitan adopciones	52
3.6 Trabajadoras Sociales de los Juzgados de Familia	56
3.7 Casas Hogares Privadas	56

CAPÍTULO IV

4. Trascendencia jurídica de la no ratificación del convenio de La Haya en materia de adopciones	59
4.1 Trascendencia jurídica	59
4.2 Protección de los niños y el derecho internacional	67
4.2.1 El interés superior del niño	68
4.2.2 Los derechos del niño que el derecho internacional privado protege	69
4.2.3 Desarrollo de los convenios de derecho internacional privado que protegen al niño	71
4.2.4 Papel que juegan las autoridades en el desarrollo de los convenios	72
4.2.5 Adopción internacional, condiciones básicas, interés superior del niño	73
4.3 La conferencia de La Haya	87

	Pág.
4.3.1 Mecanismos que utiliza la Conferencia de La Haya para controlar el funcionamiento de los convenios	87
4.3.2 Comisión para la adopción internacional	89
4.3.3 Formas jurídicas de adopción	91
4.4 Convenio de La Haya	93
CONCLUSIONES	95
RECOMENDACIÓN	97
BIBLIOGRAFÍA	99

INTRODUCCIÓN

Esta investigación es importante ya que con la irregularidad con que se dan las adopciones necesitan de un control adecuado. Este estudio se hace con el objeto de verificar por qué tanta ilegalidad en las adopciones, ya que Guatemala necesita un medio legal para que garantice el interés superior del niño. La falta de orientación clara de carácter legislativo y político, hace que haya una laguna legal en materia de adopciones y que queden desprotegidos los menores, ya que deben ser la prioridad de los legisladores. La mayoría de niños son adoptados por familias extranjeras, la posibilidad, de decir el sexo del bebe, así como el hecho de que el matrimonio no sea un requisito, y la rapidez con que los notarios completan el trámite, son algunas de las facilidades que el país ofrece a los extranjeros interesados en adoptar menores de edad guatemaltecos.

El estudio desarrollado en el primer capítulo, enuncia la historia de la adopción, donde da comienzo la misma, y cuando empieza en Guatemala su finalidad y las diversas denominaciones de la institución de adopción. En los siguientes dos capítulos se obtiene un análisis jurídico del proceso de adopción de las personas que intervienen en el mismo; en el cuarto y último capítulo se establecen los requisitos legales que exige la Procuraduría General de la Nación para el trámite de los procesos de adopción, sobre qué leyes se fundamenta y un breve análisis de los procesos de adopción en Guatemala.

Las adopciones internacionales que se llevan a cabo de una manera ilegal, implica una serie de infracciones como la compraventa de niños y falsificación de documentos, desgraciadamente en nuestro país no se ha ratificado el Convenio de La Haya, el cual busca regular las adopciones a nivel internacional. Las autoridades guatemaltecas no verifican si la información contenida en los expedientes es real, no investigan cómo los adoptantes conocieron al menor de edad, ayudando estas a que siga la cifra de ilegalidades en cuestión de adopciones en Guatemala, desprotegiendo al menor de edad que debe ser la prioridad de las autoridades, si se autoriza una adopción se debe verificar a quién y qué se dé dentro del marco de la ley así sería en beneficio del menor de edad y cumpliría su finalidad, la cual es que el menor tenga una familia.

La principal consecuencia jurídica de la no ratificación por parte de Guatemala del Convenio de La Haya en materia de adopciones es que el procedimientos de las adopciones no es transparente ni permite controles confiables para determinar los potenciales adoptantes y adoptados, lo que redundo en que Guatemala sea el principal país que da niños en adopciones per cápita en el mundo.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos de la adopción

1.1 Orígenes de la institución

La adopción habría tenido su origen remoto en la India, "de donde habría sido transmitida juntamente con las creencias religiosas, a otros pueblos vecinos, todo hace suponer que de allí la tomaron los hebreos, transmitiéndola a su vez con su migración a Egipto de donde paso a Grecia y luego a Roma"¹. Tuvo sus orígenes como ya se había dicho una finalidad eminentemente religiosa, la de perpetuar el culto doméstico. Probablemente surgió como un curso para evitar la costumbre instituida por la religión misma que hacia que la mujer, en caso de no tener hijos con el marido, procurara tenerlos con el hermano del mismo o con el pariente más cercano.

1.2 Adopción entre los pueblos germánicos

La mayor parte de autores al estudiar la adopción en los pueblos germanos "distinguen tres períodos distintos: **1) el de las primitivas costumbres. 2) el de la influencia del derecho romano, hasta la sanción del código de Prusia, y 3) el período posterior hasta la sanción del código Alemán.** En realidad el último mencionado corresponde al período moderno del derecho pese a lo cual y dadas las subsistencias de forma más antiguas del derecho romano tiene estas características"².

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. **Antecedentes históricos de la adopción.** Pág. 499.

² Enciclopedia Jurídica Omeba. **Adopción en los pueblos germánicos.** Pág. 501.

1.2.1 Costumbres primitivas

Desde tiempos muy primitivos los germanos practicaron la adopción, pueblo guerrero por naturaleza, la institución en su seno debía tener lógicamente, una finalidad guerrera, cual era la de hacer que el hijo adoptivo llevara adelante las campañas emprendidas por el jefe de familia adoptante, por tal motivo el adoptado, previamente tenía que haber demostrado en la guerra cualidades sobresalientes, de valor y destreza. El adoptado adquiría el nombre de las armas y el poder público del adoptante, pero no tenía derechos sucesorios en la herencia del padre adoptivo salvo que este le hiciera donaciones o le instituyera heredero por testamento.

1.2.2 Período de la influencia del período romano

Este derecho de las costumbres del primer período, fue modificándose paulatinamente bajo el influjo creciente del derecho Romano. En el siglo XV, con las enseñanzas de la escuela de Bolonia se llega al apogeo de la influencia Romanista imponiéndose la obra jurídica de Justiniano en las diversas provincias Germanas. Desde entonces el derecho fue una mezcla del derecho Romano, del Canónico, de primitivas costumbres y de derecho Medieval, se hacía necesaria una recopilación y unificación, tarea que Federico II de Prusia encomendó a una comisión siendo el encargado de su redacción el Doctor Volmar. Resultado de ello fue el Landrecht o Código Prusiano en 1794.

a) El Landrecht

Por su influjo posterior en el código de Napoleón el de Prusia en 1794 tiene importancia respecto a la adopción que trata en su parte II título II sección en forma orgánica de sus disposiciones surge lo siguiente:

1. La adopción se formaliza mediante un contrato escrito que debe ser confirmado por un tribunal superior del domicilio del adoptante cuando confiere el nombre y las armas de nobleza, requiere su confirmación por el soberano. Vale decir que se da a la adopción la forma de un contrato solemne.

2. Las condiciones requeridas para la adopción son: El adoptante debe tener cincuenta años cumplidos por lo menos y no estar obligado al celibato y carecer de descendencia, el adoptado debe ser menor que el adoptante. Por lo que no se determina expresamente una diferencia de edad como se hacía entre los Romanos, la mujer casada para adoptar necesita el consentimiento del marido por su parte, este no necesita el consentimiento de su mujer para adoptar pero si ella no ha prestado su consentimiento, la adopción se considera inexistente al solo efecto de los derechos de la mujer en la sucesión del marido, el adoptado mayor de catorce años debe prestar su consentimiento para que la adopción pueda efectuarse, el padre y la madre del adoptado también deben prestar su consentimiento, en todo caso la adopción es valida pero el hijo adoptivo no tendrá derecho a la sucesión del adoptante si este fallece antes que el padre o la madre que se opusieron.

3. Los efectos que produce la adopción son los siguientes en dicho código, el adoptado toma el nombre del adoptante, si la familia originaria del adoptado tiene títulos de nobleza, no los pierde por el hecho de la adopción, si los títulos son del adoptante solo se transmiten al hijo adoptivo, mediante expresa autorización del soberano. El adoptado no adquiere derechos en cuanto a los bienes de los parientes del adoptante, los hijos naturales del adoptante que nacieren después de la adopción no se tienen como hermanos del adoptado, sin embargo de acuerdo a los Artículos 708 y 710 si al constituirse la adopción ha concurrido al contrato y prestando su consentimiento todos los parientes

del adoptante, el adoptado entra en la familia adoptiva, con todos los derechos que un hijo legítimo ocurriendo lo mismo con sus descendientes, los lazos entre el adoptante y su familia natural subsisten el hijo adoptivo recibe el nombre del adoptante el que entrega el suyo.

b) Período posterior al Landrecht hasta la sanción del código Alemán actual

"El código de 1794 se aplicó en Prusia y en las regiones sometidas a su legislación en las demás provincias alemanas no se pudo desarraigar las costumbres y sobre todo el derecho de Justiniano, que se aplicaba corrientemente, además en muchas de ellas influyó no poco y en muchos casos fue adoptado el código de Napoleón y tal situación persistió hasta la sanción del código Alemán en el año de 1900, cuya aplicación no tuvo inconvenientes en una nación política y jurídicamente unificada"³.

1.3 Adopción en Grecia

Es probable que la adopción no existiera en Esparta, y así lo cree la mayoría de los autores por el hecho de que todos los hijos se debían al estado, en Atenas, por el contrario estuvo organizada y se realizó de acuerdo a ciertas reglas siendo las siguientes:

- a El adoptado debería ser hijo de padre y madre atenienses.
- b Solamente quienes no tuvieran hijos podían adoptar.
- c El adoptado no podía volver a su familia natural sin dejar antes un hijo en su familia adoptiva.
- d La ingratitud del adoptado producía la revocación del vínculo.

³ De caso y Romero Ignacio y Cervera y Jiménez Alfaro Francisco. **Diccionario de derecho privado** tomo I. pág. 219.

- e El adoptante soltero no podría contraer matrimonio sin permiso del magistrado.
- f Las adopciones se hacían en todos los casos con intervención de un magistrado.

1.4 La adopción en Francia

Las controversias que se suscitaron en la época post-revolucionaria sobre la inconveniencia de introducir la adopción en la legislación francesa, por los fundamentos empleados frente a la distinta organización en la familia de la época de los romanos hasta ese entonces y por la difusión que el código de Napoleón tuvo en el mundo el estudio de la adopción en Francia, es de suma importancia estudiar esta institución en el pueblo francés, aquí se destacan tres periodos históricos: el primitivo, el post-revolucionario, el de sanción y discusión del código de Napoleón.

1.4.1 Período primitivo

No se encuentran antecedentes de la adopción en Francia, tal como debe concebirse tal institución en este período con rara frecuencia se aplicaba la adopción algunas veces en virtud de la influencia Germana, otras en cambio de la influencia Romana, pero evidentemente la adopción no estuvo arraigada en las costumbres de Francia y era casi desconocida en el siglo XVIII.

1.4.2 Período post-revolucionario

En este período se nota en los hombres públicos y en los jurisconsultos una marcada influencia de las instituciones y del derecho Romano, es así que no se debe extrañar el pedido que en 1792 hizo Roouquier de Lavengerie a la asamblea, en el sentido de que la adopción fuera

incorporada al acuerdo general de leyes civiles de la nación, lo que se aprobó por decreto. Desde que fue aprobado el decreto de la adopción en Francia, las adopciones fueron numerosas en ese país, tanto por parte de los particulares, como también por parte del estado, se realizaban sin una ley que las autorizara expresamente pero fueron regularizadas estas situaciones por una ley transitoria dictada el 25 de marzo de 1803.

1.4.3 Discusión y sanción del Código de Napoleón

"Al emprender Napoleón la magna obra del Código Civil, secundado por un grupo eminente de jurisconsultos, se contempló la adopción a los fines de su estudio, designó una comisión formada por miembros del estado, del cuerpo legislativo y del poder judicial"⁴. En el seno de la comisión se plantearon brillantes polémicas sobre la conveniencia de la adopción motivadas principalmente por los abusos a que había dado lugar el decreto de 1792 se redactaron numerosos proyectos y por fin se aprobó uno, que acompañado por una exposición de motivos redactada por Berlier, fue presentada al cuerpo legislativo, donde se renovaron las discusiones, y que fue sancionado el 23 de marzo de 1803, y en el código de Napoleón lleva el título VIII después de sancionados quedaron consagrados respecto a la adopción los siguientes principios:

- 1) Se trata de una institución filantrópica, destinada a ser fuente de consuelo para los matrimonios estériles, y de socorro para los niños pobres, según palabras de Porlier, la adopción debía venir en socorro del débil y la atención se ha fijado en seguida sobre el niño o al menos sobre el individuo menor de edad.

- 2) "Napoleón se mostró partidario de que la adopción siguiera el principio de imitación de la naturaleza lo que defendió con tenacidad frente a la

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. **Adopción en el pueblo francés.** Pág. 502.

oposición de la mayoría de la comisión, triunfó en cuanto se aprobó la prohibición de adoptar hijos a las personas solteras, en lo que se vio favorecido en la tesis de quienes sostenían que la adopción haría aumentar el celibato, en cambio debió ceder posiciones Napoleón en cuanto al vínculo entre el adoptado y la familia originaria"⁵. Napoleón pretendía que el padre adoptivo debería tener preferencia sobre el padre natural, de manera tal que el adoptado debería perder toda vinculación con la familia natural, para entrar a formar parte en igualdad de condiciones en la familia adoptiva, triunfó un criterio intermedio, o sea que el adoptado entra a formar parte de la familia adoptiva pero conservando lazos de unión con la familia natural.

- 3) Inspirado por la organización Romana, Napoleón aspiraba que la institución de la adopción tuviera un carácter público y político y creyendo necesaria su consagración por el cuerpo legislativo, este criterio fue rechazado, sosteniendo que sería sacar al cuerpo legislativo de su función natural, para asignarle el estudio de casos cuyo análisis correspondería al poder judicial, por lo tanto se expidió la comisión en el sentido que la adopción debía reglamentarse como un sistema de derecho común.
- 4) La adopción solamente podía tener lugar cuando el adoptado, estuviera en condiciones de prestar su consentimiento vale decir cuando fuera mayor de edad, tal disposición se debe a que la adopción fue considerada como un contrato, de acuerdo con las doctrinas imperantes y en relación con la época de su sanción, constituye una contradicción con los propósitos propuestos por Berlier, en el sentido en que el fin que contemplaba la adopción era la protección del débil, del niño, y en todo caso del individuo menor de edad. En el código de Napoleón se reglamentan tres formas de

⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. **Código de Napoleón**. Pág. 503.

adopción, 1) la ordinaria, 2) la remuneratoria, y 3) la testamentaria, la primera es la común, la remuneratoria es la destinada a premiar actos de arrojo y de valor, como en casos de salvamentos durante naufragios, incendios, combates etc. y la testamentaria que era la que las personas señalaban por testamento como hijo a un menor o a un mayor de edad, esta institución, o también después de cinco años de conferida la tutela y creyendo próxima su muerte antes de que su pupilo cumpliera la mayoría de edad quería adoptarlo.

Requisitos principales que establecía el código de Napoleón

- a) "El adoptante debía haber cumplido cincuenta años y tener quince años o más que el adoptado, no podía tener descendientes legítimos en el momento de la adopción; el adoptante casado debía contar con el consentimiento de su cónyuge, se requería que el adoptante hubiera dispensado cuidados no ininterrumpidos al adoptado durante su minoría de edad, y por un lapso de seis años por lo menos, por ultimo se le exigía de gozar de buena reputación"⁶.
- b) El adoptado debería prestar su consentimiento por lo que era indispensable ser mayor de edad, antes de los veinticinco años era menester contar con la autorización de sus padres, y después de esta edad solicitar su consejo.
- c) Como contrato solemne que era, debía celebrarse ante el juez de paz y ser confirmado por la justicia e inscrito posteriormente en el registro civil el juez competente es el del domicilio del adoptante y las partes deben comparecer personalmente y mediante un poder especial o auténtico. El trámite de conformación ante la justicia consta de dos partes: 1) una ante el tribunal civil que se pronuncia en el sentido de

⁶ Valverde y Valverde Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Tomo IV.

que si o no a lugar previo examen sobre las condiciones requeridas por la ley, 2) la segunda parte es ante los tribunales de apelación haya o no confirmado en primera instancia el trámite en ambos casos es sin procedimiento sin expresión de motivos y sin necesidad de abogados se trata únicamente de una presentación de antecedentes y una resolución sobre los mismos.

