


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



**LAS RESPONSABILIDADES DEL ABOGADO COMO
MANDATARIO JUDICIAL DE LOS PADRES ADOPTIVOS
EXTRANJEROS DENTRO DEL PROCESO DE ADOPCIÓN EN
GUATEMALA HACIA LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

SANDY MELISSA LOHOL CALDERÓN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2007.

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

**LAS RESPONSABILIDADES DEL ABOGADO COMO MANDATARIO JUDICIAL DE
LOS PADRES ADOPTIVOS EXTRANJEROS DENTRO DEL PROCESO DE
ADOPCIÓN EN GUATEMALA HACIA LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

SANDY MELISSA LOHOL CALDERÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2007.

**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. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL:**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Mauricio García Rivera
Vocal: Licda. Mayra Yojana Véliz López
Secretario: Lic. Luis Alberto Zeceña López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Secretario: Lic. Gustavo Adolfo Cárdenas Díaz

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

DEDICATORIA

- A DIOS: Quien es mi luz y mi fortaleza y me lleva de victoria en victoria en Cristo Jesús. Gracias amado Padre Celestial.
- A MI MADRE: Elizabeth, por su apoyo y amor incondicional, de no ser por ella, esta y muchas metas más no habrían sido posibles. Te amo mamita porque siempre has estado allí.
- A MIS HERMANOS: Willy y Eddy, por estar siempre conmigo a pesar de mis defectos, y apoyarme en mis decisiones.
- A MI FAMILIA: Abuelita María Luisa, tía Telmí, tía Delia, tío Tulio, Vero, a mis primos Alejandra, André e Iván; muchas gracias por todo.
- A MI ESPOSO: Por ser mi ayuda idónea, y darme su amor y apoyo incondicional. Eres la persona que siempre esperé encontrar con quien compartir mi vida. Este triunfo lo comparto contigo. Johnny te amo.
- A MIS HIJOS: Jonathan y Steffany, por enseñarme lo valioso que es tener una familia.
- A MIS SUEGROS: Juan y Ester y a mi cuñada Lesvia, con mucho cariño.
- A MIS AMIGOS: Patty, Mayra, Lucky, Edgar, Joab, Gustavo, Hugo, especialmente a Mara por toda su ayuda y apoyo. Mil gracias.
- A LOS LICENCIADOS: Lucrecia Pérez, Ruby Godoy, José Jiatz y Edgar Castillo.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haber sido mi casa de estudios.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La adopción	1
1.1. Antecedentes históricos	1
1.2. Etimología	9
1.3. Naturaleza jurídica	9
1.4. Definiciones	13
1.4.1. Doctrinarias	13
1.4.2. Legales	14
1.5. Clasificación	15
1.5.1. Por sus efectos	15
1.5.2. Por la nacionalidad de las partes	17
1.5.3. Por su trámite	17
1.6. Efectos jurídicos	18

CAPÍTULO II

2. Aspectos legales sobre la adopción	21
2.1. Trámite judicial	21
2.2. Trámite notarial o extrajudicial	23
2.3. Análisis jurídico de los Artículos relacionados con el menor y la adopción	28
2.4. La adecuación de la legislación interna a los estándares internacionales	30
2.5. Iniciativa actual de ley de adopciones en el Congreso de la República de Guatemala	37
2.6. Convención de La Haya	39

CAPÍTULO III

	Pág.
3. El abogado y el mandato	43
3.1. El abogado	43
3.2. El mandato	51
3.3. La representación	51
3.4. Definiciones	52
3.5. Clases	54
3.6. Formas de otorgarlo	57
3.6.1. Terminación del mandato	58

CAPÍTULO IV

4. El abogado como mandatario judicial especial en el proceso de adopción .	61
4.1. Nombramiento	62
4.2. Facultades	64
4.3. Obligaciones	66

CAPÍTULO V

5. La responsabilidad	75
5.1. Definiciones	75
5.2. Clases	76

CAPÍTULO VI

6. Responsabilidades en las que puede incurrir el mandatario judicial especial dentro del proceso de adopción	85
6.1. Responsabilidad civil-contractual	87
6.2. Responsabilidad penal	87
6.3. Responsabilidad administrativa.....	88

	Pág.
6.4. La ética profesional	88
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95
ANEXOS	97
ANEXO A	99
ANEXO B	115
BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN

La adopción es una institución reconocida y protegida por el Estado de Guatemala como “el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona”.

Es un acto de carácter jurídico social que denota gran nobleza de parte de los padres adoptivos, al tomar la responsabilidad de proveer todo lo necesario para la subsistencia y desarrollo integral de los menores, a quienes sus padres biológicos se los han negado.

La adopción es un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas, que resultarían de la filiación; el Estado de Guatemala garantiza el derecho a la familia y la adopción asegura la continuidad de ésta.

En Guatemala se lleva a cabo mayor cantidad de adopciones internacionales que nacionales, debido a que muchas veces, les es imposible a las madres biológicas de los menores que por diversas razones no pueden hacerse cargo de ellos, encontrar familiares, parientes o amigos cercanos que tomen esta responsabilidad. La mayoría de parejas que desean adoptar a un menor son norteamericanos, que al no poder satisfacer su deseo de adoptar en su país de origen, desean integrar a un menor de nacionalidad guatemalteca a su hogar, con la finalidad de proporcionarle un desarrollo integral, prevaleciendo el interés superior del menor.

Debido a la imposibilidad de permanencia de los padres adoptivos en el país durante la tramitación del proceso de adopción, es necesario que nombren un mandatario judicial especial que los represente a lo largo del mismo, siendo aquí donde entra en juego el papel del abogado como profesional, en virtud que la ley guatemalteca es clara al establecer que únicamente el abogado o los parientes dentro de los grados

(ii)

legales del mandante puede ser nombrado mandatario judicial. El abogado adquiere responsabilidades y privilegios judiciales al momento de ser nombrado como mandatario.

Es primordial hacer ver al abogado, la importancia que conlleva realizar sus obligaciones con la mayor diligencia posible, dentro del proceso de adopción para que pueda llegar a su fin y produzca los efectos jurídicos necesarios, y culminar este proceso al momento en que el menor sea entregado a los padres adoptivos.

Por lo tanto, es imperativo que, el abogado tenga conocimiento de los hechos objeto del proceso, para poder iniciar, representar y llevar a la conclusión, todas las diligencias necesarias en el procedimiento de la adopción del menor, ya sea notarial o judicial.

Estas obligaciones se ven vinculadas con el decoro de la profesión, la eficacia del servicio de representación y el respeto a los principios de ética profesional, por lo que es necesario hacer énfasis en las responsabilidades del abogado como mandatario judicial especial de padres adoptivos que han depositado su confianza en dicho profesional del derecho, para poder realizar el sueño deseado de llegar a ser padres, ya que el incumplimiento de sus obligaciones como tal, no sólo impediría el desarrollo exitoso del proceso de adopción, sino ocasionaría daños y perjuicios a sus mandantes por la mala fe de su actuación.

El presente trabajo de tesis pretende comprobar que el abogado que incumple con sus obligaciones como mandatario judicial de los padres adoptivos extranjeros dentro del proceso de adopción en Guatemala, incurre en responsabilidad administrativa, civil-contractual y penal; en virtud que, es responsable de iniciar, representar y llevar a la conclusión todas las diligencias necesarias en el procedimiento de la adopción para otorgar la escritura pública que la formaliza, a partir de la cual surte efectos jurídicos, tanto filiales como patrimoniales, al momento de obtener su inscripción en el Registro Civil correspondiente.

(iii)

La presente investigación se encuentra contenida en seis capítulos. El primero contempla la adopción, sus antecedentes históricos con el propósito de conocer sus orígenes en el derecho antiguo, medieval, moderno y comparado, su etimología, naturaleza jurídica, definiciones, clasificación, efectos jurídicos. El segundo abarca los aspectos legales sobre la adopción, su trámite tanto judicial como notarial, análisis jurídico de los artículos relacionados con el menor y la adopción de la legislación guatemalteca, la iniciativa de la ley de adopciones en el Congreso de la República, y el Convenio de La Haya. El tercero se refiere al abogado y el mandato y la representación, sus definiciones, clases formas de otorgarlo y terminación del mandato. El cuarto capítulo contempla al abogado como mandatario judicial, especial en el proceso de adopción, su nombramiento, facultades y obligaciones. El quinto la responsabilidad, sus definiciones y clases. Y, por último, el sexto establece las responsabilidades en las que incurre el mandatario judicial especial dentro del proceso de adopción, tanto civil-contractual, penal, administrativa, la ética profesional.

Dentro de la presente investigación se utilizaron como instrumento básico de acción, los métodos y técnicas que sirvieron en el proceso de consulta de bibliografía durante toda la investigación; se aplicará la síntesis para documentar el marco teórico más formal, mismo que sirve de base a la hipótesis. La deducción se utilizará al hacer un estudio amplio de lo que es la adopción para llegar a la participación que tiene el abogado como mandatario judicial en particular dentro del proceso de adopción y así poder determinar sus responsabilidades.

CAPÍTULO I

1. La adopción

1.1. Antecedentes históricos

La adopción ha tenido su origen en la India, de donde ha sido transmitida juntamente con las creencias religiosas a otros pueblos vecinos, cuya finalidad fue la de perpetuar el culto doméstico; probablemente surgió como un recurso para evitar la costumbre instituida o misma que hacia la mujer en caso de no tener hijos con el marido, procurara tenerlos con el hermano del mismo o con el pariente más cercano. Todo hace suponer que de allí tomaron el ejemplo los hebreos, transmitiéndola a su vez con migración a Egipto, de donde paso a Grecia y luego a Roma.

➤ Derecho antiguo

- En Egipto

En el año 4000 a. C., surgen las civilizaciones en Egipto y Sumeria, en ellas ya existían acciones de represión contra menores y protección a favor de ellos. En cuanto a las primeras, la Biblia en el Éxodo, en su capítulo I, versículo 16, nos da a conocer cómo los egipcios esclavizaron cruelmente a los israelitas y dispusieron que cuando los que atendían los partos sirvieran a los hebreos se fijasen en el sexo del recién nacido estipulando que, si es hijo, matadlo; y si es hija, entonces viva. Sin embargo las parteras tuvieron temor de Dios y no hicieron lo que el Rey de Egipto les había ordenado, sino que dejaron vivir a los niños. Fue en ésta época cuando un hombre de la tribu de Levi, se casó con una mujer de la misma tribu, la cual quedó embarazada y tuvo un hijo, al verlo hermoso, lo escondió por más tiempo, lo tomó, lo puso en un canastillo de junco, le tapó todas las rendijas con asfalto y brea para que no le entrara agua y lo dejo a orillas del río Abilo, y una hermana vigilaba a una distancia prudencial.

Luego de pasado un tiempo y de haberse deslizado el canastillo por el río la hija del faraón al momento de bañarse en el río con su sirvienta paseándose por la orilla vio el canastillo. La hija de faraón llamada Termala al abrir el canastillo y ver a un niño llorando, sintió compasión de él y lo tomó por suyo. Más adelante aquel niño adoptado se llamaría Moisés, cuyo nombre traducido significa “el salvado de las aguas”.

- En Grecia

La mayoría de autores considera que la adopción no existía en Esparta, por el hecho de que todos los hijos se debían al Estado. En Atenas, en cambio, la adopción estuvo organizada y fue practicada de conformidad con ciertas reglas, entre ellas las siguientes:

- a) El adoptado debía ser hijo de padres atenienses.
- b) Podían adoptar solamente quienes no tuvieran hijos.
- c) El adoptado no podía volver a su familia natural sin antes dejar un hijo en la familia adoptiva.
- d) La ingratitud del adoptado hacía revocable en vínculo.
- e) Las adopciones se hacían en todos los casos con intervención de un magistrado, formalidad que se trasmitió luego a Roma y perduro a través de las legislaciones modernas.

- En Roma

En Roma la adopción alcanzó su máximo desarrollo ya que tenía doble finalidad:

- a) La religiosa, tendiente a la perpetuación del culto familiar; y,
- b) Otra, destinada a evitar la extinción de las familias romanas.

Para los romanos era importante mantener subsistente la familia y consideraron

de gran importancia, la participación de la familia en la vida política de Roma.

Los romanos practicaron dos formas de adopción:

a) La adrogatio: Se trataba de la adopción Sui Juris, que no estaba sometida bajo ninguna potestad, ésta se practicó desde los orígenes de Roma, era una forma de adopción sujeta a varias formalidades. Tenía lugar luego de una investigación hecha por los pontífices para comprobar si existían impedimentos civiles o religiosos, luego se sometía a la decisión de los comicios por curias con el tiempo éstos fueron reemplazados por asambleas de lectores, aunque la autoridad residía en el Pontífice. Finalmente en los últimos tiempos de la República bastaba un recripto del príncipe para otorgar la adrogación. La adrogación también se podía hacer por actos de última voluntad, la voluntad del testador solo se hacía válida mediante la ratificación siguiendo el procedimiento ya indicado.

b) La adopción propiamente dicha, *datio in adoptionem*: adoptada una persona, *alieni juris*, era sometida a la potestad de otras, ésta adopción comienza con la ley de las doce tablas. Requería que la persona antes de ser adoptada se le emancipara previamente de la patria potestad a que estaba sometida lo que se hacía con intervención del magistrado y con una serie de solemnidades. Sin embargo en la época de Justiniano fue modificado, siendo suficiente desde entonces la manifestación del padre en presencia del magistrado, del adoptado y el registro en acta.

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.

Los efectos de la adopción en Roma en cuanto al adoptante en la adopción propiamente dicha, era que el padre adoptivo adquiría sobre el adoptado autoridad y el poder paterno. Sin embargo, Justiniano estableció que el poder paterno continuaba en

el padre natural no teniendo el padre adoptivo ningún derecho sobre los bienes del adoptado. En cuanto al adoptado, en la adopción propiamente dicha, dejaba de ser abnegado respecto a su familia natural, para pasar en serio en la 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*. El adoptado adquiría el nombre de su nueva familia, abandonando el de su familia originaria.

➤ Derecho medieval

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

En 1407 se creó un juzgado de huérfanos y en 1410 San Vicente Ferrer constituyó una cofradía que atendía en un asilo a niños abandonados por sus padres.

El Parlamento de París en 1452, estableció el principio de que los señores debían participar en el mantenimiento de los niños pobres resplandeciendo dos figuras Vicente de Paul y Juan Budos, quienes fundaron establecimientos para niños abandonados.

➤ Derecho moderno

- En Francia

Los legisladores franceses consideraron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos los grados un individuo que la naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasi-paternidad que desde su principio hizo prever problemas inminentes. La adopción quedó reducida en un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptado, como una ficción jurídica. El adoptante no salía de su núcleo familiar, pues quedaba sujeto a la potestad de sus padres, careciendo de parientes en la familia del adoptante. Ésta buscó crear vínculos de afecto, tendientes a perpetuar una tradición aristocrática y patronímica.

Se destacan tres períodos históricos: primitivo, el post-revolucionario y el de la discusión y sanción del Código de Napoleón.

- ❖ Período primitivo: En este período con rara frecuencia se practicaba la adopción, algunas veces en virtud de la influencia germánica, no estuvo arraigada a las costumbres y era casi desconocida en Francia en el siglo XVIII.
- ❖ Período post-revolucionario: Marca influencia de las instituciones y del derecho romano. Es así que no debe extrañar el pedido que en 1792, hizo Rouglar de Lavengerie a la Asamblea para que la adopción fuera incorporada al cuerpo legal civil de la nación. Desde entonces las adopciones fueron numerosas en Francia, sin estar reglamentada por una ley, siendo estas regularizadas por las leyes transitorias dictadas el 28 de marzo de 1803.
- ❖ Discusión y sanción del Código de Napoleón: Al emprender Napoleón la Magna obra del Código Civil, juntamente con un grupo de eminentes jurisconsultos, se contempló la adopción. En este Código se reglamentan tres formas de la

adopción: la ordinaria, la remuneratoria y la testamentaria.

Entre los requisitos fundamentales que establecía el Código de Napoleón eran los siguientes:

- ✓ El adoptante debía haber cumplido cincuenta años y tener quince años más que el adoptado.
- ✓ El adoptado debía prestar su consentimiento, por lo que era indispensable ser mayor de edad.
- ✓ 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.
- ✓ Efectos de la adopción en el Código de Napoleón:
- ✓ El adoptado agrega el nombre del adoptante al suyo.
- ✓ Obligación recíproca de prestación de alimentos.
- ✓ Condiciones del adoptado como hijo legítimo y derecho a heredar del adoptante.
- ✓ Establecer impedimentos matrimoniales entre el adoptante y el adoptado y sus descendiente: entre el adoptante y el cónyuge del adoptante: entre hijos adoptivos de una misma persona y entre el adoptado y los hijos legítimos del adoptante que nacieren después de la adopción.

- En Alemania

En el derecho germánico, la institución de la adopción tuvo como finalidad esencial proveer de descendencia a un guerrero que no la poseía como una situación meramente Político-Social pero de ninguna manera constituir un vínculo de parentesco. El autor argentino José Ferri indica: “Solamente se tutelaron figuras como el Afrantorio que ligaba a personas por extrajas por motivo de asistencia y matrimonios de los cónyuges al nuevo vínculo matrimonial otorgándoles el derecho de ser hijos y herederos comunes.”¹

➤ Derecho contemporáneo

- En España

El Código Civil español siguió los mismos patrones que el francés regulando la adopción plena, menos plena y arrogatio. La doctrina española criticó desfavorablemente la regulación legal de la adopción sustentado que:

- ❖ Sometía la adopción a condiciones muy rigurosas, y por otra parte reguló sus efectos de modo tal que la adopción se mostraba como institución establecida en beneficio del adoptante más que el hijo adoptivo.
- ❖ No se reguló la adopción como una institución protectora de los menores de edad pues los mayores de edad podían ser adoptados también y no se favorecía a los huérfanos. La adopción plena se reservó a los matrimonios sin hijos después de haberse unido en matrimonio debía ser hecha por ambos cónyuges.

¹ Ferri, José. **La adopción a través de la doctrina y legislación extranjeras, proyectos y anteproyectos nacionales.** Pág. 36.

- En Guatemala

En Guatemala, el Código Civil de 1877 reguló la adopción en libro I, título VII, Artículos 267 al 284, refiriéndose a la adopción o prohijamiento como el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. En 1933 el Código no admitió la adopción, habiendo un silencio en la materia.

En la exposición de motivos del proyecto del Código Civil se hace un reseña del desarrollo de la materia en el campo legislativo del país la cual de manera parafraseada establece: “La adopción es una institución jurídica que ha tenido sus alternativas en la legislación guatemalteca. Aceptada en el Código Civil de 1877, luego quedo suprimida de éste por el Código Civil de 1933, decreto número 1932 de la Asamblea Nacional Constituyente. La adopción fue reestablecida por el decreto número 63 de fecha 24 de febrero de 1945 por la Junta Revolucionaria de Gobierno. 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. El motivo por el cual se acepta nuevamente la adopción se debe a un interés social de asistencia a los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles subsistencia y educación, manifestando al mismo tiempo, un beneficio para los matrimonios que no pueden tener hijos a quienes le brinda las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar. Este proyecto se inspira en este interés y desarrolla la materia.”²

➤ Derecho comparado

La adopción en el derecho comparado llega a constituir una practica institucionalizada por lo que un individuo que por nacimiento pertenece a un determinado grupo de parentesco adquiere nuevos lazos de igualdad en cuanto a la

² Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil, parte 1 y 2.** Págs. 221 y 222.

naturaleza, pero definidos corralmente como equivalentes a los vínculos sanguíneos. La adopción en la mayoría de las legislaciones se refiere a la transmisión de la propiedad hereditaria, la continuidad de la familia o el bienestar directo del adoptado. Ésta última ha predominado en tiempos de guerra más saturados de seres abandonados.

