

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



EL TRÁFICO DE NIÑOS EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN
INTERNACIONAL EN GUATEMALA

MILDRED ANDREA MARROQUÍN GONZÁLEZ

GUATEMALA, MARZO DE 2008

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

EL TRÁFICO DE NIÑOS EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN
INTERNACIONAL EN GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MILDRED ANDREA MARROQUÍN GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2008

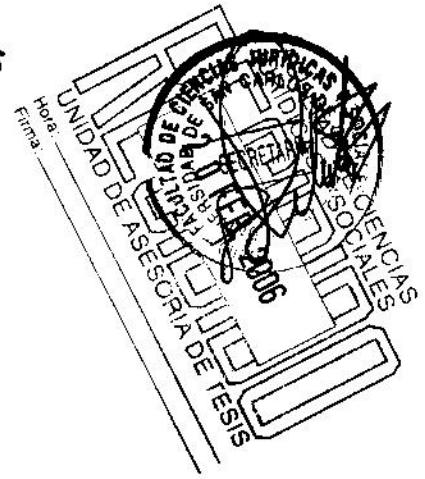
HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

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. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

Consultoría y Servicios Jurídicos

CARLOS ANTONIO ZABALETA MENDEZ
Abogado y Notario Colegiado No. 4,640



Ciudad de Guatemala, enero 25 de 2006

Señor
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Ciudad

Señor Decano:

De forma atenta me dirijo a usted a efecto de informarle que me fue notificada la providencia de fecha 30 de junio de 2002, mediante la cual se me nombró como Consejero Tesis de la Bachiller **MILDRED ANDREA MARROQUÍN GONZÁLEZ**, quien desarrolló el tema titulado "EL TRÁFICO DE NIÑOS EN EL MARCO DE LA ADOCIÓN INTERNACIONAL EN GUATEMALA".

Dando cumplimiento a esa designación, de acuerdo con la Bachiller Marroquín González, determinamos la conveniencia de incluir algunas modificaciones al posuquo preliminar de temas, a efecto de abordar el tema con mejor orden y técnica.

En el desarrollo del trabajo, la Bachiller Marroquín González cumple con las exigencias implícitas a un trabajo de esta naturaleza, desarrollando temas conexos y estableciendo entre ellos las relaciones necesarias y lógicas. La didáctica y los métodos y técnicas de investigación empleados fueron los adecuados.

Por lo tanto, el trabajo, elaborado por la Bachiller **MILDRED ANDREA MARROQUÍN GONZÁLEZ**, cumple a cabalidad con los requerimientos exigidos para cumplir con su trámite.

En otro particular, me suscribo como defensor de la...

[Handwritten signature]
Lic. Carlos Antonio Zabaleta Méndez
ABOGADO Y NOTARIO
No. 4,640
ASESOR

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de febrero de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. WENCESLAO GUERRA GUZMÁN**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante **MILDRED ANDREA MARROQUÍN GONZÁLEZ**, Intitulado: **"EL TRÁFICO DE NIÑOS EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN GUATEMALA"**.

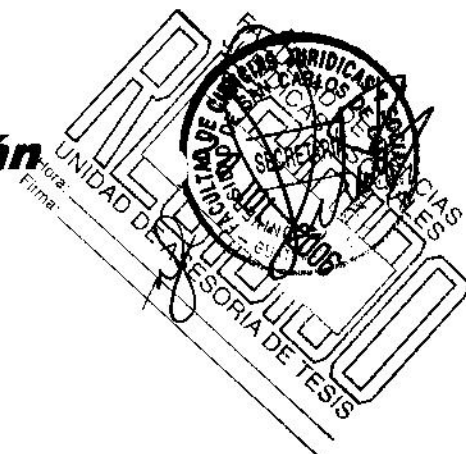
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh

LICENCIADO
Wenceslao Guerra Guzmán
Abogado y Notario Col. 3,465



Guatemala, 12 de junio del 2006

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

Atención a:
Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

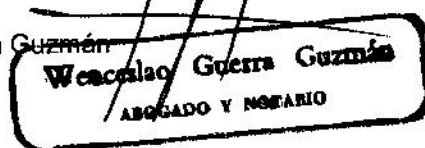
Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que he revisado el trabajo de tesis de la bachiller Mildred Andrea Marroquín González, quien desarrolló el tema intitulado: **"EL TRÁFICO DE NIÑOS EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN GUATEMALA"**, y por ello rindo a usted el dictamen respectivo de la forma siguiente:

- I. El trabajo se caracteriza por el esfuerzo, dedicación y diligencia del mismo toda vez que contiene una exposición de conceptos jurídicos por demás importantes, tales como los derechos del niño, los derechos humanos, el matrimonio, la Adopción que es propiamente el tema de fondo de la presente investigación.
- II. No escapa a nuestro conocimiento el hasta ahora fracaso de los instrumentos jurídicos existentes para controlar con eficacia las Adopciones de infantes en países no desarrollados u otros en vías de desarrollo, sabido es que en Guatemala, desde hace más de una década, se vio afectada por el casi comercio de niños, al extremo de que los medios de prensa nacional y extranjera divulgaban tales noticias.
- III. El trabajo de la sustentante es relevante y estimo que sería provechoso tomar en cuenta cada uno de los aspectos tratados en el, porque además de la mera enunciación de los Instrumentos Jurídicos que tienen aplicación en el asunto, este contiene una seria investigación y un análisis sobre el tráfico de niños en Guatemala, en una época que sólo refleja una muestra de lo que ha ocurrido en nuestra Sociedad en los tiempos señalados por la actora, pero que hasta el día de hoy es un asunto sin resolver.
- IV. Por lo anterior considero que las conclusiones y las recomendaciones de la sustentante son dignas de tomarse en cuenta. Y en esa virtud considero que el trabajo elaborado debe aprobarse para el examen público de la sustentante.

Respetuosamente de UD.

Lic. Wenceslao Guerra Guzmán
Colegiado No. 3,465





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, veintidós de agosto del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MILDRED ANDREA MARROQUÍN GONZÁLEZ, Titulado "EL TRÁFICO DE NIÑOS EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN GUATEMALA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

A mis padres:

Yvón Marroquín y Yolanda de Marroquín. Por tantos años de esfuerzo y sacrificio para ayudarme a salir adelante, por su cariño y apoyo incondicional en cada momento y porque este logro y satisfacción personal es por ambos.

A mis hermanos y sobrinos:

Elvira, Neto, Hugo, Santiago y Samuelito. Simplemente por existir y estar presentes en mi vida porque cada uno de ellos es importante para mí.

A mi tío Tito y abuelito Papito:

Por sus palabras de aliento para no quedarme en el camino y finalmente culminar la carrera.

A mi primita Bety:

Por ser el angelito tan especial y dulce que la vida nos ha brindado.

A mi amiga:

Elsa Zabaleta. Por tu apoyo incondicional de manera desinteresada.

A mi mejor amigo:

Alex Reyes. Por tu apoyo, cariño, confianza, por estar a mi lado en los momentos difíciles y ser el amigo incondicional en el cual puedo apoyarme siempre.

A Dios:

Por darme la oportunidad de poder culminar este sueño y por la felicidad de contar con todo el cariño, amor y apoyo de toda mi familia, lo cual nos ha mantenido unidos para salir adelante en cada prueba impuesta.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

INTRODUCCIÓN

Todos los seres humanos esperan de una u otra forma la compañía de alguien que nos haga sentir cómodos y seguros. Así las parejas al unirse buscan preservar la raza humana, a la vez gozar de la compañía de una persona que brinde alegría y esperanza a sus vidas, que les haga sentir responsabilidad para vivir y poder cuidar de ella. Sin embargo, no a todos los seres humanos otorgó Dios la capacidad de procrear un hijo, por lo que muchas parejas que se encuentran en esta situación, deciden adoptar uno.

La adopción internacional, apareció como un fenómeno social que tenía como objetivo dar una familia a los miles de niños que habían perdido a sus padres y que fueron ubicados en hogares de Europa Occidental y Estados Unidos, su función era en beneficio de los niños. A partir de los años 90, la práctica de la adopción internacional se incrementó notablemente debido a que los índices de nacimiento han disminuido en países desarrollados como Estados Unidos, Alemania, Noruega y Francia, por la incorporación de la mujer al mercado laboral, la proliferación de anticonceptivos, cambios culturales y la reducción de las bolsas de marginación, que redujo la existencia de niños abandonados a niveles mínimos en América Latina. Por lo que miles de parejas recurren a la adopción en el extranjero utilizando a países como Guatemala en calidad de proveedores de niños utilizando de manera errónea y con fines de lucro dicha institución, con el fin de conseguir hijos a quienes no los tienen a través del tráfico de menores, tergiversando así la esencia de la adopción que consiste en dar una familia al menor desamparado.

Ante el continuo crecimiento de la demanda, la mayoría de los estados industrializados han receptado en sus legislaciones, la creación de sociedades que tienen como objeto la búsqueda de niños generalmente recién nacidos en los países del tercer mundo y a los cuales, para estimular su desarrollo, se les reconoce el derecho de obtener ganancia en dinero por su actividad de intermediación. Así por ejemplo, en Noruega y Estados Unidos existen numerosas agencias de adopción que se esparcen por el mundo en búsqueda de recién nacidos y por los cuales están dispuestos a pagar elevadas sumas de dinero. Es tal el incremento de la actividad que estas compañías llegan a acumular stocks y los ofrecen de diferentes colores y tamaños en la

publicidad comercial gráfica y no televisiva. Sin tener en cuenta la inmoralidad que encierra la degradación de un niño a la categoría de mercadería en oferta, estas empresas ofrecen niños de distintas razas, color, tamaño, edad, procedencia y aptitudes, a través de la red informática vía internet del mismo modo que se promociona un producto, fijando un precio por la búsqueda adopción y dando inclusive la posibilidad de poder pagarlos en cuotas mensuales a los interesados que tengan tarjeta de crédito.

Por otra parte, en Guatemala la pobreza ha obligado a muchos padres y madres a vender a sus hijos, tal vez con la esperanza de procurarles un mejor futuro, pero son muchos más los que han sido robados a sus progenitores en circunstancias dolorosas, ya que para nadie es un secreto que el negocio de las adopciones ilegales en Guatemala ha llegado a convertirse en una actividad económica muy lucrativa para aquellas personas que juegan con la miseria humana para beneficiarse única y exclusivamente a sí mismos. Hay de todo en este negocio: vientres en alquiler, comadronas que reciben un bebé y se lo venden al mejor postor mientras la madre aún se recupera del parto, registradores civiles que se prestan a quitar y poner nombres, hospitales que hacen perdida la documentación de un nacimiento, personal de cuidado que sabe que los bebés están en los hogares temporales de manera ilegal y personas que se prestan a encubrir y defender lo indefendible.

Lo ideal sería que un niño huérfano o no querido por su madre contara el día de mañana con un hogar en donde lo cuiden, lo ayuden a crecer y formarse como un hombre de bien en un ambiente lleno de amor. Se está consciente que ningún niño debería carecer de techo, ternura, abrigo o alimento y ésta, precisamente, es una cuestión muy elemental de ética; tan elemental, que los infantotraficantes lo han usado como argumento perfecto e incuestionable para cometer las más grandes injusticias y permanecer en la más absoluta impunidad. Estos comerciantes inescrupulosos de la niñez son los únicos capaces de acabar con sus congéneres por placer, ambición o perversión, gracias a ellos hay miles y miles de pequeños abusados, explotados, prostituidos o comercializados que deambulan por el mundo sin ningún rumbo.

Actualmente se utilizan diversos medios ilegales para dar en adopción a un niño, en lugar de seguir los procesos legales, convirtiendo al acto noble de la adopción en una transacción

comercial, así que como cualquier trabajo desarrollado por el hombre, la tarea de encontrar un hogar para un niño representa cada día más un negocio muy rentable.

El presente trabajo tiene como objeto desarrollar importantes aspectos sobre la adopción en Guatemala, y se integra de seis capítulos.

El capítulo primero se refiere a los derechos del niño, su definición, fundamentación, doctrinas prevalecientes, así como los instrumentos de protección integral tanto a nivel nacional como internacional. El capítulo segundo se enfoca a los derechos humanos a nivel general, su fundamentación y generaciones. El capítulo tercero desarrolla el matrimonio y la familia desde su etimología, origen y evolución hasta nuestros días. En el capítulo cuarto se trata lo referente a la adopción, abordando temas como su origen, naturaleza jurídica, clases y término de la misma de acuerdo a la legislación guatemalteca. El capítulo quinto, contiene la adopción internacional y se conoce cuales son los procedimientos y requisitos que deben cumplirse a nivel privado y estatal, así como los principios dentro de los cuales se enmarca. Por último, en el capítulo sexto se presenta un breve análisis sobre el tráfico de niños en Guatemala.

Todos los niños y niñas tienen derecho a una familia, lo que puede lograrse a través de la adopción, si es para el bienestar del niño y si todas las precauciones sobre protección han sido implementadas. Sin embargo, cuando la adopción implica la creación de una oferta de infantes para responder a la alta demanda de padres extranjeros, la institución de la adopción se transforma en una transacción comercial, ya que la niña o niño se convierten en un objeto de negocio, perdiendo su derecho a ser respetados como seres humanos.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Derechos del niño	1
1.1 Definición	1
1.2 Fundamentación.....	1
1.3 Doctrinas prevalecientes en materia de derechos del niño	2
1.3.1 Doctrina de la situación irregular.....	2
1.3.2 Doctrina de la protección integral.....	3
1.4 Instrumentos de protección integral de los derechos del niño.....	5
1.4.1 Declaración de los derechos del niño.....	5
1.4.2 Convención sobre los derechos del niño.....	7
1.4.2.1 Protocolos facultativos de la convención sobre los derechos del niño.....	8
1.4.2.2 El protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados.....	9
1.4.2.3 El protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil.....	9
1.4.3 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).....	10
1.4.4 La declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional (1986).....	12
1.5 Instrumentos de protección de los derechos del niño a nivel nacional.....	13
1.5.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....	13
1.5.2 Código Penal.....	14
1.5.3 Código Civil.....	14
1.5.4 Código de Menores	15
1.5.5 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia	15
1.6 Instrumentos de protección de la adopción internacional	16
1.6.1 Código de Bustamante	16
1.6.2 La convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional	16
1.6.3 Convenio de La Haya.....	20
1.6.3.1 Análisis sobre la inconstitucionalidad del decreto 50-2002 del congreso de la república sobre el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.....	22
1.6.4 Convención sobre aspectos civiles de secuestro internacional de menores.....	26
1.6.5 Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores	28

1.6.6 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores	29
---	----

CAPÍTULO II

	Pág.
2. Derechos humanos	33
2.1 Definición	33
2.2 Fundamentación.....	35
2.2.1 Fundamentación iusnaturalista.....	36
2.2.2 Fundamentación historicista	36
2.2.3 Fundamentación positivista	36
2.3 Generaciones	37
2.3.1 Derechos de la primera generación.....	37
2.3.2 Derechos de la segunda generación.....	38
2.3.3 Derechos de la tercera generación	39
2.4 Derechos humanos y estado de derecho	40
2.5 Democracia y derechos humanos	43

CAPÍTULO III

3. El matrimonio y la familia	45
3.1 El matrimonio.....	45
3.1.1 Etimología y definición.....	45
3.1.2 Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales	46
3.1.3 Modificación y disolución del matrimonio.....	50
3.1.4 Importancia del matrimonio.....	52
3.2 La familia.....	52
3.2.1 Definición	52
3.2.2 Origen y evolución.....	53
3.2.3 Importancia	54
3.2.4 El estado y la familia.....	56
3.2.5 Principios y valores familiares.....	56
3.3 El niño y la niña como miembros de la familia.....	58
3.3.1 Definición biológica.....	58
3.3.2 Regulación legal sobre el niño.....	58
3.3.3 El niño como miembro fundamental de la familia.....	58
3.3.4 El papel de los padres en la disciplina de los hijos	59
3.3.5 Situación actual y principales problemas que afectan a la niñez	59

CAPÍTULO IV

4. La adopción.....	63
4.1 Origen y evolución histórica.....	63
4.2 Definición	64
4.3 Clases de adopción	66
4.4 Naturaleza jurídica.....	67
4.5 Término de la adopción	67

4.6	Requisitos y procedimiento a seguir para adoptar a un niño o niña	68
4.6.1	Adopción por la vía judicial.....	68
4.6.1.1	Requisitos.....	69
		Pág.
4.6.1.2	Procedimiento.....	69
4.6.2	Adopción por la vía extrajudicial o notarial	70
4.6.2.1	Requisitos	70
4.6.2.2	Procedimiento.....	70
4.7	La adopción simple y la adopción plena vista en algunas legislaciones latinoamericanas	71
4.7.1	Formas de la adopción	71
4.7.1.1	La adopción simple.....	71
4.7.1.2	La adopción plena.....	72
4.7.2	La adopción como institución del derecho de familia dentro de la legislación latinoamericana	72
4.8	La adopción según la legislación guatemalteca.....	75
4.8.1	Constitución Política de la República de Guatemala.....	75
4.8.2	Código Civil.....	76
4.8.3	Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria	77
4.8.4	Ley de Tribunales de Familia y Código Procesal Civil y Mercantil.....	78
4.9	Definición de adopción internacional.....	79
4.10	La adopción en el derecho internacional privado.....	80
4.11	¿Qué ley rige la adopción internacional?	82
4.11.1	Capacidad.....	82
4.11.2	Forma	83
4.11.3	Efectos.....	83
4.12	La adopción internacional en Europa	84
4.13	La adopción internacional en América.....	85

CAPÍTULO V

5.	La adopción internacional en Guatemala.....	87
5.1	Registro de adopciones.....	88
5.2	Etapas de la adopción estatal	93
5.2.1	Primera etapa	93
5.2.2	Segunda etapa	94
5.3	Niños que pueden ser adoptados	96
5.3.1	Niños guatemaltecos	96
5.3.2	Familias en dificultad social	100
5.3.3	Niños extranjeros	100
5.3.3.1	Diversidad de niños y situaciones	101
5.4	¿Quiénes pueden adoptar?.....	102
5.5	¿Quién puede ser susceptible de ser adoptado?.....	102
5.6	Procedimiento a seguir para poder adoptar a un menor de edad declarado judicialmente en abandono	102
5.6.1	Requisitos	103

5.6.2 Personas involucradas en el proceso	103
5.7 Petición de adopción internacional.....	104
5.7.1 Requisitos.....	104
	Pág.
5.7.2 Procedimiento	105
5.8 Protagonistas del proceso	106
5.9 Autoridades que intervienen	106
5.10 Principios que enmarcan la adopción internacional	107
5.10.1 Adopción nacional en primer lugar.....	107
5.10.2 Recurso de protección.....	107
5.10.3 Cooperación entre países	108

CAPÍTULO VI

6. Análisis sobre el tráfico de niños en Guatemala en los años 1997 al 2000	111
CONCLUSIONES.....	123
RECOMENDACIONES.....	125
ANEXO.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	141

CAPÍTULO I

1. Derechos del niño

1.1 Definición

Definiendo los derechos del niño, podría decirse que son el conjunto de disposiciones o normativas tanto de carácter nacional como internacional, que han cobrado vigencia y cuya finalidad estriba en brindar una adecuada protección a la niñez, así como procurarles su adecuado desarrollo sin distinción de ninguna naturaleza, es decir, que sus destinatarios son los niños en general, independientemente de cualquier consideración de carácter subjetivo.

La Convención sobre los Derechos del Niño define como niños a los varones o muchachas menores de 18 años, y considera que cada niño es tanto un individuo como un miembro de una familia o una comunidad. Según la convención, un niño es un ser humano dotado de una gama plena de derechos.

1.2 Fundamentación

En 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual constituye los derechos fundamentales y vitales de carácter universal que representan el mínimo necesario para garantizar la supervivencia, el desarrollo, la protección y la participación de las niñas, niños y adolescentes, para que como sujetos de derechos se les permita ser protagonistas de su propio desarrollo para el fortalecimiento del estado de derecho, la justicia, la paz y la democracia. Dicha convención fue ratificada por Guatemala el 10 de mayo de 1990 y entró en vigencia el dos de septiembre del mismo año por medio del Decreto Número 27-90 del Congreso de la República.

De conformidad con el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en materia de derechos humanos, los convenios ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, por lo que la Convención sobre los Derechos del Niño es ley vigente en el país y constituye un instrumento jurídico de carácter coercitivo para el Estado de

Guatemala.

Por otra parte, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, entró en vigencia mediante el Decreto Número 27-03 del Congreso de la República, el cuatro de junio del año 2003, con el objeto de lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos. Esta ley fue aprobada, debido a que el Decreto Número 78-79 del Congreso de la República, Código de Menores, dejó de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y adolescencia, y para adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia.

1.3 Doctrinas prevalecientes en materia de derechos del niño

1.3.1 Doctrina de la situación irregular

La esencia de esta doctrina, radica en la creación de un marco jurídico que legitima la intervención estatal discrecional sobre una categoría residual de la infancia, constituida por el mundo de los menores. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de esta doctrina jurídica, por lo que la extensión del uso de la misma resulta inversamente proporcional a la extensión de las políticas sociales básicas. Por tal motivo, la falta de recursos o de voluntad política, ha motivado la judicialización del problema de los menores.

El origen de la doctrina de la situación irregular, radica en la pérdida de autonomía, que un día tuvo la figura central de la infancia y su incrustamiento en una cultura jurídico-social que vincula la oferta de la protección-represión a una declaratoria previa de algún tipo de incapacidad.

Un análisis histórico riguroso demuestra que la historia de la infancia, es la historia de su control. Esta perspectiva parte del rechazo de considerar a la infancia como una categoría ontológica, sosteniendo por el contrario que la misma constituye el resultado de un complejo

proceso de construcción social, cuyos orígenes pueden ubicarse en torno al siglo XVII. En otras palabras, esto significa afirmar que la niñez de hoy no fue percibida como una categoría diferente de los adultos antes de dicho período.

La doctrina de la situación irregular se basa en las leyes de menores nacidas a comienzos del presente siglo que como en el caso de Guatemala, se encuentran aún vigentes en algunos países de América Latina, estas leyes están dirigidas únicamente a aquellos niños que por tener sus necesidades básicas insatisfechas caen en la categoría de menores en situación irregular.

La profundización de la crisis económica con efectos en los sectores de salud y educación ha provocado un aumento del número de los llamados menores en situación irregular, los que no tienen sus necesidades básicas satisfechas y una disminución de niños y adolescentes que sí tienen sus necesidades básicas satisfechas.

Es decir, que esta corriente doctrinaria está dirigida a los menores que sufren de abandono moral o material, que se encuentran en peligro, son maltratados, han transgredido la ley y quienes sufren de desviaciones o trastornos en su conducta, por lo que se busca su protección jurídica y social a través de instituciones estatales destinadas a su educación, cuidado y protección; la reeducación y reintegración del menor al medio social a través de métodos, técnicas y mecanismos que permitan su desarrollo integral; así como, solucionar la problemática social de los menores que se encuentran en situación irregular como consecuencia del abandono, el maltrato, la delincuencia juvenil, etc.

Lo anterior, permite subrayar que todo menor en situación irregular constituye un objeto de compasión al que se le debe brindar una protección integral adecuada a sus necesidades básicas de educación y sociabilización que le permitan integrarse a su medio social.

1.3.2 Doctrina de la protección integral

Es el conjunto de disposiciones que regulan las relaciones de la infancia y juventud así como su entorno, desde su desarrollo físico, psíquico o emocional hasta su completo desarrollo

social, contenidos en la normativa internacional.

Esta doctrina tiene características que la hacen especial y diferente a todas las demás. La diferencia radica en que busca proteger a todos los niños, niñas y adolescentes en dos direcciones: desde el punto de vista social y desde el punto de vista jurídico, en otras palabras, pretende dar a la infancia y juventud protección social y protección jurídica.

La protección social la pretende a través del establecimiento y puesta en práctica de políticas públicas, nacidas de las necesidades sentidas de las diferentes comunidades en cuanto a infancia y juventud, a fin de garantizarles las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales que favorezcan su pleno desarrollo como personas humanas, involucrando en esta responsabilidad tanto al estado, como a las autoridades locales, a las organizaciones no gubernamentales, la comunidad y la familia. Se busca un esfuerzo multisectorial, multidisciplinario, coordinado, descentralizado que genere un verdadero sistema de la niñez y adolescencia.

Y la protección jurídica la pretende dar a través de respeto a las garantías individuales contenidas en las diferentes constituciones políticas de los países, como con el establecimiento de garantías judiciales propias para la juventud, por su condición de tal, en la promulgación de nuevas leyes dirigidas a estos grupos etéreos, en aras de una concordancia con el sistema jurídico imperante en todo estado de derecho.

Esta doctrina aparece representada por cuatro instrumentos básicos: la Convención sobre los Derechos del Niño, las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, y las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

La convención, que ha sido el instrumento de derechos humanos que más ha llamado la atención y prueba de ello es la gran cantidad de países que la han ratificado, constituye un instrumento para el conjunto del universo de la infancia y no sólo para los menores. Esta

construcción teórica que tiene como fuente los derechos humanos, en especial los emanados por organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, puede definirse como la serie de estudios realizados por los doctrinarios de los derechos de la infancia, en relación a los derechos humanos de los niños y las niñas, a los cuales hace figurar como sujetos de derechos, protagonistas de su historia que por su vulnerabilidad requieren de una protección total.