Efectos de la adopción en el código de Napoleón

"Los efectos de la adopción el código de Napoleón, aun causa efectos en nuestra legislación ya que actualmente están contemplados en nuestro código Civil"⁷.

A continuación se presentan los efectos que causaba la adopción en el código de Napoleón siendo estos los siguientes

- a) Respecto al nombre el adoptado agrega el suyo propio al del adoptante.
- b) Dispone de la obligación recíproca entre adoptante y adoptado de prestación alimentaría.
- c) Confiere a los adoptados condiciones de hijos legítimos y con derechos de heredar a los adoptados aún cuando nacieren después de la adopción hijos legítimos.
- d) Establece impedimentos matrimoniales entre el adoptante y adoptado y sus descendientes y entre adoptante y cónyuge del adoptado entre hijos adoptivos de una misma persona y entre adoptado y los hijos legítimos del adoptante que nacieran después de la adopción.

⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. **Efectos de la adopción**. Pág. 504.

1.5 Adopción en Roma

Es interesante la fórmula sobre el Adrogatio que inserta Ferri en su tratado sobre la adopción: "queremos y ordenamos Romanos, que Lucius Titius sea por la ley hijo de Lucius Valerius, como si fuera nacido de él o su esposa, que Lucius Valerius tenga sobre el derecho de vida y muerte como si fuera hijo por la naturaleza".

Esta fórmula nos da la idea del alcance de la institución en tiempos de los Romanos, la adopción alcanzó un gran desarrollo en Roma donde tuvo una doble finalidad, la religiosa, que tiende a la perpetuación del culto familiar y la otra destinada a evitar la extinción de la familia romana.

1.5.1 Finalidad religiosa

Es el culto de los antepasados, estaba profundamente arraigado entre los Romanos, sobretodo en los primeros tiempos. El pater familia era el sacerdote a cuyo cargo estaban las ceremonias religiosas, que no podían interrumpirse permanentemente debían mantenerse el fuego sagrado, y realizarse los ritos sagrados, todo aquello originó la necesidad de un heredero en la familia Romana, en los casos en que no había, la adopción era el curso que se ponía práctica.

1.5.2 Finalidad política

No fue la razón religiosa la única causa en Roma hubo otra, tanto o más importante, que explica por qué la institución alcanzó en aquel pueblo un grado tan extraordinario de desarrollo.

Fue una razón política y sus causas hay que buscarlas en la forma en que estaba organizada la familia entre los romanos, en efecto, en los más

importantes derechos civiles los otorgaba el parentesco por agnación, pero ese vínculo unía solamente a los descendientes de una misma persona por la línea de los varones, resultado de ello era que todos los parientes, por línea materna y gran parte de los de la línea paterna quedaban excluidos del goce de importantes derechos civiles, por no participar de la calidad de agnados, como se aprecia fácilmente no era el vínculo sanguíneo el que otorgaba a los parientes el goce de los derechos civiles, si no una forma arbitraria de organización donde toda la autoridad residía en el Pater Familias en forma absoluta, autoridad que se transmitía por la línea de sus descendientes varones.

Por otra parte la familia romana ejercía un importante papel político dentro del estado por medio de los comicios de las curias, comprendían un cierto número de Gens que a su vez eran agregaciones naturales fundadas en el parentesco.

El Pater Familias, y sus descendiente constituían la clase de los patricios y solo ellos participaban en el gobierno del estado. Todo esto nos explica claramente la importancia que para los romanos tenía el mantener subsistente la familia considerando la importancia en su participación en la vida política, también resulta fácil explicarse que en familias disminuidas por esterilidad, guerras o pestes la adopción fuera el recurso obligado a tales casos.

1.5.3 Formas en que se practico la adopción en Roma

Los Romanos practicaron dos formas de adopción:

a) **La Adrogatio**

"o adrogación, se trataba de la adopción de una persona sui juris, vale decir que no estaba sometida a ninguna potestad, la adrogación era una forma de adopción sujeta a numerosas formalidades dado que constituía un acto sumamente grave ya que implicaba colocar un ciudadano sui juris emancipado de toda potestad y generalmente jefe de familia bajo la potestad de otro jefe que tenía lugar luego de una investigación hecha por los pontífices, para comprobar si existían impedimentos civiles o religiosos, luego se sometían a la decisión de los comicios por curias, con el tiempo los comicios curiales fueron remplazados por asambleas de lictores, aunque la autoridad residía en el pontífice, finalmente en el tiempo de Gayo, bastaba un rescripto del príncipe para otorgar la adrogación, la adrogación podía hacerse también por actos de última voluntad del testador solo se hacía válida mediante la ratificación siguiendo el procedimiento ya indicado"⁸.

b) **La adopción propiamente dicha**

datio in adoptionem requería previamente que a la persona que se adoptaba se le emancipara previamente de la patria potestad a que estaba sometida, lo que hacía con intervención del magistrado y con una serie de solemnidades que constituían la mancipatio, sin embargo en la época de Justiniano se modificó siendo suficiente desde entonces la manifestación del padre en presencia del magistrado del adoptante, del adoptado, y el registro en un acta. La adopción testamentaria a diferencia de la adrogación solo se empleó en contados casos. En algunas provincias alejadas de Roma se practicaron ambas formas de adopción mediante un tercer sistema, el contrato, pero no era suficiente para hacer adquirir al adoptante la patria potestad sobre el adoptado pero en tiempo

⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. **Adopción en los pueblos romanos.** Pág. 500.

de Justiniano fue modificado otorgándole al acto practicado en tal forma todos los efectos legales siempre que fuera confirmado por un magistrado.

c) Condiciones y efectos de la adopción y efectos de la adopción en Roma

Condiciones de la adopción propiamente dicha:

- a) El adoptante debería tener más edad que el adoptado; Justiniano fijó la diferencia en 18 a 43 años.
- b) El adoptante debía ser capaz de ejercer la patria potestad por lo que solo podían adoptar las personas sui juris y no las mujeres.
- c) Era preciso el consentimiento del adoptado.
- d) Solamente eran capaces de adoptar quienes eran capaces de generar alimentos a sus hijos.
- e) No podían adoptar quienes tuvieran hijos legítimos y naturales.
- f) La adopción debía ser permanente.
- g) Los tutores no podían adoptar a las personas que tenían bajo su cuidado.

d) Condiciones para la adrogación

- a) El adrogante debería haber cumplido sesenta años de edad.
- b) Era preciso el consentimiento del adoptado.
- c) Los impotentes no tenían impedimento para adoptar.
- d) El adrogado llegado a la mayoría de edad podía exigir con mediación de un magistrado que se emancipara de acuerdo a la adopción.
- e) Los tutores no podían adoptar a las personas que estaban bajo sus cuidados salvo que estas hubieren cumplido veinticinco años.

f) requisitos fundamentales de la adopción entre los romanos

- a) En cuanto al adoptante, tanto en la adopción como en la adrogación propiamente dicha el padre adoptivo adquiría sobre el adoptado la autoridad y el poder paterno, sin embargo y respecto a la adopción estableció Justiniano que el poder paterno continuaba en poder del padre natural, no teniendo el padre adoptivo ningún derecho sobre los bienes del adoptado, tal era la llamada **adoptio minus plena** y se contemplaba una excepción, saber que el adoptante fuera padre natural del hijo adoptado.
- b) En cuanto al adoptado, tanto en la adrogación como en la adopción, dejaba de ser agnado respecto a su familia natural, para pasar a serlo en familia adoptiva, el adoptado sufría en todos los casos una **mínima capitis diminutio** que resultaba mayor tratándose de la adrogación por ser el adrogado una persona sui juris y convertirse en alieni juris.
- c) El patrimonio del adrogado primitivamente se confundía con el del adrogante, Justiniano modificó el sistema exigiendo que se separaran los bienes del adrogado y permitiendo solamente el usufructo de los mismos al adrogante propias de dicho adrogado.

1.6 Diferentes definiciones de adopción

Varias son las definiciones que existen en relación a la institución de la adopción dentro de las cuales menciono las siguientes:

1. Adoptar

Prohijar, aceptar como hijo a quien no lo es naturalmente, con arreglo a los requisitos de fondo y forma de las leyes allí donde se admite,

2. Adopción

Es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos, de otros, aunque no lo sean naturalmente, la adopción, es pues el acto por el cual se recibe como hijo con autoridad real o judicial a quien lo es de otro por naturaleza. La adopción constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad.

3. Federico Puig Peña: "La adopción es una institución en virtud de la cual se establecen entre dos o más personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar a la filiación legítima"⁹.
4. Ambrosio Colin H. Capitant: La adopción es un acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación.
5. Es un acto solemne sometido a aprobación de la justicia que crea entre dos personas relaciones análogas como padre e hijo bien conocido como adoptante y adoptado.
6. Tronchet: Es un acto de voluntad que coloca a una familia a un individuo, a quien ni la naturaleza, ni la ley había hecho miembro de la misma.
7. Guillermo Cabanellas: La adopción es un acto por medio del cual se recibe como un hijo propio con autoridad judicial, o política, a quien no lo es por naturaleza.

⁹ Puig Peña Federico. **Compendio de derecho civil español, tomo V.** Editorial pirámide. Pág. 573.

8. José Ferri: "Establece la adopción como una institución jurídica solemne, y de orden público le agrega la frase con intervención del poder judicial"¹⁰.
9. Planiol: Considera la adopción como un contrato solemne sometido a la aprobación de justicia.

1.7 Cómo surge la adopción en Guatemala

La adopción en nuestro ordenamiento jurídico, ha tenido cambios, ha sido suprimida también y ha tenido poco desarrollo, ha tenido cambios en la legislación guatemalteca, fue incorporada en el Código Civil de 1877 quedó suprimida en el libro primero del Código Civil sancionado por el decreto ejecutivo, 921 de fecha 30 de junio de 1926 esta supresión se conformó en el Código Civil contenido en el decreto 1932 de la asamblea nacional legislativa del 13 de mayo de 1933.

La junta revolucionaria de gobierno restableció la adopción, por medio del decreto numero 63 del 24 de febrero de 1947 emitiendo el decreto número 375 que es la ley de adopción, las constituciones de los años 1945 y 1954 establecieron la adopción en beneficio de los menores de edad consagrándola definitivamente como institución que debía incorporarse a la legislación guatemalteca, disposición que repite la nueva constitución.

"No es de interés de la legislación darle un apellido al menor, si no que motiva la nueva aceptación de la adopción en el decreto ley 106 es un interés social de darle asistencia y educación o simplemente porque no tienen padres y la mejor manera es darles un hogar seguro y al mismo tiempo beneficiar a esos matrimonios que no tiene hijos por diferentes causas, darles la oportunidad a ambos de tener una familia"¹¹.

¹⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. **Definiciones de adopción.** Pág. 497.

¹¹ **Exposición de motivos del Código Civil.** Pág. 106.

La Constitución de la República de Guatemala en su Artículo 54 protege al menor adoptado y establece la adopción de la siguiente manera. Adopción: El estado reconoce y protege la adopción, el adoptante adquiere la condición de hijo del adoptante se declara de interés nacional la protección de los niños abandonados. Conforme a la convención sobre los derechos del niño en la jurisdicción de menores de edad resulta primordial atender el interés superior de la niñez que supeditan los derechos que puedan alegar, instituciones o personas adultas al deber de procurar el mayor beneficio que para los menores de edad pueda obtenerse. La convención citada, en la ley aplicable al caso dispone la adopción de medidas apropiadas, para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación, por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o de sus tutores, o de sus familiares que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, que los estados velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinaran con arreglo a sus 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 legales y que cuando así se requiera las personas interesadas hayan dado un conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

De manera que es dentro el procedimiento de la adopción en el que deben apreciarse el cumplimiento de los requisitos y las calidades subjetivas de sus pretendientes y la opinión que con respecto de ellas puedan obtener la institución que ejerce la tutela por consideraciones morales o de otra índole, ya que unos y otros deben tenerse en cuenta por quienes tienen facultad para declararla afín de que la decisión se conforme al interés superior del menor de quien se trate.

1.8 Estudio de la institución

Capacidad:

Quienes pueden adoptar: el criterio general de que puede ser adoptante cualquiera que la ley no se lo prohíba, sufre innumeradas restricciones por obra de la misma ley, en principio pueden ser varones o mujeres, solteros o casados, en goce de sus derechos civiles y que reúnan los requisitos legales. De acuerdo con los tratadistas, la adopción persigue una finalidad desde que el adoptante persigue su acción con un fin moral y altruista, como el de integrar una familia.

En nuestro país puede adoptar toda persona que este en el goce de su capacidad civil, o sea mayor de edad aunque nuestra ley no es clara sobre esta situación, el código de 1977 exigía que el adoptante fuera mayor de 30 años. Nuestro código vigente no indica una edad determinada.

Primitivamente esta institución se fundo con el deseo de constituir una familia o dar un sucesor a quien no podía tener o no tenía hijos y así los impotentes tendrían una posibilidad de ser padres con excepción de los castrados, las leyes canónicas también crearon un tipo de imposibilidad de adoptar para los sacerdotes católicos, así lo establecía el fuero real, sin duda se fundamenta la prohibición de evitar la violación del celibato eclesiástico o que se cree una familia sacrílega.

En el derecho romano se establecía que no era a los tutores y curadores, adoptar aquellos cuyo bienes administra, cuando ellos sean menores de veinticinco años pues suponiéndose que estos fueran adoptados para evitar la rendición de cuentas. Debía verificarse si la causa de la adopción no era deshonesta esta disposición tenía por objeto evitar que por medio de la adopción se pudieran cubrir actos dolosos en la administración de los bienes del incapaz.

En el moderno derecho casi todas las legislaciones han establecido disposiciones tendientes a proteger los derechos de los incapaces bajo tutela, o curatela en caso de ser adoptados por sus tutores es así que se exige en casi todos los casos la previa rendición de cuentas.

Los padres naturales respecto a sus hijos ilegítimos, hay polémica si estos deben ser adoptados o ser reconocidos de diferente manera, en nuestro país en el Artículo 243 del Decreto Ley 106 está regulado, en Uruguay, Venezuela e Italia prohíben esta clase de adopción, se establece que para agregar a la familia a los hijos naturales, la ley contempla otros medios los del reconocimiento y la legitimación además que el vinculo de la adopción es revocable lo que resultaría realmente extraño siendo el adoptado hijo del adoptante.

¿Quiénes pueden ser adoptados?: toda persona cualquiera que sea su nacionalidad su sexo, edad o estado civil, puede en términos generales ser adoptada basta, que se cumplan los requisitos que se establece en la ley.

1.9 Requisitos substanciales y formales de la adopción

La adopción judicial como la extrajudicial deben de llenar ciertos requisitos los cuales son:

Requisitos previos: no es nada más que la solicitud presentada ante el juez de familia, del adoptante o ante notario por medio del acta notarial de requerimiento, en ambos casos acompañados los documentos necesarios.

- a) Se presenta la certificación de la partida de nacimiento del menor.
- b) Propuesta de los testigos, ambas tienen que ser personas honorables.
- c) Se presenta inventario de los bienes del menor (si este los tiene).
- d) Presentar garantía en caso de que el menor tenga bienes.
- e) Presentar el documento que exprese que los padres dan su consentimiento.

- f) Si el adoptante hubiere sido tutor del menor, presentar los documentos donde hayan sido aprobadas las cuentas y estén entregadas al tutor.
- g) Si el adoptado es mayor de edad, constancia donde expresa su consentimiento.

Requisitos Concurrentes: Se dan cuando se realizan la escritura pública de adopción, donde comparecen los que ejercen la patria potestad o tutela del menor y el adoptante, firmando dicho instrumento el menor pasa en poder del adoptante así como sus bienes si los hubiere en dicha escritura se transcribe la resolución que aprueba las diligencias y en las cuales se declare procedente la adopción.