Cabe mencionar que Estados Unidos de América se ha constituido como un país donde las adopciones han invadido a sus ciudadanos, lo que demanda mayor cantidad de niños para emigrar a este país en calidad de hijos adoptivos.

1.2. Etimología

Según el diccionario de la Real Academia Española la adopción viene del latín “adoptio, -onis” que significa acción de adoptar. Adoptar viene del latín “adoptare” que significa recibir como hijo, como hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. Adoptable, viene del latín “adoptabilis” que significa que puede ser adoptado. Adoptivo del latín “adoptivus” que se dice de la persona adoptada. Hijo adoptivo.

Según el autor Juan Iglesias viene del latín “Adoptio” o “datio in adoptionem” que deviene de un acto jurídico creado por vía de interpretación. Apoyándose en un texto de las XII Tablas que proclama la libertad del *filius* (hijo) vendido tres veces. Si *pater filium ter Venus duit, filius a patre liber* (si el padre vendía a su hijo tres veces, el hijo quedaba definitivamente libre de la potestad del padre) esto, la jurisprudencia pontifical sienta las bases de un procedimiento que, no obstante ser en extremo embarazoso, permite conseguir el oportuno resultado práctico. El *pater* (padre), puesto de acuerdo con un tercero, le vende el *filius* (hijo) por tres veces consecutivas, con el *pactum fiduciae* (se pactaba dentro de la adopción con el objeto de restituir la propiedad) pacto que se de manumitirlo. Como consecuencia de las dos manumisiones hechas en la forma de vindicta que siguen a las dos primeras ventas, el *pater* (padre) recobra la *Potestas* (potestad) sobre el *filius* (hijo). A la tercera venta no subsigue una manumisión

que si tal ocurriera, quedaría el *filius* (hijo) emancipado, sino *remancipatio al pater* (remancipación al padre), contra el cual formula luego el adoptante una imaginaria reivindicación del *filius* (hijo) como propio. *Vindicatio in patriam potestatem* (reivindicación de la patria potestad).⁴

1.3. Naturaleza jurídica

Los tratadistas del derecho civil, tienen diversos criterios para determinar la naturaleza jurídica de la adopción, lo esencial es hacer sobresalir que esta institución crea un vínculo artificial de parentesco. Éste vínculo establece lazos de unión tal como los existentes entre los padres legítimos e hijos. La voluntad juega un papel importante para concretizar este parentesco pues se debe someter a las condiciones que fija la ley, ya que se trata de una institución jurídica que en cada caso particular depende de un acto jurídico individual.

La naturaleza jurídica de la adopción ha variado con el tiempo, pudiéndose señalar en la actualidad tres teorías:

- ❖ la teoría contractual;
- ❖ la teoría de institución; y
- ❖ la teoría del acto condición.

➤ La teoría contractual

Esta teoría deja a la voluntad de las partes su formulación. Los tratadistas Planiol, Ripert, Colin y Capitant definen a la adopción como un “contrato solemne” concluido entre el adoptante y el adoptado. Prima en esta concepción el espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades del consentimiento, y el concepto que dominó la estructura familiar, de los “derechos poderes” el interés del padre de familia

⁴ Iglesias, Juan. **Derecho romano**. Pág. 331.

prescindido del interés del hijo de familia, el menor.

El tratadista Manuel Somarriva Undurraga define a la adopción como: “un contrato en virtud que en ella hay acuerdo de voluntades que dan como consecuencia la realización de un negocio jurídico”⁴

Lo anterior se establece ya que la adopción es un acto voluntario y lícito el cual se realiza cumpliendo todos los requisitos establecidos en la ley, que tienen como finalidad directa y específica la creación de esta institución para que produzca como efectos la transmisión y adquisición de la patria potestad, modificando y extinguiendo derechos y obligaciones.

Se considera a la adopción como un contrato solemne sometido a la aprobación de la justicia, como un contrato jurídico que crea entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos.

➤ La teoría de institución

La adopción es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, en virtud al cual se establece entre dos personas relaciones análogas que surge de la filiación matrimonial, análoga mas no igual por tener características singulares. La adopción es también considerada como una institución del derecho de menores que tiende a fines eminentemente de protección de los niños menores, siendo entendida como la institución jurídica solemne, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación.

El tratadista Federico Puig Peña, considera a la adopción como “una institución

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel. **Derecho de familia**. Pág 83.

jurídica solemne, de orden público, por la que se crean entre dos personas que puedan ser extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”⁵

Esta institución se determina como una base negocial que crea y modifica relaciones de parentesco existente entre el adoptante y el adoptado, roza el interés del Estado y compromete el orden público en la que el Estado interviene por medio del poder judicial, por lo cual es un requisito sustancial y no de orden formal del acto.

En nuestros días se puede definir en los términos siguientes: “La adopción es una institución jurídica incorporada a las modernas legislaciones, que establece entre personas que pueden ser extrañas y cuya voluntad se encamina a ello, un vínculo artificial de parentesco, análogo al que existe entre el padre y la madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos”⁶

El Código Civil guatemalteco se encuentra dentro de las legislaciones modernas referidas en el párrafo anterior, pues considera a la adopción una institución, ya que ha sido creada y normada por el Estado con un espíritu de asistencia social, dirigido a aquellos niños que por diversas circunstancias, no han sido privilegiados con la bendición de tener una familia, que les de alimento, abrigo, cuidados necesarios y amor para salir adelante en la vida y lograr llegar a ser personas de bien.

➤ La teoría del acto condición

La adopción era considerada primitivamente como un acto jurídico de forma determinada y de naturaleza irrevocable. Ésta era un modo de entrar a la patria potestad, aunque el adoptado no se desligaba de su familia natural, pues conservaba íntegros sus derechos sobre ella. Considerada también como un acto civil que por no

⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español, tomo V.** Pág. 475.

⁶ **Enciclopedia jurídica Omeba.** Pág. 197.

exigir la intervención del poder supremo, quedaba exclusivamente condicionado por el consentimiento de los adoptados y la intervención judicial. La adopción en nuestros días es un acto de voluntad que coloca en una familia a un individuo a quien ni la naturaleza ni la ley había hecho miembro de la misma.

La adopción es considerada como un acto condición sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho esta institución.

1.4. Definiciones

1.4.1. Doctrinarias

La adopción es el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia.

Para el tratadista Planiol, la adopción es considerada como un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación. Este es concepto de adopción plena ya que figura como la misma adopción en sí. Y ha sido objeto de criterios encontrados en cuanto a su conveniencia, criterios que de alguna forma se reflejan en las distintas legislaciones, ya sea no admitiéndola o admitiéndola limitada o plenamente.⁷

El tratadista Manuel Somarriva Undurraga define a la adopción como: “un contrato en virtud que en ella hay acuerdo de voluntades que dan como consecuencia la realización de un negocio jurídico”⁸

El tratadista Puig Peña, considera a la adopción como “una institución jurídica

⁷ Brañas. **Ob. Cit.**, Pág. 221.

⁸ Somarriva Undurraga. **Ob. Cit.** Pág 83.

solemne, de orden público, por la que se crean entre dos personas que puedan ser extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”⁹

Según la Enciclopedia Encarta define a la adopción como “el procedimiento legal que permite a un niño o niña convertirse en términos legales en el hijo o hija de otros padres adoptivos, distintos de los naturales”¹⁰

El tratadista Manuel Ossorio, define a la adopción como “Acción de adoptar, de recibir como hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La determinación no ya de esas formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales indispensables para efectuar la adopción, es una cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes y de los adoptados, al estado civil, a la existencia o no de hijos efectivos, al número posible de adopciones, etc. Se trata de una institución aceptada por la casi totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza...”¹¹

Guillermo Cabanellas de Torres define la adopción como “el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza”¹²

El diccionario de la Real Academia Española la define como “Recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”¹³

⁹ Puig Peña. **Ob. Cit.**. Pág. 475.

¹⁰ **Enciclopedia Encarta**. Microsoft R EncartaR 98c 1993-1997, Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

¹¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 48.

¹² Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 27.

¹³ **Diccionario de la Real Academia Española Tomo I**. Pág. 45.

1.4.2. Legales

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 54 establece: “Adopción: El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”

El Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 228, primer párrafo establece: “De la adopción. Concepto: 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”

1.5. Clasificación

1.5.1. Por sus efectos

El tratadista Puig Peña, define a la adopción por sus efectos en:

- Plena;
- Semi-plena, y
- Simple o menos plena.

- Plena

Es la que produce los máximos efectos de la institución y es por eso que exige mayores requisitos, los cuales se manifiestan en primer término en lo que se refiere a las personas de adoptante y adoptado.

Fue instituida para niños que se encuentran en estado de abandono produce efectos similares a los que considera la filiación legítima, es decir que el adoptado queda respecto del adoptante en una situación jurídica muy análoga a la del hijo

respecto del padre desligándolo de su familia natural.

Pueden adoptar los cónyuges que viven juntos, también las personas que estén en estado de viudez o soltería, el cónyuge declarado inocente en ejecutoria de

separación legal, uno de los cónyuges al hijo legítimo o legitimado, natural reconocido. Se desprende regularmente que la adopción se permite en cualquier estado civil de la persona que la realiza, soltera, casada o viuda.

En materia sucesoria se niega los derechos a favor de los parientes naturales respecto a la herencia del adoptado. Se suprime también la conservación de derechos sucesorios a favor del adoptado respecto a sus parientes por naturaleza. La idea es restablece el principio de reciprocidad que fundamentan los derechos derivados del parentesco tanto en materia alimenticia como sucesoria.

El Licenciado Carlos Larios Ochaita establece en su clasificación, a la adopción plena como aquella que reviste características de consanguinidad, es irrevocable, crea lazos de parentesco con todas las personas afines o consanguíneas de los adoptantes y en general otorga exactamente todos los derechos y obligaciones de la filiación biológica.

- Semi-plena

Esta clase de adopción coincide con la única recogida en el Código Civil en su redacción primitiva y es aplicable a todos y produce efectos muy limitados.

En la patria potestad el adoptante no tienen el usufructo de los bienes del adoptado. Únicamente se atribuirá en caso de que uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo o legitimado o natural reconocido del otro, por el orden establecido, es decir

primero el padre y en su defecto la madre.¹⁴

- Simple o menos plena

Ésta clase de adopción no crea lazos de parentesco sino con los adoptantes, es revocable y en general tiene limitaciones en cuanto a derecho y obligaciones respecto de los hijos biológicos.

Ésta adopción no implica ruptura de los vínculos familiares anteriores del adoptante. Su importancia radica en la mayor eficacia del vínculo adoptivo, pues con carácter general y por tanto también se enuncia la equiparación del hijo adoptivo con el legítimo en relación con el adoptante.

En materia sucesoria se conceden derechos legitimarios en adopción simple a diferencia que antes solo producía eficacia sucesoria a través del pacto sucesorio.

La intensidad del vínculo que crea la ley entre adoptante y adoptado se distingue la adopción simple o menos plena con efectos jurídicos limitados, mientras que la adopción plena crea fuertes vínculos entre adoptante y adoptado.

1.5.2. Por la nacionalidad de las partes

- La adopción nacional

Ésta se da cuando tanto los adoptantes como el adoptado pertenecen a una misma nacionalidad y la adopción se lleva a cabo en su país de origen, y tiene efectos jurídicos en el ámbito nacional.

¹⁴ Puig Peña. **Ob. Cit.**. Págs. 475 y 476.

- La adopción internacional

Ésta se da cuando los adoptantes y el adoptado pertenecen a nacionalidades diferentes y la adopción se lleva a cabo generalmente en el país de origen del adoptado.

1.5.3. Por su trámite

- Judicial

Éste proceso se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley número 106, se tramita ante un juez de familia del domicilio del adoptado, donde no hay juez de familia se deberá tramitar ante el juez de primera instancia del ramo civil.

- Notarial o extrajudicial

Éste trámite se encuentra regulado en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77, ya que se puede tramitar ante los oficios de un notario en su calidad de auxiliar para el descongestionamiento de los tribunales de justicia, en virtud de la no existencia de controversias dentro del trámite de la misma.

1.6. Efectos jurídicos

- Efectos parentales

El adoptado toma como hijo propio al adoptado, sea este último menor o mayor de edad; sin embargo, el adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere.

El Artículo 229 del Código Civil establece: “Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que se establece entre adoptante y adoptado, no se extiende a los parientes de uno u otro; no obstante, el adoptado y los hijos del adoptante, deben ser considerados, tratados y presentados a la relaciones sociales, como hermanos; pero entre ellos no existe derecho de sucesión recíproca”.

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

En relación a la patria potestad del adoptante el mismo cuerpo legal establece en el Artículo 232: “Al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de aquél”.

En relación a los apellidos de los adoptantes en la adopción plena se transfieren directamente por la ley al adoptado con carácter imperativo. En la adopción simple queda a criterio de lo convenido en la escritura de adopción en la que se podrá convenir la sustitución de los apellidos del adoptado por el de los adoptantes. A falta de pacto expreso, el adoptado conserva sus propios apellidos.

- Efectos patrimoniales

Los Artículos 230 y 231 del Código Civil regulan: “El adoptante tienen respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos”. “El adoptado tendrá para con la persona del adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto de los padres.

En cuanto a los derechos de sucesión no existe sucesión recíproca entre

adoptante y adoptado; el mismo cuerpo legal establece en su Artículo 236: “El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste sí lo es de aquél. Si el adoptado no es heredero tendrá derecho a ser alimentado hasta la mayoría de edad. En caso de herencia testada, los alimentos sólo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades”.

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

El Código de Derecho Internacional Privado en su Artículo 73 establece en cuanto a los efectos de la adopción: “Se regulan por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a la sucesión de éste y por la del adoptado lo que se refiere al apellido y a los derechos y deberes que conserve respecto de su familia natural, así como a su sucesión respecto del adoptante”.

CAPÍTULO II

2. Aspectos legales sobre la adopción

2.1. Trámite judicial

En este capítulo se establecerá el trámite Judicial aplicándolo a las adopciones de carácter nacional.

La Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley número 206, en su Artículo 2 establece: “Corresponden a la jurisdicción de los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción...” El mismo cuerpo legal establece que los asuntos antes indicados se ventilarán en la vía voluntaria de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Los actos de jurisdicción voluntaria comprenden todos aquellos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueve cuestión alguna entre partes determinadas.

- Adopción judicial de carácter nacional

El trámite de la adopción judicial es el único trámite de jurisdicción voluntaria que se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106, de los Artículos 240 al 245; a diferencia de los demás trámites de jurisdicción voluntaria que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

- Procedimiento
 - Se debe tramitar ante un juez de familia del domicilio del adoptante, donde no hay juez de familia se tramitará ante el juez de primera instancia del ramo civil, se acompañará a la solicitud:
 - Partida de nacimiento del menor
 - 2 declaraciones testimoniales de personas honorables que acrediten las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral para cumplir las obligaciones que la adopción impone.
 - Si el menor tiene bienes, el adoptante deberá presentar inventario notarial de los mismos y constituir garantía suficiente a satisfacción del juez.
 - Es necesario el consentimiento expreso de los padres o la persona que ejerza la tutela del menor que es dado en adopción.
 - El expediente es remitido por el juez a la Procuraduría General de la Nación para que emita opinión favorable.
 - La Procuraduría General de la Nación examinará las diligencias y si no se opusiere, emitirá opinión favorable y lo remitirá de vuelta al juez competente.
 - El juez declarará con lugar la adopción y mandará a que se otorgue la escritura pública correspondiente en la que deberán comparecer el adoptante y los padres o la persona que ejerza la tutela del menor.
 - Firmada la escritura, el menor pasa a poder de los adoptantes, y el testimonio de la escritura pública de adopción deberá ser presentado al

Registro Civil correspondiente para su debida inscripción dentro de los quince días siguientes a la fecha de su otorgamiento.

2.2. Trámite notarial o extrajudicial

Los notarios aparecen en el trámite de adopción cuando el Congreso de la República emitió el Decreto 54-77 que tituló como Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la que fue desarrollada en treinta y cuatro Artículos de los cuales seis son dedicados a la adopción, del Artículo 28 al 33. La exigencia en el cumplimiento de los requisitos que propone el Código Civil, es la misma. Esta Ley deja a cargo de la Procuraduría General de la Nación, la tarea de velar por el cumplimiento de esos requisitos.

La tendencia actual del país es recurrir a los sistemas alternos de resolución de conflictos, en lo que se refiere a la jurisdicción voluntaria, porque ello no sólo agiliza la solución de estos asuntos, sino también contribuye a descongestionar el trabajo que los jueces tienen, permitiéndoles dedicar mayor tiempo a los asuntos contenciosos.

La intervención del notario dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria sólo le da facultad para que intervenga en determinados actos.

Entre los deberes del notario en el ejercicio de sus funciones, el autor Nery Roberto Muñoz menciona: “El notario tienen muchos deberes en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual sólo menciono algunos:

1. Actuar con ética profesional
2. La observancia de la ley
3. Estar adecuadamente preparado
4. Actuar con imparcialidad

La conducta de todo notario debe ser intachable, respetar y observar las normas de conducta profesional y la ley.

Debe prepararse adecuadamente, actuar con imparcialidad, ello le servirá para prestar mejor sus servicios”¹⁵

La personas que intervienen en el trámite de adopción en la tramitación notarial o extrajudicial de la adopción de carácter internacional a través de la jurisdicción voluntaria son: El notario, el o los requirentes a través de su mandatario judicial, una trabajadora social adscrita a un juzgado de instancia de familia, la Procuraduría General de la Nación, que como órgano de consultoría, su opinión es vinculante en este asunto.

- Adopción notarial de carácter internacional

Se enfocará en las adopciones para emigrar a los Estados Unidos de Norte América. Las familias extranjeras que no pueden tener hijos, son candidatos adecuados para convertirse en padres adoptivos, éstos acuden a agencias Internacionales de adopción que les pueda referir un menor deseado a adoptar.

Estas familias adoptivas extranjeras al encontrar al menor deseado a adoptar y previo cumplimiento a los requisitos establecidos por el país de origen tales como:

- Someterse a un estudio socioeconómico realizado por una trabajadora social autorizada en el Estado, el cual esta compuesto de entrevistas personales y visita a la residencia así como asesoramiento en materia de adopciones y deben someterse a un control de post-colocación.

- Solicitar ante la embajada en el Departamento de Seguridad Interna la

¹⁵ Muñoz, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial.** Pág. 33.

autorización respectiva para poder adoptar en Guatemala y así obtener los formularios necesarios para el trámite.

- Completar el expediente de documentos necesarios para que los padres adoptivos puedan iniciar las diligencias de adopción en Guatemala tales como: certificados de nacimiento, certificado de matrimonio si son casados, si es una mujer soltera quien va a adoptar además de lo anterior deberá presentar, quien fungirá como modelo masculino y constancia de heterosexualidad; dos declaraciones testimoniales de personas de reconocida honradez, que acrediten las buenas costumbres, capacidad económica y financiera; carencia de antecedentes policiales; certificados médicos; constancias de empleo y declaración sobre los derechos del niño.
- Otorgar mandato judicial con representación a un abogado guatemalteco, colegiado activo, para que los represente durante la tramitación del proceso de adopción. El cual debe estar debidamente inscrito en el Archivo General de Protocolos en el Registro de Poderes.

En Guatemala el mandatario es quien se encarga de iniciar, continuar y finalizar el trámite respectivo ante los oficios de un notario.