En este sentido se puede concluir que el proceso de reformas legislativas desencadenado en los países de América Latina, es y debería permanecer, como un proceso altamente dinámico, con el fin de uniformar las legislaciones nacionales a los verdaderos principios de la doctrina de la protección integral, para la protección y debido respeto de la niñez y la adolescencia.

1.4 Instrumentos de protección integral de los derechos del niño

1.4.1 Declaración de los derechos del niño

Después de la Segunda Guerra Mundial, en el ambiente de la Declaración de los Derechos del Hombre, se aprueba una declaración ampliada de la Declaración de Ginebra, y 10 años después, el 20 de noviembre de 1959 se produce la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución XIV, la cual contiene los 10 principios básicos referidos al bienestar y a la protección de la infancia.

Derechos tan fundamentales como el derecho a jugar, a soñar, el derecho al cariño, a la despreocupación y a la seguridad, el derecho a la educación y a los cuidados, en suma el derecho a vivir una etapa decisiva de la vida, aún hoy día se le niega a la mayoría de los niños del mundo. Hacer que cada ser humano tenga derecho a una verdadera infancia es, a la vez, una lucha prioritaria y un desafío para el futuro de la humanidad.

Hasta hace muy poco, en la mayoría de las sociedades el niño como tal no existía. Tan sólo a principios de este siglo se le reconoció como a una persona de pleno derecho, diferente del adulto, con necesidades propias que requieren una protección especial. Por cierto, este avance

debe mucho al psicoanálisis y a las ciencias humanas. El reconocimiento del niño como sujeto de derechos tan solo data del siglo XX y esos derechos están lejos de garantizarse en la mayoría de los países, principalmente en vías de desarrollo, donde viven el 85% de los niños del planeta.

La Declaración de los Derechos del Niño, se instituyó con el objeto de manifestar la preocupación por la situación de la infancia y con la finalidad de que el niño y la niña gocen de una infancia feliz y de los derechos y libertades que en ella se enuncian para su protección y cuidado especial desde antes de su nacimiento siendo su objetivo primordial el interés superior del niño. Así mismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas, recomendó que se instituyera en todos los países un día universal del niño (20 de noviembre) el cual se consagraría a la fraternidad y a la comprensión entre los niños del mundo entero y se destinaría a actividades propias para promover el bienestar de los niños del mundo.

Debido a que toda persona de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, tiene derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, así mismo los derechos contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna, ya que según la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los niños independientemente del sitio donde hayan nacido, de la raza o el grupo étnico al que pertenezcan, de su género, de su grado de pobreza o riqueza; deben disfrutar de oportunidades plenas de convertirse en integrantes productivos de la sociedad, y deben contar con el derecho a dar a conocer sus opiniones y a que se les escuche. Los derechos del niño son los siguientes:

1. Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, credo o nacionalidad.
2. Derecho a una protección especial, para su desarrollo físico, mental o social.
3. Derecho a un nombre y una nacionalidad.
4. Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuada para el niño y la madre.
5. Derecho a una educación y cuidados especiales para el niño física y mentalmente disminuido.
6. Derecho a comprensión y amor por parte de los padres y la sociedad.
7. Derecho a recibir educación gratuita y a disfrutar de los juegos.

8. Derecho a ser primero en recibir ayuda en casos de desastre.
9. Derecho a ser protegidos contra el abandono y la explotación en el trabajo.
10. Derecho a formarse en un espíritu de solidaridad, comprensión, amistad y justicia entre los pueblos.

En conclusión, la Declaración de los Derechos del Niño tiene por objeto que todos los países del mundo garanticen los derechos del niño lo cual se enuncia en los 10 principios fundamentales que componen la misma. Es importante que las Naciones Unidas se hayan preocupado por proclamar esta declaración, ya que un niño además de ser un ser frágil necesita que se le proteja, pero en mi opinión el único inconveniente que se tiene es que la misma no obliga a los estados a aplicarla, lo cual hace casi imposible de que se le garantice a plenitud todos los derechos que le corresponden a los niños. Razón por la cual, no se puede considerar que los 10 principios básicos contenidos en esta declaración sean suficientes para manifestar la preocupación por la situación de la infancia, por lo que a continuación trataremos la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que la misma va un poco más allá, al ser un instrumento internacional de derechos humanos.

1.4.2 Convención sobre los derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, es un conjunto universalmente aceptado de normas y obligaciones que dan a los niños un papel protagónico en la construcción de una sociedad justa, respetuosa y pacífica. Detalla los derechos humanos básicos y permanentes de todos los niños en todas partes, como el derecho a la supervivencia, al desarrollo pleno, a la protección contra las influencias perniciosas, el abuso y la explotación, y a la participación plena en la vida familiar, cultural y social. La convención protege tales derechos al fijar normas en materia de la atención de la salud, la educación y los servicios jurídicos, civiles y sociales. Esas normas constituyen puntos de referencia que posibilitan la evaluación de los avances realizados en esos aspectos, y los estados que ratifican la convención quedan obligados a contemplar el interés superior de los niños en todas las medidas que tomen y las políticas que ejecuten.

Este conjunto de compromisos fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones

Unidas mediante resolución número 44/95 el 20 de noviembre de 1989 entrando en vigor el dos de septiembre de 1990 y desde entonces, ha sido ratificado por 191 estados. Es el tratado internacional de derechos humanos que ha sido adoptado por el mayor número de países en la historia. Guatemala lo suscribió el 26 de enero de 1990 y fue aprobado por el Congreso de la República el 10 de mayo del mismo año.

La Convención se apoya en cuatro principios fundamentales:

- 1°. La no-discriminación (Art. 2)
- 2°. El interés superior del niño (Art. 3)
- 3°. El derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Art. 6)
- 4°. El respeto por las opiniones del niño (Art. 12)

En conclusión, la Convención sobre los Derechos del Niño, complementa y va más allá de la legislación internacional existente a favor de los niños, proporciona una serie de principios aceptados universalmente y que comprometen a cada uno de los estados a tomar las medidas encaminadas al cumplimiento de la misma, así como en su caso, modificar la legislación interna.

1.4.2.1 Protocolos facultativos de la convención sobre los derechos del niño

Con el propósito de combatir el creciente abuso y la explotación de los niños del mundo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó dos apéndices llamados: los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño, que es el tratado que detalla los derechos de los que disfrutan todos los niños del mundo.

Esos protocolos facultativos se refieren a dos temas fundamentales: los niños en los conflictos armados y la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil. Se ha invitado a los gobiernos (estados parte) a que firmen y ratifiquen los protocolos facultativos, que fueron aprobados el 25 de mayo del año 2000.

1.4.2.2 El protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados

Unos 300,000 niños de todo el mundo participan en conflictos armados en calidad de soldados, sirvientes y/o esclavos sexuales. Esos niños, a quienes se recluta o se obliga a sumarse a las fuerzas armadas, en algunos casos antes de que cumplan los 10 años, son testigos o partícipes de actos de violencia, en muchas ocasiones contra sus propias familias y comunidades. El protocolo facultativo fija en 18 años la edad mínima para que un niño pueda participar directamente en hostilidades o ser llamado a filas de manera obligatoria. También requiere que los estados tomen todas las medidas a su alcance para dar de baja a los soldados menores de edad y para ayudarles a rehabilitarse y reintegrarse en la sociedad.

La edad mínima de 18 años que establece el protocolo facultativo se refiere al reclutamiento obligatorio, no al que tiene carácter voluntario. Debido a ello, los estados están obligados a presentar una declaración en la que deben informar a qué edad permiten sus fuerzas nacionales el reclutamiento voluntario y qué recaudos toma cada estado para garantizar que en ningún caso se reclute a los niños por la fuerza o mediante coerción. La UNICEF, junto a otras organizaciones, agrupaciones y ONGs defensoras de los derechos de los niños, alienta a todos los estados a que ratifiquen el protocolo facultativo sin reservas, y que declaren que la edad mínima para el reclutamiento voluntario son los 18 años.

1.4.2.3 El protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil

Un número cada vez mayor de niños de todo el mundo es víctima del abuso y la explotación. Unos 30 millones de niños, por ejemplo, caen en manos de los traficantes de niños. Para ayudar a salvaguardar el derecho de los niños a la protección contra tales abusos, el protocolo facultativo requiere que los estados tomen medidas jurídicas y administrativas destinadas a prevenir la venta, el tráfico y la explotación sexual de los niños incluidas la prostitución y la pornografía infantil, e imponer castigos por tales delitos. El protocolo facultativo alienta la cooperación internacional para hacer frente al carácter inter-fronterizo de esos delitos. Los estados se comprometen a asistir a los niños que hayan sido víctimas de los delitos de este tipo, concentrándose en el interés superior de los niños, y a informar a las

comunidades y los niños acerca de tales cuestiones.

1.4.3 Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)

En 1980, el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas, Venezuela, formuló varios principios básicos que, a su entender, debían quedar reflejados en un conjunto de reglas que habían de elaborarse para la administración de justicia de menores a fin de proteger los derechos humanos fundamentales de los menores que se encontraran en dificultades con la justicia.

Esas reglas podrían luego servir de modelo a los estados miembros de las Naciones Unidas en relación con el tratamiento de los delincuentes juveniles. El congreso recomendó que se pidiera al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, órgano permanente del Consejo Económico y Social, que elaborara las reglas.

En los años siguientes, el comité en colaboración con el Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para la Defensa Social, los institutos regionales de las Naciones Unidas y la Secretaría de las Naciones, formuló un proyecto de reglas mínimas las cuales fueron aprobadas en principio en las reuniones preparatorias regionales para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y una Reunión Preparatoria Interregional, celebrada en Beijing (China) del 14 al 18 de mayo de 1984, las enmendó y aprobó.

Con las reglas, adaptadas a las aspiraciones y al espíritu de los sistemas de justicia de menores de todo el mundo, sistemas que funcionan en el marco de condiciones nacionales y estructuras jurídicas diferentes, se estableció lo que se aceptó que constituía un principio general y una práctica satisfactorios para la administración de la justicia de menores. Las reglas representan las condiciones mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para el tratamiento de los delincuentes juveniles en todo el sistema de tratamiento de esas personas.

En conclusión, estas reglas, se refieren a la aplicación de los derechos y procedimientos

en el tratamiento de los jóvenes delincuentes, desde el momento en que se inicia su juzgamiento, hasta el momento en que egresan del centro en que fueron internados; es decir, que abarca las fases del juicio y del cumplimiento de la medida impuesta, ya que el hecho de que se presuma como autor de un hecho ilegal, no implica que no se le trate con respeto y dignidad. Se divide en seis partes y contiene un total de 30 Artículos, aunque no se les llama de esa forma.

La primera parte se refiere a los principios generales, con el siguiente contenido: a) orientaciones fundamentales; b) alcance de las reglas y definiciones utilizadas; c) ampliación del ámbito de aplicación de las reglas; d) mayoría de edad penal; e) objetivos de la justicia de menores; f) alcances de las facultades discrecionales; g) derechos de los menores; h) protección de la intimidad; i) cláusulas de salvedad.

La segunda parte se refiere a la investigación y procesamiento, y contiene: a) primer contacto; b) remisión de casos; c) especialización policial; d) prisión preventiva.

La tercera parte se refiere a la sentencia y la resolución, y su contenido es: a) autoridad competente para dictar sentencia; b) asesoramiento jurídico y derechos de los padres y tutores; c) informes sobre investigaciones sociales; d) principios rectores de la sentencia y la resolución; e) pluralidad de medidas resolutorias; f) carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios; g) prevención de demoras innecesarias; h) registros; i) necesidad de personal especializado y capacitado.

La cuarta parte trata lo relativo al tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios, y contiene: a) ejecución efectiva de la resolución; b) prestación de asistencia; c) motivación de voluntarios; d) movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

La quinta parte hace referencia al tratamiento en establecimientos penitenciarios, y contiene lo siguiente: a) objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios; b) aplicación de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas; c) frecuente y pronta concesión de la libertad condicional; d) sistemas intermedios.

Y la sexta parte se refiere a investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas, y contiene un solo subtema que se llama la investigación como base de la planificación y de la formulación, y la evaluación de políticas.

1.4.4 La declaración de las naciones unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional (1986)

En el antecedente inmediato de los preceptos que en materia de adopción se contemplan en la Convención de los Derechos del Niño, esta declaración fue también base de las directrices de Brighton para la adopción internacional que fueron preparadas por organismos no gubernamentales y que se confirmaron en Hong Kong en 1996.

La Declaración de las Naciones Unidas de 1986, establece en su Artículo 17: Cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia.

Asimismo, la declaración en cita establece dos consideraciones fundamentales:

1.4.4.1 Asegurar que todo el que resulte involucrado de modo directo en el proceso de adopción se encuentre debidamente asesorado; y

1.4.4.2 Asegurar que se lleve a cabo el seguimiento de la relación entre el niño y los futuros padres adoptivos antes de que se realice la adopción.

Adicionalmente, subraya la importancia de evitar los secuestros de niños, impedir que se obtengan beneficios financieros como resultado de la adopción y proteger los intereses jurídicos y sociales del niño.

Así mismo, cabe destacar que las directrices de Brighton para la adopción internacional,

se aprobaron en 1982, encuentran su fundamento en el borrador de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la adopción y la colocación en hogares de guarda, y se elaboraron por una serie de organizaciones no gubernamentales entre las cuales cabe mencionar: el Consejo Internacional de Bienestar Social (ICSW), el Servicio Social Internacional (SSI), así como el Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas. Después de su revisión, se confirmaron 14 años después de su aprobación.

1.5 Instrumentos de protección de los derechos del niño a nivel nacional

1.5.1 Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala desde el Artículo 1 hasta el 106 regula los derechos humanos y la obligación del estado de garantizarle a todos los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. No obstante en forma específica no se refiere a los niños o niñas, y ello es lógico, porque los niños también son personas y la constitución no hace distinción de ninguna naturaleza al referirse a los derechos humanos de las personas, por lo cual también protegen a los niños, niñas y jóvenes.

Todos los Artículos en consecuencia también protegen a los niños, pero los más claros son el 3 y el 4 que establecen: El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

Como se ve, al referirse a los derechos lo hace refiriéndose a la persona o seres humanos, dentro de los cuales también lógicamente están los niños.

El único Artículo que sí menciona directamente a los niños, es el 20 que dice: Los

menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia.

1.5.2 Código penal

El único Artículo que se refiere a los niños, considerando como tales a los menores de 18 años cumplidos, es el 23 en el inciso 10 al preceptuar que: No es imputable; 1º. El menor de edad.

Comparando tal Artículo con el 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es lógico, porque la misma dice que son inimputables, y que serán atendidos por instituciones y personal especializado.

1.5.3 Código civil

También protege a la niñez, en los artículos siguientes: Artículo 1. (Personalidad). La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad. Este protege al niño porque le otorga personalidad desde que nace, e incluso desde que ha sido concebido. El Artículo 4 se refiere al nombre y la posibilidad de cambio de nombre. Sin embargo, también por su falta de discernimiento, regula en el Artículo 8 que: La adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad, los que han cumplido dieciocho años. Los menores de edad que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

En el Título II del Libro I, referente a la familia, también contiene disposiciones que protegen al niño, previendo la posibilidad de que los niños se queden huérfanos regula la adopción y la tutela.

1.5.4 Código de menores

Debido a que el Código de Menores ha dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la adolescencia, actualmente se encuentra vigente la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia según Decreto Número 27-2003, la cual mencionaremos a continuación:

1.5.5 Ley de protección integral de la niñez y adolescencia

Como hemos mencionado, debido a que el Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República, dejó de ser efectivo con respecto a promover el desarrollo integral de la niñez, a partir del dos de junio del 2003 se encuentra vigente la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, la cual según establece en su Artículo 1: es un instrumento jurídico de integración familiar que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez guatemalteca dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos, teniendo por objeto garantizar el pleno goce de los derechos y libertades de la niñez y adolescencia guatemalteca, así como proteger su salud física, mental y moral, y regular su conducta cuando violen la ley.

Dicha ley tiene como fin el interés superior del niño así como el de la familia, manifestando que el mismo tiene derecho a la vida, a la igualdad, a la integridad personal, a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición, el derecho a la familia y a la adopción, el derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud, derecho a la educación, cultura y recreación, derecho a la protección de la niñez y adolescencia con discapacidad, así como el derecho a la protección contra el tráfico ilegal, la sustracción, secuestro, venta y trata de niños.

En fin, esta ley tiene como objetivo actuar en contra de cualquier acto o persona que atente contra los derechos de los niños y jóvenes.

1.6 Instrumentos de protección de la adopción internacional

1.6.1 Código de Bustamante

En el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado, se regula lo relativo a la adopción internacional, estableciendo que la misma se rige de acuerdo a la ley personal de cada uno de los interesados y que todo lo relativo a la misma es de orden público internacional. (Artículos del 73 al 77)

1.6.2 La convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional

Independientemente de que en la década de los 80 se generó un marco normativo de gran trascendencia como la Convención sobre los Derechos del Niño, el incremento notable de las adopciones trajo como consecuencia diversos problemas de índole legal, social y psicológico. En este escenario, la Conferencia de La Haya elaboró en 1993, la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

En gran medida esta convención retoma los principios previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 20-21): el interés superior del niño, la subsidiariedad de la adopción y la comunicación y cooperación entre las autoridades del país de origen de los niños y las autoridades del país de su recepción.

El proceso de gestión de la convención tomó varios años de preparación científica y organizativa, seguida de nueve semanas de negociaciones a lo largo de cuatro años. Finalmente, la convención fue suscrita por 66 estados, el 29 de mayo de 1993. El instrumento fue firmado con esa fecha, por los representantes de México, Brasil, Costa Rica y Rumania.

Al mes de abril del 2001, son estados parte de este convenio 41 países: 23 estados miembros de la Conferencia de La Haya y 18 estados no miembros de la conferencia

(adhesiones). Se distinguen principalmente 10 países de origen de los menores y 31 países de recepción de menores.

El texto de la convención señala en su Artículo 1º. el objeto del convenio:

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

“El principio del interés superior del niño, implica que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”¹

Instaurar un sistema de cooperación implica contar con normas de carácter procesal y sobre cooperación administrativa para encausar las relaciones entre los estados de que son originarios los niños y los estados de acogida, con el fin de obtener adopciones regulares y asegurar el respeto de los niños. En ese marco, regula con detalle el traslado de niños que tienen su residencia habitual en un estado parte, a otro estado parte, de residencia habitual de los adoptantes, ya sea en adopción o con miras a su adopción.

Asimismo, los estados parte se comprometen a reconocer las adopciones relacionadas con apego a la convención incorporando la figura de la autoridad central, cuya función básica es velar por el cumplimiento de todos los requisitos considerados indispensables para la protección de los derechos de los niños relacionados por una adopción internacional. Este medio de relación entre

¹ Calvento Solari, Ubaldino, La convención sobre los derechos del niño y la adopción internacional, pág. 6.

los estados se agrega y en buena parte sustituye a las tradicionales vías de cooperación, diplomática, consular, judicial y particular.

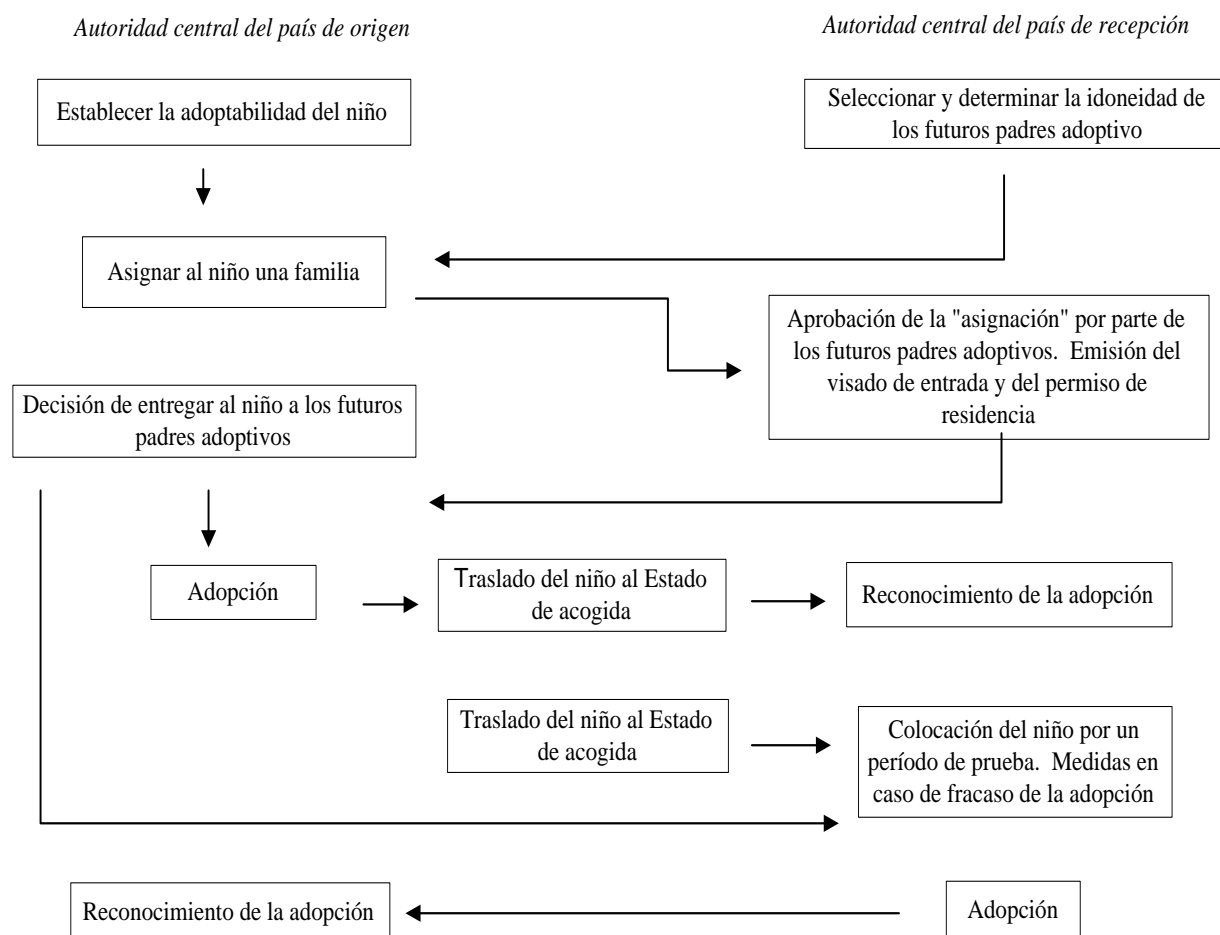
Las autoridades centrales son el principal agente de la cooperación entre los estados contratantes, su naturaleza es administrativa y no jurisdiccional, se encuentra ubicada dentro del poder ejecutivo y tiene como función, entre otras, cooperar con las autoridades judiciales.

De conformidad con la Convención de La Haya, la autoridad central ejerce algunas funciones en forma privativa, compartiendo otras con autoridades y organismos que prevé: autoridades competentes, autoridades públicas y organismos acreditados (Artículos 4, 5, 7, 8 y 9).

También prevé por vía de excepción, la participación de otros colaboradores, personas u organismos no acreditados (Artículo 22 Inciso 2) los que bajo ciertas condiciones, pueden ejercer las funciones conferidas a las autoridades centrales por los Artículos 15 al 21 del convenio.

El Artículo 22 fue ampliamente discutido en las reuniones de la comisión española, las diferencias que existen entre los estados explica la situación dada al problema de si las obligaciones impuestas por el convenio a cada estado contratante pueden ser desarrolladas directamente por la autoridad central o si pueden ser ejercitadas también a través de otras autoridades competentes u organismos debidamente acreditados en el estado. Por ello se propuso que cada estado contratante decidiera por si mismo si las obligaciones impuestas a las autoridades centrales son, en todo caso, el principal agente de cooperación entre los estados contratantes. Se acordó no obstante, que determinadas funciones deben de desarrollarse por las autoridades centrales directamente (Artículo 7) y que otras pueden delegarse (Artículos 8 y 9).

Se presenta de manera esquemática las funciones de las autoridades centrales de origen y recepción de los niños según la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (véase cuadro).



Podemos entonces constatar que la Convención de La Haya de 1993 es un instrumento que mejora mucho la protección y el respeto de los derechos del niño en el marco de la adopción internacional.

Ahora, tienen todos la responsabilidad – gobiernos, ONGs, agencias de adopción, profesionales –de actuar para poner en marcha su implementación; conocer mejor y promover la CLH; crear los mecanismos necesarios; capacitar el personal involucrado en el procedimiento que lleva a la adopción de un niño para que lo haga con competencia y ética; luchar contra la burocracia y su lentitud; luchar contra los abusos, el tráfico, la corrupción y las ganancias indebidas en el marco de la adopción; reflexionar sobre nuestras prácticas para ir mejorando el respeto de los derechos de los niños desamparados y de su familia biológica.