- f) Se incorpora el informe de la trabajadora social.
- g) La Procuraduría General de la Nación emite su dictamen.
- h) Resolución del juez aprobando la escritura de adopción.

Requisitos posteriores: Es cuando se compulsan los testimonios de la escritura de adopción enviándolo al registro civil para su inscripción correspondiente luego se envía al registro del archivo general de protocolos para su archivo.

- i) Envío del expediente al registro civil para su inscripción.
- j) Envío del expediente al archivo general de protocolos.

1.10 La adopción en nuestro Código Civil

Artículo 228, Decreto ley 106 Código Civil. 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 en el artículo anterior puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoría de edad.

La adopción se establece en escritura pública previa aprobación de las diligencias respectivas, por el juez de primera instancia competente.

CAPÍTULO II.

2. La adopción en la legislación guatemalteca

2.1 Antecedentes

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 ocupara 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 en relación a la materia.

En la exposición de motivos del proyecto de Código Civil se hace la siguiente reseña del desarrollo de la materia en el campo legislativo del 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 932 de la Asamblea Nacional Legislativa, del 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, emitiendo el decreto número 375, que es la ley vigente de la 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 77, 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 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 brindan las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar. "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 él capitulo VI del proyecto, tomado de la ley actual las disposiciones que estimamos aceptables".¹²

2.2 Quienes pueden adoptar y ser adoptados

El Código Civil no dispone que el adoptante deba ser mayor de edad, o que tenga una edad determinada. Esa 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, etc.) de los menores de edad, aparecen expresamente determinados 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 Civil 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 minoría. Esta excepción tiene por objeto afianzar los lazos civiles creados por el tratamiento que, de hecho, sin mediar adopción propiamente dicha, un adulto da a un menor y sigue dándole 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, requiérese el expreso

¹² **exposición de motivos del Código Civil.** Pág. 19.

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 Civil dispone que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo el caso que marido y mujer estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado (Art. 234. En sentido contrario, marido y mujer pueden, aún sin la anuencia de uno u otro, adoptar por sí a un menor). 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 juzgador deberá analizar las circunstancias para su ecuánime resolución (no obstante que el propio Código Civil y mercantil guardan silencio al respecto), en virtud de que la adopción es un acto que indudablemente que afecta e interesa al matrimonio, a los cónyuges, en supuesto como el expresado, y máxime que el Código Civil dispone que para que los hijos procreados fuera del matrimonio vivan en el hogar conyugal se necesita del 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 atinencia 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 preciso relativo a las cuentas de la tutela es indispensable para despejar cualquier duda que pudiera haber en 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.

2.3 Efectos de la adopción

Los efectos de la adopción pueden distinguirse o dividirse en:

a) Efectos paternos:

1. El adoptante toma como hijo propio al adoptado, y adquiere la patria potestad sobre él. Esta es una disposición tomada de la ley francesa, que en 1923 permitió la adopción de menores de edad, modificando el criterio del código.

2. Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que se establece entre adoptante y adoptado, no se extienden a los parientes de uno u otro; sin embargo, el adoptado y los hijos del adoptante, deben ser considerados, tratados y presentados en las relaciones sociales, como hermanos, pero entre ellos no existe el derecho de sucesión recíproca. Existe una aparente discrepancia entre esas disposiciones. En efecto, la primera circunscribe los alcances de la adopción (al caso, el parentesco civil) a adoptante y adoptado; la segunda, crea una relación cuasiparental entre el adoptado y los hijos del adoptante, haciendo la salvedad de que no existe derecho de sucesión recíproca. En verdad, la ley trata de relacionar el parentesco civil surgido entre adoptante y adoptado, con el parentesco natural que aquél tiene con sus hijos, a manera de que éstos y el adoptado sean considerados como integrantes de una misma familia, pero sin que de ello surjan entre los hijos (el adoptivo y los otros), relaciones de carácter patrimonial (sucesorias).

3. Por la adopción el adoptado tiene derecho a usar el apellido del adoptante. Esta es otra disposición que pone de manifiesto un importante efecto de la adopción. Nótese, sin embargo, que el uso del apellido es un derecho, no una obligación, como pudo disponerse dada la naturaleza de la adopción, según es regulada en el código. El adoptado que sea menor de edad al morir el

adoptante, vuelve al poder de sus padres o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere.

b) Efectos patrimoniales:

1. El adoptante tiene respecto a la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos. El adoptado tendrá para con la persona del adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto a los padres. Es como otras, poco afortunada la redacción de esos preceptos legales. Si se tiene presente lo dispuesto en la primera parte del Artículo 236, a que más adelante se hará referencia, debe inferirse que los derechos y obligaciones a que se refiere la ley en esos preceptos, son exclusivamente aquellos surgentes de la patria potestad.

2. El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero este si lo es de aquél, Si el adoptado no es heredero (heredero testamentario, quiso seguramente expresarse en el código), tendrá derecho a ser alimentado hasta su mayoría de edad. En caso de herencia testada, los alimentos sólo se deben en parte en que los bienes y el trabajo del alimentista (adoptado) no alcancen a satisfacer sus necesidades. En otro orden de ideas, cabe señalar que la primera parte de ese artículo (el adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquél), tiene por objeto de evitar que el interés pecuniario se mueva tras la adopción, en lo que al adoptante se refiere; en cuanto al adoptado, por reconocérsele la calidad de hijo, expresamente la ley le otorga derechos hereditarios en relación al patrimonio del adoptante. Los restantes preceptos atinentes a los alimentos, tratan de procurar que en todo caso el adoptante reciba, por lo menos, lo necesario para su subsistencia, educación etc.

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

alimentados por el adoptante. Por estar instituida la adopción fundamentalmente a favor del adoptado, y por la forma como la reguló el Código Civil, es lógico que éste mantuviere la relación familiar natural de aquél, sin perjuicio de los derechos sucesorios que le corresponden respecto del adoptante. Ahora bien, si el adoptado renuncia la herencia de éste, o no es nombrado heredero testamentario, lógicamente sus hijos no pueden derivar ningún beneficio patrimonial de la adopción.

2.4 Cómo se establece la adopción

El Código Procesal Civil y Mercantil guarda silencio a ese respecto, porque el Código Civil regula la materia, disponiendo:

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.

Además, si el menor tiene bienes, el adoptante deberá presentar inventario notarial de los mismos y constituir garantía suficiente a satisfacción del juez. En caso de que el adoptante hubiera sido tutor del menor, deberá presentar los documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y que los bienes fueron entregados.

Los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela, deberán expresar su consentimiento para la adopción. La Procuraduría General de la Nación examinará las diligencias y si no opusiere objeción alguna, el juez declarará haber lugar a la adopción y mandará que se otorgue la escritura respectiva.

En la escritura de adopción 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 hubiera, y el testimonio será presentado al registro civil para su inscripción, dentro de los quince días siguientes a la fecha del otorgamiento

Nada dice el Código Civil respecto a sí se puede establecer la adopción en caso de oposición de los padres del menor, o de uno de ellos, o, en su caso, del tutor. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 243, debe entenderse que el consentimiento de dichas personas es insoslayable, absolutamente necesario, o sea, que se requiere el consentimiento expreso de los padres (no, si ambos viven, de uno sólo de ellos), o de la persona que ejerza la tutela. En este último caso, sin embargo, la situación cambia. El buen criterio del juez debe privar en caso de negativa del tutor, puesto que la tutela es institución que suple la falta de la patria potestad, y, en cambio, la adopción implica el ejercicio de la misma, creando un vínculo afectivo y jurídico más fuerte.

En cuanto a los alcances de las objeciones que pueda hacer la Procuraduría General de la Nación, 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.

2.5 Casos en que termina la adopción

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 246 del Código Civil, la adopción termina: 1º. , Por cumplido la mayoría de edad; y 2º. , Por revocación. El primer caso implica que la adopción termina voluntariamente, sin necesidad de causa o motivo determinado expreso; el segundo, no.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 247, la adopción puede revocarse:

1. Por atentar el adoptado contra la vida y el honor del adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendiente. Conviene señalar que no es necesario que se tipifique un delito determinado y que haya sentencia condenatoria; es suficiente el hecho ilegal en sí, y que sea debidamente probado en las diligencias de revocación. Nótese la falta de acierto en la redacción del citado artículo del Código Civil al decir "contra la vida y el honor del adoptante", expresión que, a la letra, requeriría que el hecho atentatorio del adoptado sea contra la vida y contra el honor del adoptante, o bien, la concurrencia de dos hechos ilícitos, uno contra la vida y el otro contra el honor del adoptante, para que se tipifique el causal de revocación.

2. Por causar maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de sus bienes. Por no especificarlo este precepto, ha de entenderse que la estimación del monto de la pérdida para que se tipifique la causa de revocación, queda al buen criterio del juez, según los elementos de convicción que se aporten y las circunstancias del caso.

3. Por causar o denunciar al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Por la redacción de este inciso, infiérese que basta el acto de acusar o denunciar, sin que sea necesaria declaración judicial en el sentido de que el adoptado hubiese procedido calumniosamente. La excepción (si se acusa o denuncia en causa propia o de los parientes indicados en la ley), aparentemente no tiene justificación, puesto que, en una u otra forma, las normales relaciones entre adoptante y adoptado desaparecen, como en el caso general.

4. Por abandonar al adoptante que se halle física o mentalmente enfermo o necesitado de asistencia. Este principio es lógico: si el adoptante tiene respecto

al adoptado las mismas obligaciones que un padre, el adoptado debe responder a ese tratamiento en la misma forma que se espera de un hijo.

El código nada dice en cuanto al procedimiento a seguir para que la adopción termine por mutuo consentimiento. Deben observarse, por analogía, las formalidades dispuestas para el establecimiento de la adopción, en lo que sean aplicables.

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

El código puede ser objeto de crítica si se toma en cuenta que, para la revocación de la adopción, únicamente consideró la posible conducta antijurídica del adoptado. Pudo subsanarse la omisión si hubiese dispuesto que procedería la revocatoria de la adopción en los mismos casos en que procede la pérdida de la patria potestad, toda vez que ésta es ejercida por el adoptante sobre el adoptado. Al respecto, se limitó a disponer, que resolución en la cual se declare la pérdida o suspensión de la patria potestad del adoptante, obliga al juez a tomar inmediatamente medidas oportunas para que el menor vuelva al poder de sus padres si existieren, o quede bajo tutela de algún pariente hábil (es decir, con plena capacidad civil) o del centro de asistencia que corresponda. Y dispone que la rehabilitación del adoptante para el ejercicio de la patria potestad, deja en vigor la adopción en los términos establecidos en la escritura respectiva.

Por la naturaleza de la adopción, que según el criterio predominante en la doctrina crea nexos ficticios o similares a los que crea la filiación, es decir, y como podría ser de otra manera, no propiamente los nexos naturales resultantes de aquélla, la ley debió disponer, como antes se dijo, que la adopción sería

revocada si la conducta del adoptante tipificase cualesquiera de los casos que dan lugar a la pérdida de la patria potestad.

2.6 Esquema de la adopción

1. Acta notarial de requerimiento.
2. Primera resolución.
3. Actas notariales para declaración testimoniales.
4. Remisión del expediente a un tribunal de familia.
5. Diligencias en el tribunal de familia (informe de trabajadora social).
6. Devolución del expediente al Notario.
7. Audiencia a la Procuraduría General de La nación.
8. Resolución o auto final.
9. Otorgamiento de la escritura pública y expedición de testimonio para el registro civil.
10. Remisión del expediente al Archivo General de Protocolos.

2.7 Principios generales y fundamentales de la jurisdicción voluntaria

2.7.1 Principios Generales

Partimos de que el principio es la fuente, fundamento o base, que ha servido de origen a algo. Entre los principios propios del derecho notarial, que se aplican también a la jurisdicción voluntaria, tenemos los siguientes:

De la forma.

De intermediación.

De rogación.

Del consentimiento.

De seguridad jurídica.

De autenticación.

De fe pública.

De publicidad.

De la forma

Se ha dicho que el derecho notarial es un derecho de forma, que nos indica el procedimiento a seguir cuando estamos documentando. Este principio propio se aplica en los asuntos de jurisdicción voluntaria que documentamos ya que debemos siempre seguir una forma determinada al redactar actas notariales y resoluciones notariales, estas últimas aunque son de redacción discrecional, tienen requisitos mínimos y un orden lógico.

Inmediación

En todos los asuntos de jurisdicción voluntaria el notario debe estar en contacto directo con los requerientes o solicitantes, con los hechos y actos que se producen dando fe de ello.

De rogación

La rogación es un principio esencial para que se ponga en marcha la actividad notarial, si no hay rogación, no hay intervención notarial. El notario no actúa de oficio.

Del consentimiento

Este es un requisito y debe estar libre de vicios, si o existe el consentimiento, no debe haber actuación. La ratificación y aceptación,

queda plasmada mediante la firma en el documento, siendo ésta la forma de plasmar el consentimiento.

Seguridad jurídica

Por la fe pública que tiene el notario, los actos que legaliza se tienen por ciertos, existe certidumbre o certeza. Se basa en la norma general que los documentos autorizados por notario producen fe y hacen plena prueba (salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o de falsedad), según el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Autenticación

La intervención y autorización del notario, con la firma y sello registrados, le da autenticación a los actos que documenta.

Fe pública

"En definitiva: puede preceptivamente afirmarse que la fe pública es un principio real del derecho notarial, pues viniendo a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta".¹³

Publicidad

Los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona.

Este principio tiene total aplicación en los asuntos de jurisdicción voluntaria, ya que todo lo que se documenta y resuelve es público,

¹³ Neri, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Vol. I. Pág. 366.

teniendo el notario la obligación de expedir testimonios o certificaciones de lo actuado.

Disposiciones comunes en el Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil, tiene regulados principios y les denomina disposiciones comunes, partiendo de los actos de jurisdicción voluntaria: "la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que éste promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas".

El Artículo 402 contiene el principio general que establece "Las informaciones que las leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificación de partida, etc. y todos los que no estuvieren especialmente reglamentados, se sujetarán a lo dispuesto en este título, aplicándose, además lo que particularmente establezcan como requisitos especial las leyes respectivas".

"Las solicitudes relativas a la jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los jueces de primera instancia; y cuando fuere necesario la audiencia de alguna persona, se le notificará para que, dentro de tercero día, la evacue".

Los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación. Se oirá a la Procuraduría General de la Nación: 1º. Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y 2º. Cuando se refiera a personas incapaces o ausentes. "Con respecto a la oposición, el artículo 404 regula: "Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para

hacerlo el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos. Si la solicitud se hiciera por quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará de oficio."

Por último el carácter revocable de las providencias: "El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa."

Como podemos ver, no obstante, el Código Procesal Civil y Mercantil trae contemplados algunos asuntos que pueden tramitarse ante notario, al regular las disposiciones comunes lo hace siempre refiriéndose al juez y no menciona al notario.

Esto es comprensible, ya que en esa ley únicamente contempla la identificación de tercero o acta de notoriedad, las subastas voluntarias, los procesos sucesorios cuando los herederos estén de acuerdo, el proceso testamentario en caso de testamento abierto.

2.7.2 Principios fundamentales

El decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, trae los siguientes:

Consentimiento unánime.

Actuaciones y resoluciones.

Colaboración de las autoridades.

Audiencia a la Procuraduría General de la Nación.

Ambito de la aplicación de la ley y opción al trámite.

Inscripción en los registros.

Remisión al Archivo General de Protocolos.

Consentimiento unánime

"Para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados". Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación manifestare oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente.

En estos casos el notario tendrá derecho a percibir los honorarios que se hayan pactado o los que disponga el respectivo arancel. Del consentimiento nos hemos referido anteriormente, éste debe ser unánime. Es importante que todos los interesados en un asunto de jurisdicción voluntaria, estén de acuerdo con el notario que va a actuar profesionalmente en el asunto. Cualquiera de los interesados que no esté de acuerdo así lo manifieste, en cualquier momento de la tramitación, será motivo suficiente para que el notario deje de conocer. En estos casos debe remitir el expediente al tribunal competente para que el juez siga conociendo y resuelva el asunto.