- Procedimiento previo al trámite

Solicitar la autorización ante la embajada de los Estados Unidos de América para realizar el examen de A.D.N. (Ácido Desoxiribo Nucleico). En esta solicitud se adjunta la documentación requerida por la embajada tal como el consentimiento expreso de la madre biológica para dar en adopción a su hijo o hija con firma debidamente legalizada, documento de identificación de la madre, certificados de nacimiento de ambos, acta notarial de consentimiento expreso otorgado por la madre biológica entre otros.

Al obtener la autorización se acude a los laboratorios debidamente autorizados en Guatemala para tomar las muestras, las que posteriormente serán enviadas a los Estados Unidos de América, para que se sirvan realizar las pruebas pertinentes y luego remitir el resultado a la embajada de los Estados Unidos de América y así ésta pueda extender el consentimiento otorgado ante ellos debidamente razonado por el oficial con el resultado de la prueba, el cual tienen una certeza de un 99.9%.

- Procedimiento

Regulado del Artículo 28 al 33 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República.

- Acta de requerimiento en la cual el mandatario radica las diligencias voluntarias notariales o extrajudiciales de adopción a la cual acompaña la documentación antes descrita y además los documentos necesarios de la madre biológica y el menor a adoptar.
- Si el menor posee bienes, se levantará inventario notarial y se constituirá garantía suficiente por el adoptante a satisfacción del notario.
- Primera resolución en la cual se da lugar el trámite y se inician las diligencias necesarias para realizar la adopción.
- Notificación al mandatario judicial.
- Memorial remitiendo el expediente al centro de administración de justicia, para que lo distribuya a un juzgado de familia.
- Informe social rendido bajo juramento por una trabajadora social adscrita al juzgado remitido, quien deberá citar personalmente a la madre biológica para

ratificar su consentimiento y tener a la vista al menor dado en adopción, quien lo devuelve directamente o a través del secretario del juzgado al notario que esta llevando el trámite de adopción.

- Se adjunta al expediente el consentimiento expreso de la madre biológica dado ante la embajada de los Estados Unidos de América así como la prueba respectiva de A.D.N (Ácido Desoxiribo Nucleico).
- Se remite el expediente a la Procuraduría General de la Nación para que emita dictamen en el término de 3 días, si el dictamen es desfavorable se deberá remitir el expediente a un juzgado de familia.
- Si el dictamen es favorable, el notario dictará resolución final.
- Se otorga la escritura pública de adopción, en la que deberán comparecer el adoptante y los padres o la persona que ejerza la tutela del menor.
- Se extiende el primer testimonio para enviarlo al Registro Civil correspondiente para que proceda a la inscripción de la adopción.
- Dentro de los quince días siguientes a la fecha de su otorgamiento.
- El Registro Civil extiende las certificaciones correspondientes donde el menor aparece con sus nuevos apellidos y el nombre de sus padres adoptivos.
- El mandatario obtiene el pasaporte del menor en la Dirección General de Migración.
- Se procede a solicitar ante la embajada de los Estados Unidos de América audiencia para que los padres adoptivos al momento de venir a recoger a su hijo

puedan solicitar la visa respectiva de emigrante.

- Se remite el expediente al Archivo General de Protocolos.

La tramitación notarial o extrajudicial de la adopción en la vía voluntaria ha sido criticada tanto por profesionales del derecho como instituciones involucradas de una u otra manera en el proceso, hasta el punto de querer suprimir este trámite de las manos de los notarios.

De ser así desvirtuaría la función primordial de la jurisdicción voluntaria, la cual es el descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales en asuntos no contenciosos, para facilitar la celebración de los actos de la vida civil, como lo es la adopción.

2.3. Análisis jurídico de los Artículos relacionados con el menor y la adopción

- Constitución Política de la República de Guatemala

La carta magna prescribe los principios de protección estatal hacia la adopción, tal es el caso del Artículo 54, que establece: “Adopción: El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”

El Artículo 51 de la misma carta magna establece: “Protección a menores y ancianos: El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social”

Estos principios tienen congruencia con las demás leyes en relación a la materia, dentro del procedimiento de adopción se deben apreciar el cumplimiento de los

requisitos y las calidades subjetivas de sus pretensores, y la opinión que con respecto de ellas pueda tener la institución que ejerce la tutela legal, por consideraciones morales o de otra índole, ya que uno y otros deban tenerse en cuenta por quienes tienen facultad para declararla a fin de que la decisión sea conforme al interés superior del menor de quien se trate.

- Convención sobre los derechos del niño

Conforme a la Convención sobre los derechos del niño en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber procurar el mayor beneficio que para los menores pueda obtenerse.

El Artículo 2 del mismo cuerpo legal 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 sus tutores o de sus familiares; el Artículo 3 establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas que se atenderá, será el interés superior del niño; el Artículo 9 numeral 2 establece que en cualquier procedimiento se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Así mismo el Artículo 21 literal a) establece que los Estados velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, 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 con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia reconoce el derecho a la familia y a la adopción y respecto a la segunda establece en el Artículo 22: “Adopción: El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y adolescentes debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior y conforme a los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala”

El Artículo 24 del mismo cuerpo legal establece: “igualdad de derechos: El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes que hayan de ser adoptados en otro país, gocen por lo menos de los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes, respecto de la adopción en el país de origen y sujeto a los procedimientos establecidos en la ley de la materia”

En el procedimiento de adopción en Guatemala, los padres adoptivos cumplen con este requisito otorgando una declaración jurada sobre los derechos del menor basados en el Artículo anterior en la cual testifican que el niño que están adoptando tendrá los mismos derechos, responsabilidades y privilegios que tiene cualquier otro niño que vive en los Estados Unidos de América. Esto incluye los mismos privilegios que cualquier hijo biológico tendría y los mismos privilegios que cualquier otro hijo adoptado tendría, incluyendo amor, educación y derechos de sucesión. Además hacen del conocimiento que las leyes de los Estados Unidos de América protegen a los niños y sus derechos. Niños que califican como huérfanos y son legalmente adoptados por ciudadanos americanos tendrán los mismos derechos que los niños originalmente nacidos en los Estados Unidos de América y sus derechos civiles no serán restringidos de ninguna manera.

2.4. La adecuación de la legislación interna a los estándares internacionales

En el sistema internacional de los derechos humanos existen diversas disposiciones dirigidas a proteger los derechos de la niñez. Estas normas otorgan un marco respetuoso de los derechos humanos, a la luz del cual los Estados deben legislar e implementar sus políticas públicas.

Tanto el Artículo VII de la Declaración Americana, como el Artículo 19 de la Convención Americana establecen normas relacionadas con la protección especial de los derechos de los niños y niñas. También deben considerarse el Artículo 1 de la Convención, que prevé la obligación del Estado de respetar los derechos y su Artículo 2, que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno; los cuales deben concordar con el Artículo 29, que consagra la interpretación de las normas a través del principio de la aplicabilidad de la norma más favorable al individuo. De conformidad con el Artículo 27 de la Convención, la obligación de brindar protección especial a los niños y niñas no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia, en vista de la especial vulnerabilidad de la niñez. La Convención Americana incluye además disposiciones expresas para su protección también con relación a derechos específicos, por ejemplo, en el Artículo 4 sobre el derecho a la vida, el Artículo 5 sobre el derecho a la integridad personal, el Artículo 17 sobre la protección a la familia y el Artículo 18 sobre el derecho al nombre.

El protocolo adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", suscrito en noviembre de 1988, del cual Guatemala es parte desde octubre de 2000, dispone en el Artículo 16 los derechos de la niñez, en el Artículo 7 la necesidad de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, en el Artículo 12 el derecho a la alimentación y en el Artículo 13 el derecho a la educación.

El 6 de junio de 1990 Guatemala ratificó la Convención sobre los derechos del

niño El Artículo 2 (1) de esta Convención establece que las partes se comprometen a respetar el conjunto global de derechos reconocidos en ese instrumento con respecto a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. El Artículo 3 define el principio supremo universal del interés del niño, lo cual implicaría la transversalidad de las políticas públicas dirigidas a la protección del niño por parte del Estado parte de la Convención. La Comisión recibió información sobre la ratificación por Guatemala de los protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del niño el 9 de mayo del 2002.

La Convención sobre los derechos del niño implica un cambio sustancial en materia de infancia, se hace necesario la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” la cual consiste en la implicación de pasar de una concepción de los “menores” como objeto de tutela y represión, por la “doctrina de protección integral” la cual consiste en considerar niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho. En la Convención sobre los derechos del niño se establecen dos ámbitos de protección: a) el de los derechos de los niños y niñas en general y b) el de los niños y niñas que han cometido un delito. En este último, los niños y niñas no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino además una protección especial. El Estado, incluido el poder judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales en esta materia.

Asimismo, el Estado de Guatemala también es parte en una serie de convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, como son el Convenio número 138, que define las categorías básicas de empleo, y el Convenio número 182 de eliminación de las peores formas de trabajo infantil. Este último fue ratificado por Guatemala el 11 de octubre del 2001.

A su vez, para la elaboración de las normas internas, Guatemala debe considerar las reglas mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores -Reglas de Beijing- del 28 de noviembre de 1985;

las directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia –Reglas de Riad- del 14 de diciembre de 1990; y las reglas mínimas para la protección de menores privados de libertad, adoptadas el 14 de diciembre de 1990.

En cuanto a la normativa constitucional, la Constitución Política de la República de Guatemala establece en sus Artículos 1 y 2 que el Estado está organizado para proteger a la persona y a la familia y deberá garantizar los derechos a la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. En el ámbito penal, el Artículo 20 establece que los menores de edad que transgredan la ley son inimputables, y su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y juventud. Deben ser atendidos por instituciones y personal especializado, y no pueden ser reclusos en facilidades destinadas para adultos. El título II, capítulo II, establece medidas de protección para la familia. El Artículo 47 prevé la protección social, económica y jurídica de la familia. El Artículo 50 establece que todos los niños y niñas son iguales ante la ley, y el Artículo 51 que el Estado deberá proteger la “salud física, mental y moral” de los niños y niñas. La cuarta sección del capítulo establece el derecho a la educación y dispone específicamente que la educación primaria es obligatoria y gratuita. En relación con el ámbito laboral, el Artículo 102(I) estipula que “los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas por ley. Está prohibido ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral”.

A pesar de la ratificación de los tratados internacionales mencionados y de las normas constitucionales existentes, Guatemala no contó durante mucho tiempo con un marco normativo interno adecuado para proteger los derechos de los niños y niñas. El régimen jurídico para ellos se basó durante años en el Código de menores de 1979, que definía a los niños y niñas como “menores”, siendo éstos todos aquellos que no han cumplido los 18 años. Dado que dicho Código se basaba en la doctrina de “la situación irregular”, contravenía la Convención sobre los derechos del niño y la

Constitución Política, que prevé la supremacía de los tratados internacionales sobre derechos humanos sobre las leyes internas.

Mediante Decreto 78-96 del 11 de septiembre de 1996 el Congreso de la República aprobó un nuevo texto, el Código de la Niñez y la Juventud, el cual en su Artículo 287 estableció que su entrada en vigencia se verificaría un año después de su publicación. Sin embargo, este Código no entró en vigencia conforme a lo previsto. El 24 de marzo de 1999, el Congreso emitió una norma con el propósito de seguir escuchando a los sectores interesados y arribar a una norma de consenso relacionada con la niñez guatemalteca. Según la información recibida, para dar oportunidad a las distintas fuerzas que habían manifestado desacuerdos se constituyó en el seno del Congreso la Comisión del seguimiento al Código de la niñez y la juventud, constituida por decreto 12-99. Con base al decreto indicado, es importante señalar que entidades como el movimiento social sobre los derechos de la niñez y la juventud de Guatemala, la conferencia episcopal de Guatemala, la defensoría de la niñez y la juventud de Guatemala, la defensoría de la niñez y la juventud de la Procuraduría de los Derechos Humanos, y el consejo latinoamericano de iglesias y alianza evangélica de Guatemala presentaron en su oportunidad una nueva versión del Código que recogía los consensos. La comisión de la mujer, el menor y la familia alcanzó un consenso con los sectores de la sociedad civil que participaron en la discusión, quienes entregaron un documento final. La CIDH observó con interés la presentación del “Código de consenso” el 24 de octubre del 2002.

Luego de un impulso importante de la sociedad civil durante muchos años, Guatemala aprobó el 4 de junio de 2003 la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, a través del Decreto 27-03, bajo el número de registro 2767, la cual protege los derechos de la niñez de una manera más adecuada que la normativa vigente con anterioridad. La Comisión espera recibir información sobre las mejoras concretas en la situación de la niñez guatemalteca.

- Adopciones e inscripción de nacimientos

La adopción infantil en Guatemala es un tema de especial preocupación para la Comisión, debido a que Guatemala no cuenta con un marco normativo adecuado. Esto permite que las adopciones se realicen sin que se tenga en cuenta el interés del niño o niña y sin la intervención de las autoridades competentes, lo que posibilita que exista un tráfico de niños y niñas que se ha transformado en una operación comercial muy rentable, en detrimento de la protección especial que por condición de tales requieren de parte del Estado, desvirtuando así los fines de la misma.

Guatemala presenta uno de los mayores índices de adopción internacional y según estadísticas, es el cuarto país que da la mayor cantidad de niños y niñas en adopción en el mundo, pero en proporción a sus habitantes sería el primero. Durante 2002 se realizaron 2.548 adopciones, de las cuales el 97.9% son internacionales, de éstas el 85% corresponde a Estados Unidos. La mayoría de los niños que se dan en adopción tienen menos de dieciocho meses. El 82% de los niños que son dados en adopción viven en hogares privados, coloquialmente denominados “casas cunas” o “casas de engorde”. “El Procurador de los Derechos Humanos indicó en su Informe Circunstanciado del año 2002, que “los niños guatemaltecos llegan a ofrecerse en medios electrónicos, con precios que oscilan entre \$15 mil y \$25 mil, sin incluir gastos de viaje”. Como consecuencia de lo anterior, el tráfico de niños en Guatemala tiene que ver con el excesivo número de niños que salen del país a través de la adopción internacional sin un control eficiente, transparencia, regulación apropiada sobre los precios ni un claro conocimiento del origen de los niños entregados en adopción”.¹⁶

Conforme a un estudio realizado por el Instituto latinoamericano para la educación y comunicación, en Guatemala existen sectores de intermediarias o “jaladoras” que actúan como mediadoras en el tráfico de niños, buscando activamente

¹⁶ Informe anual circunstanciado 2002, Dr. Sergio Fernando Morales Alvarado, Procurador de los Derechos Humanos, Procuraduría de los Derechos Humanos, 2002

mujeres embarazadas en el mercado, en los estacionamientos, buses y entre otros grupos de niñas de la calle, y les ofrecen sumas equivalentes o superiores a Q5.000 para sus futuros bebés. Las intermediarias proponen que se harán cargo del cuidado de los niños, así como de contratar a los notarios y agentes necesarios para completar la documentación legal requerida. Han estimado que los notarios y los agentes entregan sus declaraciones escritas por la suma de \$2.000, lo que incluye presentar la documentación en la oficina de migración donde se tramita el pasaporte del niño y en la embajada donde se deben entregar los documentos requeridos por obtener la visa. Sumado a lo anterior, algunos abogados van a la casa en ciudades al interior del país buscando mujeres jóvenes de escasos recursos que están viviendo en extremas situaciones de pobreza. El acuerdo es simple con mujeres que quieren “dinero fácil” o con aquellas que dada la extrema pobreza en la que viven se sienten presionadas en dar sus propios hijos para mejorar su situación económica.

La institución de la adopción está contemplada en el Artículo 54 de la Constitución de 1986, incluido en el Título I, referido a los Derechos Humanos. El proceso de adopción está regulado en los Artículos 228 al 251 del Código Civil de 1963. En 1947 se emitió la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria; la cual modifica el procedimiento para tramitar y legalizar las adopciones, al autorizar que el trámite pueda realizarse ante un notario. Cuando una adopción se efectúa por esta vía, no es necesaria la intervención y resolución de un juez de familia. Las adopciones tramitadas por vía judicial en el país representan el 2% y por vía extrajudicial o notarial el 98%. Las adopciones extrajudiciales se realizan con un escaso control estatal, en detrimento del deber de protección integral de los niños y niñas.

Otra problemática que la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos observó en relación con las adopciones es que un gran número de nacimientos de niños y niñas, en especial de niñas de las zonas rurales y de las urbanas pobres, no se inscriben en los registros públicos. Las causas varían desde la distancia de las oficinas de registro, el elevado número de madres que carecen de registro, hasta la falta de

conocimiento de los padres sobre la importancia del procedimiento de inscripción del nacimiento. Si bien es cierto que el registro por sí mismo no provee de garantías al niño, éste le otorga nombre y nacionalidad, los cuales asisten a los esfuerzos en combatir las diversas formas de explotación de los niños, tales como las adopciones ilegales, el reclutamiento forzado; también es útil como medida de protección en el sistema de justicia juvenil penal.

La Comisión reconoce la aplicación de la Convención de La Haya sobre la cooperación en materia de adopción entre países por parte de Guatemala el 26 de noviembre de 2002. La Comisión también tuvo conocimiento de iniciativas legislativas con el fin de solucionar la situación descrita en materia de adopción. Sin embargo, dichas medidas no han sido aplicadas en la práctica y no resultan suficientes. En relación con las adopciones, el Estado aún no está cumpliendo con sus deberes bajo la Convención americana y la Convención sobre los derechos del niño.

La Comisión exhorta al Congreso a que proceda a la aprobación de las reformas necesarias para adecuar la normativa y la práctica internas a los estándares internacionales sobre derechos humanos, para permitir el pleno ejercicio de los derechos de todos y todas los niños y niñas en Guatemala. Por otro lado, mientras se aprueba la ley de adopciones, la Comisión insta al Estado a adoptar medidas de corto plazo que sean acordes a la Convención de La Haya.

2.5. Iniciativa actual de ley de adopciones en el Congreso de la República de Guatemala

La actual iniciativa que pretende aprobar la ley de adopciones fue propuesta por el representante Jorge Luis Ortega y compañeros. Le corresponde el número de registro 3217 y fue conocida por el Pleno del Congreso de la República de Guatemala el día 17 de febrero del año 2005.

La iniciativa, en su exposición de motivos, claramente detalla los objetivos de esta ley e introduce mejoras en el reconocimiento de los derechos sustantivos de los niños y niñas iguala la condición de hijo biológico con la de hijo adoptivo, no estableciendo diferencias en materia de filiación o de sucesión, pues el hijo o hija adoptivo adquiere exactamente los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico, acorde con el derecho de igualdad garantizado por la Constitución.

La iniciativa crea la Rectoría Nacional de Adopciones, como autoridad central del proceso de adopciones. En cumplimiento con la Convención sobre los derechos del niño y la Convención de La Haya relativa a la protección y a la cooperación en materia de adopción internacional, se convierte en la autoridad competente para autorizar el trámite de las adopciones. Esta Rectoría será una institución técnica, con independencia funcional, integrada por un equipo multidisciplinario; que tendrá el fin primordial de determinar la adaptabilidad del niño y la idoneidad de los futuros padres adoptivos. La Rectoría Nacional de Adopciones dependerá financieramente de la Procuraduría General de la Nación, ente que actualmente tiene la función de dictaminar en todo proceso de adopción. Por su experiencia en el trámite de las adopciones, por ser el representante de los intereses de los menores, incapaces y ausentes, la Rectoría estará coordinada por la Procuraduría General de la Nación. Intervendrán también en la Rectoría, la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia y la Comisión nacional de la niñez y la adolescencia, por sus nuevas atribuciones en beneficio de la infancia, de acuerdo a la Ley de protección integral a la niñez y adolescencia.