1.6.3 Convenio de La Haya

El Convenio de La Haya tiene un mayor éxito de participación en cuanto que son estados parte más de 50 países. La nota más relevante de este convenio, es su carácter fáctico en cuanto que sólo establece un sistema de cooperación de autoridades y una acción de devolución inmediata de la o del menor al país del cual ha sido sustraído, sin entrar en la cuestión de fondo de derecho de custodia (Art. 19). Es por ello que establece que si la autoridad judicial tiene conocimiento del traslado ilícito no podrá decidir sobre la custodia como cuestión de fondo, hasta que se haya determinado que el menor o la menor no tiene que ser restituida de conformidad con lo dispuesto en el presente convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del convenio (Art. 16).

Así pues, el convenio no se desarrolla a partir del exequátur, sino que elige un camino directo para lograr su finalidad, que como señala su Artículo 1º. es la de garantizar la restitución inmediata de las o los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante, y velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los estados contratantes, se respeten en los demás.

El cumplimiento de las obligaciones del convenio, se encargan a las autoridades centrales. Estas deberán, entre otras tareas, localizar al menor o a la menor, prevenir que no sufra daños y garantizar su restitución (Art. 7). Para ello se requiere que la persona o institución que sostiene que el menor o la menor ha sido objeto de traslado ilícito, pueda dirigirse a esas autoridades presentando una solicitud en la que conste la información relativa a la identidad de la persona demandante de la o del menor y de la persona que se alega que lo ha sustraído, los motivos para reclamar su restitución y toda la información disponible sobre la localización de la o del menor y la identidad de la persona que se supone está con él (Art. 8).

Cabe señalar también que el convenio establece causas para denegar la restitución, como es que no lo permitan los principios fundamentales del estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (Art. 20), que la persona que se hacía cargo del o de la menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia, o había consentido o

posteriormente aceptado el traslado o retención, el que exista grave riesgo de que la restitución exponga al niño o a la niña a un peligro físico o psíquico y el que el menor o la menor se oponga a su restitución, bien entendido que en este caso el o la menor ha debido alcanzar una edad y un grado de madurez, en que pueden tenerse en consideración sus opiniones (Art. 13).

En cuanto a los criterios de aplicación del convenio, destaca la delimitación autónoma, como ya hacía el Tratado de Luxemburgo, del concepto de traslado ilícito. En concreto las condiciones que deben de cumplirse son:

- Que se trate de un menor o de una menor de 16 años con residencia habitual en un estado contratante en el momento de la sustracción ilegal (Art. 4).
- Se aplica entre estados parte: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bélgica, Belice, Bielorrusa, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Fiji, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña, Grecia, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Antigua República de Macedonia, Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turkmenistán, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Zimbawe.
- Que se produzca un traslado o retención que se considere ilícito, lo que ocurrirá (Art. 3):
- Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una instrucción o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el estado en el que el o la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Este es el marco convencional en el que se desarrolla en la actualidad este delicado problema. Es evidente que los instrumentos convencionales presentan problemas, algunos de ellos graves, y que una de las asignaturas pendientes es la de su falta de operatividad para abordar

esta cuestión antes de que llegue a plantearse, esto es, no se logra establecer medidas preventivas. Sin embargo, debe señalarse la virtualidad de contar con un marco jurídico compacto que trata de dar respuestas satisfactorias, teniendo por objetivo primordial proteger en todo caso el interés superior del menor y de la menor.

1.6.3.1 Análisis sobre la inconstitucionalidad del decreto 50-2002 del congreso de la república sobre el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional

La inconstitucionalidad sobre el Decreto 50-2002 del Congreso de la República emitido el 3 de agosto del año 2002, se basó fundamentalmente en la violación a los Artículos 171 literal l) y 183 literales k) y o) de la Constitución Política de la República de Guatemala, los cuales procederemos a analizar:

Artículo 171, literal l): son atribuciones específicas del congreso:...l) aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios, o cualquier arreglo internacional... Sin embargo, el 2°. Considerando del Decreto 50-2002, establece: que el Estado de Guatemala suscribió el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, pero que el Congreso de la República únicamente puede ejercer su atribución de aprobar tratados y convenios, cuando hayan sido celebrados o suscritos por el Presidente de la República y en representación del Estado de Guatemala; contrario sensu, el congreso no puede aprobar un convenio o un tratado internacional que no haya sido celebrado o suscrito por el Ejecutivo.

En el presente caso, Guatemala no participó en la décimoséptima sesión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado y tampoco suscribió el convenio como lo estableció el Congreso de la República, por lo que Guatemala no es parte del mismo. Además, el Artículo 12 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su parte conducente dice: el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado se manifestará por la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto... y la RESERVA que Guatemala hizo a ese artículo en el instrumento de su ratificación en su parte conducente dice: para Guatemala la firma o rúbrica de un tratado por parte de su representante, deberá entenderse

que es siempre ad referendum, sujetos en uno u otro caso a confirmación por parte de su gobierno. Por lo tanto, la firma o rúbrica a la que se alude en la transcripción, en este caso nunca se efectuó. Se corrobora y ratifica, que el Congreso de la República solamente por mandato constitucional puede aprobar un tratado o convenio cuando haya sido firmado por el Presidente de la República.

Artículo 183 literal k): El Presidente de la República sólo puede someter a la consideración del congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional....

Artículo 183 literal o): Son funciones del Presidente de la República: ...o) Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.

Al no suscribir el Estado de Guatemala el convenio en mención, únicamente le quedaba la vía de la adhesión; sin embargo, aunque el derecho internacional y en la práctica internacional, la adhesión es una forma comúnmente aceptada, la Constitución Política de la República de Guatemala NO CONTEMPLA LA ADHESIÓN dentro de las funciones del Presidente de la República ni faculta al congreso a aprobar un convenio al que Guatemala únicamente podría adherirse. Por lo tanto, el Estado de Guatemala no podía adherirse al Convenio de La Haya porque nuestra Constitución Política tampoco contempla la adhesión en forma expresa en el Artículo 149 constitucional.

El Artículo 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala, expresa que: Guatemala normará sus relaciones con otros estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y de la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

Cuando la República de Guatemala ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptada en 1969, formuló la EXPRESA RESERVA al Artículo 11 que dice: Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituya un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión o en cualquiera otra forma que se hubiere convenido.

El instrumento de ratificación de la Convención de Viena expresamente declaró: Artículo 2...Inciso b) respecto a la reserva II, formulada en la misma oportunidad y relativa a que la República de Guatemala, no aplicará los Artículos 11, 12, 25 y 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados por ser contrarios a la Constitución Política de la República de Guatemala, expresa: b. II) que así mismo confirma dicha reserva en cuanto a la NO APLICACIÓN de los Artículos 11 y 12 de la convención. El consentimiento de Guatemala para obligarse por un tratado se encuentra sujeto al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en su Constitución Política, por lo que en forma voluntaria y expresa el Estado de Guatemala excluyó los efectos jurídicos del procedimiento de adhesión como norma suplementaria de Derecho Internacional, razón por la cual la única vía para que Guatemala pudiera formar parte de un tratado, debido a esa reserva expresa era la ratificación constitucionalmente establecida.

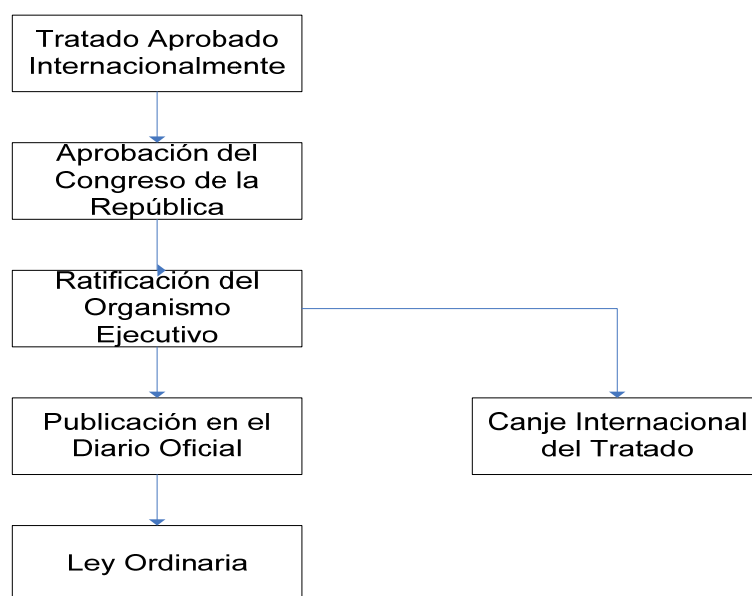
Luego de la impugnación al Decreto 50-2002, finalmente la Corte de Constitucionalidad basada en el análisis realizado a los Artículos 171 inciso l) y 183 incisos k) y o) de la Constitución Política de la República de Guatemala, consideró que la aprobación por parte del Congreso de la República del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, infringió los Artículos mencionados por haber aprobado una convención que no fue suscrita en ningún momento por Guatemala y que como consecuencia no podría ser ratificada, y a la que Guatemala tampoco podía adherirse por la reserva hecha al Artículo 11 de la Convención de Viena que, como norma de derecho internacional es una norma suplementaria a nuestra constitución pero que no puede aplicarse por haber quedado excluidos sus efectos jurídicos y porque ninguna norma constitucional legisla en forma expresa el mecanismo de la adhesión a los convenios o tratados internacionales. Así mismo, los tratados o

convenios internacionales pueden tener efectos en Guatemala, sólo si son aprobados por el Congreso de la República; aprobación que deberá realizarse a través de la emisión de una ley ordinaria (sujeta a los requisitos de formación y sanción contemplados en la Constitución de Guatemala), pues de lo contrario no podría obligar a los habitantes del país quienes, por mandato del Artículo 5 constitucional **NO ESTÁN OBLIGADOS A ACATAR ORDENES QUE NO ESTÉN BASADAS EN LEY Y EMITIDAS CONFORME A ELLA.**

Las relaciones internacionales del Estado de Guatemala se abordan fundamentalmente por los principios emanados en los Artículos 149, 151, 171 inciso l) y 183 inciso o).

La definición y el régimen jurídico de los tratados internacionales están formulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 25 de mayo de 1969 (ley vigente en Guatemala), y sus reglas son de carácter supletorio, por lo que la Convención de Viena constituye el marco legal en materia de formulación, ejecución y extinción de los tratados internacionales.

Sistema de incorporación de los tratados y convenios internacionales al sistema jurídico guatemalteco



1.6.4 Convención sobre aspectos civiles de secuestro internacional de menores

El secuestro internacional de menores o legal kidnapping es un fenómeno que desgraciadamente, se produce con mucha frecuencia y que en la actualidad está marcado en múltiples ocasiones, por el conflicto de civilizaciones. Las peculiares estructuras familiares de sociedades lejanas a las occidentales como las islámicas, presididas por una fuerte jerarquización caracterizada por la preeminencia del padre, así como por la imposición de que las hijas y los hijos han de ser educados en la religión islámica de su progenitor masculino, junto con el establecimiento de unas complejas y para nosotros, desconocidas relaciones paternofiliales, hacen que con frecuencia los tribunales favorezcan en materia de custodia del niño o de la niña, al padre o madre nacional, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor o a la menor a su país de origen. No obstante debe aclararse que otras muchas ocasiones, el secuestro no tiene su origen en el choque multicultural.

En realidad, no se puede señalar una única causa de este complejo problema, sino que la concatenación de diferentes factores es la que ha propiciado que el número de casos sea muy elevado; como elevado es el número de matrimonios o uniones mixtas entre personas de diferente nacionalidad que cuando entran en crisis, forman un caldo de cultivo especialmente propio para que se produzca el traslado ilegal del hijo o hija común. Además el desarrollo de los medios de comunicación así como la reducción de trámites para cruzar fronteras, basta pensar en el espacio de la Unión Europea, y el ejercicio del derecho de visita, que de ipso es un momento especialmente idóneo para realizar esta acción, favorecen el traslado del menor o de la menor.

En los últimos años se ha producido un incremento del secuestro internacional de menores por uno de los padres. La conducta descrita ha sido favorecida por distintos factores de carácter internacional, tales como:

- a) El gran desarrollo del transporte y las comunicaciones internacionales, que han facilitado un intercambio de personas en el ámbito internacional.
- b) La facilidad con que hoy se cruzan las fronteras de los estados, ya sea por la supresión de la utilización de visas mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, así como también por la

existencia de un menor control de los pasaportes en las fronteras, favorecido por la creación de zonas de integración económica, cuya finalidad es la de permitir la libre circulación de las personas físicas pertenecientes a los estados que la componen.

- c) Asimismo podríamos destacar como un tercer factor las posibilidades de crecimiento o desarrollo que pueden adquirir las personas en otros estados que tienen un nivel de vida mayor.

Estos factores han permitido la creación de la llamada familia internacional, en la cual existe un elemento eminentemente internacional, ya sea por la nacionalidad de sus miembros, por el lugar de su residencia habitual, domicilio, etc. Ello hace necesario la aplicación de las normas de derecho internacional privado a fin que a través de estas se solucionen problemas de esa naturaleza.

Uno de los aspectos más importantes que se plantean en el orden internacional es el efecto del traslado o retención ilícita de un menor por uno de los padres o de algún familiar. Los estudios llevados a cabo por especialistas destacados en la materia, comprobaron que la verdadera víctima de un traslado o retención ilícita es el menor. Este sufre la intempestiva ruptura de su estabilidad, la traumática pérdida del contacto con el otro padre y su núcleo familiar, la necesidad de adaptarse a un lenguaje y condiciones culturales distintas, maestros, parientes, etc. La tendencia moderna supone esta presunción, resaltando los especialistas que lo más importante para un menor es la estabilidad que permite al mismo alcanzar un normal desarrollo en su vida.

Es importante destacar que uno de los problemas que se produce ante un secuestro de un menor, es el tiempo que va desde el traslado o retención ilícita hasta que se presenta la restitución. Es aquí donde se producen los efectos dañinos sobre el menor, así como el hecho que cuanto más dure el proceso de restitución se favorece al padre secuestrador, pues será más difícil para el tribunal ordenar la restitución del menor a su residencia habitual, en razón del arraigo de éste a su nueva situación familiar y social.

Por lo precedente y para proteger al menor que es secuestrado por uno de sus padres, el

Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores forma parte de un conjunto mayor de tratados internacionales que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Igualmente impone a los estados contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor, de acuerdo con las leyes internas de cada país. Para conocer más sobre dicho convenio, más adelante abordaremos todo lo relacionado con el procedimiento, la importancia del respeto del convenio por parte de los estados contratantes, así como el carácter de defensores del interés del menor que ha sido sustraído o retenido ilícitamente de su residencia habitual por parte de uno de sus padres.

1.6.5 Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores

La realidad doméstica de los fracasos matrimoniales, ya de por sí conflictiva, se agrava cuando el matrimonio posee contactos con diversos territorios. La facilidad y celeridad del transporte internacional independiente, facilitan el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejano, como la migración hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida. Ante el conflicto matrimonial el padre o madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia (custodia).

El desconocimiento de ese traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción. La comisión de delitos aberrantes como el robo de niños o la búsqueda de jurisdicciones que permitan consolidar situaciones jurídicas irregulares con referencia a la custodia de menores, obligan a perfeccionar instrumentos que permitan la rápida localización de los menores y se vuelva a su centro de vida, sin perjuicio de la necesaria y justa represión de los actos delictivos.

Para regular lo relativo al derecho de custodia y de visita, en 1984 se firmó en La Paz, Bolivia, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Adopción

Internacional (CIDIP III), la cual fue ratificada por México, Colombia, Brasil y Bolivia.

La presente convención trata lo referente a la restitución de menores que han sido trasladados o retenidos ilegalmente. De acuerdo al Artículo 1, se tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier estado a un estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Así como hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Para comprender lo que antecede, es necesario dejar plasmado que se entiende por el derecho de custodia y el derecho de visita a un menor de edad:

- El derecho de custodia o guarda: Comprende el derecho relativo al cuidado del menor, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- El derecho de visita: Comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Así mismo, la convención no se refiere al conflicto de leyes aplicables en el tiempo o el espacio, ni a la validez de las resoluciones judiciales o administrativas de un estado en el territorio de otro; tampoco al derecho, conferido o no, de custodia de uno u otro progenitor. Tiene como fin específico garantizar el retorno inmediato del niño o niña retenido mediante uso de fuerza o intimidación y que dejó indefenso a uno de los progenitores para gozar del derecho sea de visita o de custodia.

1.6.6 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Entendemos que la sustracción internacional de menores de edad tiene como propósito impedir el derecho de visita o custodia a uno de los progenitores, mediante la sustracción por parte del progenitor u otro miembro de la familia, al niño o niña fuera del estado en donde residen habitualmente. Tratando además de obtener ventajas en el país de destino del traslado, sean estas de orden judicial o administrativas, para impedir el retorno forzado, impidiendo de esa forma la

relación del hijo con el progenitor custodio en forma absoluta (secuestro internacional) o dificultarla en forma extraordinaria (sustracción internacional).

Por otro lado, en el contexto de esta normativa internacional, se entiende como sustracción internacional de menores:

- a) El traslado o la retención de un menor cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, ya sea atribuido de pleno derecho o ya lo sea por decisión judicial o administrativa o por un acuerdo vigente según el derecho de un estado.
- b) Cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya tiene su origen en una propuesta canadiense en el año 1976. Dicha propuesta consistió en la creación de una organización que se ocupara de dar una solución a los innumerables casos de menores trasladados o retenidos ilícitamente en el extranjero por uno de los padres. Desde el año 1976 hasta 1980, la oficina permanente de la Conferencia de La Haya envió a los estados miembros cuestionarios sobre el tema referido, con el objeto de que fueran analizados.

Teniendo en cuenta las respuestas brindadas por los estados miembros, la conferencia preparó un informe con aquellos puntos que consideró importantes y organizó dos reuniones de expertos de los estados miembros en derecho de familia, para que elaboraran un proyecto de convenio.

En las reuniones se estudiaron y discutieron los puntos principales y sus posibles soluciones, elaborándose un proyecto de convenio que fue negociado y firmado en las sesiones de la Conferencia de Derecho Internacional Privado del 14 al 25 de octubre de 1980.

Los estados contratantes son los siguientes: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Belice, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Canadá, Chile, Chipre, Croacia, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Honduras, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Luxemburgo, Mauricio, Ex. República de Yugoslavia República de Macedonia, México, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Saint Kitts y Nevis, Slovenia, Suecia y Suiza.

En cuanto a la finalidad del convenio, la misma se encuentra establecida en el Artículo 1 del capítulo I: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; y b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los demás estados contratantes.

El Convenio de La Haya tiende a solucionar aquellas situaciones que derivan del uso de la fuerza para el establecimiento de jurisdicciones artificiales a nivel internacional, con el propósito de obtener una sentencia de tenencia a favor del padre secuestrador. El uso de la fuerza por uno de los padres está signado por uno de los dos elementos que a continuación se señalan:

- a. Traslado ilícito del menor desde su residencia habitual a otro estado contratante o bien la negación de restituir al menor cuando ha salido con un permiso temporario (vacaciones, visita a familiares).
- b. El segundo aspecto consiste en que la persona que traslada o retiene ilícitamente a un menor, desea obtener una sentencia de custodia de las autoridades judiciales o administrativas del estado hacia donde llevó al menor, con el objeto de legalizar su accionar.

Es evidente que es éste uno de los aspectos que el Convenio de La Haya trata de evitar, pues el padre que solicita la restitución siempre estará en desventaja respecto del otro que se llevó al menor, toda vez que este último habrá elegido el foro que más le convenga a sus pretensiones de obtener una sentencia de custodia, pese a la situación ilícita que ha provocado.

En consecuencia el problema que trata el convenio –sin perjuicio del drama existente en la

situación de hecho-, es combatir la posibilidad de que los individuos puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca (*forum conveniens*), pues, de admitirse esta decisión, nos encontraremos con otra decisión coexistente dictada por el foro de la residencia habitual del menor con un efecto contrario a la primera. Ambas decisiones tendrán una validez espacial limitada y contrapuesta, quedando legalizada una situación fáctica que ninguno de los dos sistemas legales involucrados deseó.

Lo expuesto reafirma las dificultades que se plantearon a nivel de la conferencia cuando se trató de establecer una norma directa de jurisdicción en el convenio y, en razón de ello, se fijó una regla indirecta eligiendo a los jueces de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícita como competentes para resolver sobre el fondo de la cuestión.

Se entiende que serán ellos los que se encuentran en la mejor posición para decidir sobre los derechos de custodia o visita, ya que por ubicarse en el lugar donde el menor vive, les será más fácil obtener toda la prueba que sea necesaria para decidir sobre la vida que llevaba el menor hasta el momento del conflicto, y la potencial aptitud de cada uno de los padres para cuidar de su persona.

Entonces, el objeto del tratado presenta dos aspectos, mientras la inmediata restitución del menor responde al deseo de restablecer una situación unilateral y forzosamente alterada por el secuestrador. Por otro lado, se apunta a prevenir este tipo de situaciones que, mediante el respeto de los derechos de custodia y visita dispuestos por uno de los estados contratantes.

Por lo antes expuesto, surge que la finalidad del convenio consiste entonces en restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita (restaurar el *status quo*), mediante la restitución inmediata del menor a su residencia habitual por parte de las autoridades judiciales o administrativas del estado de refugio. Todo lo relativo a los instrumentos de protección de los menores de edad, a nivel internacional podemos verlo de manera más detallada en los anexos incluidos en el presente trabajo, en el cual se establecen los principios, directrices y mecanismos concernientes a cada convenio.

CAPÍTULO II

2. Derechos humanos

2.1 Definición

Definir los derechos humanos es una tarea compleja debido principalmente a que se trata de una materia que es objeto de estudio por parte de diferentes disciplinas, entre las cuales se encuentran la filosofía, el derecho, la sociología, etc. En consecuencia, antes de pensar en contar con una definición exacta sobre lo que debe entenderse por derechos humanos, resulta más práctico plantear una definición de alcance general, que permita expresar las ideas sustanciales que se encuentran detrás de dicha denominación. En este sentido, se pueden definir los derechos humanos como el conjunto de facultades inherentes a la persona para su desarrollo como tal y su desenvolvimiento en la sociedad, los mismos que manifiestan o plasman los requerimientos de los hombres y mujeres por la vigencia, respeto y protección de su dignidad, libertad e igualdad.

De acuerdo a la información obtenida, encontramos diversas definiciones en relación a los derechos humanos, de las cuales plasmamos algunas a continuación.

Los derechos humanos son: “la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del estado en caso de infracción.”²

Así mismo, se ofrece una definición que busca abarcar los diferentes matices del concepto de derechos humanos, entregando un concepto desde un punto de vista objetivo y otro desde un punto de vista subjetivo, veamos:

Desde el punto de vista objetivo, los derechos humanos son: “el conjunto de normas de un

² Peces-Barba, Gregorio, Derechos fundamentales, pág. 63.

ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima el estado social y democrático del derecho.”³

Desde el punto de vista subjetivo los define como: “aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.”⁴

Por otra parte, se señala una definición teórica puramente formal de derechos humanos, la cual sostiene que: “son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o capaces de obrar.”⁵

Los derechos humanos son: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”⁶

“Los derechos humanos son aquellos derechos fundamentales de la persona humana – consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a esta en razón de su propia naturaleza y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y

³ Ibídem, pág. 469.

⁴ Ibídem, pág. 470.

⁵ Ferralóji, Luigi, Derechos y garantías, la ley del más débil, pág. 37.

⁶ Pérez Luño, Antonio, Delimitación conceptual de los derechos humanos en la obra colectiva: los derechos humanos significación, estatuto jurídico y sistema, págs. 14 y 15.

toda norma jurídica positiva, cediendo; no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común.”⁷

Los derechos humanos son: “el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.”⁸

“Los derechos humanos son los que están unidos a todos los seres humanos y no se separan, son los derechos fundamentales del hombre como una conquista al poder público, o sea aquellos a los que el pueblo tiene derecho ante cualquier gobierno del mundo por el solo hecho de haber nacido como seres humanos (hombres o mujeres).”⁹

“Los derechos humanos y libertades fundamentales son los definidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos.”¹⁰

Finalmente, podemos definir a los derechos humanos como un conjunto de principios, valores y normas, universales e inviolables, que orientan el comportamiento del hombre en sociedad, indicándole aquello que pueda hacer o lo que debe respetar (deberes y derechos).

2.2 Fundamentación

Partiremos por establecer que se entiende por fundamento de los derechos humanos la realidad o realidades, de carácter social o inter-subjetivo, que proporcionan a los derechos humanos la consistencia necesaria para que puedan ser reconocidos, respetados y promovidos en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente y puedan proyectarse hacia un desarrollo siempre abierto y perfectible. Esa realidad no es otra que el valor social fundamental de la dignidad de la persona humana.

⁷ Castán, Tobeñas, José, Los derechos del hombre, págs. 13 y 14.

⁸ Hernández Valle, Rubén, La tutela de los derechos fundamentales, pág. 13.

⁹ De León Carpio, Ramiro, Catecismo constitucional, págs. 14 y 15.

¹⁰ Buergethal, Thomas, La protección de los derechos humanos en las américas, pág. 36.