El notario tiene derecho al cobro de sus honorarios conforme lo pactado o lo que disponga el arancel. Con respecto a este principio, opina la licenciada Doradea Guerra, el consentimiento unánime "es el más importante porque sin la presencia de este primer principio, de nada sirve que estén presentes los demás, sin el consentimiento unánime, no tendría sentido hablar de jurisdicción voluntaria, porque este principio implica la conformidad del interesado, desde antes de iniciar la gestión y durante ella".¹⁴

¹⁴ Doradea Guerra, Sonia. Ob.Cit. Pág. 54.

Actuaciones y resoluciones

Todas las actuaciones se harán constar en acta notarial, salvo las resoluciones que serán de redacción discrecional pero debiendo contener: la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y la firma del notario. Los avisos o publicaciones deberán llevar la dirección de la oficina del notario.

Colaboración de las autoridades

Los notarios por medio de oficio podrán requerir de las autoridades la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener los datos e informes que sean indispensables para la tramitación de los expedientes: cuando no lo fueren proporcionados, después de requerirlos tres veces, podrán acudir al Juez de primera instancia de su jurisdicción para apremiar al requerido.

No obstante este derecho que tienen los notarios, en la práctica es el interesado quien presenta todos los documentos pertinentes al iniciar el procedimiento, de otra forma sería el notario quien los obtendría y sólo en casos necesarios requeriría de las autoridades los datos e informes indispensables por la celeridad con que se llevan los asuntos; ya que si opta por requerirlos hasta tres veces y después acudir al juez, le haría perder valioso tiempo y retardar el trámite. Sin embargo, la norma es saludable, ya que algunos datos e informes solo serán proporcionados por las autoridades si les son requeridos oficialmente. Véase aquí que la administración resulta siendo un auxiliar del notario, mientras que en otros casos, el notario es un auxiliar del juez. En todos los casos las autoridades tienen la obligación de prestar esta colaboración oficial y un juez competente puede apremiarlos si no lo hacen.

Audiencia a la Procuraduría General de la Nación

En los casos que la ley disponga, será obligatoria la audiencia a la Procuraduría General de la Nación, la que deberá evacuar en el término de tres días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado.

El notario podrá la opinión de la Procuraduría General de la Nación si esta fuese adversa, el notario previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal competente, para su resolución.

Ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite

"Esta ley es aplicable a todos lo asuntos cuya tramitación notarial se permita en los siguientes artículos, sin perjuicio de que también puedan tramitarse ante notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Los interesados tienen opción de acogerse al trámite notarial o judicial, según lo estimen conveniente y, para la recepción de los medios de publicación, deben de observarse los requisitos que preceptiva el Código Procesal Civil y Mercantil.

En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial o viceversa. En el primer caso, el notario debe enviar el expediente al tribunal que sea competente. En todo caso, puede requerir el pago de sus honorarios profesionales." Este principio establece que la ley tiene aplicación a todos los asuntos regulados en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, sin perjuicio de los casos contemplados en el decreto ley número 107, que esa ley ya establecía se pueden tramitar ante notario. Se aclara que no todos los casos regulados como

jurisdicción voluntaria en el Código Procesal Civil y Mercantil, se pueden tramitar ante notario, sino los que específicamente esa ley determina.

El derecho a seguir un asunto ante notario o ante juez, es de los interesados, no podría ser de otra forma.

El trámite notarial se puede convertir en judicial o viceversa, esa convertibilidad no solo es necesaria, sino también conveniente. Existen más posibilidades de que un trámite notarial se convierta en judicial por el consentimiento unánime necesario y por la fuerza vinculante de la opinión de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, esta regulado el caso contrario.

Al dejar de conocer el notario de cualquier asunto de jurisdicción voluntaria. Debe remitir el expediente al juez competente. Es juez competente el que hubiera conocido del caso si se hubiera iniciado judicialmente. El notario conserva el derecho al cobro de sus honorarios por los servicios prestados.

Inscripción en los registros

Para la inscripción de cualquier resolución notarial en los registros públicos de documentos y actos jurídicos. Será suficiente la certificación notarial de la resolución, o fotostática auténtica de la misma. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado, por el notario, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado.

Al dictarse la resolución final en cualquier asunto de jurisdicción voluntaria, el notario debe expedir certificación salvo que la ley le mande otro documento. Lo común es que sea de resoluciones finales, aunque la ley regula que puede ser de cualquier resolución.

Esta certificación puede expedirse por los medios acostumbrados, la transcripción literal de la misma o la reproducción por medio de fotocopia o fotostática auténtica de la resolución.

Estas certificaciones que van a los registros públicos, se elaboran en duplicado, con el objeto de que éste quede en los archivos de los registros y el original se devuelva razonado por el registrador haciendo constar la operación efectuada en los libros.

Remisión al Archivo General de Protocolos

Una vez concluido cualquier expediente, el notario deberá enviarlo al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive. El destino final de los expedientes fenecidos ante notario debe ser el Archivo General de Protocolos, dependencia que organismo judicial que lleva el control de los notarios. No existe tiempo determinado para que el notario haga entrega de los expedientes, tampoco sanción alguna por no hacerlo. Esto hace que muchos de los notarios incumplan esta obligación y conserven los expedientes en sus oficinas.

CAPÍTULO III

3. Organizaciones y personas que colaboran con la institución de adopción

3.1 Secretarías de Bienestar Social

La Secretaría de Bienestar Social es la institución de gobierno que tiene a su cargo la administración y ejecución y ejecución de las políticas en materia de protección para la niñez y adolescencia, principalmente de aquellos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, riesgo social, discapacidad y conflicto con la ley penal. Desarrollando los procesos de planificación, dirección ejecución, y evaluación de los programas para contribuir a un funcionamiento sectorial, articulado, racional, y eficiente promoviendo el trabajo en equipo la participación ciudadana, y el desarrollo del sector vulnerable.

Actúan por mandato y resolución emitida por un juez de menores de edad, cuando un menor de edad se encuentra abandonado, y tiene que hacer la investigación si el menor de edad abandonado tiene un hogar o carece del mismo y en su caso hacer la declaratoria del menor de edad abandonado y posteriormente bajo esta declaratoria, el menor de edad es entregado a una casa hogar donde puede estar seguro y tenga la oportunidad de ser adoptado por una familia.

Su misión como institución es la protección integral de la niñez y la adolescencia partiendo del hecho de que el ciudadano de la niñez debe estar a cargo de todos, instituciones públicas y privadas, organizaciones civiles y personas con entusiasmo y voluntad, a través de la ejecución promoción y coordinación de esfuerzos propios y ajenos a favor de los niños, niñas y adolescentes más vulnerables de Guatemala.

Su visión es ser la institución rectora que impulse, diseñe, verifique el cumplimiento de las políticas públicas y del estado, dirigidas a la niñez, adolescencia y familia, a través de la participación descentralizada y/o desconcentrada de organizaciones gubernamentales y de la sociedad civil que promuevan el desarrollo integral de la población a atender.

3.1.1 Objetivos

a) General:

Administrar y ejecutar las políticas del Gobierno de la República en materia de bienestar Social, desarrollando los procesos de planificación, dirección, ejecución y evaluación de programas para contribuir a un funcionamiento sectorial articulado, racional y eficiente, promoviendo el trabajo en equipo, la participación ciudadana y en el desarrollo de los sectores vulnerables.

Uno de sus funciones principales es de supervisar las casas hogares periódicamente ya que el programa cuenta con un grupo de supervisores encargados de la supervisión de dichas casas hogares, la forma de autorización a que casa hogar se ira un niño, lo hace de acuerdo a la edad y perfil del menor de edad ya que en las mismas cuenta con un grupo de médicos y psicólogos para procurar el bien del menor de edad ya que estas fueron creadas con el fin de procurar por el bienestar del menor de edad.

b) Específicos:

1. Desarrollar acciones coherentes y eficaces destinadas a favorecer la familia y brindar protección a niños, niñas y adolescentes, dentro de un marco de desarrollo integral de la persona humana.

2. Detectar, impulsar y ejecutar los programas dirigidos a la población en riesgo social.
3. Realizar su función acorde a las políticas, programas y acciones de bienestar social, organizando la estructura administrativa que le permita efficientar, agilizar y garantizar la prestación de servicios.
4. Promover acciones encaminadas a mejorar las condiciones de vida de la niñez y adolescencia guatemalteca.

3.1.2 Programa de atención integral

La Secretaría de Bienestar Social cuenta con treinta y cinco centros de atención integral de los cuales once están ubicados en la ciudad capital, y veinticuatro en el interior de la república. En dichos centros se brinda atención integral a niños, niñas y adolescentes comprendidos entre ocho y doce años, hijos de padres trabajadores y madres solteras de escasos recursos económicos, contando con el área de refuerzo escolar del niño de primero a sexto grado, así como también la prevención de la callejización, drogadicción e integración de maras.

3.1.3 Programas con los que cuenta la Secretaría de Bienestar Social

1. Atención integral a niños y niñas de 6 meses a 12 años.
2. Atención a la niñez y a la adolescencia con discapacidad mental.
3. Atención a adolescentes en conflicto con la ley penal.
4. Hogares temporales de protección y abrigo para menores.
5. Familias sustitutas y adopciones.
6. Atención a la niñez y adolescencia en situación en la calle.
7. Prevención a la explotación sexual comercial, de niños, niñas y adolescentes.

De los programas mencionados tres de ellos se relacionan con el tema de la adopción específicamente los numerales 1, 5, 7.

3.1.4 Requisitos que deben adjudicarse en la solicitud de adopción de la Secretaría de Bienestar Social

Promueve acciones para que los niños, y adolescentes, que sean declarados en estado de adaptabilidad por los órganos jurisdiccionales puedan ser colocados por familias para su adopción priorizando la nacional, su objetivo es brindarle a la niñez en situaciones de abandono, la oportunidad de ser integrados a una familia que no es natural, con el fin de lograr la satisfacción de sus necesidades psico-biosociales, además de brindar a las parejas que no pueden ser padres biológicos, la oportunidad de ser padres adoptivos.

1. Constancia de ingresos económicos.
2. Certificación médica (salud, toxicómana, adicciones, enfermedades infectocontagiosas, con la dirección de la clínica y el teléfono).
3. Partida de nacimiento de los adoptantes.
4. Fotocopia de cédula de vecindad de los solicitantes.
5. Fotografías de cada uno de los solicitantes, tamaño pasaporte y a colores.
6. Fe de edad o cédula de los hijos si los tuvieran.
7. Certificado de matrimonio o certificado de la unión de hecho.
8. Antecedentes penales y policíacos de los solicitantes.
9. Tres cartas de recomendación que incluyan dirección y teléfono de quienes las extienden.
10. Fotografías a colores del ambiente familiar y del trabajo.
11. Constancia de trabajo especificando puesto, salario, y tiempo de servicio.

12. Carta en donde se haga constar el domicilio de los solicitantes, compromiso de notificar cambio de domicilio.
13. Constancia de estudios realizados.
14. Estado patrimonial.
15. Solicitud manuscrita.
16. Certificación médico motivo de infertilidad.

Otros requisitos

1. Están comprendidos entre 25 y 45 años de edad.
2. Compromiso de aceptar estudio social y psicológico.
3. Disponibilidad de participar en curso de asesoramiento sobre obligaciones de su nuevo hijo o cursos análogos.
4. Aceptar el compromiso de ser sujetos de seguimiento del programa hasta que cumpla la mayoría de edad (vistas domiciliarias y comparecencias).
5. Todos los documentos de fecha reciente.

3.1.5 Solicitud de adopciones

Requisitos que se deben llenar en el programa de adopciones de la Secretaría de Bienestar Social:

1. Nombres y apellidos completos de los solicitantes.
2. Edad.
3. Lugar y fecha de nacimiento.
4. Estado civil.
5. Nacionalidad.
6. Cédula de vecindad.
7. Profesión u oficio.
8. Motivo o solicitud.
9. Nombre de la esposa (los mismos datos anteriores).

10. Lugar para recibir notificaciones.
11. Dirección de los solicitantes.
12. Teléfono.
13. Medios económicos.
14. Nombre, apellido y dirección de las tres personas que lo recomiendan.
15. Condiciones que debe reunir el niño, niña o adolescente.
16. Edad.
17. Sexo.
18. Otros detalles.
19. Firma del solicitante.
20. Firma de la esposa.
21. Firma y sello del abogado.

3.2 Juzgados de Paz de la Niñez y la Adolescencia

Los jueces de paz, en materia de protección de los derechos a la niñez y a la adolescencia tienen la responsabilidad de velar que los menores queden debidamente protegidos sin embargo en el trámite judicial del cual se hace mención el decreto ley 106 Código Civil la solicitud de adopción debe presentarse ante juez de primera instancia del domicilio del adoptante.

3.3 Juzgados de Primera Instancia de la Niñez y de la Adolescencia

La función de un juez de Primera Instancia de la Niñez y de la Adolescencia es muy importante, pues en él recae la responsabilidad de velar porque el menor de edad que está desamparado o que se encuentra abandonado y no tiene una familia, de encargarse de que el menor de edad pueda estar en un hogar, a quien le puede dar la guardia y custodia del menor, la responsabilidad de velar porque la casa hogar donde se encuentra el menor sea la adecuada, recae en

él. Ya que a los jueces de primera instancia les corresponde determinar y dar su autorización para las adopciones debiendo velar así por el bienestar del menor.

3.4 Procuraduría de los Derechos Humanos

A través de la defensoría de los derechos de la niñez y de la juventud que fue instaurada por el procurador de los Derechos Humanos según acuerdo Sg-290 de fecha 14 de diciembre de 1990 con el propósito de brindarles atención a los problemas que afectan a la niñez y a la adolescencia, en la cual una de sus funciones principales es visitar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atienden a niños y adolescentes, según lo estipulado en el Artículo 92 inciso "C", de la ley integral de protección de la niñez y de la adolescencia decreto 27-2003, cuyo objeto es verificar que no sean violados los derechos de los menores y de los adolescentes y velar por que las condiciones en que se encuentren se apeguen al marco de la ley y al derecho que la misma le otorga, por ser una institución primordial y esencial para el país.

Velar por que las autoridades que estén a cargo de los menores de edad, cumplan con sus obligaciones, velar por que se les de un buen trato a los menores de edad sobre todo a los niños que están en instituciones, investigar sobre denuncias hechas en contra de los menores en las cuales se comete delitos de violaciones de los derechos de los menores de edad, proteger previamente a los menores para que no les sean violados sus derechos ya los menores son el futuro de Guatemala.

En cumplimiento se lo que establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Capítulo II, Artículo 92, inciso c), se define como función de la Defensoría de la Niñez y la Juventud de la Procuraduría de los Derechos Humanos "supervisar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atiendan niños, niñas y adolescentes así como darles seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas.

3.4.1 Defensoría de la Niñez y de la Adolescencia

Se crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, cuyas facultades son la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ante la sociedad en general, así como el efectivo cumplimiento de las disposiciones que en esta materia precisa el ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política de la República de Guatemala, y otros convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el estado de Guatemala. La Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia establece que niño es toda persona desde su concepción hasta que cumpla trece años, y adolescentes a toda aquella desde los trece años hasta que cumpla los dieciocho años de edad, que de acuerdo con el Código Civil es la edad en que los adolescentes pasan a ser mayores de edad. El informe realizado por la Procuraduría de los Derechos Humanos, es realizado con las casas hogares donde mantienen a los menores de edad de los cuales cuarenta y nueve casas hogares, de las cuales diez pertenecen a la secretaria de Bienestar Social.

3.4.2 Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos

En la supervisión hecha por la Procuraduría de los Derechos Humanos el mayor porcentaje de población supervisada corresponde a niños y niñas de cero a trece años, en el entendido que la niñez es una etapa fundamental en la que sus influencias se extiende hasta en la vida adulta resulta imprescindible garantizar a los niños y a las niñas, el mejor comienzo de vida posible, puesto que es la manera de asegurar el progreso y el desarrollo de las naciones. Razón por la cual es necesario que se les preste la atención adecuada, más aun cuando estos menores se encuentran desprotegidos.