Para poder coordinar las relaciones con los centros de adopciones de otros Estados y velar por el respeto de los derechos migratorios de los niños, intervendrá un representante designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores; y para verificar los caos que puedan ser constitutivos de delito, un representante designado por el Ministerio Público.

La Rectoría no formará parte del Organismo Judicial sino que será un ente

administrativo; por lo tanto no imparte justicia. El trámite de las adopciones no es un asunto contencioso, no hay litigio, en caso de surgir alguna controversia, pasa a los tribunales de justicia. La Rectoría se encargará de asesorar a los actores del proceso de adopciones, para que tanto los padres biológicos como los adoptivos tengan plena conciencia de las implicaciones que trae consigo el dar en adopción o adoptar un niño. Esto permitirá que el consentimiento para entregar a un niño sea dado sin ningún vicio; y que el o los adoptantes entiendan la magnitud del compromiso que adquieren y su deber de informar acerca del éxito de la adopción.

También deberá encargarse de realizar todas las diligencias de investigación relativas a los expedientes de adopción, hogares de niños, centros de adopciones en otros países, calidades de las personas aspirantes a adoptar y circunstancia bajo las cuales fue prestado el consentimiento de la madre o padres biológicos para dar en adopción a un niño.

La preocupación por cumplir con el mandato constitucional del Estado de velar por la protección de la familia, llevó a la conformación de una mesa multidisciplinaria en la cual participaron una amplia gama de sectores de la sociedad civil, entidades religiosas de diferentes denominaciones, entidades de derechos humanos y connotados profesionales en las ramas de la competencia de este proyecto de ley. El organismo ejecutivo se sumó a este esfuerzo involucrándose en la discusión y redacción de una propuesta que diere cumplimiento a los compromisos adquiridos en instrumentos internacionales en materia de derechos de la niñez y juventud.

2.6. Convención de La Haya

Guatemala y los Estados Unidos en el año 2007, quieren ratificar el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación con Relación a la Adopción Internacional.

Cuando el Convenio entre en vigencia para los Estados Unidos, todas las adopciones internacionales entre los Estados Unidos y los países miembros del Convenio tienen que cumplir con el Convenio, con la Ley de adopción Internacional de los Estados Unidos de 2000 (IAA, por sus siglas en Inglés), y con los reglamentos aplicables.

Para adopciones entre los Estados Unidos y cualquier país miembro del Convenio, la ley de los Estados Unidos requerirá que, antes de emitirle al niño adoptado una visa de inmigrante, los Oficiales consulares de los Estados Unidos certifiquen que la adopción ha sido completada de acuerdo con el Convenio. El Convenio requiere que ciertas funciones claves de adopción en el país de origen del niño sean realizadas directamente por la autoridad central de aquel país, o por otras autoridades públicas, o por agentes acreditados de servicios de adopción.

La comisión del Menor y la Familia del Congreso de la República, emitieron dictamen favorable a la iniciativa de “Ley de adopciones”, cuyo objetivo es regular los procedimientos judicial, notarial y administrativo.

El proyecto de la iniciativa de la Ley de adopciones, iguala la condición de hijo biológico al de un hijo adoptivo, no estableciendo diferencias en materia de filiación ó de sucesión. Además, la Procuraduría General de la Nación, PGN, será el ente rector que tendrá a su cargo establecer los controles y medidas para garantizar varios aspectos, entre ellos: proporcionar un apoyo adecuado a la familia biológica del niño, para que ésta pueda asumir sus responsabilidades para con él; de fracasar esta medida, cerciorarse que la niña ó niño será adoptado por las personas idóneas.

La Procuraduría General de la Nación, será una institución técnica cuya función se limitará al trámite administrativo previo a iniciar el trámite judicial de adopción ó las diligencias notariales de jurisdicción voluntaria; asimismo, la niña ó niño adoptado, no perderá la nacionalidad guatemalteca ni los derechos inherentes a ella cuando haya sido dado en adopción internacional, debiendo además, adquirir la nacionalidad y

derechos inherentes a ella en el país receptor.

“Sinopsis: El presidente del Congreso de la República, diputado Rubén Darío Morales Véliz, expresó al Procurador General de la Nación, Mario Estuardo Gordillo Galindo, la buena voluntad política en apoyar el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

El presidente del Legislativo recibió en su despacho al Procurador General de la Nación, en la cual intercambiaron puntos de vista sobre el trámite parlamentario de la iniciativa de Ley relacionado con dicho convenio, planteada por el Organismo Ejecutivo, la misma cuenta con dictamen favorable de la comisión de Relaciones Exteriores.

Cabe recordar que mediante el Decreto 50-2002, de fecha 13 de agosto del año 2002, el Congreso aprobó inicialmente el “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, el mismo fue publicado en el Diario Oficial el 10 de septiembre del mismo año.

El 13 de agosto del 2003, la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el Decreto 50-2002, argumentando que Guatemala no suscribió el Convenio de la Haya; que el Presidente de la República, carece de facultades para adherirse a tratados internacionales y que las reservas hechas por nuestro país a los Artículos 11 y 12 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados excluyen otras formas de manifestación de la voluntad del Estado de obligarse por un tratado que no sea la suscripción y la ratificación.

Sin embargo, el Ejecutivo al no compartir el criterio de la Corte de Constitucionalidad, decidió remitir nuevamente el Convenio al Legislativo, para que éste volviéndolo a aprobar permita el Ejecutivo adherirse nuevamente al mismo y darle vigencia como ley nacional.

‘El dictamen será conocido por el Honorable Pleno, porque con ello se permitirá realizar de mejor manera las adopciones de niños guatemaltecos’, indicó el presidente Darío Morales.

Añadió que la falta de control de las actuaciones que preceden a la adopción ha permitido el tráfico ilegal de niños, dando lugar a una inadecuada selección de los adoptantes, al considerar su capacidad económica como primordial por encima del interés superior de los menores de edad”.¹⁷

El “Protocolo de buenas prácticas”, fue desarrollado por representantes de Instituciones del Estado, involucrados en la tarea de protección integral del niño. Nace de la necesidad de contar con una 'guía de buenas prácticas aplicable por las instituciones, a efecto de preservar y promover el respeto de los Derechos Humanos de la niñez guatemalteca en la adopción, tomando como garantía principal su interés superior, y, de la preocupación del Estado de cumplir con el mandato constitucional de garantizar a la niñez el efectivo goce de sus derechos fundamentales. se ha adjuntado copia de este protocolo en los anexos del presente trabajo de tesis.

El reglamento crea un registro de huellas dactilares de los infantes, la instalación de un grupo asesor de expertos, el cual hará conciencia en las madres naturales sobre las repercusiones de su decisión, y delega en la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia las entrevistas con los padres no biológicos para establecer si son la mejor opción. Impone también a los consulados un control estricto sobre los pequeños, para verificar que sean bien tratados.

¹⁷ Boletín informativo del Congreso de la República de fecha 12 de febrero de 2007

CAPÍTULO III

3. El abogado y el mandato

3.1. El abogado

❖ Origen

Se puede decir que el primer gran legislador y jurista fue Manú, dado que la India fue la civilización y cultura que logró, primero, proporcionar una codificación de normas jurídicas perfectamente concretizadas. Lo anterior se confirma con el versículo 102, del Libro primero, de las Leyes de Manú, que textualmente determina: “Para distinguir las ocupaciones del Bracmán y las de las otras clases en el orden conveniente, el sabio Manú, que procede del ser existente por sí mismo, compuso este Código de leyes”

En un todo jurídico homogéneo las Leyes de Manú plasman una recopilación de usos ancestrales, en fórmulas concretas, ordenadas en libros y versículos. En esa remota época de la humanidad, encontramos también al abogado que enseña el Derecho, al respecto el versículo 103, del Libro primero indica que este libro deber ser estudiado con perseverancia por todo Bracmán instruido y ser explicado por él a su discípulos; pero jamás por otro hombre alguno de una clase inferior.

El régimen hindú era de derecho pues la convivencia del conglomerado estaba sujeta a importantes disposiciones normativas.

En las Leyes de Manú se encuentra también lo relativo al oficio de los jueces, leyes civiles y militares, al abogado asesor del funcionario que ejerce el poder público, conocidos como consejeros experimentados pues tenían que ser versados en las normas jurídicas y en la aplicación de ellas y al juez abogado, que aparece al producirse la delegación de la justicia del monarca a los jueces.

Por otro lado, en Caldea, Babilonia, Persia y Egipto, la defensa de los intereses de los particulares estaba encomendada a los sabios, quienes hablaban ante el pueblo congregado patrocinando sus causas.

En Grecia la abogacía en una primera época estuvo encomendada a personas que con sus conocidas dotes oratorias podrían causar impacto ante el Areópago o ante otros tribunales, posteriormente la abogacía empieza a adquirir forma como profesión y se señala a Pericles como el primer abogado profesional. No recibían retribución alguna y a veces sus actuaciones les servían para obtener cargos públicos.¹⁸

En Roma al principio la defensa no se atribuía a profesionales sino que era consecuencia de la Institución del Patronato pues el patrono estaba obligado a defender en juicio a su cliente. Posteriormente la evolución del derecho romano hizo necesaria la formación de técnicos que fueron a la vez grandes oradores y jurisconsultos. El Foro adquirió máximo esplendor durante la República, hasta el punto de que los Pontífices eran elegidos entre los profesionales de la abogacía, quienes llegaron a organizarse corporativamente en los "Collegium togatorum"¹⁹

La época romana se complementa así: "Las personas infamadas no podrían ejercer la abogacía y no sin mucho esfuerzo, lograron los plebeyos que se les concediera ese derecho. Originariamente las mujeres podrían ser abogadas, pero debido a los excesos de palabra y obra de una tal Caya Afrania, que colmó la paciencia de los pretores, se le prohibió hacerlo en lo sucesivo, y sólo podrían defenderse a sí mismas. La edad para ser abogado era la de 17 años y Justiniano exigió que estudiaran derecho por no menos de cinco"²⁰

Después de la invasión musulmana, algunos textos de la Corona de Castilla,

¹⁸ Arellano García, Carlos. **Manual del abogado, práctica jurídica.** Pág. 90.

¹⁹ **Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo I.** Pág. 65.

²⁰ Pallares, Eduardo. **Derecho procesal civil.** Pág. 731.

como el Fuero Viejo o el Fuero Real, volvieron a mencionar las funciones de aquellos voceros. En la segunda norma, el Título IX, estableció que si alguno fuere vocero de otro en algún pleito, no pueda de allí en adelante ser vocero de la otra parte indicando, a continuación, qué personas no podían ejercer esta profesión. Fue Alfonso X el sabio quien otorgó a la abogacía la consideración de oficio público cuando estableció, en el Código de las Siete Partidas, las condiciones que debían reunir los abogados, sus derechos, deberes y honorarios:

En la Corona de Aragón, las Cortes de Huesca aprobaron en 1247 el fuero “de advocatis” afirmando el principio de libre designación de abogado y, poco tiempo después, el “vidal mayor”, obra del obispo Vidal de Canellas, describió cuáles eran los deberes de los abogados y la condena que se les impondría si, por ejemplo, prevaricaban.

En la Edad Moderna en España, bien entrado el siglo XV, el consejero de los Reyes Católicos, Alonso Díaz de Montalvo, reglamentó minuciosamente la abogacía, pero esta compilación y las Ordenanzas de abogados de 1495 complicaron el ejercicio de esta profesión de tal manera que fue cayendo en un continuo descrédito hasta el último cuarto del siglo XVI, cuando se establecieron en España los Colegios de Abogados. El primero fue el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza que, además de ser el más antiguo, es el único que ostenta el título de Real por concesión de Carlos III. Sus primeras ordenanzas datan del 15 de mayo de 1578, aunque se tiene constancia de que ya existía en el siglo XIV.

❖ Etimología

El término abogado procede de la expresión latina “advocatus” que significa “llamado junto a”. En efecto, el abogado es llamado junto al litigante, al pleiteante para patrocinarlo.

Sobre el significado etimológico el autor mexicano Estuardo Pallares dice: La

palabra abogado deriva del latín “ad-vocatus, avocare”, que significa “llamado”, porque los romanos acostumbraban llamar en los asuntos difíciles para que les auxiliasen a las personas que tenían un conocimiento profundo del derecho.²¹

La Enciclopedia jurídica Omeba determina que: la palabra abogado proviene de la voz latina “advocatus” que a su vez está formada por la partícula “ad”, a o para, y por el participio “vocatus” llamado; es decir, llamado a o para, porque en efecto, estos profesionales son requeridos por los litigantes para que los asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales.²²

El autor Manuel Ossorio dice: Abogado: en latín se llamaba “advocatus”, de “ad” (a) y “vocatus” (llamado), a quien se requería para asesorar en los asuntos judiciales o, también para actuar en ellos.²³

El Diccionario de la Real Academia Española señala: abogado viene del latín “advocatus” que significa persona legalmente autorizada para defender en juicio, por escrito o palabra, los derechos o intereses de los litigantes, y también para dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan.²⁴

❖ Definiciones

Al abordar el tema sobre la definición del abogado, el autor Carlos Arellano García en su obra, cita a varios autores de la siguiente manera:

El autor Manuel de la Peña y Peña define al abogado como: “el profesor del derecho que, examinado, aprobado por autoridad competente, ejerce el oficio de dirigir a los litigantes en los pleitos, sosteniendo sus derechos ante los juzgados y tribunales”.

²¹ Pallares. **Ob. Cit.** Pág. 4.

²² **Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I.** Pág. 65.

²³ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 11.

²⁴ **Diccionario de la Real Academia Española, Tomo I.** Pág. 9.

El vocablo “profesor” equivale a “profesional”. Del concepto anterior se deriva, el abogado no sólo es experto en el Derecho, sino que está sujeto a examen y aprobación que ya es un requisito más, un elemento esencial de definición será también el hecho de que se requiere la autorización para fungir como abogado y como requisito previo a la autorización, un examen en el que debe demostrarse los conocimientos jurídicos.

Para el jurista español Antonio Fernández Serrano, “Abogado es un título que se da normalmente a los licenciados o doctores en Derecho y, en un sentido más restringido y apropiado, a quienes poseyendo uno u otro título, se dedican a defender en juicio los intereses ajenos y a contestar las consultas y dar dictámenes sobre las cuestiones jurídicas que se les plantean. Se les llama también letrados (hombres de letras, doctos)”

El procesalista Jaime Guasp define: “Abogado es la persona que, teniendo la habilitación legal exigida para ello, se dedica profesionalmente a la defensa jurídica de otros sujetos”

Para el autor Angel Francisco Brice “Abogado es aquel que después de haber obtenido el grado correspondiente en Derecho, una vez prestado el juramento legal y cumplido las demás formalidades legales y reglamentarias, se encarga de aconsejar a los ciudadanos en las cuestiones legales y defenderlos ante los tribunales de justicia y otras autoridades, en su honor, vida, libertad e intereses”²⁵

El autor Manuel Ossorio define al abogado como “El perito en el Derecho positivo que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, así como también a dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se consultan. La profesión de abogado ha ido adquiriendo a través de los tiempos, cada vez mayor importancia, hasta el extremo de que ella representa el más alto exponente de la defensa no ya de los derechos individuales, sino de la

²⁵ Arellano García. **Ob. Cit.** Págs. 94, 95 y 96.

garantía de los que la Constitución establece”²⁶

El autor Mario Aguirre Godoy, analiza el concepto de abogado así: “Alsina citando a Garsonnet dice que llámese abogado al que después de haber obtenido el grado de licenciado en derecho, prestado juramento y justificadas las demás condiciones prescritas por la ley y los reglamentos, se encarga de defender ante los tribunales el honor, la vida, la libertad y la fortuna de los ciudadanos”²⁷. Esta definición agrega la formación profesional doctrinaria, jurídica y técnica que debe poseer el abogado, para poder defender, ésta formación se representa a través del Título Profesional, que lo acredita y respalda para el ejercicio de dicha profesión.

❖ Requisitos para el ejercicio de la abogacía en Guatemala

En Guatemala los requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado se encuentran regulados en el Artículo 196 de la Ley del Organismo Judicial el cual establece: “Calidad de abogado: Para ejercer la profesión de abogado, se requiere el título correspondiente, ser colegiado activo; estar inscrito en el Registro de abogados que se lleva en la Corte Suprema de Justicia; estar en el goce de derechos ciudadanos; y no tener vigente ninguna clase de suspensión. Ninguna autoridad judicial, administrativa o de otra índole, puede limitar el ejercicio de la profesión de Abogado, salvo que esté fundada en Ley.” Las suspensiones a las que se refiere el Artículo anterior son las estipuladas en la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, en su Artículo 26, las cuales pueden ser, suspensión temporal y suspensión definitiva.

Es primordial estudiar detenidamente cada uno de los elementos necesarios para que un abogado pueda ejercer como tal, por lo que a continuación se da un breve detalle de cada uno de los mismos.

²⁶ Ossorio. **Ob. Cit.**. Pág. 11.

²⁷ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil I, tomo I**. Pág. 190.

❖ Título

Éste se adquiere mediante la finalización de los estudios de Derecho en la respectiva Facultad, en nuestro caso, de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Los planes de estudios en las respectivas facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, como se las denomina en Guatemala, son bastante amplios e incluyen la preparación teórica, técnica y práctica. Esta última se realiza en el Bufete Popular de la Universidad de San Carlos de Guatemala al que acuden los estudiantes de los últimos años de la carrera, cuando están estudiando los cursos procesales teóricos y prácticos.

Una vez concluido el pensum de materias que contienen el Plan de Estudios, se somete al Examen Técnico Profesional en sus dos fases, la primera o fase pública y la segunda o fase privada. Posteriormente se realiza el trabajo de Tesis que es discutida en examen público una vez aprobado este último examen se le otorga al sustentante el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y, como en Guatemala el estudio de las Carreras de Abogado y Notario se realizan simultáneamente, y los títulos de Abogado y Notario.

❖ Colegiatura activa

Desde la Constitución de 1945 es necesaria la colegiación de los Profesionales para el ejercicio de la profesiones. La actual Constitución de la República de Guatemala establece en su Artículo 90: “Colegiación profesional: La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio. Los colegios profesionales, como asociaciones gremiales con personalidad jurídica, funcionarán de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional obligatoria y los estatutos de cada colegio se aprobarán con independencia de las universidades de las que fueren egresados sus miembros”.

El Artículo 196 de la Ley del Organismo Judicial establece la “colegiación activa” y es preciso diferenciar la colegiación propiamente dicha del carácter de colegiado activo. En efecto, se puede estar colegiado y no tener la calidad de activo, por estar suspendido temporal o definitivamente en el ejercicio de la profesión en cumplimiento de alguna sanción impuesta, ya sea por el órgano jurisdiccional o por el propio Colegio. El Artículo 5 de la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, decreto 72-2001, establece en el párrafo tercero: “Requisitos de calidad: ... Se entiende por colegiado activo, la persona que, siendo profesional universitario, cumpla los requisitos siguientes: a) haber satisfecho las normas de inscripción y registro establecidas en los Estatutos y Reglamentos del colegio respectivo; b) No estar sujeto a sanción por resolución de autoridad judicial competente, que lo inhabilite para el ejercicio legal de su profesión; c) Estar solvente en el pago del impuesto sobre el ejercicio de las profesiones universitarias, impuestos gremiales, cuotas de colegiación y provisionales, tanto ordinarias como extraordinarias, de acuerdo con lo estipulado en los Estatutos y los Reglamentos del colegio respectivo; y, d) Cumplir los créditos profesionales anuales que cada colegio reglamente...”