Puesto que los derechos humanos son una realidad compleja de naturaleza ético-jurídica y política, según el ámbito al que se refiere su fundamentación, puede hablarse de diversos tipos o clases, las cuales abarcaremos a continuación:

2.2.1 Fundamentación iusnaturalista

Esta teoría sostiene la existencia de un derecho natural, consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la naturaleza humana, de donde se derivan derechos naturales como facultades que ostenta la persona como reflejo de un cierto orden normativo natural. Por lo que, para la concepción iusnaturalista el origen de los derechos humanos se encuentra en el orden jurídico natural el cual constituye expresión y participación de una naturaleza humana que es común y universal a todas las personas.

2.2.2 Fundamentación historicista

El fundamento de los derechos humanos, de acuerdo a esta concepción, no se encuentra en la naturaleza humana, sino en las necesidades sociales y las posibilidades de darles satisfacción en la sociedad. Es decir, que no existe más fundamento de los derechos que la praxis histórico-social, lo que otorga un fundamento de carácter relativo y circunstancial.

En todo caso, al referirse a necesidades humanas, implica considerar la naturaleza humana que las genera y por tanto, el fundamento de las necesidades tendría que ser incluido en el conjunto que remita a aquella su naturaleza.

2.2.3 Fundamentación positivista

El positivismo centra su fundamento exclusivo en el estado, en el derecho estatal o en la voluntad del poder estatal (voluntad de los gobernantes). Aquí no hay fundamento en la naturaleza humana, no hay valores, no hay ética, no hay ideal de derecho.

Esta concepción se distingue esencialmente porque concibe el derecho como una forma de

organización social basada en normas jurídicas positivadas. Las perspectivas positivistas sostienen que el derecho es tal si se encuentra en una norma positiva vigente con justificación propia separada de justificaciones morales o valóricas. Es decir, que los derechos humanos serían los que cada ordenamiento jurídico positivo asigna voluntaria y discrecionalmente a las personas. Rechaza la afirmación iusnaturalista de que el derecho es esencialmente moral y que los enunciados jurídicos son enunciados con contenido de valores y de contenidos éticos o morales que justifiquen la regla de derecho positivo.

Para concluir el presente tema, debemos dejar en claro que si bien es cierto que la fundamentación no garantiza la vigencia de los derechos humanos, su falta sí los coloca en el umbral de la incertidumbre al quedar al arbitrio de las cambiantes circunstancias y de los caprichos del gobernante, el reconocimiento o la conculcación de esos derechos.

2.3 Generaciones

La historia de los derechos humanos está constituida por una serie de decretos, cartas, actas y declaraciones que comienzan a tener una periodicidad continuada a partir del siglo XVII y que culminan con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948. La evolución de los derechos es, sin duda, un progreso en la concepción y el sentido de las libertades humanas. Podemos decir que todos los derechos son una forma del derecho a la libertad, la cual no será posible ni real mientras carezca de unas condiciones mínimas e imprescindibles y mientras no sea un derecho garantizado y protegido para todos.

La evolución de los derechos, desde estas primeras declaraciones hasta hoy, ha permitido establecer tres etapas conocidas como tres generaciones sucesivas de derechos humanos:

2.3.1 Derechos de la primera generación

Fueron los primeros que exigió y formuló el pueblo en la asamblea nacional durante la Revolución Francesa y lo constituyen los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII. Como resultado de esas

luchas, esas exigencias fueron consagradas como auténticos derechos y difundidos internacionalmente, entre los cuales figuran:

- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domiciliar o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

Como podemos ver, esta primera generación se refiere a los derechos civiles y políticos: los derechos que garantizan las libertades individuales (de expresión, asociación, religión, etc.) y la participación política (fundamentalmente, el derecho al voto), en sí son los derechos a la libertad.

2.3.2 Derechos de la segunda generación

Son los derechos económicos, sociales y culturales. Surgen como consecuencia de las

revoluciones obreras de los siglos XIX y XX y de las distintas teorías socialistas. Así como los derechos de la primera generación consistían en la protección del individuo frente al poder del estado, estos derechos exigen una cierta intervención del estado para garantizar los bienes sociales básicos: educación, protección de la salud, trabajo, pensiones. Es decir, son los derechos a la igualdad, los cuales son:

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

En esta generación, se demanda un estado de bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que las personas los gocen de manera efectiva.

2.3.3 Derechos de la tercera generación

Han comenzado a tener relieve a partir de la segunda mitad de este siglo. Son los derechos que tratan de proteger las libertades individuales frente a las distintas poluciones que las amenazan, como consecuencia de las nuevas tecnologías y de las perversiones del sistema económico. Estamos hablando del derecho a la intimidad, el derecho a disfrutar de un aire puro, el derecho a recibir una buena información, los derechos del consumidor, el derecho a la protección del patrimonio, el derecho en general, a tener una vida de calidad. Son los derechos de la solidaridad.

“La libertad, la igualdad y la solidaridad se configuran de esta forma y a partir de las declaraciones de derechos humanos, como los valores básicos de la vida humana en sociedad. Llevarlos a la práctica, impedir que sean violados o hacer que se respeten es mucho más difícil que hacer declaraciones teóricas. Hay que decir que tampoco está hecho todo el trabajo en el terreno de las declaraciones de principios. Desde la segunda mitad de nuestro siglo han proliferado las declaraciones de los llamados derechos sectoriales: de las mujeres, de los niños, de los extranjeros. A medida que vamos descubriendo que existen colectivos especialmente excluidos y marginados, hay que reformular la declaración de principios refiriéndola a aquellos colectivos que aún no tienen plenamente reconocidos sus derechos. El trabajo de recordar aquello que ya está dicho o que se quiere ignorar parece no tener fin.”¹¹

2.4 Derechos humanos y estado de derecho

Los derechos son todas aquellas facultades inherentes a la persona humana y que el estado no crea, sino se limita a reconocer. En el caso del derecho penal, esta disciplina jurídica tiene por objeto proteger dichos bienes fundamentales, que el legislador en cumplimiento del principio de la legalidad ha determinado a través de los tipos penales, por ejemplo.

Durante mucho tiempo predominó la idea de que los bienes jurídicos indispensables eran los derechos humanos individuales. Así la lucha por protegerlos, en contra de la omnipotencia del poder estatal, dio como resultado el surgimiento de los primeros documentos que contenían garantías individuales, tal el caso de la Carta Magna de 1215, el Bill of Rights (Carta de los Derechos) y la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, lo cual originó la concepción individualista, cuyo expositor fue John Locke; para quien los hombres se reúnen en comunidad y se someten a un gobierno para mantener sus propiedades.

Es importante acotar que mientras para Locke, la libertad individual se realiza con la propiedad privada, para Rousseau, la libertad individual se funda en la voluntad general y se da con la igualdad y solidaridad social; en un mal gobierno, esta libertad solo es aparente e ilusoria, tan solo sirve para mantener al pobre en la miseria y al rico en la usurpación; de hecho las leyes

¹¹ Camps, Victoria, Los fundamentos de los derechos humanos desde la filosofía y el derecho, págs. 18, 19 y 20.

siempre son útiles a los que poseen y perjudiciales a los que nada tienen, de lo que se concluye, que el estado social solo es ventajoso para los hombres cuando todos tienen algo y cuando ninguno de ellos tiene demasiado. El pensamiento de Rousseau quedó plasmado en el lema de la Revolución Francesa de 1789 -libertad, igualdad y fraternidad-, así como en el Artículo 1º. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que claramente establecen que: los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común. Es interesante señalar que, las ideas de Locke, han prevalecido en los países desarrollados y tuvieron plena vigencia en la comunidad internacional durante mucho tiempo.

La cultura occidental, desconoció la concepción humanista de los derechos humanos y no fue sino posteriormente de concluida la Segunda Guerra Mundial y con el surgimiento de nuevos estados soberanos, que se introdujo en la comunidad internacional, una concepción más universal y humana de lo que debe entenderse por la libertad, fundada en principios de cooperación y solidaridad, quedando plasmados en distintos instrumentos internacionales de reciente promulgación, tal el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ambos emitidos en 1966. Como consecuencia de lo anterior, surge una aceptación universal de la interrelación e interdependencia de los derechos civiles y políticos, con relación a los derechos sociales.

Es a mediados del presente siglo, que se produce el hecho considerado como uno de los avances más importantes en la teoría de los derechos humanos, puesto que estos dejan de vincularse al estado frente a los individuos, considerados estos últimos en forma aislada, sino que por el contrario, al estado frente a los individuos, pero ya como una agrupación social, colectividad, comunidad o pueblos, surgiendo así el concepto de el derecho de los pueblos, el derecho a la identidad cultural, autodeterminación de los pueblos, al desarrollo social y a disponer de las propias riquezas, a la paz, a un ambiente sano, a la solidaridad, entre otros aspectos.

El compromiso del estado de garantizar el pleno goce de los derechos humanos en su territorio, lo realiza a través de la facultad exclusiva de determinar los delitos, imponer y ejecutar

penas, o en su caso, las medidas de seguridad, derivando dicha facultad estatal, de los atributos de la soberanía popular. Como el ejercicio de la función punitiva constituye un monopolio del estado que pretende el establecimiento del régimen de legalidad, éste debe estar depositado en las fuerzas de seguridad civil, como corresponde en un sistema democrático, sujeto al orden legal y al respeto de los derechos humanos. Así ese poder de castigar, solo se concibe en término de ser eficaz para mantener la paz social, preservando las garantías del ciudadano frente al poder del estado y haciendo posible su plena participación en la sociedad.

La historia de la humanidad, se caracteriza por la lucha constante entre grupos que para mantener su status quo, tienden a negar la participación a la mayoría de ciudadanos en el disfrute de los más elementales derechos, atropellados a través del abuso a los seres más débiles de la sociedad. El común denominador que identifica a quienes tienen esta capacidad de violar los derechos humanos, es la posesión y el ejercicio de alguna forma de poder, sea este político, económico, militar, cultural o una combinación de ellos.

Hoy está claro que todas estas formas de poder no pertenecen exclusivamente al estado, sino que son ejercidas por otras estructuras ya sean nacionales o internacionales. Por ello, no solo el estado y las personas que actúan en su representación o aquiescencia son sujetos potenciales en la violación de los derechos fundamentales, ya sean individuales, económicos, sociales o bien colectivos, sino que además pueden ser estructuras públicas o privadas, nacionales o internacionales que posean algún grado de las diferentes formas de poder.

Como bien ha sido señalado por varias fundaciones para que un ciudadano esté seguro de que su estado investigará y garantizará las violaciones a los derechos humanos se necesita que el mismo estado reconozca que es responsable de sus propias acciones violatorias y que no quede impune sin castigo, es decir, que todo acto violatorio puede ser investigado y castigado como dice la ley y no según el criterio de los agentes de seguridad, empleados o funcionarios. Todos sabemos que en Guatemala las violaciones a los derechos humanos fundamentales más frecuentes son: torturas, secuestros, detenciones y ejecuciones extrajudiciales, obligar al exilio y asesinatos, pero también sabemos que dos de las mayores dificultades que tenemos para denunciar estas violaciones son que los violadores de los derechos humanos son representantes o agentes del

estado y que las pruebas de estos delitos muy fácilmente se pierden, lo que hace casi imposible lograr que una denuncia sea tendida, investigada y castigado el culpable.

2.5 Democracia y derechos humanos

Es pertinente traer a cuenta en este contexto que la defensa de la democracia está directamente ligada a la de los derechos humanos y que el binomio democracia-derechos humanos es en el hemisferio occidental inseparable como tal, unitariamente objeto de defensa y fortalecimiento.

A fin de dimensionar la trascendencia y la proyección normativa de dicho binomio debe recordarse que, paralelo al compromiso de Santiago, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos –OEA- aprobó, así mismo en 1991, la resolución sobre fortalecimiento de la OEA en materia de derechos humanos en la que retomando las pautas de 1959 entrelaza la defensa de la democracia, la promoción y defensa de los derechos humanos. En efecto, sería que consecuentemente teniéndose presente ese firme respaldo político de los gobiernos americanos, una vez abierto y en marcha el proceso de reformas a la carta de la OEA a fin de adoptar las medidas a las que antes se hizo relación, tanto los gobiernos americanos como el consejo permanente y la asamblea general están en mejor posición de asegurar la eficacia y vigencia del entrelazamiento de la democracia y de los derechos humanos, no a simples niveles declarativos sino de solemnes compromisos que los estados entre sí y a nivel de la organización asegurarán. A fin de cuentas, el firme respaldo político de los gobiernos a que se refiere la resolución, demanda como demostración, adoptar acuerdos vinculantes.

La comprensión actual de la democracia se encuentra estrechamente vinculada al respeto de los derechos humanos, ya que se trata de un dato de la vida social y política. Los derechos humanos son expresión de la dignidad de la persona, cuanto mejor se profundiza en el misterio del ser humano y en su condición personal, mejor se determinan y protegen los mismos. Sin la luz de la verdad sobre el ser humano, los derechos humanos pierden su condición de garantes de la auténtica democracia y quedan a merced de las interpretaciones parciales e interesadas que se hagan de los mismos.

CAPÍTULO III

3. El matrimonio y la familia

3.1 El matrimonio

Como sabemos, el matrimonio es una forma especial de vida que surge debido a la necesidad del hombre y la mujer de unir sus vidas para su perpetuación y bienestar común con el propósito de constituir un hogar. Por ello, iniciaremos por destacar que el matrimonio es una institución social de mucha relevancia ya que indiscutiblemente constituye la base jurídica de la familia.

3.1.1 Etimología y definición

“La etimología de la palabra matrimonio resalta en especial la figura de la madre, ya que proviene de las voces latinas mater munium que significan oficio de madre. Federico Puig Peña y el civilista chileno Arturo Alessandri Rodríguez ofrecen una versión etimológica similar, ya que opinan que procede de las raíces matris munium es decir, carga o gravamen de la madre. Por otra parte, según Santo Tomás de Aquino, la palabra matrimonio tiene su etimología de la siguiente manera: matren muniens (defensa de la madre); matren nato (madre del nacido); matren monens (previene a la madre no apartarse del nacido) y motos materia (se transforman en una sola carne). En base a lo anterior, podemos establecer que por la institución del matrimonio se pone de manifiesto la carga y el cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos”.¹²

En cuanto a la definición de matrimonio, nos encontramos con diversas opiniones de autores que fundamentalmente han tomado en cuenta los caracteres de legalidad, plenitud y permanencia, por lo que considero oportuno citar algunas definiciones de dicha institución.

“El matrimonio es un contrato o acto jurídico por el cual un hombre y una mujer establecen entre ellos una unión que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”.¹³

¹² Beltranena Valladares, María Luisa, Lecciones de derecho civil, pág. 110.

¹³ Ibídem, Pág. 111.

“El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer concertada de por vida mediante determinados ritos y formalidades legales”.¹⁴

“El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia”.¹⁵

El Código Civil guatemalteco en su Artículo 78 estatuye: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

“El matrimonio es la unión formada entre dos personas de sexo diferente, con el propósito de crear una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia”¹⁶.

En mi opinión, la definición de la legislación guatemalteca es bastante completa debido a que recoge los caracteres de legalidad, permanencia y perpetuidad mencionados anteriormente, al estar regido exclusivamente por la ley, teniendo entre sus fines su conservación y mantenimiento hasta que conforme a la voluntad de Dios la muerte separe a los cónyuges.

3.1.2 Clases de matrimonio y sistemas matrimoniales

Doctrinariamente el matrimonio se clasifica de la siguiente manera:

A. Por su carácter:

1. Civil o laico
2. Religioso

B. Por su consumación:

1. Rato
2. Consumado

¹⁴ Ossorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, pág. 453.

¹⁵ Castán Tobeñas, Ob. Cit; pág. 110.

¹⁶ Puig Pena, Federico, Compendio de derecho civil español, pág. 33.

C. Por su fuerza obligatoria:

1. Válido
2. Insubsistente

D. Por su forma de celebración:

1. Ordinario o regular
2. Extraordinario o irregular

E. Por su publicidad:

1. Solemne
2. No solemne

F. Por la condición de las personas de los contrayentes:

1. Igual
2. Morganático

Seguidamente trataremos de esbozar cada una de ellas.

1. Matrimonio civil: Es el celebrado ante el funcionario del estado y de acuerdo con lo establecido en las leyes de este orden. El matrimonio civil sustituyó al religioso en nuestra legislación, cuando se instituyó la temporalidad del matrimonio y el mismo puede ser autorizado por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, por un notario hábil o por el ministro de cualquier culto autorizado por la autoridad administrativa correspondiente.
2. Matrimonio religioso: Es aquel caracterizado por la nota de sacramentalidad, es decir que por medio del mismo, los contrayentes reciben la gracia divina de nuestro señor Jesucristo, se celebra ante el sacerdote eclesiástico y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación de la iglesia.
3. Matrimonio rato: Es el matrimonio que se celebra con los requisitos legales canónicos, pero que no llega a su consumación sexual, es decir, no es seguido de la cópula carnal. En materia jurídica canónica, que no reconoce el divorcio, la no consumación es causal de anulación del matrimonio.
4. Matrimonio consumado: Es aquel en el cual se ha seguido la unión de cuerpos entre los

contrayentes. Para el derecho civil guatemalteco el hecho de la consumación no tiene relevancia, ya que sólo opera como efecto de prueba de la impotencia, ante los efectos de la nulidad del matrimonio.

5. Matrimonio válido: Es el matrimonio que por haberse observado en su celebración todos los requisitos legales, tanto respecto de las personas de los contrayentes como de las formalidades externas pertinentes, produce plenos efectos civiles.
6. Matrimonio insubsistente: Es el que se contrajo a pesar de los impedimentos absolutos establecidos por la ley, por lo que provoca la nulidad absoluta del matrimonio.
7. Matrimonio ordinario: Llamado también regular, es aquel en el cual se han observado todas las formalidades y requisitos que las leyes establecen.
8. Matrimonio extraordinario: Es el que según la situación, por disposición de la ley, pueden omitirse ciertos requisitos. Se señalan como matrimonios extraordinarios el celebrado en inminente peligro de muerte, el de los militares, el contraído a bordo de buques de guerra o mercantes.
9. Matrimonio solemne: Llamado también público, es el celebrado ante la autoridad civil o eclesiástica y bajo las formas o requisitos que los ordenamientos respectivos establecen.
10. Matrimonio no solemne: Llamado también secreto o de conciencia y consiste en que por circunstancias muy especiales se celebran las nupcias reservadamente, permaneciendo así hasta que los cónyuges quieran darle publicidad.
11. Matrimonio igual: Es aquel que se celebra entre personas de igual condición social y clase.
12. Matrimonio morganático: De origen germánico, supone el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con el pacto de no participar el inferior ni los hijos, de los títulos y los bienes del superior.

En relación a los sistemas matrimoniales se entienden por tales, los diferentes criterios de organización legal, establecidos y practicados en los distintos países para reputar válidamente celebrado un matrimonio. Los sistemas matrimoniales en la actualidad, son los siguientes:

- a. Sistema del matrimonio como acto privado: “En este sistema existe una sorprendente evolución en materia de derecho familiar, influida por los dogmas del matrimonio histórico y la dialéctica materialista, que hacen admitir la libre contratación del matrimonio sin exigencias de formalidad alguna. Este sistema se dio con mayor rigor en los países soviéticos”¹⁷.
- b. Sistema de la forma exclusivamente religiosa: Este sistema se aplica en la Ciudad del Vaticano desde 1929, en la ciudad del Perú y en algunos países regidos confesionalmente por la iglesia ortodoxa griega, donde no existe más matrimonio que el religioso.
- c. Sistema de la forma exclusivamente civil: Este sistema establece el matrimonio civil como obligatorio para todos los ciudadanos del estado. Tiene su origen inmediato en la Revolución Francesa, de Francia se extendió a los estados del norte de Europa y de aquí pasó a América, donde quedó implantado en algunas repúblicas del centro y del sur.
- d. Sistema mixto: Este sistema surge como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil a manera de que en casos determinados, uno y otro surtan efectos. Las variedades de este sistema son:
 - Sistema del matrimonio civil facultativo. Con arreglo al mismo, los interesados pueden casarse a su elección ante un ministro religioso o ante funcionario del estado.
 - Sistema del matrimonio civil, para el caso de necesidad. Consiste este sistema en que el estado, reconociendo como forma normal la religiosa, admite no obstante el matrimonio civil solamente para las personas que no profesan la religión del estado, (por supuesto en aquellos países que oficialmente conocen una religión).

¹⁷ Lira Urquieta, Pedro, La familia en el derecho soviético, pág. 43.

A mi criterio, en Guatemala se aplica el sistema matrimonial mixto, ya que actualmente tienen significación especial el matrimonio religioso que se celebra ante un sacerdote o ministro de otro culto no católico y el matrimonio civil, que es celebrado ante la autoridad facultada para ello.

3.1.3 Modificación y disolución del matrimonio

Indudablemente, la unión matrimonial está normada a manera de procurar su mayor permanencia y estabilidad, de tal forma que los preceptos que la rigen son de orden público y en su gran mayoría con aplicación en el ámbito del derecho privado; pero, por su indicada naturaleza, no susceptibles de elusión o modificación por la voluntad individual.

Sin embargo, la permanencia y la estabilidad del matrimonio no dependen de la voluntad del legislador, quien fija las normas generales de observancia obligatoria por parte de los cónyuges, debido a que circunstancias de índole personal, familiar o social, son determinantes del buen o mal suceso de un matrimonio que efectiva o aparentemente se celebró con ánimo de permanencia. Puede suceder y en efecto sucede, que la armonía conyugal desaparezca y dé paso a un franco o velado antagonismo entre los cónyuges, que al acentuarse, cree una situación insostenible para uno o para ambos, o bien, que circunstancias determinadas impidan la consecución de importantes fines del matrimonio.

Así, desde tiempos muy antiguos, ha surgido el problema en cuanto a si el matrimonio es o no indisoluble, por lo que en términos generales, la discusión respecto a la conveniencia o inconveniencia del divorcio o la separación, gira en torno a las ideas religiosas sobre el matrimonio en relación a si la sociedad conyugal o institución social resultante del mismo puede ser disuelta, considerándose su incidencia en importantes aspectos morales que rigen el desarrollo de la sociedad.

El problema, sin embargo y sin restar importancia a sus proyecciones sociales en cuanto a la colectividad, tiene sobre todo singular relevancia para la familia en sí, para cada familia que confronta la posibilidad de desintegración, sea por la vía de la simple separación de los cónyuges

o por la del divorcio absoluto. En uno u otro caso, y en el supuesto más generalizado de haber descendencia dentro del matrimonio son los hijos quienes por lo regular de improviso, se ven obligados a afrontar difíciles situaciones surgidas en el seno de su propia familia, sin estar preparados o sin que se les haya preparado para comprenderlos en su real magnitud, lo cual se traduce en graves daños morales resultantes de las desavenencias entre sus padres, cuyo conocimiento les llega por senderos indirectos o violentamente cuando aquellos ya no pueden ocultarles una realidad insoslayable. En tal caso, difícilmente pueden los hijos sustraerse al duro impacto psicológico resultante de esa situación. Tampoco lo podrán hacer si sencillamente los padres acuerdan separarse o divorciarse por causas de menor trascendencia y de hecho el hogar queda disuelto, ya que súbitamente ven desaparecer el núcleo familiar que lo sustentaba.

Ahora bien, para comprender de una manera sencilla como se modifica y como se disuelve un matrimonio, expondremos lo concerniente a la separación conyugal y el divorcio.

Según la doctrina, la separación es denominada: divorcio relativo o no vincular y el divorcio es denominado: divorcio absoluto o vincular. En Guatemala, el Código Civil en su Artículo 153 dispone: El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio. En otras palabras, la separación de hecho y separación legal, que se diferencian en que una es de cuerpos y la otra es declarada judicialmente en sentencia firme, terminan con la vida en común, pero dejan vigente el vínculo matrimonial, es decir, no disuelven el matrimonio sino únicamente lo modifican por lo que los cónyuges no pueden contraer nuevas nupcias. Por el contrario, con el divorcio se disuelve el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en libertad para contraer nuevo matrimonio.

Concretándonos en el caso de Guatemala, tanto la separación como el divorcio pueden darse por:

- a. Mutuo acuerdo o consentimiento y
- b. Por causal determinada

Para tener mayor conocimiento, todo lo concerniente a la separación y el divorcio lo

encontramos regulado en el Código Civil guatemalteco del Artículo 153 al 172 y del Artículo 426 al 434 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.1.4 Importancia del matrimonio

El matrimonio es una institución basada en el amor, el respeto, la estimación recíproca de los esposos, la buena voluntad y el deseo de hacer vida en común para formar un hogar. Por lo que tiene especial importancia ya que del mismo depende el origen y organización de la familia, la cual por su acentuada relevancia goza de amplia protección legal y constitucional, puesto que, la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 47 establece que el estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio. Por lo anterior, estimo conveniente abordar lo referente a la familia.

3.2 La familia

La familia está conformada por el padre, la madre y los hijos comunes de ambos. Es decir que, es el conjunto de personas unidas por el matrimonio y por los vínculos del parentesco, por medio del cual se establecen tres clases de relaciones: relación conyugal, la que se da entre esposos o cónyuges; relación paterno-filial, es decir entre padres e hijos y relaciones paternales, entre parientes.