La multiplicidad de situaciones que atiende un mismo hogar se relaciona con la falta de especialización que deben tener las personas encargadas de las casas hogares, lo cual incide en situaciones precarias de vulnerabilidad que requiere atención con personal calificado y especializado para el cuidado de los menores que no se sabe si serán dados en adopción, ya que los adoptantes buscan un niño menor de tres años normalmente es difícil que los niños mayores de tres años sean adoptados, ya que para ellos es más difícil la adaptación al hogar o bien porque para los adoptantes resulta mejor adoptar un menor recién nacido que iniciara una vida con ellos y no tendrán que enseñarle nuevas costumbres como lo harían con un menor de edad que ya tenga entendimiento y que haya vivido en un hogar previamente.

La diferencia entre hogares estatales y los privados radican en que los primeros atienden a menores de edad que son remitidos por los juzgados, dan mayor cobertura a problemas neurológicos o psiquiátricos, no atienden a la niñez ni a la juventud desamparada, o abandonada en la calle, ni a huérfanos, dan mayor cobertura, a menores de edad que han sido objeto de maltrato. Es por ello que no se dan tantas adopciones de los hogares estatales ya que los menores de edad que tienen en su mayoría sobrepasan los seis años de edad.

Los hogares privados acogen a la niñez y a la juventud desamparada y abandonada en la calle, a huérfanos, y remitidos por los juzgados entre otros, lo cual podría estar vinculado a la posibilidad de que dichos niños sean dados en adopción.

Las denuncias a la Procuraduría de los Derechos Humanos del año 2003 al 2005, en relación a las cosas hogares donde se encuentren los menores de edad solamente una fue hecha en contra de un hogar estatal y diez en contra de hogares privados, en ellas se mencionan maltrato

infantil, negligencia en la atención médica y además de abusos sexuales, y también una denuncia por irregularidades en los procesos de adopciones infantiles.

En aquellos casos en que las violaciones a los derechos de los menores se constituyen delitos, la información recibida se traslada al Ministerio Público para que este proceda a iniciar la investigación que corresponde.

Los equipos de supervisión de hogares de la Defensoría de la Niñez y la Juventud de la Procuraduría de los Derechos Humanos, tiene como costumbre realizar recomendaciones inmediatas a los hogares visitados, una de las carencias frecuentemente observadas se refiere al desconocimiento que responsables y personal de los hogares tienen en relación con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en los respectivos expedientes con el fin de que los menores no prolonguen su estadía en esos centros ya que es muy importante que cada uno de ellos tenga un hogar para su desarrollo psicológico, físico y mental. Desgraciadamente como se menciona anteriormente los menores mayores de tres años tienen pocas posibilidades de ser adoptados porque a los adoptantes prefieren recién nacidos o menores de un año, por lo que los que no son adoptados tendrán que cumplir la mayoría de edad para poder salir de estas casas hogares sin tener la oportunidad de tener una verdadera familia. Con el inconveniente que al salir de los hogares tendrán que enfrentarse solos a la sociedad.

3.5 Asociaciones que tramitan adopciones

Asociación Guatemalteca para la Asistencia del Niño Desamparado (AGAND): En el año 2005 contaba con veintidós niños que en su mayoría tienen de cinco a seis años, los cuales permanecen en ese lugar porque han sido abandonados o bien han sufrido maltrato físico o psicológico, por parte de sus familiares, los

menores son dados en adopción si encuentran una familia que llene los requisitos y sea en beneficio del menor, este trámite puede durar más de un año y aunque tuvieran el visto bueno judicial, las familias que buscan adoptar a un infante se inclinan por menores de doce meses, pese a la adversidad los hogares como Asociación Guatemalteca para la Asistencia del Niño Desamparado (AGAND) mantienen la esperanza de ubicar a los infantes en una familia que los ayude a ser felices y a llevar una vida normal.

A pesar de los trámites burocráticos de los juzgados y la falta de aceptación hacia los niños mayores de tres años, la entidad ha logrado colocar en familias adoptivas a unos cuatrocientos menores a lo largo de veintinueve años. Destacando cinco hermanos a quienes dieron en adopción a una misma pareja de casados, la cifra es mínima a comparación de las adopciones internacionales que superan los 17,382. AGAND, Hogar San Jerónimo, Emiliani y la Integración Familiar (APIF) son, a juicio del Instituto Latinoamericano para la Educación de la Comunidad (ILPEC) algunas de las instituciones que trabajan de forma transparente las adopciones en Guatemala.

Asociación Guatemalteca para la Asistencia del Niño Desamparado (AGAND), da prioridad a familias guatemaltecas, y en segundo lugar a los extranjeros residentes en el país, la asociación trabaja directamente con una agencia de adopciones Estadounidense a quienes se les envía fotografías y datos que el juez ha autorizado, con el fin de asegurar un buen trato para los pequeños tienen un convenio con la agencia a quien se les establece un seguimiento que concluye a los dos años de que el menor fue entregado en adopción. Durante ese periodo la institución envía formularios a los padres a quienes les preguntan como va el proceso de adaptación, el comportamiento y la salud del nuevo miembro de la familia.

A diferencia de Asociación Guatemalteca para la Asistencia del Niño Desamparado (AGAND), existen otras asociaciones que actúan de forma ilegal o

bien trafican con los menores de edad, estas asociaciones u organizaciones, se presentan como ONG o como organismos de ayuda internacional, maquillados de esta forma, no se realiza investigación en su contra, cuyo fin primordial es realizar negociaciones con menores de edad para poder ser dados en adopción en el extranjero.

Las casa hogares clandestinas son lugares donde más niños llegan a dar, porque estos son dados en adopción de una forma rápida y además ya están en trámite sus adopciones, estos lugares se aprovechan de las madres solteras, jóvenes que no tienen experiencia y que por miedo a enfrentar la vida con su menor hijo tenga que darlo en adopción, o bien por codicia del dinero den a su pequeño menor en adopción, y donde mujeres se han prestado para alquilar su vientre con el único propósito de entregarlo al nacimiento del menor a cambio de un sueldo estipulado, muchas de ellas acceden a prestar su vientre una vez al año. Otros menores que se encuentran en estas casas son menores que han sido robados de hospitales o raptados de las manos de sus madres, menores que es difícil dar con su paradero ya que no se tiene una fotografía del menor de edad y por la poca familiaridad que se tiene con el menor por el poco tiempo o casi nada de tiempo que ha pasado la madre con el menor de edad que es difícil identificarlo, solamente con exámenes de ADN pero en nuestro medio este no se da y si se quiere hacer es un examen caro que se manda al extranjero a países como Colombia, México, y Estados Unidos. Hay pocas posibilidades que una madre recupere a su hijo menor de edad cuando es arrebatado de la mano de su madre, o cuando es robado en los hospitales porque reconocerlo entre un niño que fue encontrado serían muchas las personas que lo reclamarían y los niños que son robados en la mayoría de casos de madres de escasos recursos, que no cuentan con el dinero suficiente para poder recuperar a su menor hijo.

Es alarmante saber que expertos intencionales señalaron a nuestro país como el país donde más anomalías se dan en las adopciones, por la falta de una ley específica y un mecanismo de control en las adopciones; por lo que favorece al

trafico de menores y a la violación de sus derechos y convierte estos en un negocio efectivo para personas que viven del trafico de menores, y una forma de negocio rentable para abogados y notarios, que se dedican a tramitar adopciones, lo que ha provocado y provoca que miles de niños sean dados en adopción en una forma irregular y anómala y que no se tenga conocimiento de su paradero en el extranjero pues después de haber salido del país, se pierde toda pista del menor de edad y se desconocen los fines para los que fueron adoptados, lo que causa gran impacto pues el deber del estado es proteger a los menores de edad y claro está que estos no son protegidos por el estado.

Es preciso y necesario determinar, cuando una adopción es legal o cuando no lo es y determinar las anomalías que se dan en los procesos de adopción. Pues el menor de edad se convierte en una mercancía y se les restringe el derecho a tener una familia que es la finalidad primordial de esta institución, es importante establecer que la adopción es una institución por la que se le restituye al menor de edad el derecho que tiene de poseer una familia y no es de convertirlo en una mercancía ni en un negocio fructífero, para personas y profesionales que carecen de ética y de valores sociales en nuestra sociedad.

En nuestro medio no hay un ente rector que se dedique a controlar el proceso de adopción desde su inicio hasta su conclusión y verificar después que el menor de edad sea adoptado, cómo se integró al hogar en el que fue dado en adopción y que su fin primordial sea proteger al menor de edad, no hay una institución que investigue la legalidad del proceso de adopción y que los trámites e informes médicos sean legales, dado que todo el trámite se basa en la fe notarial, y como se comenta anteriormente hay muchos profesionales que se enriquecen con las adopciones y que exclusivamente se dedican a tramitarlas, entonces abusan de la fe que les confiere el Estado para realizar los procesos de adopción de una manera ilegal.

3.6 Trabajadoras Sociales de los Juzgados de Familia

Se encargan de realizar una investigación minuciosa para establecer, la calidad moral, la responsabilidad, el buen nombre, la situación económica de la persona que desea adoptar a un menor de edad y sobre todo que e mayor beneficio, sea para el menor de edad ya que con el estudio hecho por la trabajadora social depende completamente que el menor pueda ser dado en adopción de aquí la gran responsabilidad que tiene esta persona.

3.7 Casas hogares privadas

Son las encargadas de velar por lo menos de edad que se encuentran desprotegidos ya sea porque no tienen una familia o bien porque la familia que tenían los abandono o bien porque les fueron quitados a sus padres por violación de sus derechos, se encargan de buscar la mejor opción para el menor de edad al darlo en adopción, están autorizadas legalmente y reconocidas por la ley, los recursos con los que mantienen a los niños son por beneficencia de personas o empresas que ayudan a satisfacer las necesidades de los menores de edad tales como vivienda, seguridad, alimentación, vestuario y educación. Para que los menores de edad, tengan un mejor futuro y un lugar donde puedan estar seguros.

Actualmente cuentan con 308 hogares privados registrados, aunque en un estudio realizado hay más, sumado a esto, los hogares que se encuentran ilegalmente por todo el país, los menores de edad que se encuentran en las casas hogares privadas son dados en adopción más fácilmente que los menores de edad que se encuentran en las casas hogares estatales.

El personal con que cuentan las casas hogares se trata de médicos, psiquiatras, terapeutas, profesionales que proporcionan atención especializada en salud física y mental, en la mayoría de casos estos profesionales no permanecen en el

centro durante toda la jornada, generalmente son personas que llegan durante pocas horas al día, gran inconveniente porque si uno de los menores sufriera una enfermedad o algún otro tipo de problema no se tienen personal capacitado para que se ocupe del menor de edad. En un informe presentado por la Procuraduría de los Derechos Humanos solo tres hogares privados cumplen con programas de apoyo para los menores de edad.

De las casas hogares privadas, solamente 11 se encuentran registrados en los Juzgados de la Niñez y de la Adolescencia, es lamentable ver que en nuestro país funcionan un sin número de casa hogares, pero en su mayoría todas ellas con animo de lucro pues dan al menor de edad en adopción pero para beneficio propio y de personas que pagarán dinero por el menor de edad a cambio de no hacer trámites grandes, o bien a cambio de que todo se le facilite ya que muchas de ellas trabajan por encargo procurando no el bienestar del menor de edad si no el suyo propio.

CAPÍTULO IV

4. Trascendencia jurídica de la no ratificación del Convenio de La Haya en materia de adopciones

4.1 Trascendencia jurídica

Amplios sectores del país han mostrado preocupación en relación al incremento creciente de adopciones internacionales en los últimos tres años Guatemala es el cuarto país proveedor de adopciones internacionales, a nivel mundial, y es el número uno, si se considera la relación entre las adopciones y la población total.

Esta situación ha puesto en alerta a la comunidad internacional. Numerosos países receptores han manifestado dudas sobre los procedimientos internos relativos a las adopciones. La desconfianza internacional se ha manifestado en la reciente suspensión de las adopciones procedentes de Guatemala, por parte de Canadá, Alemania, España, Francia, Holanda y el Reino Unido. Estos países han expresado su preocupación por la falta de transparencia en el proceso interno. Anteriormente otros Estados europeos habían tomado similar medida, la que se mantiene hasta la fecha.

Hay varios países receptores de niños guatemaltecos dados en adopción, de los cuales se puede mencionar a Estados Unidos de América. Sin embargo, el 6 de octubre del 2000, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley sobre Adopciones Internacionales con vista a dar cumplimiento al Convenio relativo a

la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya), cuya ratificación está prevista para el año 2005 ó 2006.

Los medios de comunicación han difundido preocupantes noticias sobre tráfico y suplantación de niños en el territorio guatemalteco, sin que las autoridades hayan podido esclarecer adecuadamente estos hechos. Los vínculos entre hechos ilícitos y adopciones internacionales no han sido aclarados.

Desde la entrada en vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, ha habido un desarrollo sostenido de mayores protecciones a las personas en todo ámbito de la vida humana, lo cual se ha concretado para las personas menores de 18 años en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en el caso de las adopciones, el Convenio de La Haya. La adopción ha dejado de ser una institución meramente civil para convertirse en una institución inspirada en los derechos humanos, lo cual significa que los Estados Parte tienen una responsabilidad cualitativa en la protección de los derechos de todas las personas intervinientes en los procesos de adopción.

El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Asume los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto a que cada niño o niña tiene derecho a ser cuidado por sus propios padres y por su familia extendida, siempre que sea posible. De no ser así, los niños deben ser ubicados en ambientes familiares alternativos. Si no hubiera estas posibilidades, el Estado debe procurarles cuidado institucional, como último recurso y de manera temporal. La adopción internacional es una opción para atender el derecho de los niños a vivir dentro de una familia, pero siempre y cuando se haya agotado la posibilidad de ubicar al niño o niña en un hogar de su propio país. Por esa razón,

el Convenio de La Haya plantea el principio de subsidiariedad de la adopción internacional.

Los estándares internacionales sobre las adopciones internacionales han sido definidos por el Convenio de La Haya, adoptado internacionalmente por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en mayo de 1993 y en vigencia desde el 1 de mayo de 1995. Esta normatividad internacional ha sido promovida para dar respuesta a los problemas planteados por la creciente demanda de las familias de países desarrollados en busca de niños susceptibles de ser adoptados en los países en desarrollo. Muchos países reconocieron el riesgo que corrían los niños, de no establecerse reglas claras en los procesos de adopción. Los problemas de falta de regulación y control por parte de los Estados, sobre todo en los países de origen, y el surgimiento de una “industria” derivada de las adopciones con cuantiosas ganancias han sido preocupaciones compartidas en numerosos países.

Para evitar esas situaciones y proteger el derecho de los niños a una adopción en regla, se redactó el Convenio de La Haya, a fin de establecer garantías para que las adopciones internacionales tuvieran lugar tomando en consideración el interés superior del niño y respetando los derechos fundamentales que les reconoce el derecho internacional. Se buscaba instaurar un sistema de cooperación entre los Estados que asegurara el respeto a las garantías para prevenir el secuestro, la venta o el tráfico de niños. De esta manera, todos los Estados Partes del Convenio podrían reconocer las adopciones realizadas bajo sus normas. Este Convenio desarrolla de manera amplia y concreta lo planteado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en materia de adopciones. Lo importante de ambos tratados internacionales radica en la naturaleza protectora de la normatividad relativa a las adopciones.

El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. ha propiciado la suscripción, ratificación y adhesión de todos los países al Convenio de La Haya porque por su naturaleza concreta propone mecanismos internos de cooperación comunes a los países, a fin de garantizar procesos transparentes y respetuosos de los derechos humanos de los niños y familias involucradas, tanto en los países de recepción como en los de origen.

En el caso de Guatemala, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. A colaborado con las autoridades al más alto nivel para lograr que el país asuma los estándares internacionales de protección de la infancia en materia de adopciones. La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, incluye la obligación de regular adecuadamente los procesos de adopción, lo cual implica revisar la legislación nacional a la luz de los mandatos de la Convención. Más adelante, la adhesión al Convenio de La Haya en el 2002 abrió posibilidades aún más cercanas de lograr una regulación interna orientada a la protección de los derechos de los niños y niñas dados en adopción. Sin embargo, la intervención de la Corte de Constitucionalidad en el 2003 al cuestionar el procedimiento de incorporación al Convenio de La Haya tuvo como efecto la interrupción de los efectos legales a nivel interno del convenio.