Este mismo cuerpo legal determina las causas por las cuales un profesional, en este caso el abogado, puede perder la calidad de activo, el Artículo 6 establece: “Pérdida de la calidad de activo. La insolvencia en el pago de tres meses vencidos, determina sin necesidad de declaratoria previa, la pérdida de la calidad de colegiado activo, la que se recobra automáticamente, al pagar las cuotas debidas. El tesorero de cada colegio comunicará estas situaciones a las autoridades correspondientes para los efectos del ejercicio profesional, conforme lo dispuesto en este Artículo. El hecho de recobrar la calidad de activo, no liberará al colegiado de las responsabilidades civiles y penales en que hubiera incurrido, si estando en calidad de colegiado inactivo, ejerciera la profesión”.

❖ Registro en la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia lleva un Registro de abogados, el cual tiene un libro especial en el que una página esta destinada para cada inscripción y contiene los siguientes datos: número de orden, nombre y apellidos que usa el Abogado inscrito, lugar de nacimiento, fecha de la inscripción, firma del abogado y sello que usar en el ejercicio de la profesión. Al efectuar la inscripción el Registro de la Corte Suprema de Justicia, el secretario comunicará a los tribunales de justicia, por medio de oficios, los cuales deberá firmar y sellar con el sello registrado del facultativo inscrito para darlo a conocer.

3.2. El mandato

Al haber estudiando en el apartado anterior al abogado desde su origen, etimología y diferentes definiciones, y requisitos necesarios para su actuación, se procederá a complementar esté capítulo con las bases teóricas y jurídicas de lo que es el mandato para posteriormente aplicarlo a la responsabilidad del abogado como mandatario judicial dentro del proceso de adopción en Guatemala.

3.3. La representación

La representación se tienen por disposición de la ley, como sucede con los menores, también por voluntad de la persona al otorgar el mandato.

El autor Carlos Pérez Fernández del Castillo, define a la representación “como la facultad que tienen una persona de actuar, obligar, y decidir en nombre o por cuenta de otra”. Éste mismo autor afirma que “la representación voluntaria, se realiza dentro del ámbito de libertad y autonomía de voluntad. Por medio de ella una persona faculta a

otra para actuar y decidir en su nombre o por su cuenta”.²⁸

La representación puede ser de una persona individual a otra, para que haga valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, o porque dicha persona no puede o no quiere hacerlo, o bien que se trate de personas jurídicas que actúan por medio de persona individuales. Cuando una persona realiza un acto en nombre de otro, y acredita su representación con un poder o mandato, el notario debe calificar y estar seguro que el mismo es suficiente, conforme a la ley y a su juicio para el acto o contrato que pretende celebrar.

Es necesario referirse primero a la representación que una persona hace por otra para poder hablar del Mandato que es uno de los campos de la representación el cual se aplica en el presente trabajo.

3.4. Definiciones

La palabra “mandato” tienen varias acepciones, se entiende por éste al cumplimiento de una disposición superior, toda vez que provienen de mando, que denota jerarquía, por lo que necesariamente implica la realización de un encargo o gestión a nombre de otra persona.

Según Guillermo Cabanellas de Torres, en derecho civil se conoce al mandato como: un contrato consensual por el cual una de las partes, llamada mandante, confía su representación, el desempeño de un servicio o la gestión de un negocio, a otra persona, el mandatario, que acepta el encargo. Se encuentra que el mandato es un contrato consensual, por cuanto que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes. Ese asentimiento incorpora el elemento subjetivo, mandante y mandatario, que hace surgir la relación jurídica entre las partes, que para el mandatario

²⁸ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 69.

implica la aceptación del encargo (servicios o gestión), incluye la definición como elemento formal la representación bajo la fundamental expresión de confianza.²⁹

Según Puig Peña, mandato es aquel contrato en cuya virtud una persona (mandatario), con retribución o sin ella, se obliga a llevar a cabo por cuenta o encargo de otra persona (mandante) la gestión de uno o varios negocios de la misma.

El autor Manuel Ossorio define a mandato como: Orden, disposición imperativa. encargo o comisión. Representación. En derecho civil, contrato que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza.

El mandato puede ser gratuito u oneroso según el mandatario sea retribuido económicamente o no. Se presume que es gratuito cuando no se ha convenido cosa distinta y se presume que es oneroso cuando consiste en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario, en trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario o de su modo de vivir. Puede ser tácito o expreso, según que resulte de los hechos positivos del mandante, de su inacción, de su silencio o de haberse hecho constar en instrumento público o privado, en cartas o verbalmente. Asimismo puede ser general si comprende todos los negocios del mandante, y especial, si se refiere a negocios determinados.³⁰

El Código Civil, en el Artículo 1686, define al mandato así: “Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios.

El mandato puede otorgarse con representación o sin ella. En el mandato con representación, el mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido, obligan directamente al

²⁹ Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 248.

³⁰ Ossorio. **Ob. Cit.** Págs. 575, 576.

representado.

En el mandato sin representación, el mandatario obra en nombre propio sin que los terceros tengan acción directa contra el mandante”.

En Guatemala el mandato sin representación no tienen mayor utilización ya que No obliga al mandante.

El Artículo 1688 del Código Civil establece “Pueden ser objeto de mandato, todos los actos o negocios que la ley no exige intervención personal del interesado. No se puede dar poder para testar o donar por causa de muerte, ni para modificar o revocar dichas disposiciones.”

3.5. Clases

En Guatemala se encuentra regulados los mandatos generales, los generales con cláusula especial, los especiales y los judiciales.

La legislación guatemalteca no hace distinción entre mandato y poder, aunque los estudiosos de la materia sí encuentra distinción. El Código Civil regula al inicio al mandato, luego se refiere a los poderes y vuelve a regular lo relativo a mandatos.

El autor Pérez Fernández del Castillo, hace distinción entre mandato y poder en los términos siguientes: “La primera distinción se refiere a la fuente jurídica. El mandato es un contrato; el poder, una declaración unilateral de voluntad. La segunda en el que mandato tiene como objeto obligaciones de hacer, consistentes en la realización de la representación en forma abstracta y autónoma, o sea, la actuación a nombre de otra persona para que los actos efectuados surtan en el patrimonio del representado, de tal manera que la relación jurídica vincula directa e inmediatamente al representante con el representado. La tercera consiste en que el mandato no es

representativo, sin embargo puede serlo si va unido con el otorgamiento de un poder, es decir, el mandato siempre requiere del poder para ser representativo y surta efectos.

En Guatemala el Registro de Poderes del Archivo General de Protocolos sostiene que poder es el instrumento en el que consta el mandato o los mandatos otorgados.”³¹

➤ Mandato general

El mandato general comprende todos los negocios del mandante, ya que toda la capacidad o la personalidad jurídica del mandante no es posible transmitirla al mandatario, porque aquel conserva al menos la facultad de revocar el mandato y la de exigir razón y cuenta del mandato al mandatario, porque aquel conserva al menos la facultad de revocar el mandato y la de exigir razón y cuenta del mandato al mandatarios, negocios que no puede renunciar acumulativamente.

El Código Civil en su Artículo 1690 establece que: “el mandato es general o especial. En general comprende todos los negocios del poderdante...”

El Artículo 1691 del mismo cuerpo legal establece: “Los representantes de los menores, incapaces o ausentes, no pueden dar poder general sino solamente especial para asunto determinado que no pueda ser atendido personalmente por ellos”

➤ Mandato general con cláusula especial

El Artículo 1693 del Código Civil establece: “El poder general necesita de cláusula especial para enajenar, hipotecar, afianzar, transigir, gravar o disponer de cualquier otro modo la propiedad del mandante, y para todos los demás actos en que la ley lo

³¹ Muñoz. **Ob. Cit.** Págs. 71 y 72.

requiera.

La facultad para celebrar negocios o contratos implica la de otorgar los correspondientes documentos”.

➤ Mandato especial

Es el otorgado para llevar a cabo uno o más negocios determinados, es aquel requerido expresamente por la ley para poder verificar ciertos actos jurídicos, por ejemplo el Artículo 1692 del Código Civil establece: “Se necesita poder especial para donar entre vivo, contraer matrimonio, otorgar capitulaciones matrimoniales, pactar las bases referentes a la separación o al divorcio, demandar la nulidad o insubsistencia del matrimonio, constituir patrimonio de la familia, reconocer hijos y negar la paternidad”.

➤ Mandato judicial

Así se llama en nuestra práctica judicial al mandato que se confiere para otorgar la representación en juicio. El Artículo 190 de la Ley del Organismo Judicial establece las facultades especiales que deben conferirse expresamente a los mandatarios. El citado Artículo establece: “Facultades. Los mandatarios judiciales por el solo hecho de su nombramiento, tendrán las facultades suficientes para realizar toda clase de actos procesales. Necesitan facultades especialmente conferidas para: a) Prestar confesión y declaración parte; b) Reconocer y desconocer parientes; c) Reconocer firmas; d) Someter asuntos a la decisión de árbitros, nombrarlos o proponerlos; e) Denunciar delitos y acusar criminalmente; f) Iniciar o aceptar la separación o el divorcio, para asistir a las juntas de reconciliación y resolver lo más favorable a su poderdante; y para intervenir en juicio de nulidad de matrimonio; g) Prorrogar competencia; h) Allanarse y desistir del juicio, de los ocurso, recursos, incidentes, excepciones y de las recusaciones, así como para renunciarlos: i) Celebrar transacciones y convenios con relación a litigio; j) Condonar obligaciones y conceder esperas y quitas; k) Solicitar o

aceptar adjudicaciones de bienes en pago; l) Otorgar perdón en los delitos privados; m) Aprobar liquidaciones y cuentas; n) Sustituir el mandato total o parcialmente, reservándose o no su ejercicio y otorgar los mandatos especiales para los que estuviere facultado; ñ) Los demás casos establecidos en las demás leyes”.

Regla general: para ser mandatario judicial se requiere ser abogado.

El profesor de la materia Bonerge Amilcar Mejía Orellana, estima que el Mandato Judicial no es, ni se le puede incluir dentro de los mandatos especiales, debido a que el mandato judicial goza de una naturaleza distinta. Considera además, que el mandato judicial no admite clasificaciones. Su nombre es simplemente mandato judicial, con independencia de sí abarca facultades para todos los asuntos judiciales o se concreta a un asunto específico.³²

3.6. Formas de otorgarlo

El mandato se puede otorgar en escritura pública, en documento privado con firma legalizada ante notario, y en cartas-poderes tal como lo establece el Artículo 1687 del Código Civil.

El mandato debe constar en escritura pública como requisito esencial para su existencia, y puede ser aceptado expresa o tácitamente. No es necesaria la escritura pública:

- Cuando se trate de asuntos cuyo valor no exceda de mil quetzales, en cuyo caso puede otorgarse en el mandato en documento privado, legalizado por notario, o en acta levantada ante el alcalde o juez local, con las formalidades legales.

³² Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 77.

Sin embargo, si el mandato se refiere a la enajenación o gravamen de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, es obligatorio el otorgamiento del poder en escritura pública; y

- Cuando la representación se confiere por cartas-poderes para la asistencia a juntas y demás actos en que la ley lo permite. Tal como se estipula en el Código de Comercio, Artículo 67 y en el Código de Trabajo, Artículo 323.

3.6.1. Terminación del mandato

El mandato termina:

- Por vencimiento del término para el que fue otorgado;
- Por concluirse el asunto para el que se dio;
- Por revocación;
- Por renuncia del mandatario;
- Por muerte o interdicción del mandante o del mandatario;
- Por quiebra del mandante o porque sobrevenga al mandatario causa que conforme a la ley lo inhabilite para ejercer mandatos; y
- Por disolución de la persona jurídica que lo hubiere otorgado.

Los mandatos así como se otorgan, también pueden ser revocados, y existe también la posibilidad que sean renunciados por el mandatario.

Cuando se revoca un mandato, si están presentes el mandante y mandatario, es aconsejable se otorgue un finiquito, si las partes así lo desean, haciendo constar que no existen cuentas por liquidar.

Si solo se presenta el mandante a revocar el mandato, se otorga unilateralmente, y es necesario notificar en forma auténtica la revocatoria al mandatario.

El nombramiento de nuevo mandatario para que se encargue del mismo o de los mismos asuntos o negocios, sin expresar que queda vigente el mandato anterior, equivale a la revocación de éste.

CAPÍTULO IV

4. El abogado como mandatario judicial especial en el proceso de adopción

Se denomina mandatario a la persona que en el contrato de mandato acepta de modo expreso o tácito, esto por la ejecución sin más o su iniciación, el encargo que el mandante le da para proceder en nombre y por cuenta de éste en uno o más asuntos. Este contrato tienen lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza. Para efectos de este trabajo de tesis se enfocará en el acto jurídico de la adopción.

En Guatemala, se llevan a cabo mayor cantidad de adopciones internacionales que nacionales, debido a que muchas veces, les es imposible a las madres biológicas de los menores que por diversas razones no pueden hacerse cargo de ellos, encontrar familiares, parientes o amigos cercanos que tomen esta responsabilidad. Por lo que familias extranjeras que no pueden tener hijos, se convierten en idóneas para adoptar, éstos acuden a agencias Internacionales de adopción que les pueda referir un menor deseado a adoptar, según la practica forense.

Estas familias adoptivas extranjeras al encontrar al menor deseado a adoptar y previo cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por el país de origen, otorgan mandato judicial especial con representación a un abogado guatemalteco, colegiado activo, para que los represente durante la tramitación del proceso de adopción.

Se dice colegiado activo, ya que se puede estar colegiado y no tener la calidad de activo, por estar suspendido temporal o definitivamente en el ejercicio de la profesión en cumplimiento de alguna sanción impuesta, ya sea por el órgano jurisdiccional o por el propio Colegio de Abogados de Guatemala.

4.1. Nombramiento

Las familias adoptivas otorgan mandato judicial especial con representación en un documento privado con firmas debidamente legalizadas ante un notario anglosajón.

Posteriormente este documento es enviado a la Secretaría del Estado en donde fue otorgado, con el propósito de certificar la firma puesta por el Notario que lo legaliza; una vez fuera el documento de la Secretaría se procede a llevarlo al Consulado de Guatemala en dicho Estado para que legalice la firma puesta por el Secretario en la certificación de cargo de notario, el documento al ser enviado a Guatemala se procede a llevarlo al Ministerio de Relaciones Exteriores para la última autenticación, en la cual se reconoce la firma puesta por el funcionario del Consulado de Guatemala en el Estado de donde proviene el documento. Al procedimiento anterior se le denomina “pases de ley”.

Debido a la exigencia de los pases legales o legalizaciones, los documentos públicos otorgados en el extranjero, y en particular los notariales, no suelen ser admitidos por nación alguna sin un mínimo de legalizaciones a fin de asegurar su autenticidad y legitimidad. Así el Código de Bustamante en su Artículo 402 exige, entre los requisitos para la validez extraterritorial de los documentos, que los mismos estén legalizados y llenen los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se empleen. (*Locus regit actum*).

➤ Para asegurar la autenticidad del documento

La posibilidad de falsificación ha impuesto, de antaño, la necesidad de alguna forma de autenticación de los documentos procedentes del extranjero, en especial los notariales, con el fin de comprobar la certeza de la firma y el carácter del funcionario que lo autoriza. La carencia, en el país donde ha de producir sus efectos, de un

registro donde pueda cotejarse la firma, rúbrica y sello del notario u otro funcionario autorizante, obliga a exigir tal autenticación.

➤ Para asegurar la legitimidad del documento

Este último requisito no se exige en Guatemala, ya que todas las legalizaciones se hacen sin asumir responsabilidad por el contenido del documento ni por la validez de legalizaciones anteriores, únicamente legitiman las firmas y los cargos de los firmantes.

Antes de proceder con la protocolización del documento para que surta sus efectos legales en Guatemala, se debe traducir el documento por un traductor jurado debidamente autorizado por el Ministerio de Educación mediante Acuerdo Ministerial y debidamente registrado en la embajada de los Estados Unidos de América para actuar como tal; así lo establece la Ley del Organismo Judicial en el Artículo 37: “Requisitos de documentos extranjeros: Para que sean admisibles los documentos provenientes del extranjero que deban surtir efectos en Guatemala, deben ser Legalizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Si los documentos están redactados en idioma extranjero deber ser vertidos al Español bajo juramento por traductor autorizado en la República;...”

El notario guatemalteco al protocolizar el mandato, es decir al incorporar material y jurídicamente el documento a un protocolo notarial, debe asegurarse de que el impuesto, en este caso de Q.2.00 por tratarse de mandato especial, como lo establece la Ley y Reglamento de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos en su Artículo 5, numeral 8, literal b, haya sido cubierto en el documento original. Luego de protocolizarlo, el testimonio del acta de protocolización, el cual debe contener transcripción o reproducción íntegra del documento protocolizado, debe presentarse para su inscripción en el Registro de Poderes, del Archivo General de Protocolos, y pagar un arancel de Q.117.60 para dicho trámite.

El Artículo 38, de la Ley del Organismo Judicial, establece: “Además de los requisitos indicados en el Artículo anterior, los poderes o mandatos, así como los documentos que proceda inscribir en los Registros Públicos, deberán ser protocolizados ante notario y las autoridades actuarán con base en los respectivos testimonios,...dando fe el notario de que el impuesto respectivo ha sido pagado en el documento original”.

Es una obligación notarial, dar aviso de la protocolización dentro del plazo de diez días, en el que se indique: la fecha y lugar en que fue expedido el documento, funcionario que lo autorizó, objeto del acto y nombres y apellidos de los otorgantes o personas a que se refiera, así como de los impuestos que hubieren sido pagados en el acto de protocolización. La omisión o demora de dicha obligación es penada con una multa de veinticinco quetzales (Q25.00). (Artículos 40 de la Ley del Organismo Judicial). En los casos de documentos protocolizados y el acta de protocolización que redacta el Notario pasan a ser un sólo documento.

4.2. Facultades

Se entiende por facultad la posibilidad de hacer u omitir algo; en especial, todo aquello que está prohibido o sancionado por la ley, en el caso que compete en el presente trabajo de tesis, se especifican aquellas facultades que los padres adoptivos como mandantes, confieren al abogado guatemalteco como mandatario para su ejercicio y actuación dentro del proceso de adopción para el cual fue nombrado.

Los padres adoptivos especifican en el mandato especial judicial con representación el nombre del o de la menor que desean adoptar, fecha de nacimiento y nombre de la madre biológica, y otorgan al mandatario judicial entre otras, las siguientes facultades:

- Para que pueda iniciar, representar y llevar a la conclusión todas las

diligencias necesarias en el procedimiento de la adopción del o de la menor, ya sea en proceso notarial o judicial.

- Para que los represente, en su nombre en todos los procedimientos, acciones, solicitudes, actas y/o contratos, ante cualquier autoridad en la República de Guatemala, ya sea judicial, notarial y/o administrativa, en las cuales los padres adoptivos puedan o podrían estar interesados, particularmente en aquellas que se relacionan o se derivan de la adopción del menor que desean, de conformidad con las leyes guatemaltecas.
- Facultades de naturaleza especial, administrativa y judicial descritas por las leyes de la República de Guatemala, especialmente aquellas facultades contenidas en el Código Civil, y en el Artículo 190 de la Ley del Organismo Judicial y sus reformas.
- Para que pueda comparecer, otorgar y firmar en nombre y representación de los padres adoptivos todos los instrumentos públicos y privados que sean necesarios y suficientes para alcanzar el fin deseado, es decir la adopción del menor, y la apropiada actuación de las facultades conferidas en el mandato, ya sean administrativas, judiciales o notariales, especialmente la escritura pública que formaliza el proceso de adopción y así obtener la inscripción de su testimonio en el Registro Civil correspondiente.
- Para que pueda solicitar, tramitar y obtener el pasaporte del menor, ante las autoridades de la Dirección General de Migración en Guatemala, así como solicitar, tramitar y obtener la visa del menor ante la embajada de los Estados Unidos de América en la República de Guatemala.
- Para proponer testigos y/o cualquier otro medio de prueba permitido por las leyes de Guatemala.