Puesto que son los vínculos de sangre, los determinantes de la familia, es necesario plasmar a continuación su definición.

3.2.1 Definición

La familia es la institución jurídico social, permanente y natural integrada por personas unidas por el matrimonio, parentesco y filiación. Es jurídico social porque regula todo lo que se relacione con la misma. Es permanente porque la familia permanece siempre unida. Es natural porque está integrada por personas.

En sentido amplio, Salvat citado por la Lic. María Luisa Beltranena Valladares, define la familia como: “El conjunto de descendientes, ascendientes y afines de un linaje”¹⁸.

En sentido estricto, Planiol citado por la Lic. María Luisa Beltranena Valladares dice: “La familia es un conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, parentesco o adopción”¹⁹.

Para Federico Puig Peña la familia es: “Aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”.²⁰

Tomando en cuenta las descripciones anteriores, podemos concluir que la familia está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además de manera excepcional, el parentesco por adopción.

3.2.2 Origen y evolución

Según la tradición católica, el origen indiscutible de la familia estaba en el matrimonio monogámico y en la preeminencia marital. Sin embargo, algunas modernas escuelas sociológicas y positivistas, basándose en la supervivencia de ciertas costumbres y al estudio de la filología comparada y de la prehistoria, determinaron en orden a la evolución de dicha institución diversos puntos de vista:

Una opinión sostiene que la promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia, así como determinar alguna filiación, ya que hasta que se concibió la importancia de una sola mujer en el matrimonio se consideró la filiación materna como la única valedera, habiéndose llegado más tarde a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera con la monogamia, base de la familia.

¹⁸ Ob.Cit; pág. 110.

¹⁹ Ob. Cit; pág. 111.

²⁰ Ob. Cit; pág. 34.

Por otra parte, Bachofen marca el inicio sistemático de la historia de la familia, con la publicación de su obra de derecho moderno en 1861, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morgan. Mientras que para Engels, antes de 1868 no existió una historia de la familia, predominando la forma patriarcal como la más antigua en base a los cinco libros de Moisés.

Los posteriores y los nuevos estudios han hecho difícil aunar criterios a propósito del inicio y desarrollo de la familia, debido a la falta de una secuencia lógica e históricamente uniforme de dicho desarrollo en las distintas regiones y pueblos.

El origen de la familia es desconocido, se le encuentra ya constituida en una u otra forma en las épocas primitivas. Como el hombre es un ente sociable, es fácil imaginar que desde un principio evitó el aislamiento y buscó compañía, siempre existió la necesidad de cuidar, alimentar y proteger a los hijos y crear un hogar.

Para llegar al tipo actual, la familia tuvo que organizarse pasando por muchas vicisitudes y adaptándose a distintos regímenes y que según la doctrina los principales fueron la monogamia que se refiere a la familia constituida por un hombre y una mujer; y la poligamia, que está constituida por un hombre con varias mujeres.

3.2.3 Importancia

Desde la antigüedad, la familia ha sido considerada como un grupo muy importante de personas por la contribución que ha prestado a la sociedad, ya que como núcleo social desempeña una labor múltiple en la orientación de la comunidad donde se desarrolla, la cual afecta a todos sus miembros. Podemos apreciar su importancia, desde tres puntos de vista: social, político y económico.

En el ámbito social, destaca su importancia e indiscutible relevancia, precisamente porque la familia constituye la célula fundamental de la sociedad. En el ámbito político, la familia tiene gran importancia para el estado como organización política, ya que muchas veces ha sido

considerada como fundamento mismo del estado y como el núcleo político embrionario, debido a que en los últimos tiempos éste se ha preocupado en brindarle adecuada protección. Mientras que, en el campo económico, se aprecia claramente la función de la familia, ya que fomenta las fuentes de trabajo y la adquisición de bienes que contribuyen al progreso y desarrollo de un estado.

La importancia que en Guatemala se ha dado a la familia es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945 y 1956 así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan.

Por su parte, la actual Constitución Política de la República de Guatemala, también contiene una amplia regulación al respecto, del Artículo 47 al 56 inclusive, le impone al estado la obligación de garantizar la protección social, jurídica y económica de la familia fundamentándola en el matrimonio y en la unión de hecho, estableciendo normas de protección a los hijos, reconociendo la adopción, el derecho de alimentos y muy especialmente declara de interés social todas las acciones en contra de la desintegración familiar.

Es evidente la importancia que para el estado guatemalteco tiene la familia, la cual se caracteriza por ser una institución que vive con autonomía, pues sus directrices no pueden ser alteradas por capricho de la voluntad humana; es una institución basada en el matrimonio o en la unión de hecho legalizada; aúna en lazos de autoridad sublimada por el amor y respeto a los cónyuges y descendientes que integran su componente personal y se da para la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

Como vemos, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, la familia ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado de toda sociedad política y jurídicamente organizada. No cabe duda que dicha institución, juega un papel muy importante, en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo derivadas en gran medida de su situación familiar.

3.2.4 El estado y la familia

Desde el punto de vista constitucional, la familia es una institución que goza de amplia protección por el estado, como indicamos anteriormente, podemos constatarlo en la Constitución Política de la República de Guatemala en su capítulo 2 del Artículo 47 al 56, ya que en la misma se indica que: El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promueve su organización social sobre la base legal del matrimonio, igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento entre sus hijos.

Así mismo, el estado se encarga de emitir leyes y disposiciones para proteger y amparar a la familia bajo la unión de hecho, asegurando a través de los tribunales de familia el cumplimiento de las leyes que protejan a la misma.

3.2.5 Principios y valores familiares

Históricamente, la familia era la única encargada de educar ya que formaba, modelaba, conducía las manos, el pensamiento y el alma de los niños. Es el lugar donde comienza la instrucción del carácter y el aprendizaje de los principios morales, siendo los más importantes el amor, el respeto, la obediencia, la honradez, la reverencia y el control de sí mismo.

El hombre en el hogar, adquiere mediante el aprendizaje y la acumulación de experiencias unas pautas de comportamiento que harán de él un ser social maduro, dotado de una personalidad propia, capaz de participar en las actividades de su sociedad. Esta larga etapa de aprendizaje es una experiencia que se realiza por medio de la interacción con otros individuos inmersos en una determinada cultura. Proceso mediante el cual el individuo aprende actitudes, hábitos, valores y creencias que forman parte de la educación y la cual tiene sus bases en la institución social más sólida y antigua que es la familia.

Este cambio de socialización y a su vez de educación, es particularmente interno durante los primeros años de vida. Los niños aprenden unas formas de comportarse y de lenguaje, en

primer lugar de sus padres y parientes próximos. El papel de la madre es significativo siempre en los primeros cinco años de vida del nuevo ser, aunque el papel del padre en el proceso de educación del niño es también muy sobresaliente.

La familia se caracteriza como señaló Freud (1856-1939), por un proceso de interiorización. Pero lo importante desde una perspectiva sociológica, es que a través de este desarrollo el niño comienza a formar su personalidad y normas que marcarán en parte un estilo o modo de vida, según los valores de la cultura a la que su grupo familiar pertenece.

Los valores educativos de la familia se pueden sintetizar así: la familia sanamente organizada, edifica su actuación educativa en las fuerzas vivas del afecto, de la confianza, comprensión y de la felicidad. El hogar ha sido considerado como la primera escuela del niño, después seguirán la escuela sistematizada, el estado, la sociedad y la iglesia, los que continuarán con esa educación.

A nuestro criterio, los principales valores y principios que deben inculcarse a los niños en la familia son los siguientes:

- El amor: Es un sentimiento que debe manifestarse en todas las relaciones del hogar y revelarse en una amabilidad atenta y desinteresada cortesía.
- Trabajo y responsabilidad: En el hogar debe enseñarse a los niños a trabajar, asumir y cumplir responsabilidades para que puedan darse cuenta que la vida tiene que hacerse importante, además de divertirse. Es decir, el niño debe aprender la importancia, utilidad y necesidad del trabajo y al mismo tiempo los méritos que implica el realizarlo adecuadamente, ya que la responsabilidad es la clave del éxito en todas las actividades de nuestra vida.
- Dominio propio: El niño que aprende a controlar sus impulsos sabrá que es lo mejor para su persona y los demás.
- Respeto y obediencia: Los niños que aprenden a obedecer y respetar a sus semejantes, llegan a ser ciudadanos cultos y educados.
- Honradez: Aprender a respetar el bien ajeno es una forma de asegurar los derechos de los niños.

- Educación: Contempla el desarrollo integral de la personalidad que se inicia en el hogar con la orientación de los padres en el encauzamiento de las diferentes actividades.

Adicionalmente a estos principios y valores morales, el niño debe ser educado correctamente y deberá inculcársele buenas costumbres y valores culturales, ya que lo que aprende el niño en la familia es determinante.

3.3 El niño y la niña como miembros de la familia

3.3.1 Definición biológica

Desde el punto de vista biológico, la palabra niño se refiere al ser humano durante la niñez. Según Manuel Ossorio la niñez es: “El período de la vida humana desde el nacimiento hasta los siete años cumplidos, en que sitúa genéricamente el conocimiento del raciocinio”.²¹

3.3.2 Regulación legal sobre el niño

Desde el punto de vista legal, la definición de niño la encontramos en el Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice: Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Decreto 27-2003), en su Artículo 2 establece: Se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple 13 años de edad.

3.3.3 El niño como miembro fundamental de la familia

Se dice que el niño o la niña son miembros fundamentales de la familia por dos razones:

²¹ Ob. Cit; pág. 453.

- 1) Por la procreación de hijos, debido a que es uno de los fines principales del matrimonio ya que los niños son el complemento necesario de la pareja para poder considerar la existencia de la familia. Se considera que sin niños no hay familia sino una pareja de personas que se unieron por cualquier otro propósito.
- 2) Por la adopción, ya que las leyes de Guatemala para cumplir con la procreación establecen la misma para que las parejas que no puedan procrear cristalicen sus sueños de formar una familia.

3.3.4 El papel de los padres en la disciplina de los hijos

Es importante el papel que los padres juegan dentro de la familia ya que son ellos los encargados de fomentar en sus hijos la disciplina, educación, respeto y sentido de responsabilidad, así como buenos hábitos y costumbres y para ello deberán adoptar una actitud responsable de educación y orientación hacia la conducta que deben observar los hijos.

Recordemos, que el carácter moral y religioso de los padres se proyecta en los hijos, en los que llega a tener honda repercusión, por lo que una familia fundada en principios y valores morales será ordenada, unida y ejemplar, cultivando así la estabilidad de la misma.

3.3.5 Situación actual y principales problemas que afectan a la niñez

La situación actual de la niñez es calamitosa y preocupante para un buen porcentaje de ella, sin que las autoridades se preocupen por corregir esa situación que ha desembocado en una amplia violación a los derechos del niño. En tal sentido, a continuación se desarrollan algunos aspectos vinculados con este tópico y que representan parte de la problemática que afecta a nuestra niñez.

3.3.5.1 Niños trabajadores en centros urbanos

El trabajo de los menores, debe ser entendido como tal, considerando que absolutamente

todos trabajan por necesidades económicas y para contribuir con el ingreso familiar. Sin embargo, lamentablemente los niños son tratados muchas veces en forma inhumana llegando a ser objeto de gran explotación económica ya que no cuentan con ningún tipo de protección.

3.3.5.2 La drogadicción

Este es uno de los problemas más grandes y comunes en Guatemala y con menos atención de parte de todos los sectores de la sociedad. En la calle nuestros niños están expuestos a todo tipo de droga que les puedan ofrecer la cual ellos utilizan como medio de escape para no afrontar la realidad de su vida y vivir así en un mundo irreal y fantasioso.

3.3.5.3 Prostitución infantil

Uno de los peores problemas en Guatemala, es la prostitución infantil, la cual se presenta con mayor frecuencia en el sexo femenino que inicia a temprana edad entre los 13 y 17 años, debido a la extrema pobreza en la que viven o por diversos problemas familiares que empujan a las niñas a prostituirse llegando a ser objeto de explotación económica, maltrato, amenazas e incluso muchas llegan hasta la muerte.

3.3.5.4 Abusos sexuales y maltrato infantil

Estos problemas los sufren los niños por parte de sus padres, vecinos, familiares cercanos, maestros, incluso de gente religiosa, que se aprovecha de la ingenuidad e indefensión de los niños para abusar sexualmente de ellos y maltratarlos.

3.3.5.5 Tráfico y secuestro de niños

Este es un problema que viene acosando a Guatemala desde hace mucho tiempo y que cada día que pasa se vuelve más fuerte, ya que los niños son utilizados como transportadores de drogas o para venderlos en el extranjero como si fueran cualquier mercancía. Más adelante abordaremos este tema con mayor precisión.

Como vemos, nuestra niñez está expuesta a toda clase de abusos debido a que no tiene ninguna protección real –aunque sí formal- por parte del gobierno que ha olvidado que de los niños depende el futuro de Guatemala y que por ello es necesario cuidarlos y protegerlos.

CAPÍTULO IV

4. La adopción

4.1 Origen y evolución histórica

La adopción es una institución que surge en la antigüedad debido a razones sociales, religiosas, políticas, patrimoniales o de interés filantrópico. De acuerdo a muchos autores, se originó en la India, de donde se transmitió juntamente con las creencias religiosas a los hebreos, llevándola a Egipto, Grecia, Roma y Francia.

Conocemos de la figura de la adopción desde antiguas civilizaciones como la de Egipto, Caldea, Babilonia, India, Israel, Grecia y Palestina, la oímos mencionar en poemas homéricos, se recogió en el Código de Hammurabi y los hebreos la reconocen en el Antiguo Testamento; siendo en la Roma Imperial donde adquiere los elementos que hoy conforman esta institución jurídica; unido a ellos están los aportes que le dieron a esta figura el derecho germano, francés y el español. Por lo que su desarrollo histórico se llevó a cabo de la siguiente manera:

- Pueblos primitivos: “Debido a que en las primeras etapas de la civilización predominaba el interés de la continuación de la estirpe, se utilizó la adopción para la supervivencia del culto de los antepasados y mantener el interés objetivo de la familia.”²²

- Tiempos feudales: En estos tiempos, la adopción era de suma importancia debido a que las tierras tenían que ser entregadas a un heredero masculino, las cuales no podían ser transferidas a nadie sin el consentimiento del mismo. Es decir, que si el propietario de la tierra no tenía un hijo masculino, el método más seguro de mantener su propiedad en la familia era mediante la adopción.

- Grecia: La adopción era utilizada primordialmente para ayudar a las familias en rituales religiosos o para servir en otras funciones, como la de proveer ayuda a los padres adoptivos.

²² Jors, Kinkel, Derecho privado romano, pág. 426.

- Roma: La institución de la adopción, cobró particular importancia entre los romanos, debido a que era utilizada para la continuación de la estirpe con el objeto de mantener el grupo, por lo que en el derecho romano, la adopción pervivirá por la ingente necesidad de aquellas personas que no tienen o no han podido tener hijos por la propia naturaleza.

- Germania: Entre los germanos, la adopción adquirió carácter de interés bélico, para asegurar que las familias sin hijos biológicos pudiesen colaborar al esfuerzo bélico.

- Francia: La adopción pasó a Francia inserta en el Código de Napoleón donde fue considerada como una institución filantrópica destinada a ser el consuelo de los matrimonios estériles y una gran protección para socorrer a los niños pobres, desapareciendo como institución formal en la Edad Media. Sin embargo, hasta el presente siglo con la llegada de un proceso llamado legitimación adoptiva cambiaron las leyes en Francia y el adoptar un niño es solamente con propósitos de integrarlo por completo en una familia normal desde una edad temprana.

- Estados Unidos: La adopción de niños no era conocida como una ley común en Norte América; sin embargo, era una práctica reconocida bajo las leyes civiles en Inglaterra en 1926. De esta manera, las leyes en Estados Unidos bajo esta materia crecieron independientemente de las influencias inglesas excepto que el alcance en las cortes estaba obstaculizado por la estricta construcción de los requerimientos estatuarios de la adopción para ser reconocida como válida.

Como vemos, antiguamente la institución de la adopción era un recurso ofrecido por la religión y por las leyes a aquellas personas que carecían de heredero para la continuación de la estirpe y para la supervivencia del culto doméstico, por lo que cuando la naturaleza negaba descendencia natural, se acudía a la adopción como medio de continuar el grupo.

4.2 Definición

La adopción es una manera distinta de tener una hija o un hijo, de asumir con amor y compromiso la paternidad y maternidad deseada, e integrar a su hogar una niña, niño o

adolescente abandonado. En términos generales, es un acto de amor que crea vínculos afectivos y legales irreversibles, se trata de recibir como hijo al que no lo es naturalmente.

Para diversos autores, la adopción es una institución que se lleva a cabo por razones altruistas, filantrópicas, de protección a la infancia y/o abandonada, ayuda y asistencia social.

Para Federico Puig Peña, la adopción es: “Institución en virtud de la cual se establece una relación entre dos personas extrañas, de paternidad y filiación”.²³

Según Manuel Ossorio, la adopción es: “La acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.²⁴

Dusi citado por Puig Peña, define la adopción como: “Acto jurídico solemne, en virtud del cual la voluntad de los particulares, con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea entre dos personas (una y otra naturalmente extrañas) relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas”²⁵.

El Código Civil guatemalteco vigente, en su Artículo 228 define a la adopción de la siguiente manera: “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”.

Actualmente, en las legislaciones más modernas, la adopción tiene como fin incorporar al adoptado a una familia de manera plena, en la situación de hijo biológico y lograr de esa manera la formación y educación integral del adoptado. Por otra parte, la legislación guatemalteca ha instituido la adopción primordialmente a favor de los menores, pero indica que puede ser legalizada la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, siempre y cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad.

²³ Ob. Cit; pág. 475.

²⁴ Ob. Cit; pág. 37.

²⁵ Ob. Cit; pág. 475.

4.3 Clases de adopción

Si tomamos en cuenta la nacionalidad, el origen, los efectos y la manera como se efectúa el trámite de las adopciones, podemos aludir a las siguientes clasificaciones:

4.3.1 En cuanto a la nacionalidad de las partes:

4.3.1.1 Adopción nacional: Cuando tanto los adoptantes como el adoptado pertenecen a una misma nacionalidad y la adopción se lleva a cabo en su país de origen.

4.3.1.2 Adopción internacional: 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.

4.3.2 En cuanto al origen de los niños:

4.3.2.1 Adopción privada: Se da cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes directamente por los padres biológicos o bien por alguna institución no gubernamental pero que tiene la tutela sobre el adoptado.

4.3.2.2 Adopción estatal: Se da cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes por una institución estatal que tiene sobre el niño adoptado la tutela.

4.3.2 En cuanto a los efectos:

4.3.2.1 Adopción plena: Es 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.

4.3.2.2 Adopción simple: Es aquella que no crea lazos de parentesco sino con los adoptantes, es revocable y en general tiene limitaciones en cuanto a derechos y obligaciones respecto de los hijos biológicos.

4.3.3 En cuanto al trámite:

4.3.3.1 Adopción judicial: Es aquella que se tramita ante un órgano jurisdiccional.

4.3.3.2 Adopción notarial: Es aquella que se tramita ante los oficios de un notario, en sede notarial.

4.4 Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza jurídica de la adopción, partiremos por establecer que por medio de dicha institución se establecen entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejante a la filiación legítima.

Por lo antes indicado, para Federico Puig Peña la naturaleza jurídica de la adopción es la siguiente:

- “a. La adopción es una institución, puesto que se asienta sobre una base negocial que constituye el presupuesto de voluntad y la base para determinar la intensidad y eficacia de los efectos que produce.
- b. La adopción es uno de los modos de adquirir la patria potestad, ya que a través de ella se establecen entre dos personas extrañas, relaciones de paternidad y filiación.
- c. La adopción imita la naturaleza, ya que un niño o niña solamente puede ser adoptado por dos personas siempre y cuando sean cónyuges.”²⁶

4.5 Término de la adopción

De acuerdo a la legislación guatemalteca, la adopción se extingue únicamente por dos circunstancias, que son:

4.5.1 Por mutuo consentimiento de ambas partes, es decir que debe haber un acuerdo entre adoptante y adoptado, siendo requisito indispensable la mayoría de edad de éste último.

²⁶ *Ibíd*em, pág. 475.

Se aclara que dicha mayoría, no termina la adopción pero sí pone fin a la patria potestad que sobre el adoptado ha ejercido el adoptante. (Art. 246 Código Civil)

4.5.2 Por revocación, la cual tendrá que estar fundada en alguna de las siguientes causas: (Art. 247 Código Civil)

- a. Por atentar el adoptado contra la vida y el honor del adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendientes.
- b. Por causar el adoptado maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de su patrimonio.
- c. Por denunciar el adoptado al adoptante, imputándole algún delito, excepto en causa propia o de sus descendientes, ascendientes o cónyuge.
- d. Por abandonar el adoptado al adoptante, cuando éste se halle física o mentalmente enfermo, o simplemente necesitado de asistencia.

De acuerdo al Artículo 248 del Código Civil guatemalteco, la revocación será declarada por el tribunal respectivo, a solicitud del adoptante con intervención del Ministerio Público y de las personas que prestaron su consentimiento para constituir la adopción. Así mismo, el Artículo 249 de la citada ley establece que la resolución que declare a lugar la revocación o la pérdida o suspensión de la patria potestad del adoptante, obliga al juez a tomar las providencias oportunas para que el menor vuelva al poder de sus padres si existieren o quede bajo la tutela de algún pariente hábil o del centro de asistencia que corresponda.

4.6 Requisitos y procedimiento a seguir para adoptar a un niño o niña

En Guatemala, los requisitos y procedimientos a seguir para adoptar a un niño o niña, dependerán de la naturaleza del trámite que se utilice, ya que la misma se puede tramitar por la vía judicial o extrajudicial.

4.6.1 Adopción por la vía judicial

Es aquella que se tramita ante los oficios de un órgano jurisdiccional.

4.6.1.1 Requisitos:

La documentación exigida es la siguiente:

- Cédula de los padres adoptantes y biológicos.
- Documentos que demuestren la solvencia económica de los adoptantes.
- Certificación de matrimonio (legalmente no está establecido que los adoptantes deben ser un matrimonio, pero se le da prioridad a las parejas casadas cuando existen varias solicitudes).
- Partida de nacimiento del niño a adoptarse en la que conste que es hijo o hija biológico de quienes lo entregan.

4.6.1.2 Procedimiento:

El procedimiento por la vía judicial, se aplica en el 1% de las adopciones y se rige por lo establecido por el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil.

- Se inicia el trámite con la presentación ante el juez de los padres adoptivos, nacionales o extranjeros, quienes pueden ser representados por un abogado o actuar directamente.
- Posteriormente, el juez toma declaración sobre la idoneidad de los futuros padres adoptivos, a los testigos designados por estos.
- Una vez los padres biológicos otorguen expreso consentimiento sobre la adopción, el tribunal designa a una trabajadora social para que efectúe el estudio socioeconómico de los futuros padres adoptivos.
- Seguidamente, el tribunal remite el expediente a la Procuraduría General de la Nación, para que emita opinión y cuando el expediente regresa de tal entidad con opinión favorable, el juez dicta sentencia ordenando que se otorgue escritura pública de adopción.
- El trámite, que dura por lo general entre seis y ocho meses, finaliza en el momento que se solicita al Registro Civil la partida de nacimiento en la cual consta el nuevo estado civil del niño adoptado.

4.6.2 Adopción por la vía extrajudicial o notarial

Este proceso se realiza ante un notario, con base en la Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77 del Congreso de la República.

4.6.2.1 Requisitos:

El notario deberá:

- Recibir dos testimonios sobre las buenas costumbres y moral de los adoptantes y su posibilidad económica para cumplir con las obligaciones que conlleva la adopción.
- Redactar un acta solicitando que se inicie el trámite y posteriormente solicitar el informe de una trabajadora social adscrita a un tribunal de familia.
- Deberá remitir el respectivo expediente a la Procuraduría General de la Nación para que emita su opinión.
- Si la opinión de la Procuraduría General de la Nación es favorable, el notario elaborará la escritura pública, con participación de los padres adoptantes y biológicos del niño y la remite al Registro Civil para su inscripción. De ser desfavorable la opinión, el notario deberá cumplir con lo indicado por la Procuraduría General de la Nación y enviarlo de nuevo.
- El trámite finaliza al expedirse la escritura de adopción.

4.6.2.2 Procedimiento:

La adopción por esta vía no necesita resolución de juez competente, ya que el juez de familia actúa únicamente para solicitarle a la trabajadora social que, bajo juramento, efectúe el estudio socioeconómico respectivo.

Si los futuros padres adoptivos residen en el país, solicitan los servicios de un abogado que hará las veces de notario, si no residen en el país, deberán contactar al abogado directamente o a través de una agencia internacional de adopción y enviarle el estudio socioeconómico y sus antecedentes judiciales. En este último caso, el notario nombra a otro abogado como mandatario de los futuros padres, facultado para realizar los trámites necesarios y en ocasiones, para viajar

con el niño y entregarlo a los padres adoptivos en su país de residencia.