Las responsabilidades de Guatemala a nivel internacional, derivadas de su adhesión al Convenio de La Haya, se mantienen vigentes y, por lo mismo, es necesario visualizar una solución jurídica para resolver el impase actual. Esa solución está en manos del Congreso de la República, puesto que una ley específica nacional incorporando los contenidos del Convenio de La Haya resolvería la situación y le permitirían al país alcanzar los estándares

internacionales para que las adopciones internacionales originadas en Guatemala tuvieran una aceptación universal.

El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Hace un llamado a las autoridades legislativas para que, en el más breve plazo, se apruebe una normatividad específica congruente con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de La Haya, la Constitución Política de Guatemala y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. La ley nacional debe incluir, como mínimo:

- El principio del interés superior del niño, por encima de cualquier interés de tipo económico.
- La pobreza no puede ser considerada como causal para sustentar el auto de abandono y la subsiguiente declaración de adoptabilidad de una persona menor de edad.
- Las soluciones nacionales (retorno a la familia biológica y adopción nacional) deben tener prioridad antes de acudir a la adopción internacional.
- La declaración judicial de adoptabilidad y mecanismos para garantizar el consentimiento pleno y libre de la familia biológica, posterior al nacimiento, así como escuchar a los niños y niñas, cuando su edad y madurez lo permitan.
- Control judicial del proceso de adopción.
- Autoridad Central para cautelar el cumplimiento de todos los pasos de la adopción, sobre todo para evitar los engaños a las familias biológicas de los niños dados en adopción.
- Mecanismos de control para evitar cualquier tipo de cobro indebido, sobre todo a los futuros padres adoptantes (prohibición de lucro).

- Seguimiento posterior a la declaratoria de adopción para verificar condiciones materiales, espirituales y morales en que se desenvuelve la niña o niño adoptado en su nueva familia.
- Modificación el Código Penal para perseguir los delitos relacionados a la venta de niños, secuestro y cualquier tipo de tráfico de personas.

Poder dotar de una regulación moderna, suficiente y aceptable en el plano internacional para las adopciones, la preocupación por la cantidad de niños dados en adopción. No se sabe quiénes los adoptaron, y si realmente se verificó el interés superior del niño, La falta de legislación que permita controlar las adopciones en Guatemala hace que a nivel mundial seamos el país “peor catalogado en el tema”, por las anomalías que se dan en los procesos. Contar con un ente rector que vigile que los procesos de adopción se efectúen de manera legal.

Es importante que exista esta autoridad central, pues se encargaría de realizar las investigaciones sobre la procedencia de los menores y de revisar que los procesos de adopción se efectúen de manera transparente.

Lo que no se quiere es que la adopción de menores se convierta en un negocio en perjuicio de las madres y padres biológicos.

Problemática

La mayoría de padres adoptivos tienen dos objetivos: encontrar a un niño pequeño que no se acuerde de sus padres biológicos y evitar las demoras

burocráticas. Guatemala ha ofrecido ambas facilidades durante años. Las cifras lo comprueban.

El año pasado, el país dio en adopción 2993 niños, lo cual lo ubica como la nación donde más se adopta a nivel mundial, si el dato se toma en cuenta proporcionalmente al número de habitantes. El 98 por ciento de esas adopciones fue internacional; 90 por ciento correspondió a bebés y 90 por ciento a niños que tienen padres. Esos datos revelan una problemática que tipifica buena parte de las adopciones como “ilegales”, aunque el procedimiento esté amparado por la legislación vigente.

En ocasiones, los niños son robados o apartados de sus progenitores bajo presión psicológica. En el primer caso, se conocen denuncias de robo de bebés en hospitales públicos o comercios. En el segundo, se sabe que las mujeres se prestan para simular ser madres, y luego entregan a los pequeños.

¿Bienes negociables?

En los últimos años las adopciones guatemaltecas se han convertido en un auténtico negocio. Es notable de que esa actividad produce al país entradas por más de 50 millones de dólares anuales.

Cambio de normativa

Luego de que Guatemala aprobó el Convenio de La Haya, relativo a la adopción internacional, el país se comprometió a modificar la legislación nacional.

- De esa cuenta, se presentó al Congreso una iniciativa que busca aprobar la “Ley de Adopciones”.
- La propuesta intenta fortalecer la adopción por parte de padres guatemaltecos y hacer transparentes los procesos.
- Unifica el trámite nacional, al tiempo que crea y regula el internacional.
- Exige la prueba de ADN cuando los menores de edad son entregados por sus padres o por uno de ellos.
- Dichas pruebas deberán ser realizadas en los laboratorios del Ministerio Público.
- Introduce la obligatoriedad de que el niño mayor de 12 años preste su consentimiento a la adopción.
- Establece mecanismo de seguimiento a fin de conocer cómo se está desarrollando el niño con la familia adoptante.
- Garantiza que a los 14 años el adoptado tiene derecho a saber su origen, si así lo solicita.
- Deja claro que el niño dado en adopción tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, moral y espiritual.
- Prohíbe a los padres adoptivos ofrecer o disponer de los órganos de los niños o niñas.
- Quien sea dado en adopción no pierde la nacionalidad guatemalteca con motivo de la nueva filiación.

- Pueden ser adoptados los huérfanos de padre y madre, los hijos abandonados, de padres y madres desconocidos; los que hayan perdido su patria potestad por orden de juez competente y los que sean entregados voluntariamente por sus padres biológicos.
- Cuando dos o más hermanos sean declarados en estado de adoptabilidad, no podrán ser dados en adopción en forma separada.

4.2 Protección de los niños y el derecho internacional

La protección de la infancia es uno de los pilares del nuevo derecho internacional; fruto de esta preocupación son los diferentes instrumentos internacionales que se han ocupado de la materia, tanto en el ámbito del derecho público como en el derecho privado.

Así, destacan en el primer grupo, la convención sobre los derechos del niño adoptada por la asamblea general de Naciones Unidas el veinte de noviembre de 1989, a nivel europeo, la Carta Europea de los Derechos del Niño.

No obstante, el objeto principal de este trabajo está centrado en aspectos más concretos y específicos que afectan a los menores, y que claramente tiene su base en los instrumentos internacionales antes citados, de tal manera que la protección se refiere a situaciones que amparan al menor desde la órbita del derecho privado, creando instituciones que los protejan hasta la mayoría de edad.

Para afrontar este reto, la Conferencia de La Haya, organización internacional que tiene como misión crear Derecho Internacional privado, ha sido el eje central del nacimiento de diferentes convenios que protegen a los niños de las agresiones que la propia sociedad genera.

Para entender el alcance y contenido de estos convenios es necesario comenzar por explicar los principios que han dado origen a los mismos, así como la función que cumplen dentro de la salvaguarda de los niños, independientemente de su nacionalidad, raza o religión.

Los convenios en materia de adopción son muy importantes ya que los estados suscritos protegen a los menores de edad, en sus derechos y que estos no sean violados.

4.2.1 El interés superior del niño

El principio que ha inspirado toda la normativa que regula a nivel internacional la protección de la infancia gira en torno al denominado interés superior del niño. Este, que podría parecer un primer momento evidente para todos, cambia su interpretación según el país o la sociedad en que se desarrolla. Para mayor perplejidad, no parece comprensible esta disparidad en las interpretaciones, teniendo en cuenta que este principio inspira los instrumentos internacionales firmados por los diferentes estados y además, se recoge en sus constituciones.

Es importante que los estados suscriban convenios internacionales que uniformicen la aplicación de Derecho y que, en definitiva, responsabilicen al Estado de una aplicación más rigurosa de las leyes, siempre, y este es el tema que nos ocupa, en beneficio del niño.

De ahí que las soluciones que se busquen deban ir encaminadas a proteger este interés de forma prioritaria, consiguiendo que todas las leyes que de él se deriven guarden en su preámbulo este valor.

Sin embargo, la realidad nos lleva a otro lugar, ya que la variedad de situaciones de la vida cotidiana hace que los fenómenos sociales escapen

de la regulación jurídica, y sea el juez en ultimo lugar quien decida, sobre la base de la equidad, como se ha de interpretar una determinada norma para que cumpla su cometido. La misión del juez será, por lo tanto, la de llenar de contenido una indeterminación jurídica, que se deberá sopesar en el momento de su aplicación.

Es por ello que no siempre podremos conocer la solución de antemano, ya que el juez deberá valorar el caso concreto y, según los elementos presentes en el mismo, determinar cuál es el resultado que respetará el principio fundamental que está en la base del caso que se le ha planteado.

En definitiva, el interés del niño no solo debe inspirar a los legisladores, sino que también tendrá que ser un factor fundamental para el juez en sus decisiones, siendo un elemento de progreso y de unificación del derecho internacional privado que va a fundamentar la interpretación de los convenios que protegerán al niño en sus relaciones privadas.

4.2.2 Los derechos del niño que el derecho internacional privado protege

Está claro que el niño necesita de una protección que le permita afrontar los factores extremos que puedan atentar contra su vida, así como de una serie de instituciones que le ayuden a formarse como persona.

El objetivo de las declaraciones, cartas y convenios que proceden tanto de Naciones Unidas como del Consejo de Europa o de la Unión Europea tienen este carácter programático que inspira las constituciones internas, En todas ellas se protege a los niños de la esclavitud, los malos tratos y la explotación: en definitiva, de todas aquellas situaciones denigrantes en las que la inferioridad del niño queda en evidencia.

No obstante, el objeto de esta tesis no es de dar a conocer estos instrumentos generales, con los que intentan cubrir las necesidades básicas y primarias de los niños, sino entrar a analizar cómo el derecho internacional privado, a través de diferentes convenios, crea instrumentos e instituciones que concretan y uniformizan su aplicación, haciendo que el juez, a la hora de defender el interés del niño, pueda invocar el compromiso internacional adoptado por su país.

De aquí se deducen dos importantes consecuencias. La primera es la importancia de dar a conocer el contenido de esos convenios para poder ir delimitando en qué consiste el interés superior del niño, que abarca tanto las necesidades básicas como la regulación de determinadas instituciones, próximas a sus progenitores o, en su defecto, a personas que los tutelen y que les den unas pautas morales y emocionales esenciales para el desarrollo de su personalidad.

La segunda es propiciar un marco uniforme en la aplicación de estos convenios que permita concretar el contenido de ese principio, creando valores universales. ¿Cuáles son las instituciones jurídicas que ha considerado el derecho internacional para proteger a los niños?

Básicamente la organización internacional que ha centralizado el desarrollo de estas inquietudes ha sido la Conferencia de La Haya. Esta organización, tomando como base los convenios Universales de Naciones Unidas, protege a los niños mediante diferentes instrumentos. Sólo a título de ejemplo, destacan, entre otros, el convenio de 1961 sobre competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores: el convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores y el convenio de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Dado que todos ellos persiguen como fin común el interés superior del niño, me parece más interesante la explicación que se hace a continuación, el método que se utiliza en los convenios para alcanzarlo y cómo colaboran los estados y la conferencia de La Haya en la puesta en marcha y desarrollo de todos estos convenios.

Este catálogo no exhaustivo de normas demuestra que los niños, y en concreto su Protección, son fundamentales en la labor de la conferencia de La Haya, y que la relación que se da entre todos ellos forma parte de un proyecto global que considera necesaria la complementariedad de unos convenios con otros para obtener resultados óptimos.

4.2.3 Desarrollo de los convenios de derecho internacional privado que protegen al niño

Tal y como se menciona en el párrafo anterior, la conferencia de La Haya busca una protección total del niño a través de instrumentos sectoriales, que actuando en su conjunto, posibiliten una protección global de los menores.

Es más interesante estudiar los convenios que se de protección al os menores y los mecanismos creados por la conferencia para alcanzar esta finalidad. Básicamente, la Conferencia de La Haya parte de una estructura en la que es imprescindible una cooperación tripartita formada por las autoridades nacionales, las autoridades centrales y la propia conferencia de La Haya.

Es evidente que en materia de niños, la conferencia de La Haya ha confiado en las autoridades más que en la coordinación de leyes; cosa lógica, si recordamos la discrepancia en la protección del niño. El interés superior del niño tiene un alcance diferente según la sociedad en la que

se utilice, con lo cual habrá que coordinar a las autoridades y comprometerlas para que de manera uniforme vaya creando un concepto jurídico próximo entre las diferentes sociedades.

4.2.4 Papel que juegan las autoridades en el desarrollo de los convenios

a) Las autoridades Nacionales:

Las autoridades nacionales son las encargadas de velar por la aplicación del convenio, ya que, una vez firmado y ratificado, éste pasa a ser Derecho Interno y, por tanto, de obligado cumplimiento para el estado. En caso de incumplimiento, el Estado sería sancionado por la comunidad Internacional, en concreto ajusticiado por el Tribunal Internacional de Justicia, también con sede en La Haya.

Por tanto, sea a través de autoridades administrativas, como puede suceder en el caso de una adopción internacional, en la que el adoptante deberá complementar un expediente administrativo previo al procedimiento judicial, o sea a través de autoridades judiciales, tal como sucede en el convenio sobre sustracción de menores, en el que el juez debe dictar una sentencia de retorno o no retorno del menor con el progenitor que tenga la patria potestad, las autoridades nacionales están obligadas a seguir las pautas impuestas por el convenio y a facilitar todo aquello que haga la vida del niño más digna.

b) Las autoridades centrales:

Esta figura ha sido creada por la conferencia de La Haya para facilitar la aplicación de los convenios, y ha sido copiada por otras organizaciones dadas su efectividad. Las autoridades centrales son designadas por cada estado, y tienen como misión cumplir las obligaciones del convenio,

colaborando entre sí para que existan uniformidad y criterios comunes en la aplicación del convenio en todos los estados que forman parte.

El seminario que tuvo lugar en la ciudad de Antigua Guatemala, en octubre de 2003, es un ejemplo de esta cooperación. En este caso se reunieron las autoridades centrales de diez estados para poner en común los problemas, las interpretaciones y las soluciones con relación a la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores. Una novedad importante en este seminario fue la participación, junto con las autoridades centrales, de las autoridades nacionales, que también intervienen en la aplicación del convenio, como es el caso de jueces, abogados del estado, Interpol, Fiscales, etc.

Con seminarios como éste se consigue unificar criterios y soluciones que permiten que todas las partes aprendan con las experiencias de otros, consiguiendo la aplicación uniforme de los convenios, que persiguen, en definitiva, defender y proteger el interés superior del niño.

4.2.5 Adopción internacional, condiciones básicas, interés superior del niño

Por una parte, en el mundo, miles de niños viven en instituciones en condiciones muy preocupantes y donde sus derechos fundamentales no pueden ser considerados como respetados.

Por otra parte, hay un número creciente de parejas, de individuos, que desean adoptar. Pero, desde hace unos veinte años, se puede constatar que, desgraciadamente, en la práctica, los fines de la adopción se han ido desviando. En un cierto número de casos, la prioridad no es tanto de proteger al niño sino de ofrecer un niño a una familia un individuo que carece de descendencia. Se oye decir más frecuentemente “tengo el

derecho de adoptar a un niño”. Asistimos al desarrollo de una concepción tendenciosa: el derecho de tener un hijo se sustituye a los derechos del niño. El número de personas que desean adoptar ha crecido y una presión a veces insostenible ha recaído sobre países fragilizados por mutaciones socio-políticas, conflictos, pobreza (América Latina) Cuando un gran número de adoptantes potenciales se dirige hacia un país con la esperanza de encontrar un niño ahí, el sistema de abusos se instala.