- Privilegios especiales judiciales para que pueda negociar y/o litigar en nombre y representación de los padres adoptivos ante los Tribunales de Justicia de Guatemala, y así con toda diligencia actuar para poder efectuar la adopción del menor que desean los padres adoptivos.
- Para que pueda ratificar, confirmar cada paso del proceso de adopción.
- Para que pueda incurrir en gastos que sean necesarios para la salud y el bienestar del menor o de la menor bajo el cargo y responsabilidad de los padres adoptivos,
- Para que pueda sustituir parcial o totalmente el mandato, pudiendo reservarse o no su ejercicio basado en las mismas facultades conferidas en dicho mandato.

4.3. Obligaciones

Se entiende por obligación, al referirse aquellas de orden legal, el deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada como consecuencia, una sanción coactiva, es decir un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada. Se puede decir que las obligaciones se dividen en a) de hacer, b) de no hacer, c) de dar, d) de no dar.

El Código Civil establece en los Artículo del 1705 al 1711, las obligaciones del mandatario.

Se podría clasificar de los Artículos anteriores, entre las obligaciones de no hacer las siguientes:

- No separarse ni excederse de las facultades y límites del mandato.
- No renunciar al mandato sin justa causa cuando hubiere negocios pendientes de cuya interrupción puedan resultar perjuicios al mandante.
- Sin autorización previa y escrita del mandante no puede el mandatario usar ni adquirir para sí ni para sus parientes legales las sumas o bienes que de éste haya recibido o por su cuenta; bajo pena de nulidad y pago de daños y perjuicios que sobrevengan al mandante.

Aplicando las obligaciones de no hacer al proceso de adopción se puede mencionar una específica:

- No abandonar el proceso de adopción durante su tramitación ni al finalizar el mismo si el menor no ha sido entregado físicamente a sus respectivos padres adoptivos.

Entre las obligaciones de hacer se pueden clasificar las siguientes:

- El mandatario queda obligado por la aceptación, a desempeñar con diligencia el mandato y a responder de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante.
- El mandatario debe sujetarse a las instrucciones del mandante.
- Esta obligado a dar cuenta de su administración, a informar de sus actos y a entregar los bienes del mandante que tenga en su poder, en cualquier tiempo que éste lo pida.
- Si una causa imprevista y fundada hiciere perjudicial a juicio del mandatario la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender su cumplimiento, bajo su responsabilidad, dando cuenta al mandante por el medio más rápido posible.

Aplicando las obligaciones de hacer al proceso de adopción se puede mencionar las siguientes:

- ❖ Realizar la solicitud para poder efectuar la prueba de A.D.N. (Ácido Desoxiribo Nucleico) entre madre biológica y menor

El mandatario deberá presentar los documentos solicitados por la embajada de los Estados Unidos de América en Guatemala, para solicitar se autorice la toma de muestras para realizar la prueba de A.D.N. (Ácido Desoxiribo Nucleico) de la madre biológica y del menor a adoptar, esto se hace presentando:

- Hoja informativa, formato debidamente autorizado por la embajada de los Estados Unidos de América.
- Formulario de consentimiento otorgado por la madre biológica ante la embajada de los Estados Unidos de América debidamente completado y firmado por ésta.
- Fotografías recientes tanto del menor como de la madre biológica.
- Formularios I-171-H en el que la embajada autoriza a los padres adoptivos a tramitar una adopción en Guatemala. El I-600 debidamente completado y firmado por los padres adoptivos, y el G-28 debidamente firmado y sellado por el abogado mandatario en el que de ser imposible para el realizar los tramites personalmente ante la embajada puede nombrar un procurador para que realice las diligencias en su nombre.
- Certificado de nacimiento del menor.
- Certificado de nacimiento de la madre biológica.
- Fotocopia de la cédula de vecindad de la madre biológica debidamente legalizada.
- Asiento de cédula o certificación literal de cédula de la madre biológica.
- Informe de nacimiento del menor en original.
- Acta de consentimiento expreso otorgado por la madre biológica de dar en adopción a su menor hijo a los padres adoptivos extranjeros de los cuales deberá mencionar el nombre y apellido de los mismo.
- Examen de laboratorio de V.I.H. de la madre biológica.

Una vez adquirida la autorización se procede a tomar las muestras en los laboratorios debidamente autorizados quienes lo envían a Estados Unidos de América para que realicen las pruebas necesarias para demostrar la paternidad existente entre madre e hijo.

❖ Radicar el proceso de adopción

Una vez el mandato judicial especial con representación se encuentra debidamente inscrito en el Registro de Poderes, del Archivo General de Protocolos, el mandatario puede actuar en nombre y representación de los padres adoptivos, e iniciar con el proceso de adopción, a través de la radicación del mismo en acta notarial faccionada por el notario que se encargará de llevar a cabo todas las diligencias voluntarias extrajudiciales de adopción.

En esta acta de radicación el mandatario ofrecerá como medios de prueba aquellos documentos que amparan, el parentesco del menor a adoptar con la madre biológica, cédula de vecindad de la madre así como certificación literal y asiento de cédula, y por parte de los padres adoptivos aquellos documentos que amparan el cumplimiento de los requisitos necesarios para poder calificar como padres adoptivos, siendo estos: certificados de nacimiento, certificado y licencia de matrimonio, dos declaraciones juradas de testigos, constancias de empleo, carencia de antecedentes policiales, informes médicos de buena salud, estudio socioeconómico, declaración jurada sobre los derechos del menor, aplicada a los Artículos 21 y 24 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, fotocopia autenticada de los pasaportes, y en caso de tener hijos biológicos, el certificado médico de buena salud de éstos. Y el informe social rendido por una trabajadora social adscrita a un juzgado de familia.

❖ Solicitud ante los juzgados de familia para que se realice el informe bajo juramento por la trabajadora social

En el acta de radicación el mandatario solicita que se nombre una trabajadora social adscrita a un juzgado de familia para que se realice el informe social de la madre biológica y del menor, los cuales deberá tener a la vista en el juzgado, para determinar su situación económica. Las trabajadoras sociales se basan en el estudio socioeconómico que se les realiza a los padres adoptivos en los Estados Unidos de América para determinar su aptitud para adoptar y así juntamente con lo constatado por ellas en forma personal poder emitir una opinión en relación a la adopción que se tramita. Este informe social es emitido bajo juramento.

Este informe es un requisito primordial para que la Procuraduría General de la Nación pueda emitir una opinión favorable dentro del proceso de adopción.

- ❖ Dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación para que emita opinión dentro de las diligencias de adopción

Ésta solicitud es realizada por el mandatario también dentro del acta de radicación del proceso de adopción, la Procuraduría General de la Nación debe estudiar el expediente detenidamente para establecer si no existen irregularidades dentro del mismo y velar por el cumplimiento de todos los requisitos de ley, para poder emitir su opinión favorable o solicitar sean subsanados algún defecto previo a emitir su opinión. Ésta audiencia debe ser evacuada en el término de tres días tal como lo establece el Artículo 4 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República.

- ❖ Otorgar la escritura pública en nombre de sus mandantes

Una vez emitida la opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso de adopción, los padres adoptivos proceden a otorgar la escritura pública de adopción por medio de su mandatario, como uno de los poderes especiales que le fueran conferidos en el mandato, juntamente con la madre biológica del menor,

de la que posteriormente se presenta el testimonio en el Registro Civil correspondiente para su respectiva inscripción.

- ❖ Solicitar, tramitar y obtener el pasaporte del menor adoptado, ante la Dirección General de Migración

Una vez asentada la adopción en el Registro Civil correspondiente, el mandatario procede a solicitar el pasaporte del menor ante la Dirección General de Migración para lo cual debe acompañar los siguientes documentos:

- Certificación de nacimiento con el nombre de los padres adoptivos.
- Fotocopia del mandato judicial especial con representación debidamente inscrito en el Registro de Poderes, del Archivo General de Protocolos en el que se determine entre sus facultades hacer esta solicitud.
- Fotocopia de la cédula de vecindad del mandatario.
- Fotocopia del carné de abogado colegiado activo. (De no estar debidamente activo ni al día en sus pagos no se acepta la solicitud de pasaporte del menor).
- Fotocopia del boleto de ornato del mandatario del año en curso.
- Fotocopia del dictamen emitido por la Procuraduría General de la Nación.
- Fotocopia del testimonio de la escritura pública de adopción debidamente inscrita en el Registro Civil correspondiente.

Todas las fotocopias deben ir debidamente legalizadas por notario.

Una vez emitido el pasaporte el mandatario deberá firmarlo como la persona encargada y responsable del menor.

- ❖ Solicitar ante la embajada de los Estados Unidos de América, se conceda una entrevista a los padres adoptivos para obtener la visa del menor

El mandatario como último paso como representante de los padres adoptivos dentro del proceso de adopción, procederá a solicitar ante la embajada de los Estados Unidos de América una entrevista para que los padres adoptivos se presenten con su hijo adoptivo para que se le otorgue la visa que permita su emigración hacia el país donde residirá juntamente con ellos.

Esta solicitud deberá acompañar los siguiente documentos:

- Formato de solicitud autorizado por la embajada de los Estados Unidos de América.
- Certificado de nacimiento original con el nombre de los padres adoptivos.
- Consentimiento de la madre biológica otorgado ante la embajada de los Estados Unidos de América en donde consta el resultado de la prueba de A.D.N. (Ácido Desoxiribo Nucleico)
- Informe social emitido por la trabajadora social adscrita al juzgado de familia.
- Mandato judicial especial con representación debidamente inscrito en el Registro de Poderes del Archivo General de Protocolos.
- Testimonio de la escritura pública de adopción debidamente razonado por el Registro Civil correspondiente.
- Dictamen de la Procuraduría General de la Nación.

Todos los documentos que no sean originales deberán ir debidamente legalizados por notario.

La embajada extiende una hoja rosada en la que especifica el día y la hora en que los padres adoptivos pueden venir a Guatemala, para presentarse a la entrevista ante un Cónsul para que proceda a otorgar la visa para que su hijo adoptivo pueda emigrar con ellos a su país de residencia.

El papel del abogado como mandatario judicial especial con representación de los padres adoptivos extranjeros dentro del proceso de adopción en Guatemala, termina al momento en que éstos vienen a este país y les es entregado físicamente el menor, como su nuevo hijo adoptivo y la documentación legal requerida para su debida inscripción en Estados Unidos de América. Ya que al haber logrado el fin deseado se da por terminado el mandato, tal como fue establecido dentro del mismo y lo avala el Artículo 1717 del Código Civil en su numeral 2 que establece: “Terminación del mandato:...2. Por concluirse el asunto para el que fue otorgado...”

CAPÍTULO V

5. La responsabilidad

Es responsable quien se obliga a hacer algo y lo cumple, responsabilidad es la aptitud que tiene el sujeto de conocer, aceptar las consecuencias dañosas de sus actos; por ello la ley lo sanciona. El único fundamento de la responsabilidad es el deber jurídico, porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda; el deber surge de una norma jurídica que prescribe al individuo una conducta determinada y vincula una sanción a la conducta contraria. A su vez, el deber jurídico es una obligación que impone un lazo de derecho el cual nos constriñe por necesidad a pagar cosa según el derecho de la ciudad.

El abogado al momento de ser investido como tal, adquiere el compromiso ineludible con la sociedad, con la justicia, con la verdad, con la profesión, y en general con varios aspectos de su vida, siendo este la directriz que seguirá durante el ejercicio de su profesión.

El abogado como cumplidor de las responsabilidades que adquiere, es necesario que refleje una aptitud especial o predisposición de llevar a cabo una actitud profesional, la cual se ve reflejada en la práctica, entusiasmo y facilidad para resolver los problemas propios de la profesión; adquiere la responsabilidad profesional o deber de cumplir con los deberes propios del abogado, al momento que es investido con el Título de Abogado y Notario egresado de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

5.1. Definiciones

Según el autor Manuel Ossorio, la responsabilidad la define así: “Para la Academia, deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia

de delito, de una culpa o de otra causa legal. Considerada esa definición desde un punto de vista jurídico, incurre, a juicio de no pocos autores, en el error de confundir obligación con responsabilidad, cuando realmente se trata de cosas distintas y bien diferenciadas, prevaleciendo en la doctrina el criterio de que en la obligación se ofrecen dos elementos que son, por una parte, la deuda considerada como deber, y por otra, la responsabilidad. La primera lleva en sí misma una relación jurídica válida, aun cuando pueda no ser exigible coactivamente, mientras que la segunda representa la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. Por eso se ha dicho que la responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber”.³⁴

Según el autor Guillermo Cabanellas de Torres define la responsabilidad: “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada , el mal inferido o el daño originado”.³⁵

El Diccionario de la Lengua Española define responsabilidad como: “Cumplimiento de las obligaciones o cuidado al hacer o decidir algo”.

5.2. Clases

En el ejercicio profesional del abogado, específicamente como mandatario, éste cumple con varias funciones y en el desempeño de éstas puede darse ciertas situaciones en las que debe cumplir con determinadas obligaciones posteriores a actuaciones que ha llevado o ha dejado de llevar a cabo. Estas obligaciones forman parte de la responsabilidad profesional del abogado y son clasificadas de la siguiente manera:

³⁴ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 851.

³⁵ Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 352.

- Responsabilidad civil del abogado
- Responsabilidad penal del abogado
- Responsabilidad administrativa del abogado
- Responsabilidad ética

❖ Responsabilidad civil

También llamada “El talión, económico-jurídico” y se define como: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello.

Consiste en la obligación que una persona tiene de reparar el daño causado a un sujeto, originado en conducta violatoria del derecho de éste.

La responsabilidad civil tiene por finalidad reparar las consecuencias injustas de una conducta contraria a derecho; o bien reparar un daño causado sin culpa, pero que la ley, pone a cargo del autor material de este daño.

La responsabilidad civil según Oscar Salas, consiste en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados de un acto ilícito, que se impone a quien lo comete, o del no cumplimiento de un deber legal que corresponde a una persona determinada. Supone la eventual inobservancia de una norma por parte del sujeto obligado.

Por otra parte el Código Civil en su Artículo 1645 establece: “Todo daño debe indemnizarse: Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, por descuido o por imprudencia, está obligada a repararlo...”

El Artículo 1668 del mismo cuerpo legal establece: “Profesionales: El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión”.

Se puede dar el caso de ocasionar daño o perjuicio por las causas establecidas en este Artículo, tal y como en el caso de descuido o imprudencia. Ésta sería de tipo profesional, derivada de su ineptitud, negligencia o exceso de confianza o cualquier origen similar, dejando a un lado la obligación que ha contraído con su cliente o patrocinado.

El Artículo 2033 del mismo cuerpo legal establece: “El profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo culpa o ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente”

El Artículo 2034 establece: “Cuando un profesional no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar con la debida anticipación, según la naturaleza del trabajo, a la persona que lo contrató, quedando responsable de daños o perjuicios si se separare sin dar aviso y sin dejar persona competente que lo sustituya”

El Código de Ética Profesional, aprobado por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, sienta la Responsabilidad Civil del abogado en su Artículo 9 establece: “El abogado debe responder por su negligencia, error inexcusable o dolo”.

El abogado debe llevar a cabo una función de defensa y resguardo de los intereses de sus patrocinados, a través de su dirección, asesoría y/o procuración dentro de una contienda donde se haya requerido su servicio profesional para representar a los titulares de los citados intereses, debiendo actuar con diligencia y tratando de proteger o defender los intereses de su patrocinado.

Para Manuel Ossorio la responsabilidad civil es: “la que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o

por terceros, por los que debe responderse”.³⁶

El abogado queda civilmente responsable por los daños causados por el incumplimiento o demora del cumplimiento de su deber profesional, ya sea como consecuencia de una sanción previamente establecida en una cláusula penal o como consecuencia de un delito. En este caso, obligado a reparar los daños causados a un sujeto de derecho con quien haya fijado un compromiso profesional de servicio.

- Elementos de la responsabilidad civil del abogado

Dentro de los elementos que conforman la responsabilidad civil se citan los siguientes:

- ✓ Haber causado un daño: El daño es la condición principal para que exista la responsabilidad civil, pues sin él no habría nada que reparar.

El diccionario de la Real Academia define el daño como: sustantivo, al verbo; indicando detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia o maltrato de una cosa.

Guillermo Cabanellas de Torres define al daño en sentido amplio así: “Toda suerte de mal material o moral”. En forma más particular: “El detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.”³⁷

Al referirse al daño causado por el abogado, se esta enfatizando en aquellas consecuencias de un servicio profesional prestado de una forma anómala y que conlleva al cliente pérdidas materiales o de derechos, que puedan ser valorados en forma pecuniaria.

³⁶ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 851.

³⁷ Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 109.

El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos dentro de la complejidad de esta materia.

- ✓ La culpa: Se toma en cuenta este elemento debido a que la reparación del daño solo se presenta como una sanción que se aplica a la persona que procedió con dolo o culpa. Más específicamente se refiere a una culpa contractual pues se deriva del incumplimiento de un contrato, aunque este sea verbal, y que obliga al culpable al resarcimiento de daños y perjuicios. Atribuyéndole el incumplimiento a quien no cumple y no a causas fortuitas o de fuerza mayor. Puede decirse, entonces, que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia, impericia o bien infringiendo los reglamentos.

Un abogado podría actuar culposamente, comprometiendo su responsabilidad civil, al actuar con negligencia, no llevando a cabo su trabajo con dedicación, ni con observancia del ordenamiento jurídico existente para el ejercicio de su profesión. Así lo establece el Artículo 1668 del Código Civil.

- ✓ La Relación de causalidad: Para poder determinar la responsabilidad civil a cargo de un sujeto es necesario que además de ser culpable también sea el causante de tal daño. Quiere decir, esto que el daño haya sido ocasionado directamente por el acto que realizó o dejó de realizar el culpable que en este caso sería el abogado.

En materia de culpa contractual se requiere que los daños y perjuicios exigibles que se originen por el incumplimiento o demora del cumplimiento de un contrato que en este caso sería el de Servicios Profesionales, sean directos o inmediatos.

En conclusión, para que exista el derecho de exigir el cumplimiento de la responsabilidad civil, deben existir tres elementos descritos anteriormente: el daño, la culpa y la causalidad.

La responsabilidad civil del abogado puede darse en forma aislada o como resultado de ser responsable penalmente también, por un hecho calificado como delito.

❖ Responsabilidad penal

La responsabilidad penal es aquella en que incurre el profesional cuando comete o intenta cometer delitos atinentes a su profesión, tipificados por la norma común, la cual lo sanciona para satisfacer a la sociedad que lo ha elegido. Es la más importante no sólo porque se relaciona con el orden público, sino porque las sanciones son las más graves.

El abogado puede cometer algún delito como consecuencia del ejercicio de su profesión, en cuyo caso queda penalmente responsable por sus actos u omisiones.

La responsabilidad penal del abogado, puede definirse como el conjunto de deberes y obligaciones a las que queda compelido éste, a consecuencia de la ejecución de actos penalmente sancionables, se manifiesta de dos maneras distintas, la primera recae en la persona del autor del delito, puede afectar su libertad, su patrimonio o su habilitación para ejercer la profesión; y la que civilmente recae sobre el propio autor de la infracción, por vía de reparación del agravio material o moral que haya causado, como ya se dijo anteriormente.

Entre los delitos en que puede incurrir el abogado penalmente encontramos:

- El patrocínio infiel. Artículo 465 del Código Penal.