4.7 La adopción simple y la adopción plena vista en algunas legislaciones latinoamericanas

Cuando hablamos de adopción, nos referimos a los niños, por lo que debemos tomar en cuenta el valor que damos a la vida de los niños susceptibles de ser adoptados, ya que cada niño es una persona, un ser único que tiene derechos como todo ser humano. Por ello a mi criterio, la adopción tiene que ser una institución que persiga la satisfacción de los intereses de los menores adoptados y no como en la antigüedad, que se utilizaba para dotar de hijos a familias carentes de ellos.

Afortunadamente, en las legislaciones de varios países se ha tomado conciencia sobre la función de la adopción, por lo que se han establecido cambios en las legislaciones del mundo actual con el objetivo de proporcionarle a los niños lo mejor y el derecho a tener una familia que le pueda brindar todo lo necesario para su subsistencia, pero principalmente afecto, respeto y dignidad.

4.7.1 Formas de la adopción

Existen dos modalidades de adopción:

4.7.1.1 La adopción simple

Es aquella que se orienta al reconocimiento limitado del hijo adoptivo, en relación con la herencia y los apellidos, es decir que el adoptante no adquiere el derecho a heredar a su adoptado, ni éste a su adoptante, a menos que sea por testamento o que en la escritura de adopción se hubiese obligado a instituirle heredero. En esta modalidad se permite la finalización de la misma y no crea lazos de parentesco con los adoptantes, ya que el adoptado no se desprende de su familia consanguínea.

Este tipo de adopción persigue más que el beneficio y la protección del adoptado, el beneficio a los intereses del adoptante.

4.7.1.2 La adopción plena

Esta forma de adopción, va orientada al reconocimiento total del hijo adoptivo, con los mismos derechos y obligaciones de los hijos propios; los padres adoptivos adquieren la patria potestad del adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de estos, así mismo se crean lazos de parentesco con las personas afines o consanguíneas de los adoptantes, con lo cual se establece un lazo de consanguinidad como si existiese filiación biológica.

Con este tipo de adopción, se proporciona al menor una nueva familia que sustituye totalmente a la consanguínea, con la que se extinguen todos los derechos y deberes, rompiéndose cualquier tipo de discriminación legal entre el hijo adoptivo y el legítimo. En nuestra legislación, se contempla únicamente la adopción plena.

4.7.2 La adopción como institución del derecho de familia dentro de la legislación latinoamericana

La familia como célula económica fundamental de la sociedad, juega su papel en la esfera político-jurídica, ética y religiosa, en su superestructura; por lo que el estudio de la adopción como institución del derecho de familia, resulta de gran importancia, ya que a pesar de haber surgido en la más remota antigüedad, se reafirma y mantiene en los tiempos actuales.

La adopción como institución jurídica del derecho de familia, es plasmada por la legislación de cada país, que según su desarrollo económico social y por las peculiaridades culturales de cada pueblo, la recogen, ya sea en su forma simple o en su forma plena, legitimación adoptiva, adopción privilegiada o arrogación de hijos; teniendo todas como denominador común su constitución mediante un proceso judicial y el efecto de incorporar el menor a la familia del adoptante. Siendo siempre vista esta institución como algo nacional.

Sobre esa base, cada código que la recoge, establece sus propias variantes como son: los requisitos para adoptar, requisitos para ser adoptado, efectos de la adopción, exploración de la voluntad del adoptado, autorización de la adopción y apellidos del adoptado e impugnación y

revocación de la adopción.

A continuación, presentamos como se encuentra establecida actualmente la adopción como institución del derecho de familia dentro de la legislación latinoamericana:

Uruguay

Fue el primer país de América Latina que acogió la adopción con efectos plenos en 1945, permitiéndose la legitimación adoptiva a favor de menores abandonados, huérfanos de ambos padres, pupilos del estado o hijos de padres desconocidos, regulándose que este proceso debe ser aprobado judicialmente.

Venezuela

En su Código Civil de 1942, reguló la adopción simple, donde el adoptado conserva todos sus derechos y deberes en su familia natural y no establecía parentesco civil entre el adoptado y su familia adoptante; posteriormente sufrió cambios la valoración sobre esta figura, reconociéndose legalmente la adopción plena junto a la simple.

Honduras

En su Código de Familia de 1984, reconoce la filiación adoptiva en sus dos formas: simple y plena.

Brasil

Desde su Ley Suprema, reconoce la institución de la adopción plena, al estampar en su Artículo 227, Inciso 6, que los hijos adoptivos tienen iguales derechos que los habidos dentro de la relación matrimonial, prohibiendo cualquier discriminación por causa de su filiación.

Bolivia

En agosto de 1972, promulgó su Código de Familia, donde introduce las dos formas de adopción: la simple que denomina adopción de menores y la plena, que denomina arrogación de hijos.

Puerto Rico

Tiene regulada la institución de la adopción plena, estableciendo que con ella cesarán todos los derechos, deberes y obligaciones del adoptado con su familia biológica, siendo considerado para todos los efectos como hijo legítimo del adoptante.

El Salvador

En su nuevo Código de Familia, que entró en vigor en 1994, recogió la figura de la adopción plena, rompiendo con la visión contractualista que tenía de esta institución. En su Artículo 167, estableció que el adoptado, pasa a formar parte de la familia del adoptante y se desvincula en forma total de su familia biológica.

Panamá

Al igual que El Salvador, en su nueva Ley de Familia, que entró en vigor el 1º de enero de 1995, al establecer los efectos de la adopción, dice que, el parentesco creado entre el adoptante y el adoptado, será igual al existente entre padres e hijos biológicos; el adoptado rompe totalmente sus vínculos con la familia natural o biológica, adquiriendo los mismos derechos y deberes que el hijo consanguíneo en su familia adoptiva.

Ecuador

En 1992, publicó su Código de Menores, adoptando como una de sus formas de filiación la adopción plena, declarando como objetivo fundamental de la adopción, el de dar al menor una familia permanente.

Guatemala

En su Código Civil vigente al establecer los efectos de la adopción, dice que, el adoptado tendrá con el adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto a sus padres, contemplando así únicamente la adopción plena.

Costa Rica

En 1993, sacó a la luz su Código de Familia, vigente actualmente, donde se regula la adopción en sus dos variantes: la simple y la plena.

Inicialmente recogía una sola forma de adopción, que era la adopción simple, aunque en 1971, reforma su legislación en esta materia, acogiendo junto a la adopción simple, la figura de la adopción plena.

A pesar de los cambios que se dan diariamente dentro de las regulaciones legales que protegen a la familia, en relación a la institución de la adopción, aún hay países que mantienen la adopción clásica (simple), como la forma de filiación, sin acoger la adopción plena, dando a esta institución de familia el carácter de un contrato, donde persisten los vínculos del adoptado con su familia anterior, sin incorporarlo totalmente a su familia adoptiva, lo que genera sin dudas, un status discriminado para el adoptado dentro de la familia en la que desarrollará su vida.

4.8 La adopción según la legislación guatemalteca

Debido a la dispersión de las normas que regulan la adopción en Guatemala y a la falta de análisis con que la materia ha sido legislada, existen vacíos y contradicciones que hacen que aún cuando las adopciones tengan un manto de legalidad, no garantizan a niños y niñas la protección integral que se requiere. Las bases legales de la adopción en Guatemala están contempladas en el Artículo 54 de la Constitución Política de la República, el Código Civil, la Ley de Tribunales de Familia, el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

4.8.1 Constitución Política de la República de Guatemala

En el artículo 54 de dicho cuerpo legal, se dispone que: 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.

Lamentablemente, en Guatemala no existen leyes que garanticen los procesos de adopción, ni procedimientos que faciliten la declaratoria de abandono vulnerando de esta manera, los derechos de los niños y niñas guatemaltecos.

4.8.2 Código civil

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

También recoge algunas disposiciones procedimentales, tales como, la solicitud ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante, acompañada de la partida de nacimiento del niño y propuesta de testimonio sobre la conducta y condiciones del adoptante; consentimiento de los padres del niño o de quien ejerza la tutela, que deberán comparecer en el otorgamiento de la escritura pública junto con el adoptante, la cual se inscribirá en el Registro Civil.

Además, el Código Civil regula las causas de extinción de la adopción, por consentimiento y por revocación, así como los supuestos en que procede esta última. Las disposiciones de este código son insuficientes y no responden a la realidad social, donde el 98% de las adopciones son internacionales con carácter pleno y se tramitan por la vía notarial, aparte de que violan el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño y no responde a los principios internacionalmente aceptados a través del Convenio de La Haya, ratificado por Guatemala en el mes de marzo del 2003.

Los Artículos de este código referentes a la adopción contienen deficiencias, principalmente las siguientes:

- No establece la subsidiariedad de la adopción internacional respecto de la nacional.
- No establece la actuación en el interés superior del niño.

- No exige el consentimiento del menor de edad que vaya a ser adoptado cuando tuviera edad para ello (12 años suele ser la edad dispuesta por los diversos ordenamientos), ni se regula la necesidad de que sea oído cuando tuviera suficiente juicio.
- No tiene en cuenta la idoneidad de los adoptantes en relación con las necesidades del niño.
- No se regula el control del origen del niño, por ejemplo: no contempla una autoridad o entidad estatal encargada de llevar tal control antes de iniciarse el procedimiento judicial; ni tampoco existe control sobre las casas cuna o lugares de acogimiento del niño.
- No se exige que en la legislación del país receptor existan leyes que garanticen los mismos derechos y obligaciones reconocidos al menor de edad en su país de origen.
- La adopción no siempre es plena, de modo que a veces no se rompen totalmente los vínculos con la familia biológica; cabe la revocación de la adopción; ausencia de derechos hereditarios por parte de algunos parientes, cuyo parentesco surge a raíz de la adopción; la familia biológica sigue conservando derechos sobre el niño dado en adopción.
- No se establece la necesidad de un seguimiento del niño que es adoptado por una familia residente en el extranjero, corriéndose el peligro de que los padres adoptivos lo utilicen para otros fines como prostitución, tráfico de órganos, etc.

4.8.3 Ley reguladora de tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria

Esta ley regula el procedimiento a seguir ante notario, el cual constituye el 98% de las adopciones.

El Artículo 28 dispone que las adopciones formalizadas ante notario público no requieren la previa aprobación judicial. Por lo que al no existir un control público respecto al origen de los niños ni un control judicial del procedimiento de adopción, se ha dado lugar a una serie de adopciones legales en su forma, pero ilegales en su fondo; el origen de los niños suele ser con frecuencia desconocido e incontrolado no existiendo barreras para que determinados abogados dedicados a la adopción conviertan éstas en un auténtico tráfico de niños, puesto que no se limitan los honorarios que ellos pueden exigir a los adoptantes ni los métodos, modos o formas que tienen de convencer a las madres de escasos recursos económicos y con un gran número de hijos para que consientan en el negocio, métodos que a veces llegan a la coacción.

Los Artículos del 29 al 33 se refieren al procedimiento, que es el siguiente:

- Solicitud ante notario de la persona interesada en adoptar, con presentación de partida de nacimiento y proponiendo el testimonio de dos personas honorables para que acrediten la idoneidad del adoptante.
- Informe favorable de la trabajadora social del Tribunal de Familia competente.
- Elaboración de inventario notarial si el niño tuviere bienes.
- Informe favorable del Ministerio Público, en la práctica es de la Procuraduría General de la Nación.
- Comparecencia ante notario del adoptante y los padres del niño, o la persona o institución que ejerza la tutela.
- Extensión del testimonio e inscripción en el Registro Civil.

Como se aprecia claramente, dicho procedimiento no ofrece ninguna garantía de velar por los intereses del niño, no se le da participación, ni para que consienta ni para que se le oiga; los consentimientos nunca se prestan ante juez, de modo que el notario puede, si faltare a la ética de su profesión, eludir dichos consentimientos falsificando alguna firma o conseguirlos a través de medios ilegales (coacción, corrupción por dinero, etc.); la idoneidad del adoptante se basa en el testimonio de dos personas que pueden estar compradas o no conocer siquiera al adoptante (no hay ningún control sobre ello); no se hace ningún seguimiento en caso de adopción internacional.

4.8.4 Ley de tribunales de familia y código procesal civil y mercantil

La Ley de Tribunales de Familia remite a lo dispuesto en el Libro I Título II Capítulo VI (Artículos 228-251) del Código Civil, en cuanto al procedimiento a seguir en caso de adopción judicial.

Por su parte, el Código Procesal Civil y Mercantil, en su Artículo 401, dispone los actos que deberán tramitarse a través de la jurisdicción voluntaria, refiriéndose a aquellos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin

que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Por lo que los abogados tramitan las adopciones judiciales a través de este procedimiento y si en el transcurso de la tramitación surgiera alguna oposición, el asunto se tornaría contencioso.

4.9 Definición de adopción internacional

Se considera que “una adopción es internacional cuando la figura constituye una relación jurídica internacional por tratarse de un vínculo que incluye elementos que pertenecen a más de un orden jurídico nacional”.²⁷

“La internacionalidad de la adopción se basa en el domicilio o residencia habitual de los adoptantes y residencia habitual del adoptado, por lo que la adopción internacional se configura cuando el adoptante o adoptantes tienen su domicilio o residencia habitual en un estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro estado parte.”²⁸

“La adopción internacional es aquella que tiene por objeto crear un parentesco artificial entre dos personas que, en principio, no están unidas por vínculos de sangre. Mediante la adopción, un individuo, casado o no, puede asegurar un heredero de su nombre y de su fortuna.”²⁹

Según el Instituto Latinoamericano para la Educación y la Comunicación (ILPEC), se entiende por adopción internacional a la efectuada por personas residentes en el extranjero a favor de menores de edad guatemaltecos residentes en Guatemala. Si la adopción se realizara por residentes en Guatemala, aunque estos fueren extranjeros, la adopción sería nacional.

De acuerdo al Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en

²⁷ Caliento, Solari, Ob.Cit; pág. 2.

²⁸ Innocent Digest, Adopción internacional revista del centro internacional para el desarrollo del niño de UNICEF, pág. 2.

²⁹ Niboyet, Jean Paul. Principios de derecho internacional, pág. 74.

Materia de Adopción de Menores de 1984, la adopción internacional es una institución que se utiliza subsidiariamente cuando la adopción interna no puede cumplir con su objeto.

Para concluir, en los últimos años y específicamente a partir de la Convención de los Derechos del Niño (1989), se consideró a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar que permite a los niños, huérfanos o abandonados, beneficiarse de una familia permanente, por lo que en las legislaciones modernas, la adopción tiene como fin incorporar al adoptado a una familia de manera plena, en la situación de hijo biológico y lograr de esa manera la formación y educación integral del adoptado.

4.10 La adopción en el derecho internacional privado

La adopción es una institución que adquiere importancia en el derecho internacional privado debido a que la mayoría de los estados del mundo admiten hoy en día la adopción internacional. Razón por la cual, estimo conveniente hacer una pequeña reseña de como fue que surgió la adopción internacional en el derecho internacional privado. Veamos:

Después de la Segunda Guerra Mundial, las adopciones entre países se convirtieron en un fenómeno a nivel mundial, ya que niños huérfanos, menores desplazados, desatendidos y niños abandonados de familias desarraigadas, eran candidatos para adopción por parejas viviendo en países sin conflicto. La mayoría de estas adopciones involucran la migración de niños entre países europeos y entre Europa y Estados Unidos. En esta década, la adopción internacional es concebida como una respuesta humanitaria a una situación de emergencia y crisis, encontrando hogares permanentes para niños sin familia viviendo en países devastados por la guerra. Desde esta perspectiva, la adopción fuera del país surge como una colocación temporal, justificada por la existencia de una guerra, una crisis social, la cual despoja a los niños de sus familias en los países de origen.

En los años sesenta, el conflicto con el sudeste asiático particularmente Vietnam, abrió nuevas fuentes de adopción internacional, por lo que la mayoría de niños extranjeros adoptados en Europa y Norte América provenían de Asia.

Con el paso del tiempo, la adopción internacional toma una forma más definida, por lo que empiezan a surgir varias interrogantes acerca de la misma dentro del campo del derecho internacional privado, dilema que fue atendido a través de convenciones y tratados como los signados por naciones europeas en 1965 (La Haya) y en 1967 en Estrasburgo.

En los años setenta, la adopción adquiere realmente un carácter internacional, al involucrar cada vez más a un mayor número de países de diferentes regiones del mundo. América Latina inicia su participación en la adopción internacional, en países como Perú, Colombia, Chile, Ecuador y El Salvador.

En la década de los ochenta, los esfuerzos por contar con normas y acuerdos internacionales en materia de adopción internacional encontraron eco. En 1984, se firmó en La Paz, Bolivia la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de normas; en 1986 se expide la Declaración de Naciones Unidas sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, y en 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención sobre los Derechos del Niño la cual permitió regular las adopciones internacionales con mayor énfasis en América Latina que repentinamente se vio sacudida por la importante demanda de menores, por lo que Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Perú, República Dominicana, Paraguay y Nicaragua iniciaron su proceso de reformas en materia de adopción.

En los años noventa, la adopción internacional aumentó en un 62% proviniendo el 90% de los niños de sólo 10 países. El número de países de origen de estos niños ascendió de 22 en 1980 a 68 países en 1990. En una cifra mayor los niños procedían de Asia, seguido de Sudamérica, el país que envió más niños al extranjero fue Corea que registró 61,235 adopciones, India en segundo lugar con 15,325 y Colombia con 14,837.

Como podemos constatar, en la actualidad la adopción es una institución jurídica admitida y legislada en la mayoría de los estados del mundo; es una institución de carácter casi-universal,

y decimos casi-universal porque sí existen algunos estados que no la aceptan. Sin embargo, las adopciones internacionales son abundantes y existe una cantidad enorme de solicitudes que se originan en los países industrializados, más ricos, más cultos, hacia los países en vías de desarrollo, menos ricos, menos cultos; así tenemos que matrimonios de Italia, Inglaterra, Francia, España, Suiza, Alemania, Noruega, Suecia, Australia, Canadá y Estados Unidos envían múltiples solicitudes a México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Colombia, Costa Rica, Perú, Venezuela, Chile, Haití, Vietnam, Corea, Filipinas, etc. La razón de ello estriba en que en dichos países originarios la tasa de natalidad ha bajado, llegando al extremo que múltiples matrimonios jóvenes son infecundos; la razón de ello es de origen múltiple: costumbres relajadas, uso de anticonceptivos en temprana edad, casamientos tardíos, etc. Por otra parte, la tasa de natalidad en los países receptores de solicitudes en lugar de bajar, aumenta, creando una cantidad considerable de hijos ilegítimos, fuera de matrimonio, niños abandonados, niños huérfanos por sucesos naturales, sucesos políticos, etc.

Para los países receptores de solicitudes, la adopción ofrece una oportunidad a sus hijos de tener mejor futuro, mejores oportunidades en la vida, pero también problemas de lucro, problemas de robo y secuestro de niños, problemas de venta de niños, problemas de sospecha que dichos niños adoptados se puedan utilizar en la extracción de órganos aunque tal extremo no haya sido jamás probado.

4.11 ¿Qué ley rige la adopción internacional?

Ante la ausencia de legislación internacional específica relativa a la adopción internacional, las personas que actúan en ellas se preguntan: ¿Qué ley deberá regir la adopción internacional? ¿Será la ley del país de origen del adoptante? ¿Será la ley del país de origen del adoptado? Para determinar que ley regirá la adopción internacional deben considerarse tres aspectos, los cuales son:

4.11.1 Capacidad

La capacidad debe extenderse tanto a la capacidad para adoptar como para ser adoptado; y

lo especial de la adopción internacional consiste en que tanto los adoptantes como el o los adoptados deben ser capaces de conformidad con la ley de cada uno de ellos; así los adoptantes deben ser capaces según su ley personal y según la ley personal del adoptado; el adoptado debe ser capaz según su ley personal y según la ley personal de los adoptantes.

La capacidad tiene mucho que ver también con el origen del niño a ser adoptado, debido a que se presentan varias interrogantes: ¿De dónde viene ese niño? ¿Cómo se determinó su adaptabilidad? ¿Existe verdadera libertad para decidir entregar en adopción este niño determinado por parte de quienes lo entregan, especialmente si son los padres biológicos? Estos puntos están en el corazón de los problemas que ha generado la adopción privada y que caracteriza el tráfico de niños a nivel internacional.

4.11.2 Forma

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

4.11.3 Efectos

Los efectos de la adopción se rigen por la ley del país donde estos se producen, es por consiguiente, la ley del país de los adoptantes la que en la práctica rige los efectos de la adopción. Es ahí donde la adopción tendrá sentido ya que es donde verdaderamente se perfeccionará. Esto

es particularmente importante cuando en el país del adoptado la adopción tiene efectos de adopción simple y que el país de los adoptantes solamente admite la adopción plena.

Tratándose de que la adopción se hace no en el interés de los adoptantes sino en el mejor interés del adoptado, es obvio que el efecto será el que más favorezca al adoptado.

4.12 La adopción internacional en Europa

En el continente europeo no existe un instrumento internacional que regule lo referente a la adopción, cada estado trata de mantener un control aplicando los principios generales de sus disposiciones sobre extranjería y reservándose el derecho de calificación de los adoptantes sobre cuestiones de capacidad, formalidades y efectos, lo cual hacen por medio de la autorización que necesitan para el ingreso del adoptado a sus respectivos países.

El caso de Francia es ilustrativo a este respecto, ya que desde hace 10 años, la adopción internacional vive en Francia una expansión considerable: En el año de 1923 se concibe a la adopción como una manera de transmitir un patrimonio y un nombre, en 1958 la edad límite para ser adoptado era de siete años y en 1966 se aumentó a los 15 años. Por otra parte, en 1997 se acogió acerca de 3,600 niños extranjeros originarios de 70 países diferentes, en comparación con 971 niños adoptados en 1979 que únicamente procedían de 10 países de origen. Por lo que Francia se sitúa en el segundo lugar de los países de recepción, después de Estados Unidos y a nivel europeo, ocupa el primer puesto, representando las adopciones internacionales dos terceras partes de las adopciones pronunciadas en Francia.

Considerando la magnitud de esta evolución, desde 1987 Francia decidió instaurar la MISSION DE L'ADOPTION INTERNATIONALE (Misión de Adopción Internacional), cuyo objetivo consiste en garantizar un mayor control de los procedimientos de adopción internacional, tanto en beneficio de los niños y de las familias de origen como de los futuros padres adoptantes.

Es así, como en este país, para la adopción de niños extranjeros, los tribunales franceses aplican la mayoría de las veces la ley francesa, siendo esta ley la que rige las condiciones; por lo

que si existe una diferencia entre la ley del país de origen del niño y Francia, la tendencia es abolir las diferencias y alinearse sobre la ley francesa.

4.13 La adopción internacional en América

En los últimos años, en el continente americano, ha existido preocupación constante y seria sobre el problema que presenta la adopción internacional, debido a que en algunos países latinoamericanos se tiene una legislación débil y poco o nulo control en el tema de adopciones, lo que conduce a que se hayan descubierto irregularidades muy serias en los procesos de adopción, ya que se conoce la existencia de redes inter-regionales que se dedican al robo y a la venta de niños y niñas para ser dados en adopción internacional, se han visto robos locales, tráfico de influencias para obtener y agilizar procesos de adopción y el enriquecimiento ilícito de funcionarios a cargo de estos procesos.

Lo anterior, se debe a que el desigual desarrollo económico existente, trae consigo que los países altamente industrializados (Europa), sufran cambios sociales y demográficos, como el decrecimiento en las tasas de natalidad, al surgir la planificación familiar con la utilización de métodos anticonceptivos y la legalización del aborto, unido a la existencia de familias que por razones biológicas no puedan crear hijos y que no existan niños susceptibles de ser adoptados. Mientras que por otro lado, en los países subdesarrollados (Guatemala por ejemplo) se presentan altas tasas de natalidad, al no contar con una educación sexual familiar, desconociendo la existencia de métodos científicos para controlar la natalidad, unido a una situación económica catastrófica que le da acceso a estos métodos, ni se garantiza a todos los hijos un nivel de vida óptimo. La existencia de la prostitución de la mujer joven, como medio necesario de vida, que la convierte en madre soltera sin un status social que la apoye, así como la no legalización del aborto, crea el fenómeno de la infancia abandonada y los ya conocidos niños de la calle. Esta situación, provoca la oferta de niños susceptibles de adopción en los países subdesarrollados y una demanda de niños para ser adoptados en los países desarrollados.

Actualmente, el aumento de las adopciones internacionales, ha traído consigo que ya no se persiga como primera opción dar hogar y protección al menor abandonado, sino que ha surgido el

tráfico de hijos ante un eventual pero real mercado negro de la adopción, transformando a los niños en simples artículos de comercio, que conlleva a que sean comprados y otras veces arrebatados a sus padres y vendidos a parejas que desean adoptar, con una situación económica ventajosa, que les permite formar parte en tan despreciable negocio; resultando así América Latina como el continente en el que se produce el mayor número de adopciones, debido a que la solicitud del niño americano está dada por las características de nuestra raza criolla, mezcla de diferentes etnias y culturas. De este modo, encontramos que los fines que inicialmente tiene la institución de la adopción, fines que velan por garantizar el derecho a una familia que todo niño tiene, lamentablemente a veces se ven perjudicados por el mal uso y abuso de poder de aquellos intermediarios en los procesos de adopción, por la ausencia de los controles necesarios y por todas aquellas acciones ilícitas que no toman en cuenta los sentimientos y daños psicológicos que pueden ocasionar a menores y adultos.