Uno de los dramas actuales es que la adopción internacional y a veces nacional, en un número preocupante de casos, no se dirige a estos niños que están en necesidad de una familia substituta sino a otros niños. Una parte de los niños adoptados internacionalmente no hubieran tenido que serlos. Hubieran debido o podido quedarse en su propia familia o haber sido confiados a familias substitutas en su país. Estas adopciones resultan de una ausencia de apoyo a las familias vulnerables para evitar el abandono, resultan de abusos (presión sobre las madres, etc.), de tráfico, de raptos, de Compra/venta. Si no fuera por la presión de la adopción internacional, algunos de estos niños no hubieran sido concebidos. La paradoja es que, paralelamente a este desarrollo de la adopción internacional, miles de niños siguen viviendo en instituciones (a menudo llamadas “huerfanatos”).

- Porque, en varios países, no hay una verdadera voluntad política de sacar a los niños de las instituciones para ofrecerles un entorno familiar (en su familia o en una familia substituta). Esto puede ocurrir porque la institución está considerada como un sistema válido dentro de la idiosincrasia nacional; porque el personal de las instituciones teme perder a su empleo si los niños son colocados con familias; porque los profesionales no asumen su responsabilidad individual cuando ejercen sus funciones y toman actitudes burocráticas; porque los niños desamparados son una prioridad a los derechos del niño

sobre los derechos de los padres que los abandonan; porque existen prejuicios religiosos o raciales; etc. Esta situación es generalmente el resultado de un desconocimiento o de un no reconocimiento de las necesidades y población rechazada por la sociedad; porque se teme dar la de los derechos de estos niños.

- Porque parte de los niños que están en las instituciones no corresponden al tipo de niño que quieren los candidatos padres adoptivos.
- Porque los tramites son poco ágiles, tanto para decidir sobre la adoptabilidad de los niños como para tramitar su adopción.

La convención de La Haya No es un instrumento perfecto porque es un compromiso entre varias culturas, diversas concepciones del interés del niño, prácticas y sistema legal. Pero tiene el valor de ser una plataforma común a muchos países, y de ser obligatoria para los Estados que la ratifican. Podemos decir que la convención de La Haya es una convención de derechos humanos, aplicados al campo de la adopción. Es un instrumento de aplicación concreta de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Uno de los principios que estructuran la convención de La Haya es:

La adopción no es un asunto individual, es una medida social y legal de protección a la infancia

Es así como:

- Los procedimientos que llevan a la adopción internacional son de la responsabilidad de los Estados involucrados. Deben garantizar que la adopción considerada responde realmente al interés superior del niño y respeta sus derechos fundamentales.
- Los procedimientos que llevan a la adopción no se dejan bajo la responsabilidad de los padres biológicos del niño, ni de las personas que tienen su guarda/tutela, ni de los padres adoptivos, ni de intermediarios diversos tales como abogados, médicos, etc. Se confían a organismos reconocidos como siendo competentes en materia de protección del niño en la adopción, oficialmente acreditados para esta tarea y supervisados por autoridades competentes del Estado. Debe quedar claro que estos organismos actúan en delegación del Estado, o sea en delegación de la sociedad, para proteger al niño.

Vimos que el interés superior del niño es lo que guía la Convención de La Haya. La adopción internacional (y nacional en cierta medida) es un campo donde no es siempre evidente juzgar cuál es interés superior del niño, donde se pueden oponer opiniones. Es entonces siempre necesario a la vez reflexionar sobre el interés del niño y tener como referencia el respeto de sus derechos fundamentales. ¿Cuáles son las condiciones básicas para lograr esto?

Condiciones básicas para proteger al niño en la adopción

I- Cambio de mentalidades

Uno de los mayores problemas, común a una cierta parte del público y de los profesionales, es la mentalidad acerca de la adopción internacional y de los niños desamparados. Esta mentalidad debe ser cambiada porque conduce a la violación de los derechos del niño y de su familia.

a) Mentalidad acerca del niño desamparado

Hablando de adopción, hablamos de niños. Debemos ser claros sobre el valor que damos a la vida de los niños susceptibles de ser concernidos por la adopción. En la práctica, tanto en los países de origen como de acogida, las actitudes reflejan un cierto desprecio, una falta de consideración hacia estos niños. Por ejemplo: “¿porqué preocuparse tanto por estos niños de los orfanatos?” Considerándolos de segunda clase por su pobreza y su origen y haciendo poco para ofrecer alternativas familiares; “de todos modos, cualquier cosa será mejor para estos niños” justificando que la adopción internacional sea menos exigente que la adopción nacional; adoptar o organizar la adopción de estos niños es a menudo considerado como hacerles la caridad, no la justicia; Familias pagan para tener un niño sin querer saber como se ha logrado volverlo adoptable; se prefiere adoptar a un niño en lugar de ayudar a su familia a cuidarlo; etc.

El azar de la vida ha puesto a este niño en una situación de vulnerabilidad. El no es responsable de su situación. Cada niño es una persona. Cada niño es un ser único. Esto significa que este niño, esta persona, tiene derechos como todo otro ser humano. El niño desamparado, también es una persona. Cada niño desamparado también es un ser único. No es una persona de segunda clase para la cuál consideramos que, de todos modos, cualquier solución es mejor que su situación actual. El niño desamparado es además una persona que ha sufrido. Cuales sean las razones, por las cuales se encuentra desamparado, este niño está en una situación de gran vulnerabilidad psico-emocional y, muy a menudo, física y médica. Esto significa que este niño tiene que ser tratado con particular sensibilidad, con respeto, con dignidad, con una atención individualizada que tome en cuenta su personalidad, su historia personal y familiar así como sus necesidades

propias. Este niño no es un expediente. Este niño no es un ser anónimo e invisible que olvidamos sin futuro digno en una institución. Este niño no es un títere que atribuimos a uno u otro sin estudio o preparación previos. Este niño no es un objeto que desplazamos de un entorno a otro sin precaución. Este niño no es un sujeto de comercialización que se identifica para “ venderle ” a familias adoptivas angustiadas por tener un hijo. Es una persona con derechos.

Se considera casi automáticamente que la adopción internacional es un medio de colocar a niños con problemas de salud física o mental, niños mayores, niños con diversidad étnica, etc.

b) Ofrecer una familia a un niño

La adopción debe dejar de ser considerada como un medio de ofrecer un niño a una familia, para volver a ser una medida de protección del niño, buscando un medio familiar adecuado para un niño cuya familia no lo puede atender. La adopción internacional no es la solución a la esterilidad. Es una solución para el niño. Se debe luchar contra este principio pervertido del derecho "al niño". No hay un derecho al niño. Hay los derechos del niño. Hacerlos respetar es una responsabilidad de los países tanto de acogida como de origen, de sus gobiernos, sociedad civil, etc.

c) Mentalidad acerca de la adopción internacional en ambos países

c-1) Para justificar el desarrollo de la adopción internacional, se argumenta que “el niño pobre estará mejor en una familia rica”. La práctica demuestra que la riqueza no es una garantía que la familia es capaz de criar a un niño adoptado, de aceptarlo con sus diferencias. La riqueza no reemplaza el amor de una madre, de un padre biológico. Hay

que tener presente que el hecho de no haber podido ser criado por sus padres biológicos es un sufrimiento a vida para la mayoría de los adoptados. Vivir respetado y amado con sus padres de nacimiento, aunque pobres, es preferible a la adopción.

c-2) Para rechazar la adopción internacional, otro argumento está utilizado: la prioridad debe ser dada a la protección de la identidad cultural del niño y al mantenimiento del niño en su país de origen. En varios casos, esto expresa un orgullo nacionalista que, por no aceptar enviar sus niños a países extranjeros, se conforma con verlos mantenidos por toda su niñez y juventud en instituciones donde sus derechos básicos no son respetados.

c-3) Hay una tendencia a considerar la adopción como la solución del problema de la pobreza para los niños. No debemos considerar la adopción fuera del contexto político, económico y social. El desamparo de los niños es la consecuencia de políticas globales tanto a nivel nacional como mundial que no ponen al ser humano al centro de sus preocupaciones sino la rentabilidad económica. No son solamente los países de origen quienes son responsables sino el sistema mundial actual, es decir todos los países. No tenemos el derecho de considerar la adopción como la respuesta para los niños desamparados. Si consideramos que los niños tienen derechos humanos, es nuestro deber luchar, proponer, actuar para que el empobrecimiento, la miseria, la injusticia social, no se vayan ampliando pero reduciendo. Los responsables gubernamentales, los economistas, las entidades internacionales, la sociedad civil a través de los partidos políticos, de las organizaciones no gubernamentales, nosotros como responsables de entidades protectoras de la infancia, debemos luchar para que, cuando los gobiernos y los grupos de poder definan sus prioridades, tengan en cuenta no solo un desarrollo de tipo economista sino una política que

asegure, un desarrollo a rostro humano, **un desarrollo donde los niños puedan quedarse a vivir con sus padres biológicos**. El ideal es que no haya más necesidad de recurrir a la adopción internacional. Como casi ha desaparecido la necesidad de la adopción nacional en los países industrializados gracias al mejoramiento de varias condiciones de vida. Debemos trabajar en esta dirección.

d) Acerca de los riesgos ligados a la adopción internacional

Cabe señalar un malentendido corriente entre los países de origen y los países de acogida. Es un malentendido que tiene mucha importancia porque, por una parte tapa las verdaderas y corrientes violaciones de los derechos de los niños en el campo de la adopción, por otra parte lleva a los países de origen a tomar medidas que talvez no son las más adecuadas para proteger al niño. Las violaciones: frente a la demanda muy fuerte de niños para adoptar por parte de personas o familias de los países de acogida, ciertos países de origen interpretan de manera errónea las razones de esta demanda. En los países de origen, el rumor pretende que la adopción internacional cubre el tráfico de órganos, la prostitución infantil o el abuso sexual, y la utilización de los niños como mano de obra barata. No es decir que, en casos excepcionales, esto no ocurra. Sin embargo, hasta ahora nada permite ligar estos crímenes con la adopción internacional. Esto hace que los países de origen se concentren sobre el seguimiento de la adopción, piden informes durante varios años después que la adopción haya sido pronunciada para asegurarse que estos crímenes no hayan ocurrido. El problema mayor está a otra etapa: está antes de la adopción. La demanda fuerte de los países de acogida es la expresión de la angustia que tienen muchas familias o personas que no pueden o no quieren tener hijos biológicos y que consideran la adopción internacional como la solución a su problema. Además, la demanda se orienta mayormente a niños muy jóvenes con un

buen estado de salud mental y física. Esto conduce a múltiples abusos y tráfico donde el niño se convierte en un objeto de mercado y en los cuales participan personas y organismos tanto de países de acogida como de países de origen. Es entonces sobre la selección de los candidatos padres adoptivos, sobre su preparación a la adopción, que hay que insistir. Una adopción bien preparada presenta menores riesgos de fracaso. Hay también que trabajar para reducir la demanda, reducir la presión sobre los países de origen. Es de considerar que el hecho de entregar muchos certificados de idoneidad para potenciales padres adoptivos es una actitud irresponsable. Participa a reforzar la presión.

II- Prevenir el abandono

a) Mantener el niño en su familia biológica debe ser una prioridad.

Esto implica que se deben:

- Desarrollar políticas favorables a las familias vulnerables: empleo, salarios justos, apoyo social o financiero, etc.
- Desarrollar programas de asistencia, ayuda y consejo, a las madres abandonan a sus hijos para ayudarles a tomar una decisión con plena conciencia de sus consecuencias y que sea la expresión de su verdadera elección.

b) Planificación familiar

Desarrollar programas educativos que permitan lograr una maternidad y una paternidad conscientes y responsables, para que los niños que nazcan sean niños acogidos y amados.

c) Concebir y desarrollar políticas globales para la infancia en riesgo de abandono

Los países de origen, con el apoyo de los países de acogida, deben desarrollar políticas que consideren una gama de alternativas complementarias para estos niños:

- La reinserción del niño en su familia biológica (núcleo familiar, madre sola, familia extendida, comunidad).
- Colocación familiar en una familia de acogida, como modo transitorio de proteger al niño hasta que su familia de origen haya resuelto, con un apoyo, cuando necesario, los problemas que le impiden cuidar a su hijo.
- Institución a rostro humano como modo transitorio y a corto plazo de proteger al niño; o como modo de protección del niño de difícil acogida en una familia substituta.
- Adopción nacional.
- Adopción internacional.

III- La adoptabilidad del niño

La determinación de la adoptabilidad del niño es una etapa clave. Es el punto de partida de todo el proceso de adopción.

a) La adoptabilidad debe establecerse antes de iniciar el proceso de adopción y antes de considerar un determinado emparentamiento con padres adoptivos potenciales

No se debe establecer la adoptabilidad una vez que los padres hayan identificado a un niño. No se debe establecer después de que se haya organizado o previsto un emparentamiento. La adoptabilidad del niño

debe establecerse primero. La adoptabilidad y la adopción son dos momentos muy diferentes. Es porque un niño ha sido declarado adoptable que se organiza su adopción, que se busca una familia adoptiva adecuada. No al revés. Actualmente, desgraciadamente, en muchos casos se hacen trámites para volver un niño adoptable porque unos padres adoptivos expresan el deseo de adoptarlo. Es inaceptable.

b) La adoptabilidad: un concepto psicológico, social, médico y legal

Siendo el niño el punto de partida de todo el proceso de la adopción, la determinación de su adoptabilidad es un momento fundamental. La adoptabilidad no es solamente un concepto jurídico. Debe tener en cuenta otros elementos: psicológicos, sociales y médicos. Social: para considerar que un niño es adoptable, es indispensable establecer que ninguna ayuda (económica, social, moral) o terapia (psicológica, médica) puede permitir a la madre, al padre o la familia extensa (abuela, etc.) volver a, o seguir haciéndose cargo de su niño. Psicológico: para ser adoptable, un niño necesita estar en condiciones de desarrollar una relación afectiva positiva con los futuros padres adoptivos, con hermanos; sino, la adopción no constituirá una forma de protección válida para él y será una carga para la familia adoptiva. Legal: para que un niño cuyos familiares están en vida pueda ser adoptado, debe ser legalmente declarado adoptable una entidad debe asumir esta responsabilidad; es generalmente el juez.

b) La adoptabilidad se define sobre la base de un estudio psico-medico-social

Sobre el niño y su familia de origen (familia cercana y extensa). El estudio tiene que ser hecho con profundidad y seriedad porque concluirá con la definición de un proyecto de vida para el niño, que debe ser en el interés superior de este niño en particular. En algunos casos, este proyecto de

vida será la adopción. Es deseable, en la medida de lo posible, que el estudio esté llevado a cabo por un equipo pluridisciplinario de profesionales en materia de protección del niño y la familia. El trámite para lograr la definición de un proyecto de vida individualizado para el niño debe realizarse de manera ágil. Esto evitará los daños que puede ocasionar una institucionalización innecesaria y prolongada. Igualmente garantizará la definición de situaciones provisionales o inciertas que pueden perjudicar al desarrollo del niño.

d) Hay que asegurarse que la situación de desamparo del niño no se deba a abusos, tráfico, venta o secuestro

Hay que establecer claramente el origen del niño. Verificar que los padres han dado su consentimiento, que éste se dio libremente, sin presión, sin contrapartida material o de otra índole. La definición de la adoptabilidad del niño es un momento clave del tráfico. En múltiples casos se deja a un abogado la responsabilidad o el poder determinar que un niño es adoptable.

e) El consentimiento de los padres biológicos es uno de los elementos jurídicos fundamentales de la adoptabilidad del niño

Es fundamental que los padres biológicos sepan y entiendan cuales son las consecuencias que va a tener la adopción, y particularmente la adopción internacional, sobre sus vínculos con su hijo. Una información clara debe serles dada y ninguna presión debe ser ejercitada sobre ellos.