Al analizar el Artículo anterior se puede establecer que las personas que cometen este delito solamente pueden ser los abogados o los mandatarios judiciales, quienes según la ley del Organismo Judicial en su Artículo 193 literal c, determina que salvo casos excepcionales los mandatarios judiciales deben ser abogados.

El elemento típico del delito consiste en perjudicar cualquier modo los intereses que hayan sido confiados al abogado o al mandatario. El patrocinio o la representación pueden ser en defensa de cualquiera de las partes. Sin importar si el servicio es remunerado o gratuito.

El patrocinio infiel tiene pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.

- Doble representación. Artículo 466 del Código Penal.

Es evidente que sólo pueden ser elementos activos del delito los abogados y los mandatarios judiciales. Siendo el elemento material el hecho de haber tomado la defensa, dirección o procuración de una parte, y que en el mismo asunto se tome después la defensa, dirección, auxilio o se de un simple consejo a la parte contraria. El elemento interno es la conciencia de que se está representando o una parte y la voluntad de defender, dirigir, auxiliar o incluso aconsejar a la otra.

La doble representación tiene multa de doscientos a dos mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años.

- Revelación de secreto profesional. Artículo 223 del Código Penal.

El delito de revelación de secretos profesional, tiene pena de prisión de seis meses a dos años o multa de quinientos a cinco mil quetzales.

Así mismo debe recordarse el agravante de abuso de autoridad, regulado en el Artículo 27, numeral 12 del Código Penal y la inhabilitación especial por ser profesional, a que se refiere el Artículo 58 del mismo cuerpo legal.

El Código Procesal Penal también establece que la comisión de un delito o falta dará lugar a ejercitar dos acciones, la penal para sancionar al responsable, y la civil para el pago de las responsabilidades civiles.

En todos los casos el sujeto activo sería el abogado, mientras que el sujeto pasivo, puede ser el cliente, cualquier persona particular o la sociedad.

❖ Responsabilidad administrativa

La ética o la moral en cuando fundamento de las actividades y de las decisiones administrativas, o fundamento de las actividades y de las decisiones de funcionarios y empleados públicos, influye en la prestación de un trabajo basado en la idea de servicio y de cooperación, a fin de eliminar la idea de lucro que, generalmente, impulsa la corrupción. Las normas éticas o morales se transmiten por medio de una forma oral o escrita. En forma escrita figuran manuales, catálogos y Códigos de ética y de conducta empresarial y laboral. En diferentes profesiones universitarias se aplican Códigos de ética y de ejercicio profesional.

El Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Guatemala, contiene normas sobre la formación de la clientela y la publicidad, la relación del abogado con los tribunales y demás autoridades, la relación del abogado con sus clientes, el cobro de honorarios, las relaciones del abogado con sus colegas, competencia desleal y actos contra el prestigio de la profesión. Además contiene una sección de normas generales que pueden adaptarse adecuadamente en la administración pública: 1. El abogado debe ser un servidor de la justicia y un colaborador con la administración. 2. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho para el abogado. 3. El abogado

debe actuar con honradez y buena fe. 4. Salvo el caso de nombramiento de oficio, el abogado tiene absoluta libertad de aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su patrocinio, sin necesidad de manifestar los motivos de su resolución. El abogado no debe hacerse cargo de asuntos sino cuando tenga libertad moral para dirigirlos. 5. El abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión puramente dilatoria que entorpezca injustamente el normal desarrollo del procedimiento. 6. La profesión de abogado impone la obligación de defender gratuitamente a los pobres. 7. El abogado tiene derecho a hacerse cargo de la defensa de un acusado, cualquiera que sea su opinión personal sobre la culpabilidad de éste. 8. El objeto primordial de la acusación es conseguir que se haga justicia y no la necesaria condenación del reo o del administrado. 9. El abogado no debe publicar escritos de un litigio subjudice ni discutirlo en publicaciones, salvo para rectificar, cuando la justicia o la moral lo demanden.³⁸

³⁸ Castillo González, Mario. **Derecho administrativo, Tomo I, Parte General**. Págs. 8 y 9.

CAPÍTULO VI

6. Responsabilidades en las que puede incurrir el mandatario judicial especial dentro del proceso de adopción

El Artículo 192 de la Ley del Organismo Judicial, establece las prohibiciones y responsabilidades de los mandatarios: “Los mandatarios están sujetos a las prohibiciones de los abogados e incurrir en igual responsabilidad que ellos.”

A lo que al respecto el Artículo 202 del mismo cuerpo legal establece: “Responsabilidad: Los abogados son responsables de los daños y perjuicios que sufran sus clientes por su ignorancia, culpa, dolo, descuido, negligencia o mala fe comprobadas”

Se analizará cada uno de los elementos del Artículo anterior tomando como base lo que para el efecto establece el autor Guillermo Cabanellas de Torres:

- ✓ Ignorancia: Falta de instrucción. Desconocimiento de algo. Carencia de noticia o informes. Ausencia de ideas sobre una materia. Constituyendo la del Derecho es tanto la falta total del conocimiento de las normas jurídicas que rigen un Estado determinado como el conocimiento falso o incompleto que tenemos de dichas normas. Ha sido establecida una presunción *juris et de jure* por la cual, una vez promulgada las leyes, éstas se presumen conocidas por todos. Esta situación se basa en dos principios generalmente admitidos: a) a nadie le es permitido ignorar las leyes *nemine jus ignorare licet*; b) se presume que todos las conocen, por la cual, aunque alguno las ignore, le obligan como si no las ignorara; *nemo jus ignarare censetur, ignorantia legis neminem excust.*
- ✓ Culpa: En sentido amplio se entiende por culpa cualquier falta, voluntaria o no, de una persona, en este caso el abogado, que produce un mal o daño; en cuyo

caso culpa equivale a causa.

- ✓ Dolo: Voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. Incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales.
- ✓ Descuido: Falta de cuidado, más por pasividad que por imprudencia. Negligencia. Omisión. Inadvertencia.
- ✓ Negligencia: Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas. Dejadez. Abandono. Desidia. Falta de aplicación. Olvido de órdenes o precauciones.
- ✓ Mala fe: Intención perversa. Deslealtad. Doblez. Alevosía. Conciencia antijurídica al obrar. Convicción íntima de que no se actúa legítimamente, ya por existir una prohibición legal o una disposición en contrario; ya por saberse que se lesiona un derecho ajeno o no se cumple un deber propio.

Los elementos arriba descritos deberán ser debidamente comprobados para poder determinar si existe responsabilidad o no por parte del abogado o en este caso como mandatario.

A continuación se aplicará las diferentes clases de responsabilidad en que incurre un mandatario de los padres adoptivos extranjeros dentro del proceso de adopción:

6.1. Responsabilidad civil-contractual

El mandatario judicial especial de los padres adoptivos extranjeros dentro del proceso de adopción en Guatemala, tienen la facultad de iniciar, continuar y llevar al final todas las diligencias necesarias para lograr el sueño deseado de los padres adoptivos: “tomar por hijo propio al que no es de ellos” a través de la adopción, tal como se estableció en el capítulo anterior.

El mandatario deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados a los padres adoptivos si por su negligencia, culpa, ignorancia inexcusable dentro del proceso de adopción por una acción u omisión le ocasionará pérdidas materiales o derechos que puedan valorarse de forma pecuniaria.

En virtud que el mandatario adquiere sus responsabilidades mediante un contrato en el cual se encuentra contenido su mandato, incurre en culpa contractual pues los daños y perjuicios exigibles por los padres adoptivos se originan del incumplimiento o demora del cumplimiento de todas o algunas de las obligaciones y facultades conferidas en dicho mandato ya sea en forma directa o inmediata.

6.2. Responsabilidad penal

La responsabilidad penal del mandatario judicial especial con representación de los padres adoptivos extranjeros dentro del proceso de adopción, se debe al conjunto de deberes y obligaciones a las que queda compelido éste, a consecuencia de la ejecución de actos penalmente sancionables, en el proceso de adopción se aplica el patrocinio infiel, establecido en el Artículo 465 del Código Penal: “El abogado o mandatario judicial que, de cualquier modo, perjudicare deliberadamente los intereses que le estuvieren confiados, será sancionado, siempre que el hecho no constituyere un delito mas grave, con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena”

El interés primordial confiado al mandatario judicial especial en este caso es el de representar a los padres adoptivos dentro de todas las diligencias del proceso de adopción para que pueda el menor deseado por ellos ser su hijo adoptivo, al finalizar el proceso legal. Por lo que el mandatario es responsable penalmente si con su actuación o patrocinio perjudicare a los padres adoptivos en su interés legítimo de tomar como hijo propio al menor que ha sido escogido para tal propósito.

6.3. Responsabilidad administrativa

El abogado como mandatario judicial especial de los padres adoptivos extranjeros dentro del proceso de adopción adquiere responsabilidades administrativas dentro del mismo tales como:

- Inscripción de la adopción en el Registro Civil correspondiente.
- Tramitar y obtener el pasaporte del menor ante la Dirección General de Migración.
- Solicitar la entrevista para adquirir la visa en la embajada de los Estados Unidos de América.

6.4. La ética profesional

La moral es la ciencia que trata de las acciones humanas en orden a su bondad o su malicia. Conjunto de facultades del espíritu. Lo que no concierne al orden jurídico sino al fuero interno o al respeto humano, que aunque no se nos indique de que forma debemos realizarlo o que no exista un documento que nos lo especifique se basa en el respeto que el notario debe tener con sus clientes.

La ética es parte de la filosofía que trata de la moral y obligaciones del hombre. Las normas de ética o de conducta si son posibles de hacerlas constar y su inobservancia conlleva una sanción.

El Código de ética profesional, trata de normar la actividad profesional del abogado, estableciendo en los considerandos uno y tres, que las profesiones de abogado y notario comprenden múltiples actividades que deben traducirse en leales, eficientes y honoríficos servicios prestados a la comunidad. Que el abogado ejerce su función pública realizando el derecho en la sociedad, lo cual abarca integralmente el desenvolvimiento de la vida del hombre.

Aplicándolo al presente trabajo de tesis, la responsabilidad ética se define como el conjunto de compromisos y obligaciones que adquiere el mandatario, que son en su mayoría de índole moral y es en cuyo cumplimiento se ve reflejada su verdadera esencia humana y por las que sus principios y valores se ponen en práctica.

El mandatario judicial especial de los padres adoptivos extranjeros dentro del proceso de adopción posee en su mayoría de veces, la gran ventaja del conocimiento sobre el tema, por esta razón el profesional del derecho debe tener bien desarrollada la lealtad hacia sus mandantes y los intereses de éstos sin olvidar que primeramente es un colaborador de justicia.

El mandatario debe buscar la manera de conseguir con justicia el fin deseado por sus mandantes de acuerdo a la ley y la moral.

El mandatario como abogado, debe tener un comportamiento de alta estima, lo que también implica un alto sentido de responsabilidad social que sólo cumple si al llevar a cabo sus funciones pone acorde sus conocimientos con la compleja convivencia de la sociedad de estos días.

❖ Sanciones

Los abogados en sí o en su calidad de mandatarios que incurren en responsabilidad profesional se hace acreedores de diferentes sanciones impuestas por

los órganos correspondientes.

Los órganos encargados de la aplicación del régimen disciplinario a los abogados son:

- El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala: siendo ésta la institución por medio de la cual los profesionales del derecho se asocian en cumplimiento al Artículo 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Este órgano se encuentra conformado por:
 - La Asamblea General
 - La Junta Directiva
 - El Tribunal de Honor

- La Corte Suprema de Justicia: Es el tribunal de superior jerarquía en la República. El que ejerce con exclusividad absoluta la función jurisdiccional, tiene a su cargo las dependencias en donde los abogados realizan sus actuaciones como mandatarios judiciales, es decir los tribunales de justicia, vela porque la justicia sea pronta y cumplidamente administrada y dicta las providencias pertinentes para remover los obstáculos que se opongan y en caso de haber sanciones las ejecuta.

❖ Sanciones impuestas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala

Se encuentran estipuladas en el capítulo V de la Ley de colegiación profesional obligatoria, decreto 62-91 del Congreso de la República y son las siguientes:

- Sanciones pecuniarias. Reguladas entre un mínimo de Q100.00 y una máxima de Q5,000.00.

- Amonestación privada.
- Amonestación pública.
- Suspensión temporal en el ejercicio de la profesión. En ningún caso puede ser mayor de un año.
- Suspensión definitiva. La pérdida de la condición de colegiado.

Estas sanciones son acordadas por el Tribunal de Honor, previa investigación y deliberación por medio de un dictamen que debe aprobarse por la junta directiva para poder ejecutarlo, salvo la suspensión temporal que debe ser aprobada por la Asamblea General con el voto favorable de por lo menos el 25% del total de colegiados activos, lo que ha venido a ser el gran obstáculo para la imposición ya que resulta difícil reunir ese número.

Contra las resoluciones que contengan la imposición de sanciones pueden interponerse los recursos de ampliación y aclaración, así como el de apelación, dentro del tercer día de la última notificación.

El abogado que haya sido suspendido temporalmente puede ser rehabilitado por el Consejo Superior Universitario, en atención a circunstancias establecidas legalmente.

Es importante resaltar que en la actualidad el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados no ha impuesto estas sanciones a ningún abogado por faltar a sus obligaciones o responsabilidades como mandatario dentro del proceso de adopción, si bien es cierto, se han dado casos en los cuales los mandatarios se separan de la representación que ejercen dentro de un proceso de adopción, causándole daño a sus mandantes, pero éstos no han hecho las denuncias respectivas ni accionado legalmente en contra de éstos abogados por lo que de oficio no se han podido

sancionar.

❖ Sanciones impuestas por la Corte Suprema de Justicia:

Las sanciones consisten en las dos primeras veces con multas de Q.10.00 a Q.100.00 y la tercera con separación de la dirección y procuración del asunto.

CONCLUSIONES

1. Al aprobarse la ley de adopciones, se crea la Rectoría Nacional de Adopciones como autoridad central del proceso cuyo fin primordial será determinar la adaptabilidad del menor y la idoneidad de los futuros padres adoptivos, para darle cumplimiento a la Convención sobre los derechos del niño y la Convención de La Haya.
2. Las adopciones internacionales sí cumplen con la finalidad de esta institución, ya que beneficia a los menores para que puedan formar parte de un hogar, mismo que les ha sido negado por diversas circunstancias.
3. Las familias extranjeras que desean adoptar a un menor en Guatemala, debido a la imposibilidad de realizar personalmente el proceso respectivo, otorgan mandato judicial a favor de un abogado guatemalteco colegiado activo, para que inicie, continúe y lleve a su fin todos los procedimientos necesarios para que el trámite de adopción sea completado y se puedan reunir con su hijo adoptivo y llevarlo a su nuevo hogar.
4. El mandatario judicial de los padres adoptivos extranjeros al incurrir en responsabilidad civil-contractual, responderá por los daños y perjuicios ocasionados si por su negligencia, culpa, ignorancia inexcusable dentro del proceso de adopción, por una acción u omisión, incumplimiento o demora del cumplimiento de todas o algunas de las obligaciones adquiridas mediante contrato, le ocasionara perdidas materiales o derechos que puedan valorarse en forma pecuniaria.
5. El mandatario judicial de los padres adoptivos extranjeros incurre en responsabilidad penal, específicamente en el patrocinio infiel si de cualquier modo perjudicare deliberadamente los intereses que le fueren confiados, siendo

el interés primordial en este caso el de representar a los padres adoptivos dentro de todas las diligencias del proceso de adopción.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República al aprobar la nueva Ley de Adopciones y crear la Rectoría Nacional de Adopciones como autoridad central del proceso, establezca dentro de sus atribuciones el de velar primordialmente por el interés superior del menor adoptado.
2. Coordinar relaciones más estrechas entre Rectoría y Registros Civiles y Municipalidades, de manera que existan procedimientos administrativos estandarizados a nivel municipal en cuanto a la forma de extender certificaciones de los documentos necesarios para tramitar el proceso de adopción así como establecer requisitos generales para proceder con la inscripción de ésta.
3. El abogado, como mandatario judicial de los padres adoptivos extranjeros, al momento de radicar las diligencias voluntarias extrajudiciales de adopción, debe constatar la veracidad de la información proveída por la madre biológica del menor y examinar detenidamente todos los documentos presentados por ésta, de manera que pueda verificar su legalidad, específicamente aquellos emitidos por los Registros Civiles y Municipalidades, para poder establecer si se han cumplido todos los requisitos legales requeridos, y así evitar futuras demoras en el proceso, por enmiendas o rectificaciones que necesiten realizarse.
4. Es imperativo que el abogado como mandatario judicial de los padres adoptivos extranjeros, se involucre de forma más activa durante la tramitación del proceso de adopción, y que pueda actuar de forma conjunta con el Notario encargado de la diligencias voluntarias extrajudiciales de adopción, de manera que pueda velar más directamente por los intereses de sus mandantes en su representación, ante las autoridades correspondientes, y así evitar incurrir en responsabilidad civil por negligencia, culpa, ignorancia, por una acción u omisión, incumplimiento o demora del cumplimiento de todas o algunas de las obligaciones adquiridas.

5. Aplicar la ética profesional, en todas las actividades que realice el abogado, específicamente que aplique la responsabilidad ética al conjunto de compromisos y obligaciones que adquiere como mandatario, mismas que en su mayoría son de índole moral y es en cuyo cumplimiento donde se ve reflejada su verdadera esencia humana y por la que sus principios y valores se ponen en práctica.

6. Debe existir más control por parte de las autoridades superiores, como el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala así como de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a velar por el cumplimiento de lo establecido en el mandato de manera que sean impuestas las sanciones ya existentes a los abogados que incumplan o que falten a sus facultades y obligaciones como mandatario de padres adoptivos dentro del proceso de adopción en Guatemala.

ANEXOS

ANEXO A

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

XXXIII CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

(Hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993)

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

El presente Convenio tiene por objeto:

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

Artículo 2

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

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

Artículo 3

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

CAPÍTULO II

CONDICIONES DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

Artículo 4

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

- a) han establecido que el niño es adoptable;
- b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;
- c) se han asegurado de que
 - 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,
 - 2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
 - 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y
 - 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,

ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando

- 1) éste sea necesario,
- 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,
- 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
- 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Artículo 5

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

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

CAPÍTULO III

AUTORIDADES CENTRALES Y ORGANISMOS ACREDITADOS

Artículo 6

1. Todo Estado contratante designará una Autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.

2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad central a la que puede dirigirse toda

comunicación para su transmisión a la Autoridad central competente dentro de ese

Estado.

Artículo 7

1. Las Autoridades centrales deberán cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio.

2. Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para:

- a) proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios;
- b) informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

Artículo 8

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

Artículo 9

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

- a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción;
- b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción;
- c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;
- d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia

de adopción internacional.

- e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

Artículo 10

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

Artículo 11

Un organismo acreditado debe:

- a) perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado;
- b) ser dirigido y administrado por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional; y
- c) estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

Artículo 12

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

Artículo 13

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

CAPÍTULO IV

CONDICIONES DE PROCEDIMIENTO RESPECTO A LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

Artículo 14

Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un

niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual.

Artículo 15

1. Si la Autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

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

Artículo 16

1. Si la Autoridad central del Estado de origen considera que el niño es adoptable,

- a) preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adaptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;
- b) se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;
- c) se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el Artículo 4; y
- d) constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

2. Esta Autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

Artículo 17

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

- a) la Autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;
- b) la Autoridad central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad central del Estado de origen;
- c) las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y
- d) se ha constatado, de acuerdo con el Artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Artículo 18

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

Artículo 19

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

Artículo 20

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

Artículo 21

1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta autoridad central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para:

- a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional;
- b) en consulta con la Autoridad central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño solo podrá tener lugar si la Autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos;
- c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.