La mercantilización de la adopción, ha creado como dijimos anteriormente grandes preocupaciones, provocando que se haya tratado de regular internacionalmente la figura adoptiva, existiendo varios instrumentos jurídicos para su protección, entre ellos: La Declaración de los Derechos del Niño, La Convención de La Haya, El Convenio de La Haya, La Convención sobre Aspectos Civiles de Secuestro Internacional de Menores, La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, La Convención de La Haya, sobre Derecho Internacional Privado, etc.

Por lo que concluimos, que es necesario que exista un tratado o convención internacional, que sienta las bases jurídicas y administrativas por las que se regule la figura de la adopción internacional, aunque cada país debe crear sus mecanismos legales internos, que garanticen que se cumpla con los objetivos básicos de la adopción.

CAPÍTULO V

5. La adopción internacional en Guatemala

El tema de la adopción internacional ha ocupado en los últimos años la atención de múltiples interesados, no solo quienes pretenden adoptar se han ocupado de indagar sus implicaciones, sino también especialistas en derecho internacional, abogados, psicólogos y todos aquellos que de alguna manera han estado muy cercanos al trámite mismo.

Con el paso de los años, la práctica de la adopción internacional se incrementa notablemente, pocos son los lugares del mundo donde los procedimientos de adopción son tan sencillos, siendo Guatemala uno de los países a donde se dirigen múltiples solicitudes de adopción provenientes del extranjero, puesto que ocupa el 4º. lugar en el mundo en la exportación de niños, superado únicamente por Rusia, China y Corea del Sur, los cuales tienen una población mayor de 46 millones de habitantes, mientras que Guatemala tiene 11 millones.

La adopción es una magnífica medida para el bienestar infantil en aquellos casos en que el niño carece de la protección y apoyo de una familia; sin embargo, no es factible sustraerse a una realidad: existen casos de adopciones internacionales que se realizan al margen del orden legal aplicable y que la convierten en un negocio muy redituable, en el que los niños son tratados como mercancía. Por lo que en base a lo anterior, surge mi interés de abordar el tema ya que actualmente, nuestro país se ha convertido en el destino predilecto de las parejas occidentales deseosas de adoptar un niño en el extranjero, debido a que no se cuenta con una ley especial respecto a la materia; por lo que en el presente capítulo trataremos de establecer cual es la situación actual de la adopción internacional en Guatemala, en cuanto a procedimientos, requisitos y principios que rigen la adopción de niños guatemaltecos por personas extranjeras.

Estimo necesario mencionar que si bien es cierto que aún no se cuenta con una ley especial referente a la adopción internacional, es importante señalar los esfuerzos que las autoridades guatemaltecas realizan hoy en día para poder realizar dentro del marco de la legalidad, todos aquellos trámites correspondientes para entregar nuestros niños a personas

extranjeras.

Por lo antes expuesto, a continuación conoceremos el proceso que actualmente se lleva a cabo para las adopciones internacionales en Guatemala.

5.1 Registro de adopciones

En el año de 1993, el Ministerio Público de Guatemala creó el Registro de Adopciones, con el objeto de llevar un mejor control de la adopción en general, es decir, de la adopción estatal o privada, ya sean nacionales o internacionales. Dicho registro, se lleva a cabo por medio de libros en los Tribunales de Familia (Juzgados del 1º. al 6º.) y en la Procuraduría General de la Nación.

De acuerdo a datos estadísticos, en la Procuraduría General de la Nación se tramitan muchísimas más adopciones que en los Juzgados de Familia, debido a que los expedientes son rechazados o retirados del juzgado por diversas razones; entre ellas, porque la documentación está incompleta, la madre se arrepiente o no aparece y por los procesos que se desarrollan en los juzgados del interior de la república. Por lo que en dichos juzgados, se tramitan de 300 a 800 expedientes de adopciones, mientras que en la Procuraduría General de la Nación se tramitan de 1,600 a 1,650 adopciones anualmente, con un promedio de 133 por mes, es decir, más de cuatro por día.

Así mismo, según los registros de los Tribunales de Familia y los de la Procuraduría General de la Nación, de los expedientes que se autorizan el 99% corresponde a adopciones internacionales, las cuales han sido efectuadas por abogados que han tomado como práctica casi exclusiva los trámites de adopción. En la actualidad entre 175 y 200 abogados se dedican a la realización de los mismos, ya que manejan hasta 50 adopciones al año en diferentes juzgados. Por otra parte, las instituciones que acogen a niños huérfanos, abandonados o víctimas de maltrato están saturadas, existen instituciones con poblaciones de 300 niños, que están condenados a vivir en ellas de por vida porque su familia los ha olvidado, porque los autos de abandono pueden durar hasta siete años en trámite o porque los niños mayores de dos años no

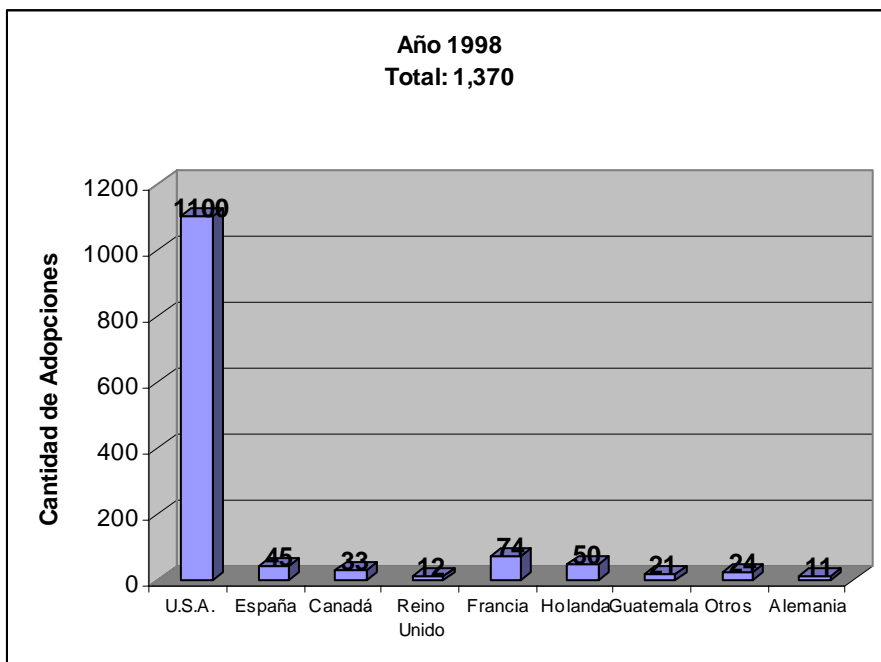
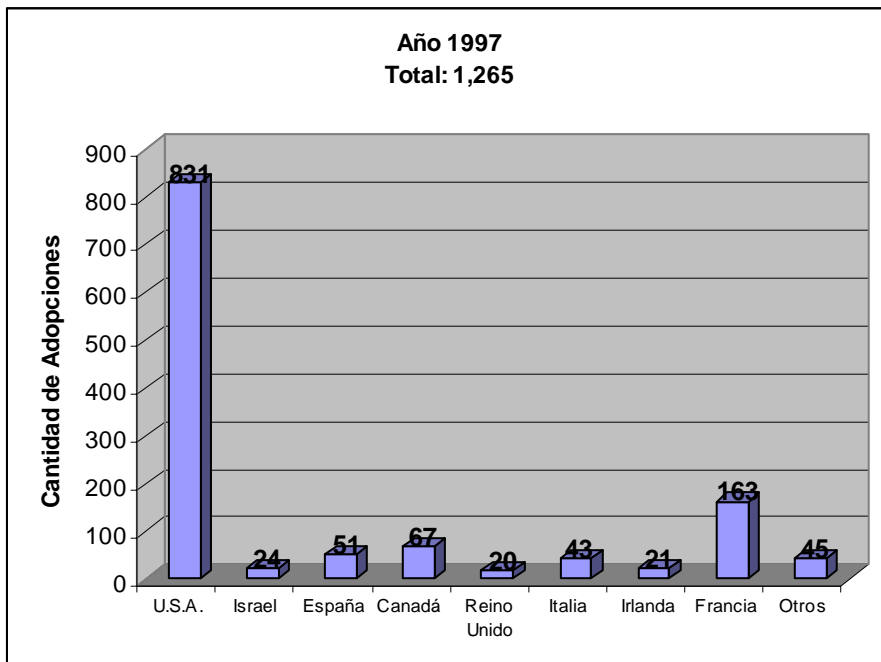
tienen probabilidades de adopción. Sin embargo, la mayoría de los niños que están en proceso de adopción se encuentran en instituciones privadas, las cuales tienen sus requisitos propios con el objeto de asegurar las buenas costumbres de los solicitantes y de que estos no tengan impedimentos legales.

Por lo antes indicado, las adopciones de niños y niñas de las instituciones a cargo de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República han reducido con el paso de los años, debido a la oferta que existe fuera de las instituciones por la intervención directa que han tenido los abogados en las adopciones y la poca funcionalidad del Hogar Elisa Martínez, que es la institución gubernamental que tiene a su cuidado niños declarados en estado de abandono. A continuación mostramos gráficamente el porcentaje de adopciones y los países de destino de los niños y niñas del año 1997 al año 2000.

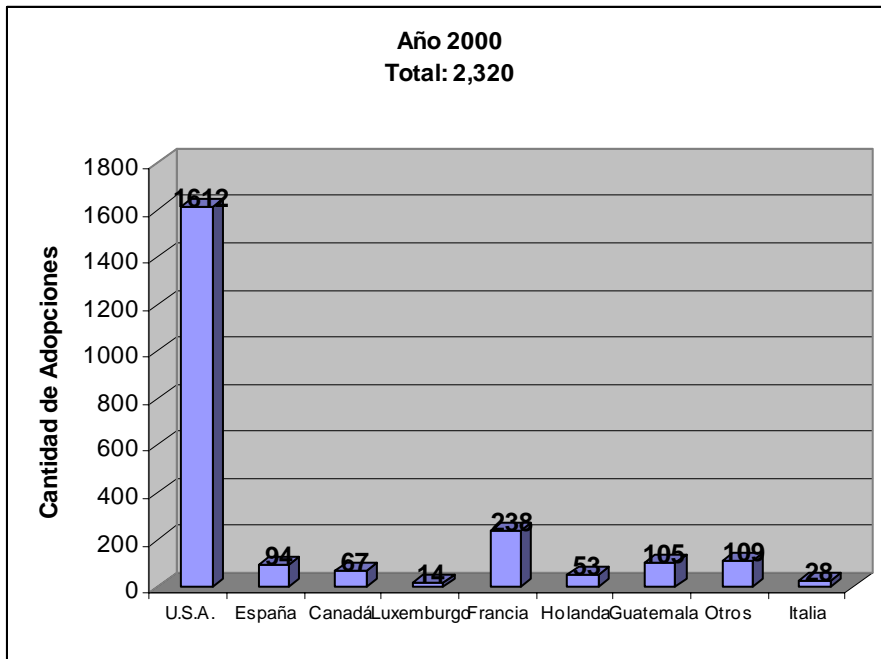
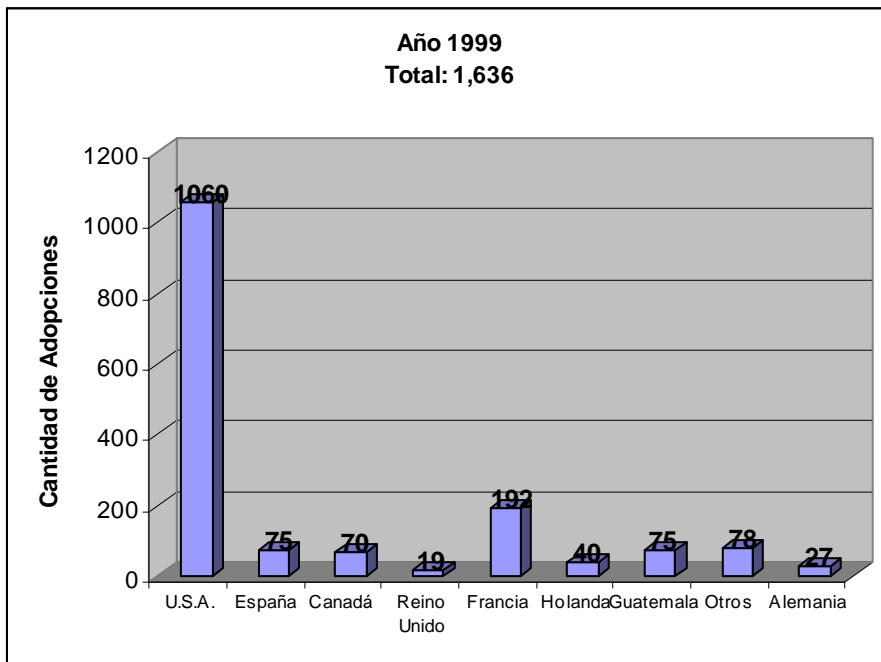
Países de destino de las adopciones de 1997 al 2000

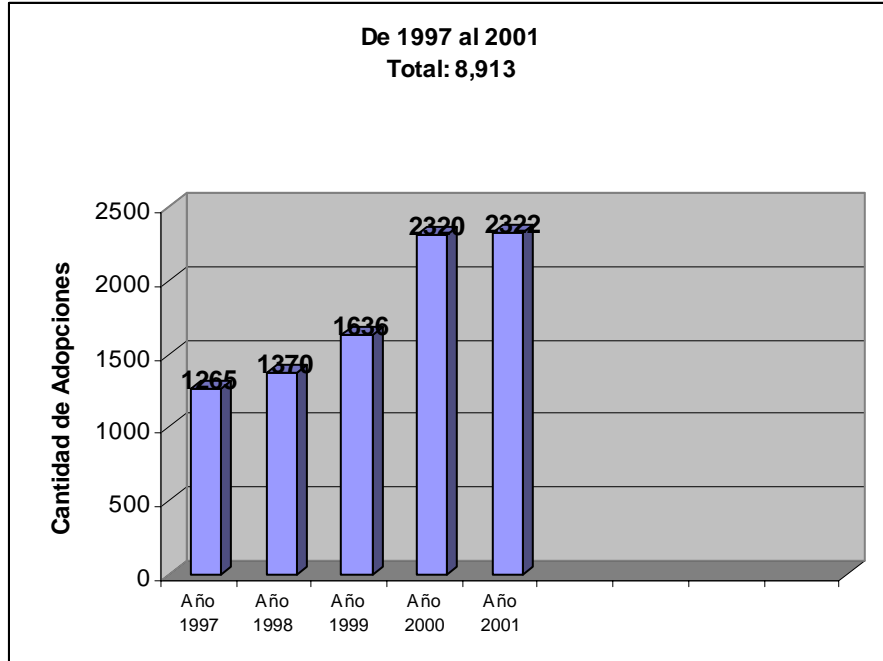
<i>País destino</i>	<i>Cantidad de adopciones</i>	<i>Porcentaje</i>
Estados Unidos de Norteamérica	854	62.34%
Francia	166	12.22%
Canadá	73	6.33%
España	71	5.19%
Italia	32	2.34%
Israel	31	2.26%
Reino Unido	23	1.68%
Guatemala	23	1.68%
Holanda	19	1.38%
Irlanda	17	1.24%
Alemania	13	0.94%
Suiza	8	0.59%
Bélgica	8	0.59%
Suecia	7	0.52%
Noruega	6	0.44%
Dinamarca	5	0.36%
Australia	5	0.36%
Inglaterra	4	0.29%
Luxemburgo	3	0.22%
Bahamas	1	0.07%
Austria	1	0.075
<i>TOTAL</i>	<i>1.370</i>	<i>100%</i>

Niñas, niños y adolescentes adoptados desde Guatemala

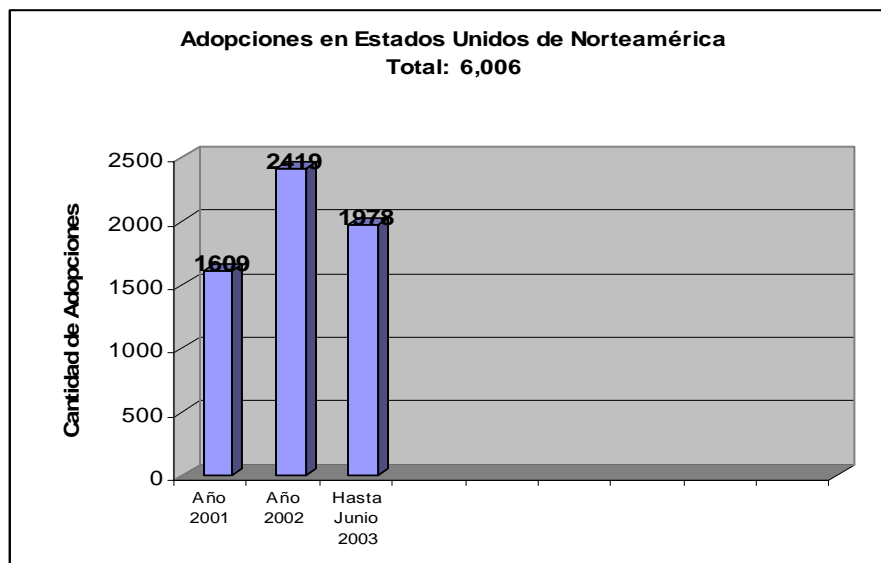


Niñas, niños y adolescentes adoptados desde Guatemala





De acuerdo a la Procuraduría General de la Nación, la mayoría de adopciones internacionales que se han realizado del año 2001 al 2003 tienen como país destino los Estados Unidos de Norteamérica, ya que por cada 100 adopciones internacionales que se realizan únicamente seis son nacionales y se estima que el 62% de las adopciones son para Estados Unidos, 28% a Europa y 10% a países como Israel, Alemania, Holanda, Irlanda, Australia, etc. Por lo que a continuación se muestra el registro de las adopciones internacionales con que se cuenta hasta el mes de junio del año 2003.



5.2 Etapas de la adopción estatal

Existe en Guatemala la adopción internacional estatal que en el pasado se llevaba a cabo por medio del Hogar Rafael Ayau, dependencia que perteneció a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República hasta el año de 1996. En la actualidad, el Hogar Elisa Martínez, el Hogar Temporal de Zacapa, el Hogar Temporal de Quetzaltenango y la Residencia para niñas Mi Hogar; dependencias de la Secretaría de Bienestar Social llevan a cabo ese trabajo, introduciendo nuevos criterios para asegurar la pureza de la institución de la adopción internacional.

Ante la ausencia de normas legales fijas aplicables a la adopción internacional, el estado a través de sus dependencias sociales, ha introducido sus propias normas administrativas tendientes a asegurar, en el interés del adoptado, que los adoptantes son personas honradas, de buenos sentimientos, con medios económicos suficientes y que en general representan para el adoptado un medio ideal de desarrollo social, psicológico y cultural.

El estado guatemalteco, con el objeto de cumplir con lo antes expuesto y tener un mejor control de las adopciones internacionales, basado en el Artículo 54 de la Constitución Política de la República en el cual se reconoce y protege la adopción, así como declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados, se constituye como garante de cualquier adopción. La adopción estatal guatemalteca se produce fundamentalmente en dos etapas:

5.2.1 Primera etapa

En esta etapa se tiene por objeto la prueba de capacidad de los adoptantes; el examen versará sobre la capacidad según su país de origen y la capacidad según el país del adoptado. Una vez calificados favorablemente entrarán en un período de espera hasta que exista un niño adoptable que responda a la pareja solicitante, por lo que al ser escogido éste se propone a los adoptantes, haciéndoles saber toda la información disponible necesaria sobre antecedentes, salud y estado psicológico.

Es decir que, siendo el niño el punto de partida de todo el proceso de adopción, la determinación de su adoptabilidad es un momento fundamental, el cual se define sobre la base de un estudio psico-médico-social sobre el niño y su familia de origen.

Al inicio existía una etapa anterior a la legalización de la adopción, la cual era conocida con el nombre de colocación familiar sujeta a un seguimiento por medio de las autoridades del país de los adoptantes, tenía por objeto ayudar a la inserción real del niño en la nueva familia, ayudar eventualmente a la familia en las dificultades que pudiese encontrar, asegurarse por parte del Estado de Guatemala sobre el destino del niño y controlar en cierta forma, su desarrollo. Esta etapa fue suprimida para introducir la forma de que los niños para salir de Guatemala deben hacerlo debidamente adoptados; a pesar de ello la institución gubernamental exige un cierto control por medio de informes periódicos sobre la adaptación del niño adoptado a su nueva familia.

En conclusión, el objetivo de esta primera etapa es la determinación de la adaptabilidad del niño, ya que constituye una etapa clave por ser el momento en que se organiza la adopción para lograr la definición de un proyecto de vida individualizado para el niño, que le permita vivir en el seno de una familia de manera duradera y permanente.

5.2.2 Segunda etapa

Esta etapa consiste en la legalización de la adopción, la cual se lleva a cabo ya sea judicialmente ante un juez de familia o notarialmente ante un notario. En ambos casos se requiere con carácter obligatorio:

- Mandato especial y judicial con representación en el cual se menciona el nombre y apellidos del niño a adoptar.
- Declaración jurada por lo menos de dos testigos en el país de origen de los adoptantes.
- Consentimiento del tutor (director (a) del hogar)
- Estudio social preparado por la trabajadora social del hogar respectivo, sobre la base del estudio del expediente y comunicación que hubiese existido con los adoptantes durante el tiempo de espera.

- Personería del tutor o tutora.
- Autorización de la Dirección de Bienestar Infantil y Familiar.
- Estudio social de una trabajadora social de un Tribunal de Familia.
- Dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación.

En ambos casos, se culmina con una escritura pública de adopción que debe ser presentada al Registro Civil y obtener posteriormente una certificación de la partida de nacimiento en la cual el adoptado ya aparece como hijo de los adoptantes. Finalmente, se realizan los trámites respectivos para la obtención del pasaporte para el viaje del niño al extranjero.

En la adopción internacional estatal se exige que los adoptantes deben imperativamente venir a traer a su hijo (a) personalmente y permanecer en el país, por lo menos el papá o la mamá (uno de los dos), o los dos, un tiempo mínimo de 15 días calendario y llevarlo a su nuevo país; los padres adoptivos deben tramitar las visas necesarias y proceder posteriormente a ejecutar la adopción en su país de origen para obtener finalmente la nacionalidad para su hijo adoptivo. Cada estado tiene sus propios procedimientos y requisitos para estos últimos pasos.

Debemos hacer notar, que los hogares a cargo de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, solamente colocan en adopción a niños cuya situación legal ha sido perfecta y totalmente preestablecida; debe tratarse de niños, hijos de padres desconocidos, de niños abandonados cuyos padres no se localizó o bien de niños legalmente entregados al estado. En todos los casos debe existir resolución judicial declarando al niño en estado de abandono y posteriormente el Tribunal de Menores ordena al hogar respectivo colocar al niño en los programas de adopción del hogar o excepcionalmente documento público que le otorga la patria potestad. Jurídicamente hablando, los niños recién nacidos, hijos de padres desconocidos, no necesitarían esta resolución, pero la práctica es que también se pide dicha resolución y orden en los mejores intereses del adoptado y para dar las máximas garantías de legalidad a los adoptantes.

Las antiguas disposiciones sobre adopción en Guatemala tenían como objeto resolver un problema de la pareja adoptante: problemas emocionales, problemas conyugales, asegurar la

permanencia de un apellido, asegurar la existencia de un patrimonio, etc., en suma la adopción estaba regulada como institución jurídica en beneficio de los adoptantes. Afortunadamente, en la actualidad, Guatemala y la totalidad de los países involucrados en la adopción han legislado en beneficio del niño, tratan de resolver un problema afectivo, social, de integración y humano del niño, no de los adoptantes.

Es necesario dejar claro que para el interés del niño y el éxito de la adopción, las etapas previas a la adopción son más esenciales que el control de la adopción a-posteriori, ya que una adopción bien hecha, bien preparada en todos sus momentos, tiene mayores posibilidades de ser armoniosa.

5.3 Niños que pueden ser adoptados

5.3.1 Niños guatemaltecos

Los niños guatemaltecos que pueden ser adoptados, son aquellos cuya situación legal ha sido perfecta y totalmente preestablecida; es decir que, debe tratarse de niños cuyos padres son desconocidos, de niños abandonados o bien de niños legalmente entregados al estado. En todos los casos debe existir resolución judicial de los Juzgados de Menores declarando al niño en estado de abandono. En Guatemala, existen varias instituciones que llevan a cabo adopciones de niños tanto nacionales como internacionales, por lo que a continuación mencionaremos algunos hogares privados que se dedican a brindarles a nuestros niños una familia.