Es importante también informar a los padres biológicos que, en un futuro más lejano, es posible que el joven adoptado busque saber de ellos o encontrarlos. La convención de La Haya establece que el consentimiento no puede ser dado antes del nacimiento del niño. Muchos profesionales

insisten en que el consentimiento no pueda ser dado antes de que la madre haya tenido un periodo de reflexión después del nacimiento de su niño (algunas semanas o meses, sin exceso para no atrasar la colocación del niño en una familia si el consentimiento de la madre a la adopción se confirma). Este periodo de reflexión ofrece al niño una mayor posibilidad de quedarse permanentemente con su madre. En efecto, una vez pasado el trauma del parto, una vez establecida una relación con su hijo, y si está adecuadamente apoyada, la madre vulnerable puede recuperar su capacidad de asumir su maternidad o, por lo menos, separarse de su hijo en una forma respetuosa tanto del niño como de ella misma.

iv- Los padres adoptivos deben ser adecuados a las necesidades del niño

Existe actualmente una especie de moda de la adopción internacional en los países de acogida. Un gran número de parejas o de individuos ven a la adopción como la solución a sus problemas de procreación. Parte de estas personas presentan una cierta inmadurez, una consciencia limitada de lo que significará la adopción a largo plazo en su vida y del grado de responsabilidad que representa, un interpretación dudosa de los derechos de los niños. Se constata también que la selección de los padres para la adopción internacional es a veces ligera, hecha por profesionales mal preparados en el campo de la adopción y, en ciertos casos, es menos exigente que la selección para la adopción nacional.

a) La idoneidad de los potenciales padres adoptivos no es solamente un concepto jurídico y aún menos económico.

Debe tener en cuenta otros elementos: éticos, psicológicos, sociales y médicos.

b) La familia adoptiva debe tener la capacidad de asumir, de manera permanente, duradera y satisfactoria, la responsabilidad de un niño

Que le es extranjero; que tiene que ser tomado en cuenta y respetado; quién, en la mayoría de los casos, ha vivido situaciones traumáticas, la primera de ellas siendo la muerte o la incapacidad de su madre, de su padre, de encargarse de él, lo que crea necesidades específicas y es una fuente potencial de problemas particulares; quién es portador de una cultura, un idioma, unos rasgos físicos, etc. diferente. No todas las personas o las parejas son capaces de asumir la responsabilidad de un niño bajo la adopción. Es importante, sin entrar en una burocracia pesada o un enjuiciamiento de los candidatos a la adopción, ser muy cuidadoso en la entrega del certificado de idoneidad. Esto vale también para la adopción nacional. No es automáticamente un buen padre o madre para un niño.

c) Es importante informar claramente a los candidatos sobre los tipos de niños

Que están actualmente en necesidad de una familia adoptiva y que no corresponden a la imagen idílica. Es irresponsable entregar muchos certificados de idoneidad cuando no hay actualmente un número de niños adoptables que corresponden a las esperanzas de los adoptantes; es crear frustraciones; es dar la luz verde para que los candidatos se vayan a la aventura, concibiendo el certificado de idoneidad como un certificado del derecho a obtener un niño; es aumentar la presión sobre los países de origen, es favorecer los abusos y tráfico.

d) La preparación de los candidatos padres adoptivos a la adopción en general es clave para el éxito de la adopción.

Los países de origen, para proteger a sus niños, deberían requerir de los países de acogida una buena preparación de los potenciales padres adoptivos. Esto vale también para la adopción nacional.

4.3 La conferencia de La Haya

Este organismo internacional de carácter intergubernamental, que nació a finales del siglo XIX y que ha sobrevivido a dos conflictos bélicos internacionales, es el principal motor de creación del derecho internacional privado. Gracias a sus esfuerzos, el derecho internacional se especializa, y los principios generales que inspiran vagamente los derechos del niño se materializan en normas de obligado cumplimiento para los estados. Es evidente que sin la función que cumple esta organización sería más inseguro adoptar un niño extranjero, teniendo en cuenta que los países de origen de estos menores tienen legislaciones poco protectoras, o que sería más complicado conseguir la restitución de un menor sustraído por uno de sus padres.

Los países que suscribieron el tratado, tienen más protección en los procesos de adopción de menores de edad, gracias a las normas de carácter obligatorio que tiene que cumplir los estados para el beneficio de los menores de edad. Y que las adopciones sean más seguras en principio a las normas de cumplimiento obligatorio que se comprometieron a respetar desde el momento de la suscripción del convenio.

4.3.1 Mecanismos que utiliza la Conferencia de La Haya para controlar el funcionamiento de los convenios

La constancia cuenta con diferentes instrumentos, entre los que destacan:

- La oficina Permanente, que coordina las comisiones que crean nuevos convenios internacionales.
- Las comisiones especiales, que crean y revisan periódicamente el texto de los convenios, actualizándolos; este es el caso del Convenio de protección de menores de 1961, que será reemplazado por otro, más moderno y adaptado a las nuevas realidades sociales.
- La creación de bases de datos, como es el caso de la INCADAT, que incluye toda la jurisprudencia dictada por los jueces nacionales con relación a la materia objeto de los convenios.
- El desarrollo de programas de formación del personal que está en contacto con el convenio (Jueces, Fiscales, autoridades centrales, etc).
- La creación de una guía de buenas prácticas, en cuya elaboración participan las autoridades centrales, que recopila todo aquello que mejora la aplicación de los convenios.
- La proliferación de seminarios, así como de encuentros locales y regionales, que promuevan el conocimiento y la divulgación del contenido de los convenios.

Éstos son sólo algunos ejemplos de la labor de seguimiento y control llevada a cabo por la conferencia para rentabilizar y asegurar el buen funcionamiento de los convenios creados bajo su órbita.

Los niños son el futuro, y debemos protegerlos para que en el mañana sean adultos con valores sólidos y sin carencias morales o efectivas.

Es cierto que las leyes no pueden hacerlo todo, pues ante un mal padre o un mal educador, la ley es insuficiente, lamentablemente, la casuística internacional es inabarcable, y desgraciadamente aún nos sigue sorprendiendo hasta dónde pueden llegar la maldad y la crueldad que determinadas personas ejercen sobre los niños.

Es por ello que debemos luchar con nuestros escasos medios por lograr un mundo mejor, en el que la sonrisa de un niño nos estremezca y nos haga seguir adelante buscando su protección con los instrumentos, ya sean jurídicos, económicos o morales que estén en nuestro alcance.

En nuestro país hay poca protección para el menor dado en adopción es por esto que las cifras alarmantes han preocupado a la comunidad internacional ya que en Guatemala es el lugar donde más adopciones se dan al año a nivel mundial, y donde más ilegalidades se dan en materia de adopciones ya que el trámite no es difícil, como en otros lugares y donde es más fácil conseguir un menor de edad para darlo en adopción.

4.3.2 Comisión para la adopción internacional

La comisión para la adopción internacional es un organismo de nueva creación con sede en la presidencia del Consejo de Ministros departamentos de asuntos sociales con la función de garantizar que las adopciones de niños extranjeros se lleven a cabo según principios establecidos por el Convenio de la Haya, del 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Dicha comisión ejerce las principales funciones de autoridad central en Italia para la tutela de los menores, de sus familias de origen y de las futuras familias adoptivas en aplicación del Convenio de La Haya.

La Comisión tiene numerosas e importantes funciones:

- Colabora con las autoridades centrales de los otros Estados recogiendo las informaciones necesarias para la actuación de los convenios internacionales en materia de adopción.

- Propone al Gobierno la estipulación de acuerdos bilaterales en materia de adopción.
- Autoriza a los entes acreditados a desarrollar su actividad en Italia y en el extranjero en el campo de la adopción internacional comprobando que posean los requisitos exigidos por la ley.
- Prepara la publicación y el registro de los entes autorizados.
- Controla el trabajo de los entes autorizados y los somete a controles y a comprobaciones que pueden incluso conllevar el retiro de la autorización en aquellos casos de grave incumplimiento.
- Organiza encuentros periódicos con los representantes de los entes autorizados y se preocupa de que estos entes hayan sido difundidos homogéneamente por todo el territorio nacional.
- Valora en cada uno de los casos conclusiones sobre la combinación pareja adoptante-niño que el ente autorizado ha consentido y declara que la adopción responde al interés superior del menor.
- Autoriza la entrada en Italia de los menores adoptados o acogidos con fines de adopción.
- Promueve la cooperación entre todos los que operan en el sector de la adopción y en el sector de la protección de menores. Dada la importancia que tiene el niño dentro de la sociedad busca que cada uno de los estados cooperen en el control de las adopciones.
- Envía cada dos años un informe al presidente del consejo de ministros, que transmite a su vez al parlamento, sobre la marcha de las adopciones internacionales, sobre el estado de actuación del Convenio de la Haya y sobre la estipulación de eventuales acuerdos bilaterales con países no firmatarios.
- Recoge de forma anónima, por exigencias estadísticas y de estudio, los datos de los menores adoptados o acogidos con fines de adopción y cualquier otro dato útil para el conocimiento del fenómeno de las adopciones internacionales.

Conserva los actos y las informaciones relativas al procedimiento, incluso aquellos sobre el origen del niño, el historial clínico y la identidad de sus padres naturales.

4.3.3 Formas jurídicas de adopción

Adopción internacional

En las diferentes legislaciones existen dos modalidades de adopción, la adopción simple y la adopción plena. En la legislación española sólo se regula una única forma de adopción, la plena, que es la que produce efectos más amplios.

Efectos:

- Rompe vínculos legales del niño con su familia biológica.
- Crea entre el hijo y los padres adoptivos los mismos derechos y obligaciones que la filiación legítima, así ambos pueden conocerse y saber cuales son los derechos de cada uno y las obligaciones de los mismos ya que define la posición de cada uno de ellos.
- Es irrevocable, es decir, que no se puede dejar sin efecto la adopción (Artículos 175 a 180 del Código Civil). En cuanto a los requisitos para poder adoptar, la legislación española (Ley 21-87 de 11 de noviembre) establece, por lo que al adoptante se refiere, que ha de tener veinticinco años.

En la tramitación de la adopción, el adoptante o adoptantes tendrán que consentir a la adopción ante el juez, al igual que el niño que va a ser adoptado, a partir de que tenga doce años cumplidos.

En el supuesto de la adopción de un niño o niña de origen extranjero es preciso tener en cuenta que intervienen dos legislaciones: la del niño que

se va a adoptar y la de las personas que van a adoptarlo, esto quiere decir que hay que tener en cuenta los requisitos que exigen una y otra legislación para que la adopción se pueda constituir posteriores problemas legales. Hay países que, al contrario de lo que ocurre en España, sólo regulan la adopción simple, es decir aquella modalidad cuyos efectos son más reducidos que los de una adopción puede quedar sin efecto. Sobre este tipo de adopciones es importante que se recabe asesoramiento de los servicios de menores de las comunidades autónomas a efectos de evitar problemas posteriores.

Otros países, contemplan en su legislación que cuando la adopción se realiza por extranjeros, el juez no resuelve una adopción, sino que otorga una tutela o guarda o autorización, para ser posteriormente adoptado en el país de recepción. En los supuestos de tutela o guarda antes señalados, una vez en nuestro país los interesados tendrán que ponerse en contacto con los servicios de menores de la comunidad autónoma de residencia para proceder a constituir la adopción ante la autoridad judicial competente en España.

Por último, hay otros países que no contemplan la figura de la adopción en sus legislaciones, por ser contraria a su religión, como es el caso de los países árabes, En estos casos la adopción no debe realizarse, siguiendo el principio de que el niño tiene derecho a ser adoptado respetando su ley nacional de acuerdo con principios reconocidos en Convenios Internacionales. En todos los supuestos, los Interesados han de dirigirse a los servicios de menores de su comunidad autónoma para comunicarle la llegada del niño para que dichos servicios puedan cumplir los compromisos adquiridos.

4.4 Convenio de La Haya

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. Guatemala se adhirió en el año 2002 al Convenio de La Haya en materia de adopciones internacionales. Sin embargo, el septiembre de 2003, la Corte Constitucionalidad Guatemalteca, a instancia de un grupo de abogados y notarios declaró la inconstitucionalidad de la vigencia en Guatemala del Convenio de La Haya por no poder utilizarse en este país el procedimiento formal de adhesión a un Convenio Internacional, que es la única vía que el Convenio de La Haya tiene previsto para que los Estados puedan manifestar su consentimiento.

Como consecuencia de ello, a partir de entonces para tramitar adopciones internacionales se sigue utilizando en Guatemala la legislación que data de 1977, y que es considerada totalmente insuficiente para garantizar mínimo control por parte de las autoridades competentes de adopciones internacionales, lo que favorece el tráfico de menores (Guatemala ocupa el dudoso primer lugar en adopciones de menores per cápita en el mundo).

España, al igual que otros países de la Unión Europea objetó en Julio de 2003 la adhesión de Guatemala al Convenio de La Haya hasta tanto se produzca modificación de la Legislación en materia de adopción en dicho país y se arbitren los mecanismos administrativos para su implementación.

España tiene suspendida la tramitación de adopciones internacionales con Guatemala por acuerdo de los Directores Generales de las diferentes

Comunidades Autónomas. La mayor consecuencia para Guatemala es la desconfianza sobre las circunstancias en que los niños son dados en adopción; no saben si son secuestrados, robados o vendidos. El Convenio pretende evitar que haya sustracción, tráfico y venta de niños.

Adherida Guatemala a la Convención, sería parte de la red de países que comparten información sobre el origen y destino de los niños, y dejaría en manos de los jueces la potestad de autorizar el trámite. Desde enero de 2001 existen ofertas de ayuda del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas para discutir con las autoridades guatemaltecas el tema de la implementación de la Convención de La Haya. Después de la reunión, el grupo de autoridades centrales involucradas ofreció más ayuda. La oferta se mantiene.

CONCLUSIONES

1. El Estado de Guatemala 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 los niños abandonados. Esto es lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. La principal consecuencia jurídica de la no ratificación del Convenio de La Haya en materia de adopciones por parte de Guatemala es que el procedimiento de las adopciones no es transparente ni permite controles confiables para determinar los potenciales adoptantes y adoptados, lo que redundaría en que Guatemala sea el principal país que da niños en adopción per cápita en el mundo.
3. Los menores dados en adopción tienen derecho a que se les verifique las condiciones de vida en su nuevo hogar y ver que se adapten al mismo.
4. Los países que ratifiquen el Convenio de La Haya tienen protección en los procesos de adopción de menores de edad, gracias a las normas de carácter obligatorio que tiene que cumplir los Estados para el beneficio de los menores de edad.

RECOMENDACIONES

1. Es importante que el Estado ratifique el Convenio de La Haya en materia de adopciones, ya que lo que se busca es que las adopciones sean más seguras en principio a las normas de cumplimiento obligatorio, que se comprometen a respetar desde el momento de la suscripción del convenio.
2. Es necesario que el Estado cree instituciones que verifiquen el procedimiento de las adopciones, para darle seguimiento posterior al menor de edad dado en adopción, para establecer las condiciones materiales, morales y espirituales en que se encuentra el niño dado en adopción en lugar o país en que se encuentre.
3. Se debe evitar que el proceso de adopción en Guatemala sea un negocio rentable para personas sin escrúpulos ni valores que carecen de ética, para con la sociedad, pero sobre todo que afectan a los menores, por lo cual es necesario que el Congreso de la República de Guatemala cree leyes de protección específica y tipificar los delitos que cometan los que se dedican al tráfico de menores o a las adopciones ilegales.
4. Es importante que los Estados suscriban convenios internacionales que unifiquen la aplicación del derecho y que, en definitiva, responsabilicen al Estado de una aplicación más rigurosa de las leyes, siempre buscando en beneficio del niño.

BIBLIOGRAFÍA

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Editorial estudiantil Fénix primera edición. Pág. 69. Universidad de San Carlos de Guatemala.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 45 Editorial Helista. Buenos Aires, Argentina 1998.

DE CASO Y ROMERO, Ignacio y Cervera y Jiménez, Alfaro. **Diccionario de derecho privado**. Tomo I. Pág. 219.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Editorial revista del derecho privado. Pág. 75, Madrid 1959.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**. Infoconsult Editores. Pág. 250. Guatemala 1996.

OMEBA, Enciclopedia Juridica. **Derecho civil derecho de familia**. Editorial Ameba 21 edición. Pág. 556 a 613.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo I editorial Pirámide. Pág. 573.

Legislación:

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

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

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

Código de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia. Alfonso Portillo
Cabrera. Decreto 27-2003, 2003.

Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.
Decreto 54-77, 1977.