2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente Artículo.

Artículo 22

1. Las funciones atribuidas a la Autoridad central por el presente capítulo pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al Capítulo III, en la medida prevista por la ley de este Estado.

Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad central por los Artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que:

- a) cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y
- b) estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

3. El Estado contratante que efectúe la declaración prevista en el párrafo 2 informará con regularidad a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de los nombres y direcciones de estos organismos y personas.

4. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las autoridades centrales se ejercen de acuerdo con el párrafo 1.

5. A pesar de que se haya realizado la declaración prevista en el párrafo 2, los informes previstos en los Artículos 15 y 16 se prepararán, en todo caso, bajo la responsabilidad

de la autoridad central o de otras autoridades u organismos de acuerdo con el párrafo

1.

CAPÍTULO V

RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

Artículo 23

1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el Artículo 17, apartado c.

2. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario del Convenio la identidad y las funciones de la autoridad o autoridades que, en dicho Estado, son competentes para expedir la certificación. Notificará asimismo cualquier modificación en la designación de estas autoridades.

Artículo 24

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

Artículo 25

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

Artículo 26

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento

- a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
- b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;
- c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha

tenido lugar.

2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.

3. Los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

Artículo 27

1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si

- a) la ley del Estado de recepción lo permite; y
- b) los consentimientos exigidos en el Artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción;

2. El Artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción.

CAPÍTULO VI

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 28

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

Artículo 29

No habrá contacto alguno entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones de los Artículos 4, apartados a) a c) y 5, apartado a), salvo cuando la

adopción del niño tenga lugar entre familiares o salvo que se cumplan las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen.

Artículo 30

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

Artículo 31

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

Artículo 32

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

Artículo 33

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

Artículo 34

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

Artículo 35

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

Artículo 36

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

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

Artículo 37

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

Artículo 38

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

Artículo 39

1. El Convenio no derogará a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.

2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los Artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los
3. mismos al depositario del presente Convenio.

Artículo 40

No se admitirá reserva alguna al Convenio.

Artículo 41

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

Artículo 42

El Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocará periódicamente una Comisión especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio.

CAPÍTULO VII

CLÁUSULAS FINALES

Artículo 43

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

Artículo 44

1. Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor en virtud del párrafo 1 del Artículo 46.

2. El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario.

3. La adhesión solo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del Artículo 48. Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario del Convenio.

Artículo 45

1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva.

2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable.

3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente Artículo, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio de dicho Estado.

Artículo 46

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto en el Artículo 43.

2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor:

- a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- b) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el Artículo 45, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho Artículo.

Artículo 47

1. Todo Estado parte en el presente Convenio podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de doce meses después de la fecha de recepción de la notificación por el depositario del Convenio. En caso de que en la notificación se fije un período más largo para que la denuncia surta efecto, ésta tendrá efecto cuando transcurra dicho período, que se contará a partir de la fecha de recepción de la notificación.

Artículo 48

El depositario del Convenio notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como a los demás Estados participantes en la Decimoséptima Sesión y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44:

- a) las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que se refiere el art. 43;
- b) las adhesiones y las objeciones a las mismas a que se refiere el art. 44;
- c) la fecha en la que el Convenio entrará en vigor de conformidad con lo dispuesto en el art. 46;
- d) las declaraciones y designaciones a que se refieren los Artículos 22, 23, 25 y 45;
- e) los acuerdos a que se refiere el Artículo 39;
- f) las denuncias a que se refiere el Artículo 47.

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

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

Montevideo, Uruguay. Poder Legislativo

ANEXO B

PROTOCOLO DE BUENAS PRÁCTICAS DE ADOPCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES EN GUATEMALA

Elaborado Por:

1. Procuraduría General de la Nación
2. Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República
3. Organismo Judicial
4. Ministerio de Relaciones Exteriores
5. Ministerio Público
6. Dirección General de Migración.

Guatemala, febrero de 2007

PRESENTACIÓN

El presente Protocolo de buenas prácticas sobre las adopciones nacionales e internacionales en Guatemala, fue desarrollado por representantes de Instituciones del Estado, involucrados en la tarea de protección integral del niño. Nace de la necesidad de contar con una 'guía de buenas prácticas aplicable por las instituciones, a efecto de preservar y promover el respeto de los Derechos Humanos de la Niñez guatemalteca en la adopción, tomando como garantía principal su interés superior, y, de la preocupación del Estado de cumplir con el mandato constitucional de garantizar a la niñez el efectivo goce de sus derechos fundamentales.

Constituye un paso en la implementación de buenas prácticas en las adopciones de Guatemala, en el marco de la Constitución Política de la República, la Convención sobre los derechos del niño y la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, cuyos principios, según lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad, son doctrina legal de cumplimiento obligatorio para las autoridades del país. En consecuencia, responde a la ausencia de procedimientos y prácticas que se adecuen a la nueva visión que respecto a la adopción establece la LPINA, conforme a la doctrina de la protección integral; de esta manera prepara a las autoridades del Estado para la puesta en marcha de una Ley específica de adopciones y la vigencia inminente del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional.

Las instituciones involucradas en la elaboración de este protocolo son:

1. Procuraduría General de la Nación
2. Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República
3. Organismo Judicial
4. Ministerio de Relaciones Exteriores
5. Ministerio Público
6. Dirección General de Migración.

Base legal: este Protocolo se fundamenta, entre otros, en los siguientes Artículos 1, 2, 3 Y 51 de la Constitución Política de la República; 9, 10 y 11 de la Ley del Organismo Judicial; 18, 112, 113 y 116 de la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia; 5, 9, 20 y 21 de la Convención sobre los derechos del niño; 10 y 13 de la Declaración de Naciones Unidas sobre principios sociales y jurídicos 'Relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986; Principio 6 de la Declaración de Naciones Unidas de los derechos del niño de 1959.

1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA ADOPCIÓN EN GUATEMALA.

1°. Restitución del derecho de familia. Cuando un niño sea privado de forma temporal o definitiva de su medio familiar o cuando su interés superior exija que no permanezca con su familia biológica, se deberá promover la restitución del derecho amenazado o violado, en el siguiente orden;

- a. La familia ampliada (art. 5 de la CDN)
- b. La familia sustituta (art. 112 de la LPINA)
- c. Hogar Temporal de Protección y Abrigo (art. 1 r 2 de la LPINA)
- d. Adopción nacional,
- e. Adopción internacional,
- f. Permanencia definitiva en hogar de protección.

2°. Principios rectores. Al ser la adopción una institución jurídica por virtud de la cual se restituye el derecho de familia a un niño que carece de ella, en los procedimientos administrativos, judiciales y notariales, se deberán tomar en cuenta siempre, los siguientes principios:

- a. El interés superior del niño (Art. 3 CDN).
- b. Resolución de su situación jurídica (Art. 20 CDN y 75, 109 y 123.C. LPINA)
- c. Consideración de la opinión del niño (Art. 12 CDN)
- d. Subsidiariedad de la adopción (Artículos 109, 112 y 123 LPINA)
- e. Consentimiento emitido bajo conocimiento de causa sobre la base de la asesoría previa. (Art. 21.a. CDN)
- f. Respeto al origen e identidad cultural del niño. (Art. 8 y 20.3. CDN)
- g. La alternabilidad de la adopción internacional (Art. 21 -b. CDN y Art. 17 de la Declaración de Naciones Unidas sobre principios sociales y jurídico relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986.)
- h. Que la adopción no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

II. PROCEDIMIENTOS PREVIOS DE LA ADOPCIÓN DEL ORIGEN DEL NIÑO

1. Niño con padre y madre biológicos. Cuando el interés superior del niño exija que éste no permanezca en su medio familiar y el padre y la madre deseen darlo en adopción, deberán ponerlo a disposición de un juez de la niñez y la adolescencia, quien iniciará proceso judicial de protección y ordenará;

1. Que el padre y la madre se sometan al proceso de asesoría previa sobre los efectos y las consecuencias de la adopción, la que será brindada y acreditada por la Procuraduría General de la Nación, por medio de su equipo Asesor.
2. El registro fotográfico y la impresión de las huellas dactilares, plantares y palmares. (Art. 27.a LPINA), y el examen médico forense del niño.
3. La medida cautelar para proteger al niño e integrarlo a una familia ampliada, sustituya u hogar temporal debidamente acreditados por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.
4. La investigación del origen del niño y verificación de su filiación, por parte de la Procuraduría General de la Nación, la cual podrá auxiliarse de la Policía Nacional Civil.
5. Que se practique la prueba científica del Ácido Desoxiribo Nucleico (ADN) para verificar la filiación, con intervención de la Procuraduría General de la Nación.
6. La suspensión de cualquier diligencia voluntaria de adopción en la Procuraduría General de la Nación.
7. Escuchar la opinión del niño, para que sea tomada en cuenta según su edad y madurez.

En la audiencia definitiva (Art. 123 LPINA), el juez recibirá los resultados de la asesoría previa, la investigación realizada por la Procuraduría General de la Nación (Art. 108 y 120 LPINA), las pruebas científicas, la opinión del niño y la del abogado de la Procuraduría General de la Nación, y resolverá conforme corresponda.

Cuando se dicte sentencia y ésta declare la adoptabilidad del niño (Art. 123. LPINA), el juez señalará un plazo no mayor de seis meses para que la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia restituya el derecho de familia a través de la adopción, la que designará una familia adoptante, de acuerdo a los principios que inspiran este Protocolo.

2. Del niño abandonado. El niño abandonado será puesto a disposición de un juez de la niñez y la adolescencia, quien iniciará el proceso judicial de protección y ordenará:

1. La suspensión de cualquier diligencia voluntaria de adopción en la Procuraduría General de la Nación.
2. Su registro fotográfico, y la impresión de las huellas dactilares, plantares y palmares. (Art. 27.a LPINA)
3. El examen médico forense.
4. La medida cautelar para protegerle e integrarlo a familia sustitúa u hogar temporal debidamente acreditados por la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia. (Art. 112, LPINA)
5. La investigación de su origen, por parte de la Procuraduría General de la Nación, quien podrá auxiliarse de la Policía Nacional Civil. (Art. 120, LPINA)
6. Escuchar su opinión, para que sea tomada en cuenta según su edad y madurez.
7. Certificación de lo conducente en contra de cualquier persona que pudiere resultar responsable de la comisión de un delito. (Art. 118 LPINA)

Si existe recurso familiar idóneo, el juez ordenará su integración al mismo; en caso contrario declarará la adoptabilidad del niño mediante sentencia, (Art. 123. de la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia), señalando un plazo no mayor de seis meses para que la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia le restituya el derecho de familia, la que designará una familia de acuerdo a los principios que inspiran este Protocolo.

DE LOS SOLICITANTES

1°. Requisitos. De acuerdo a los principios rectores y la base legal de este Protocolo es indispensable que previo a iniciar un trámite de adopciones el solicitante deberá contar con: certificados de idoneidad y empatía emitidos por el Programa de adopciones de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.

2°. Certificado de idoneidad. Es una constancia emitida por el Programa de Adopciones de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, que reconoce a una familia, apta para proteger y respetar de manera duradera a un niño que no nació en ella y que ha sido declarado judicialmente en estado de adoptabilidad.

Para la obtención del certificado en cuestión, los solicitantes nacionales o aquellos cuyos países no sea parte del Convenio de La Haya deberán someterse a un estudio psico-médico-social, según lo determine el Manual del programa.

3°. Certificado de empatía. Es una constancia emitida por el Programa de adopciones de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, que reconoce a los adoptantes declarados idóneos, como los más adecuados para

un niño declarado en adoptabilidad, después de haber superado el proceso de selección y convivencia según lo establecido por el manual del Programa.

4°. De los solicitantes internacionales. Las personas extranjeras que deseen adoptar un niño, deberán cumplir además con:

- 4.1 Cuando el solicitante es nacional de un Estado parte del Convenio de la Haya, deberá avocarse con la Autoridad Central de su país, designada para las adopciones internacionales, y cumplir con los requisitos señalados en el Artículo 15 de dicho Convenio. La Autoridad Central remitirá el informe al Programa de Adopciones de la SBS, a través de su respectiva representación diplomática acreditada en el país de origen del niño.
- 4.2 Cuando el solicitante es nacional de un país que aún no es parte del Convenio de la Haya, deberá presentarse ante la representación diplomática o consular de Guatemala en su país de residencia, con el objeto de informarse sobre el procedimiento de adopciones en Guatemala, para lo cual la Secretaría de Bienestar Social emitirá un instructivo; y, de presentar las solicitudes de adopción para la revisión de los documentos siguientes:
 - 4.2.1 El mandato especial con representación para adopciones.
 - 4.2.2 Informes social, médico y psicológico.
 - 4.2.3 Cartas de recomendación, carencia de antecedentes penales y policíacos, constancia de domicilio, estado patrimonial, declaración jurada de los gastos generados por la adopción, incluyendo honorarios profesionales y técnicos, gastos de transporte, manutención, donaciones y todos aquellos gastos vinculados de alguna u otra forma con ésta, certificado de nacimiento y de matrimonio, entre otros.

El representante diplomático o consular designado para el efecto, revisará los documentos descritos anteriormente y los remitirá al Programa de Adopciones de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

- 4.3. Todas las solicitudes de adopción internacional deberán ser registradas en una base de datos de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, la que notificará a la Procuraduría General de la Nación.

IV PROCESO DE ADOPCIÓN

1°. Inicio del proceso Cuando se inicie un proceso de adopción, ya sea este notarial o judicial, se notificará en un plazo no mayor de 5 días, a la Procuraduría General de la Nación.

2°. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación. Cumplidos los requisitos señalados anteriormente, el Notario o el Juez, según lo establecido en el Código Civil y Ley de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, dará audiencia a la Procuraduría General de la Nación, incluyendo en el expediente:

1. Certificados de Idoneidad y empatía de los adoptantes.
2. Certificación de la sentencia declaratoria de adoptabilidad del niño.
3. En el caso de adopciones internacionales:
 - 3.1. Personas con residencia habitual en un país que sea parte del Convenio de la Haya deben presentar el informe que señala el Artículo 15 de dicha Convención.
 - 3.2. Personas con residencia habitual en un país que aún no es parte del Convenio de la Haya, debe presentar la constancia de revisión de documentos extendida por la representación diplomática correspondiente.
 - 3.3. Certificación de agotamiento del recurso nacional, emitido por la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia.
 - 3.4. Constancia de acreditación del organismo por medio del cual se tramita la adopción, en el de acogida, extendida por el Programa de adopciones de la SBS.
 - 3.5. Certificado oficial de la salvaguarda de los derechos del niño, extendido por la Embajada del país de origen del adoptante, acreditada en Guatemala.

La Procuraduría General de la Nación evacuará la audiencia que indica la ley, y emitirá opinión. Si la opinión es favorable, se podrá proceder a la formalización de la adopción, notificando para el efecto a la Secretaria de Bienestar Social.

En caso contrario, la PGN emitirá los previos que correspondan, y, de no cumplirse, podrá solicitar al Programa de Adopciones de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, que proceda a la búsqueda de un nuevo recurso familiar.

3°. De la Formalización de la Adopción. Con la opinión favorable de la PGN, según lo establece la ley, se procederá a formalizar la adopción por medio de escritura pública.

V. DE LA POST-ADOPCIÓN

1°. Del Seguimiento de la Adopción. Una vez formalizada la adopción, la Secretaría de Bienestar Social procederá a la apertura del expediente de seguimiento de la misma, y en el caso de adopción internacional notificará a la Dirección General de Migración para la emisión del pasaporte del niño.

El seguimiento tiene como objetivo evaluar la adecuada adaptación y desarrollo del niño con respecto a la nueva familia y entorno social.

2°. Procedimiento. Para los efectos señalados, se iniciará el expediente solicitando la elaboración de informes de seguimiento por parte de profesionales idóneos, durante el tiempo que establezca el Manual del Programa.

En el caso de la adopción nacional, el equipo técnico del Programa señalado deberá realizar las visitas a los hogares adoptivos que corresponda, tomando en cuenta la situación y opinión del niño, dejando constancia de ello de acuerdo con el Manual del Programa.

En el caso de adopción internacional, el seguimiento se realizará por medio de los profesionales idóneos de los organismos acreditados o de la Autoridad Central, según sea el caso. Dichos profesionales deberán entrevistarse con la familia adoptiva, realizando las visitas a los hogares que corresponda, tomando en cuenta la situación y opinión del niño y dejando constancia de ello mediante informe escrito y fotografías. Este informe será remitido al Programa por la Autoridad Central, si existiera, o a través de las representaciones diplomáticas y consulares acreditadas en el país de acogida.

VI. DE LA ACREDITACIÓN DE ORGANISMOS PRIVADOS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

1°. Acreditación de organismos privados de adopción internacional. En Guatemala la entidad responsable de la acreditación de Organismos privados de adopción internacional es la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, la que tendrá a su cargo la autorización, y registro de los Organismos Privados de Adopción internacional, las que deberán cumplir con los requerimientos que se soliciten.

En Guatemala la única entidad acreditada para tramitar adopciones es la SBS a través del programa respectivo, por lo que los Organismos acreditados para gestionar adopciones internacionales sólo podrán utilizar esta entidad para canalizar las solicitudes de adopción.

VII. DEL REGISTRO Y AUTORIZACIÓN DE LOS HOGARES DE CUIDADO Y ALBERGUE DE NIÑAS, Y NIÑOS

Registro y Autorización de los Hogares de Cuidado y Albergue de niñas y niños. Los Hogares de cuidado y albergue de niñas y niños deberán ser registrados para su autorización en el Programa de regulación y Monitoreo de los Hogares de cuidado y albergue de niñas y niños de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

En la Ciudad de Guatemala, febrero de dos mil siete.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Manual del abogado, práctica jurídica.** 4ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A. 1996.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil I, tomo I.** Guatemala: Ed. Universitaria. 1979.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil, parte 1 y 2.** Guatemala: Ed. Universitaria. 1985.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** 14ª ed. Buenos Aires: Ed. Heliasta. 2000..
- Diccionario de la Real Academia Española, tomo I.** 21ª. ed.; Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A. 1992.
- Diccionario de lengua española.** Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A. 2000.
- Enciclopedia jurídica Omeba, tomo I.** Argentina: Ed. Bibliográfica Argentina, S.R.L. 1967.
- FERRI, José. **La adopción a través de la doctrina extranjera, proyectos y anteproyectos nacionales.** Buenos Aires, Argentina: Revista Facultad de Derecho. (s.f.).
- MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico.** 2ª. ed. Guatemala: Ed. Infoconsult Editores. 2000.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial.** 6ª. ed. Guatemala: Ed. Infoconsult Editores. 2002.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** 27ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. 2000.
- PALLARES, Eduardo. **Derecho procesal civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. (s.f.).
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español, tomo VI.** Barcelona: Ed. Nauta. 1966.
- QUEVEDO RUANO, Aura Marina. **Análisis jurídico de la necesidad de legislar la adopción prenatal en Guatemala.** Guatemala: Tesis de Grado. 1998.

SOMARRIVA UNDURRAGA, **Manuel. Derecho de familia.** Santiago de Chile: Ed. Nacimiento. (s.f.).

Legislación:

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

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

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

Código de Notariado. Congreso de la República. Decreto 314. 1947.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República. Decreto 54-77. 1977.

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República. Decreto 2-89. 1989.

Iniciativa de la Ley de adopciones. Registro número 3217, presentada por el representante de la Comisión del menor y la familia del Congreso de la República, Guatemala febrero 2005.

XXXIII Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos.

Protocolo de buenas prácticas de adopciones nacionales e internacionales en Guatemala. Elaborado por varias instituciones guatemaltecas. Febrero 2007.