1. Hogar adventista los pinos

En el Hogar Adventista Los Pinos, se encuentran aproximadamente 68 niños y niñas que oscilan entre las edades de cero y los siete años, quienes se encuentran en óptimas condiciones y son bien atendidos por los 30 trabajadores con que cuenta. Este hogar es uno de los 20 centros que la Internacional Children's Care (ICC), ubicada en Washington, tiene en todo el mundo. Recibe niños y niñas que han sido abandonados, maltratados, que han quedado huérfanos o que se encuentran en proceso de abandono.

Además, del hogar ubicado en la ciudad capital, existe otro en Las Lajas, Poptún, departamento de Petén, que cuenta con 35 trabajadores y en el cual se encuentran los niños mayores de siete años. Este centro ofrece programas de estudio con los que los jóvenes pueden alcanzar profesiones como magisterio, perito contador, secretariado bilingüe o técnico en computación, entre otras; ha tenido niños y niñas que han crecido en él y han llegado a ser profesionales, principalmente médicos.

Los dos centros trabajan con agencias de adopciones de los Estados Unidos, las cuales contactan directamente a los abogados y realizan el trámite. No se mantienen con las adopciones porque son tan pocas (de cinco a ocho al año) que es imposible que estas puedan mantener ambos hogares, ya que el número de niños y niñas asciende a unos 200. Se sustentan con los aportes que les envían la ICC, la ayuda que los padres adoptantes les proporcionan y el aporte en especie de familias guatemaltecas.

2. Hogar casa cuna Quetzaltenango

Los niños que se encuentran en el hogar son menores de tres años, en su mayoría son remitidos por el Juzgado de Familia y algunos son llevados por abogados para su cuidado mientras se tramita el proceso de adopción. Se financia por donaciones de algunas iglesias evangélicas de los Estados Unidos y no recibe dinero en los casos de adopción.

3. Hogar San Jerónimo Emiliani

Pertenece a la congregación religiosa de las madres somascas y se encuentra ubicado en la capital. Su función es la protección de niños y niñas de cero a 18 años. Así mismo reciben niños especiales que son atendidos de por vida con especial dedicación. La congregación tiene otro centro similar en San Lucas Sacatepequez y el Hogar de Niñas Juan XXIII en la ciudad capital.

Cuenta con una población aproximada de 170 niños y niñas, de los cuales unos 60 tienen entre cero y tres años de edad. Los niños están separados por grupos según la edad y los grupos de jóvenes viven en otra casa, estudian en el colegio que pertenece a la misma congregación y

muchas veces trabajan pero regresan a dormir a la institución.

En este hogar, se tiene contemplado un programa de adopciones, que por lo general se realizan con padres italianos; las posibilidades de adopción para los niños (a) son pocas ya que se dan de siete a ocho adopciones por año, debido al prolongado tiempo en que los Juzgados de Menores expiden los autos de abandono.

4. Asociación para la integración familiar (APIF)

Este organismo no gubernamental fue encomendado por el gobierno hace 14 años para el cuidado de niños y niñas entre cero y 14 años remitidos por los Juzgados de Menores porque han sido abandonados y está en marcha el proceso o porque requieren de medidas de protección y cuidados temporales. Aproximadamente tiene una población de 60 niños y niñas en los hogares ubicados en Kaminal Juyú, zona 7 y en la zona 11, y recibe ayuda financiera de Hola Internacional de Oregón, entidad que supervisa y evalúa sus programas.

La APIF maneja programas de atención a niños y niñas de cero a siete años que han sido rechazados, maltratados o abusados, también cuenta con hogares familiares temporales u hogares sustitutos para niños y niñas de cero a 12 años que requieren de una atención especializada y adopciones nacionales e internacionales, para ubicar a niños y niñas declarados en estado de abandono.

La APIF maneja los casos de adopción internacional según los preceptos de la Convención de La Haya. En este sentido verifica que las adopciones no impliquen lucro, antes de entregar a un niño en adopción agota todos los recursos y hace un estudio cuidadoso para establecer si algún pariente del niño puede encargarse de su cuidado, cuando recibe hermanos los mantiene siempre juntos; trata de ubicar con familias extranjeras a los niños que por su edad tienen pocas posibilidades para la adopción nacional y se preocupa porque los niños sean integrados en familias cuidadosamente investigadas, que puedan suplir las necesidades del pequeño tomando en cuenta su edad, sexo, y las características del grupo familiar adoptante.

5. Asociación guatemalteca para la asistencia del niño desamparado (AGAND)

Es una institución privada que se encarga del cuidado y protección de niños y niñas que entregan en depósito los Juzgados de Menores, por haber sido abandonados o maltratados. La institución fue creada en 1976 y fue la primera, junto con el Hogar Elisa Martínez que tramitó adopciones en Guatemala.

AGAND tiene a su cargo 30 niños y niñas, cuyas edades oscilan entre los cuatro y cinco años. Se mantiene con donaciones nacionales e internacionales y tiene una infraestructura adecuada para albergar de 30 a 40 niños. El hogar tramita adopciones internacionales principalmente con los Estados Unidos, para lo cual trabaja con la Agencia de Adopciones Nuevos Horizontes; en sus 23 años de existencia ha entregado en adopción internacional aproximadamente a 350 niños y niñas.

AGAND maneja la adopción dentro de un marco ético y humano. En este sentido respeta la adopción nacional y toma como último recurso la adopción internacional; da seguimiento a los casos de adopción internacional, a través de reportes periódicos obligatorios que les envía la agencia de adopción y cuenta con un archivo de fotografías de los niños y jóvenes que han sido adoptados.

6. Hogar Rafael Ayau

Este hogar perteneció a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, hasta el año de 1996 que fue entregado a una congregación religiosa para su administración. Tenía como función albergar a niños de ocho a 18 años y contemplaba un programa de adopción, aún cuando por la edad muy pocos niños podían gozar de ella.

Actualmente, tiene una población de 150 niños y niñas, de los cuales 60 podrían ser entregados en adopción, pero el auto de abandono no ha salido en ningún caso. Durante los últimos años, el hogar ha recibido 400 niños en calidad de resguardo o como medida de protección, y ha manejado de 24 a 35 adopciones internacionales y algunas nacionales. No

obstante, la cantidad de niños que tiene la institución, ellos se encuentran bien atendidos, en buenas condiciones ambientales, de salud y alimentación. La institución tiene su propia escuela y cuenta con un médico que les atiende.

5.3.2 Familias en dificultad social

Debido a la pobreza extrema en que está sumido el 59% de la población guatemalteca, hay un número importante de niños cuyas familias atraviesan situaciones de dificultad, lo cual genera la intervención de los servicios sociales (estatal-privado), los cuales en primer término, ponen en marcha recursos de apoyo familiar tratando de evitar dolorosas separaciones. Sin embargo, cuando la situación es muy conflictiva o los apoyos han demostrado ser ineficaces, la decisión de separación se hace necesaria, para proteger al niño. Por lo que cuando esto sucede, los profesionales de los servicios, conscientes de la importancia que para el niño tiene su familia, trabajan prioritariamente para hacer posible que la separación sea lo más breve posible y que el niño pueda volver a su núcleo familiar.

Solamente en los casos en que esto no sea posible, es cuando se plantea la posibilidad de la adopción para promover la integración y adaptación plena del niño a la sociedad.

5.3.3 Niños extranjeros

¿En qué circunstancias un niño o niña de otro país puede ser adoptado y qué características tienen estos?, son preguntas que se hacen las personas interesadas en la adopción internacional.

La respuesta que mejor resume la realidad es la palabra diversidad, ya que al igual que en nuestro país, los niños que pueden ser adoptados llegan a la adopción, por causas muy diversas, tienen diferentes edades, diferentes pasados, han vivido muy distintas experiencias, etc.

En torno a esta cuestión, a continuación se indican algunos datos a tener en cuenta.

5.3.3.1 Diversidad de niños y situaciones

5.3.3.1.1 En cuanto a la adoptabilidad:

Un niño puede ser adoptado, porque sus padres hayan consentido a la adopción o bien porque el juez o la autoridad administrativa competente lo haya declarado adoptable a partir de una situación de abandono o se trate de un niño huérfano.

5.3.3.1.2 En cuanto a la edad:

Hay niños de muchas edades para ser adoptados, no sólo pequeños. Si bien es cierto que en algunos países el número de niños de corta edad, susceptibles de adopción es alto, también lo es el que en muchos países se está promocionando cada día más la adopción nacional. Por esta razón muchos niños pequeños son adoptados por ciudadanos de su país.

5.3.3.1.3 En cuanto al grupo étnico:

En función del país hacia el que se dirija la demanda e incluso dentro del mismo país, los niños susceptibles de ser adoptados pueden pertenecer a otro grupo étnico, tener rasgos físicos y color de la piel claramente diferenciados. En todo caso, pertenecen a otra cultura, con costumbres y muchas veces idiomas diferentes.

5.3.3.1.4 En cuanto a la historia:

Todos los niños y niñas que son adoptados tienen un pasado, una historia vivida en su país de origen, incluso los bebés. Esta puede ser muy diferente en cada caso, dependiendo de la suerte de cada uno, desde abandono al nacer, malos tratos, buena relación con la madre y separación posterior, estancia en centros, acogimiento con familia extensa, abuelos, tíos, cambios repetidos de institución, etc. La experiencia de cuidados parentales puede haber sido muy diversa.

5.3.3.1.5 En cuanto a las condiciones de vida presente:

Por lo general los niños están en instituciones de protección de menores conviviendo con adultos que los cuidan y con otros niños. El tiempo de estancia puede ser muy variable, así como las condiciones del entorno y la calidad de atenciones recibidas por figuras adultas.

5.3.3.1.6 En cuanto a la salud física y psíquica:

No siempre es buena, ya que muchas veces no han podido recibir la atención médica adecuada a causa de las propias condiciones de necesidad del país. Entre los niños que pueden ser adoptados también algunos sufren de handicaps (discapacidad) físicos o psíquicos, con una posibilidad de recuperación variable en función de cada caso.

5.4 ¿Quiénes pueden adoptar?

Pueden adoptar las personas que cumplan con los requisitos siguientes:

- Quienes tengan capacidad civil.
- Las personas que prueben su idoneidad física, mental, moral, social y económica para ofrecer un hogar adecuado y estable al adoptado.
- Los cónyuges.
- El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado, fuera de este caso ninguno puede ser adoptado por más de una persona.
- Uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro.
- El tutor no podrá adoptar al pupilo mientras no se hayan aprobado las cuentas de la tutela y entregados los bienes al protutor.

5.5 ¿Quién puede ser susceptible de ser adoptado?

- Los menores de 18 años declarados judicialmente en abandono.
- Los menores cuya adopción haya sido consentida por los padres biológicos o tutor, en forma expresa, libre y voluntaria.
- Los mayores de 18 años cuando hubiese existido adopción de hecho desde la minoría de edad.

5.6 Procedimiento a seguir para poder adoptar a un menor de edad declarado judicialmente en abandono

Las personas guatemaltecas o extranjeras que deseen adoptar un niño declarado

judicialmente en abandono, deberán seguir el siguiente procedimiento:

- Presentar solicitud ante notario o juez competente de la persona interesada en adoptar, con presentación de partida de nacimiento y proponiendo el testimonio de dos personas para que acrediten la idoneidad del adoptante.
- Informe favorable de la trabajadora social del Tribunal de Familia competente.
- Elaboración de inventario notarial si el niño tiene bienes.
- Informe favorable de la Procuraduría General de la Nación.
- Comparecencia ante notario del adoptante y la persona o institución que ejerza la tutela.
- Extensión del testimonio e inscripción en el Registro Civil.

5.6.1 Requisitos:

- Partida de nacimiento del niño a adoptarse.
- Certificación de matrimonio.
- Cédula de los padres adoptantes y biológicos.
- Documentos que demuestren solvencia económica de los adoptantes.

5.6.2 Personas involucradas en el proceso:

- Las madres o instituciones en donde se encuentra ubicado el niño o niña.
- El abogado que acciona y eleva a los tribunales acta notarial o escritura pública final si es adopción extrajudicial o el juez competente si es adopción judicial.
- La trabajadora social quien realiza el estudio socioeconómico de los padres o madre biológicos.
- El médico, quien extiende certificado acerca del estado de salud del niño o niña.
- Dos testigos que dan fe de los padres adoptivos.
- Los padres adoptivos.
- El abogado de la Sección de Adopciones de la Procuraduría General de la Nación.
- Registrador civil, para la anotación correspondiente.

5.7 Petición de adopción internacional

Las personas que deseen adoptar una niña o niño guatemalteco, deberán seguir el siguiente procedimiento, así como cumplir con la documentación mínima que deberá contener el expediente en el cual se solicite la adopción internacional.

5.7.1 Requisitos

- Certificación de las partidas de nacimiento de los solicitantes.
- Certificación del acta de matrimonio de la pareja solicitante.
- Constancia sobre su capacidad económica.
- Antecedentes penales y policíacos.
- Certificación de buena conducta extendida por la autoridad competente.
- Testimonio de personas que conozcan a los interesados y den fe de su aptitud para adoptar.
- Certificado de buena salud física y mental de los interesados extendido por un médico legalmente autorizado.
- Estudio sociofamiliar realizado por una institución oficial o privada debidamente autorizada por el gobierno de los adoptantes.
- Compromiso de la autoridad respectiva a dar el seguimiento que corresponde a la adopción en hacer llegar informes periódicos sobre la adaptación del niño en su medio familiar.
- Los extranjeros deberán cumplir con los requisitos migratorios de su respectivo país.
- Para que sean admisibles los documentos provenientes del extranjero que deban surtir efectos en Guatemala, deben ser realizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Si los documentos están redactados en idioma extranjero deben ser vertidos al español bajo juramento por traductor autorizado en la república.
- Cuando se trate de adopción con consentimiento de los padres biológicos se necesitará una prueba de ADN.

5.7.2 Procedimiento

- Los padres adoptantes designan a un apoderado judicial en Guatemala quien designa al mandatario, facultado para realizar los trámites necesarios, y en ocasiones, para viajar con el niño y entregarlo a los padres adoptivos en su país de residencia. (Los padres adoptivos contactan al abogado directamente a través de una agencia internacional de adopción).
- Los padres adoptantes envían sus antecedentes penales, un informe socioeconómico, un informe financiero, una autorización del gobierno de su país, una certificación de matrimonio, sus certificaciones de nacimiento, certificados médicos, tres cartas de recomendación de personas que den fe de sus cualidades, una constancia de salarios que devenguen y dos fotografías recientes.
- El notario deberá recibir dos testimonios sobre las buenas costumbres y moral de los adoptantes y su posibilidad económica para cumplir con las obligaciones que conlleva la adopción.
- Redactar un acta solicitando que se inicie el trámite.
- Posteriormente solicitar el informe de una trabajadora social adscrita a un Tribunal de Familia.
- El respectivo expediente debe ser remitido a la Procuraduría General de la Nación para que emita su opinión.
- Si la opinión de la procuraduría es favorable, el notario elabora la escritura pública, con participación de los padres adoptantes biológicos del niño. Si es desfavorable el notario deberá cumplir con lo indicado y enviar nuevamente el expediente.
- Remitir la escritura pública al Registro Civil para su inscripción.
- Se extiende la partida de adopción.
- El notario debe acudir a las autoridades de migración de Guatemala para obtener el pasaporte del niño. Para ello presenta copia del expediente que incluye: el acta notarial del consentimiento de adopción, certificación del mandato judicial especial con representación, las dos partidas de nacimiento (una original con el nombre de los padres biológicos y la otra como hijo de los padres adoptivos) fotografías recientes del niño y la solicitud.
- Una vez examinadas las huellas dactilares del niño y el expediente es trasladado a la asesoría jurídica para que dictamine, posteriormente es enviado al subdirector de migración quien lo firma, para luego ser entregado.
- Para finalizar se tramita la expedición de la respectiva visa para el niño.

Protagonistas del proceso

- Las madres o instituciones en donde se encuentra ubicado el niño o niña en caso de estado de abandono.
- La agencia internacional de adopciones.
- Los padres adoptivos.
- La trabajadora social que elabora el estudio socioeconómico de los posibles padres adoptivos.
- Psicólogo que elabora el estudio psico-social de los padres adoptivos.
- Dos testigos que dan fe de la idoneidad de los padres adoptivos.
- Organismo de cada país que tiene bajo su cargo la emisión de certificación de antecedentes penales.
- Embajador y/o cónsul de Guatemala, en cada país, quien autoriza la documentación que se envía al Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala.
- El traductor jurado quien traduce al castellano todo el expediente, cuando proviene de un país de habla no hispana.
- El abogado en Guatemala quien elabora el acta notarial y la escritura pública final.
- Los juzgados de familia.
- Las trabajadoras sociales del Juzgado de Familia.
- El abogado de la sección de adopciones de la Procuraduría General de la Nación quien emite dictamen.
- Registrador civil quien asienta la nueva partida de nacimiento del niño o niña.
- Oficial de migración quien emite el pasaporte para que el niño o niña pueda viajar.
- Embajada y/o consulado que emite la visa respectiva.

5.9 Autoridades que intervienen

En la actualidad, debido a las irregularidades constatadas en el campo de la adopción internacional privada, las autoridades administrativamente, han adoptado reglas tendientes a evitar cualquier ilegalidad. De lo anteriormente explicado, constatamos que varias son las instituciones del estado involucradas: Procuraduría General de la Nación, Dirección General de Migración, Magistratura de Menores, Tribunales de Familia, Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Defensoría de los Derechos de la Niñez de la

Procuraduría de los Derechos Humanos.

Cada una de estas instituciones, actuando dentro del marco de su jurisdicción y competencia, ha colaborado en hacer de la adopción internacional una institución segura; sin embargo, dichas instituciones no están tampoco al abrigo del abuso del poder y de la corrupción, pues actuando con la mejor buena fe a veces invaden campos que no son propiamente los suyos, campos que exigen una alta especialización y una gran experiencia.

5.10 Principios que enmarcan la adopción internacional

5.10.1 Adopción nacional en primer lugar

Todos los niños y niñas tienen derecho a crecer en una familia, así como conservar los vínculos con su grupo de origen y su país; únicamente cuando no sea posible la colocación en su propio estado, la adopción por extranjeros se concibe como un beneficio para el pequeño o pequeña.

Estos derechos de la infancia junto a otros quedan recogidos en la Convención de los Derechos del Niño aprobada en la ONU el 20 de noviembre de 1989. Para hacer efectivos estos derechos, la convención recomienda a los estados que realicen los esfuerzos necesarios para garantizarlos.

5.10.2 Recurso de protección

La adopción es concebida en todo caso como recurso de protección para aquellos niños y niñas que no pueden permanecer en su propia familia. Para que cumpla este objetivo, los estados deben arbitrar todos los mecanismos necesarios para garantizarle al niño unos padres capaces de asegurar las atenciones propias del cuidado paternal. En el caso de la adopción en otro país, los dos estados que intervienen deben perseguir este objetivo.

El aumento creciente en los últimos años de las adopciones internacionales ha originado

que, con una frecuencia mayor de la deseada, aumente el riesgo de que las adopciones se realicen a través de prácticas contrarias a los derechos fundamentales del niño, prácticas que han sido denunciadas por organismos internacionales. Presiones a los padres para el abandono de sus hijos, venta de niños menores desaparecidos, posteriormente adoptados (tráfico de menores). Por ello, es esencial en las adopciones asegurarse, a través de la tramitación, de que éstas se realicen respetando los derechos de los niños.

5.10.3 Cooperación entre países

Ante la realidad del tráfico de niños y para luchar contra él, es necesario un sistema de cooperación entre estados receptores y de origen de los niños, si se quiere garantizar una adopción digna.

Con este objetivo, en el año de 1993 se aprobó el Convenio de La Haya, en el que participaron 63 países, tanto de origen de los niños como de recepción. Dicho convenio desarrolla este sistema de cooperación a través de un reparto de responsabilidades entre los estados contratantes. En él se regula la tramitación a seguir en estas adopciones a través de las autoridades competentes de cada país, contemplando la participación de organismos privados reconocidos en determinadas tareas concretas de la tramitación.

El Convenio de La Haya trata de establecer, fundamentalmente las garantías necesarias para que la adopción se realice teniendo en cuenta el interés superior del niño y en el respeto de sus derechos reconocidos internacionalmente. Estas garantías consisten en:

- Prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños a través de un sistema de cooperación entre países.
- Desarrollar un sistema de cooperación basado en la distribución de responsabilidades entre las autoridades centrales de los estados de origen y de recepción, con el objeto de garantizar todo el procedimiento y muy especialmente, los aspectos más delicados como son la adoptabilidad del niño, los consentimientos necesarios y capacidad e idoneidad de los adoptantes. De acuerdo con esta distribución de competencias, al estado de origen le corresponde los aspectos relacionados con el niño, sus familiares y las instituciones o autoridades que lo tengan a su

cargo. Las responsabilidades del estado de recepción guardan relación con los futuros padres adoptivos o solicitantes de una adopción internacional.

- Garantizar que la salida del niño de un país se realice con la seguridad de que no existirán problemas de entrada y residencia definitiva en el país receptor.
- Establecer un control sobre la obtención de beneficios indebidos.
- Establecer un compromiso de seguimiento sobre la adaptación del menor en la nueva familia y sociedad del país de recepción.

Para concluir el presente capítulo, considero que para que la niñez guatemalteca tenga mayor oportunidad de crecer en el marco de una familia adoptiva es necesario que existan leyes y procedimientos que faciliten la declaratoria de abandono. Así mismo, reitero que la institución de la adopción tanto a nivel nacional como internacional es muy importante, ya que debe responder realmente al interés superior del niño y respetar sus derechos fundamentales; razón por la cual, es de mi opinión que sí es muy necesaria la aprobación de una ley de adopciones para que regule todo lo relativo a la materia y erradicar así la falta de transparencia en algunos procesos, el sacrificio de los intereses de los niños para lucro y sobre todo el tráfico de menores.

CAPÍTULO VI

6. Análisis sobre el tráfico de niños en Guatemala en los años 1997 al 2000

El futuro es de los niños. En estas latitudes del continente americano esta frase no puede estar más alejada de la realidad, ya que nadie puede negar que el mundo da vueltas, y hoy después de la abolición de la esclavitud, los seres humanos continúan siendo objeto de comercio. Niños de todas las edades y de todo el mundo son vendidos al mejor postor, hasta por sus propios padres.

En la actualidad, uno de los desafíos del derecho se relaciona con la problemática de los menores y su vinculación con prácticas delictivas que los involucran. Entre las diferentes conductas ilícitas que afectan a la minoridad, encontramos al tráfico internacional de menores como una de las más trascendentes debido a su generalización, gravedad e incidencia como fuente generadora de otro tipo de delitos.

Debido a que el análisis comparativo es una herramienta muy útil, iniciaremos el presente capítulo con la confrontación de complejos normativos y unidades léxicas, a fin de acotar el sentido de la expresión tráfico internacional de menores, para tener una noción sobre el mismo. Veamos:

El sistema internacional de protección de los menores recibió un impulso esencial en el año de 1989 con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que contiene principios fundamentales para la salvaguarda del interés superior del menor. Esta convención, impone a los estados parte, en sus Artículos 34 y 35, la obligación de tomar medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral, tendientes a evitar la explotación, abuso sexual, secuestro, venta y trata de niños. Surge del texto la imperiosa necesidad de precisar la extensión semántica de cada una de estas expresiones a fin de determinar el contenido de los compromisos asumidos por los países signatarios. En tal sentido, nos preguntamos ¿qué relación existe entre la noción de tráfico y los supuestos previstos en aquel instrumento?

El fenómeno de la desaparición de niños supone el alejamiento de un menor de su residencia habitual con destino desconocido, y sin el consentimiento de sus padres o guardadores. Sin embargo, no toda desaparición implica tráfico, lo cual obliga a efectuar un distingo entre este concepto y otras figuras aparentemente semejantes. El tráfico implica a menudo una desaparición caracterizada por un desplazamiento dominado por el ánimo de lucro, manejando a la persona humana como mercadería. No obstante, a diferencia de la venta de niños, en este caso no se presupone necesariamente la existencia de una contraprestación.

El tráfico puede operar en el ámbito interno de un país o bien internacionalmente y es en este último supuesto que cabe contrastarlo con la migración ilegal, en la cual existe libre cooperación e incluso instigación del migrante ilícito y está ausente el elemento de involuntariedad que caracteriza al primero por la presencia de engaño, violencia física o moral, abuso de autoridad o confiscación de documentos de viaje. A su vez, estos rasgos distintivos conducen comúnmente a la identificación del tráfico con la trata. Sin embargo, consideramos que este último vocablo posee una connotación vinculada o relacionada generalmente con la prostitución, la cual constituye tan sólo uno de los tantos fines que pueden ser tenidos en mira a la hora de traficar menores.

En cuanto a los ilícitos sexuales se entiende que la explotación, como género, consiste en todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño para sacar ventaja o provecho de carácter sexual y/o económico basada en una relación de poder. De aquí surge la existencia de dos modalidades de explotación: una comercial, que presupone un intercambio de dinero o favores en especie, como sucede con la prostitución y pornografía infantil, el turismo sexual, la venta y el tráfico; y por otra parte una no comercial, integrada por el acoso y abuso sexuales.

Avanzando un poco más con la terminología empleada por la Convención sobre los Derechos del Niños, nos encontramos con el vocablo secuestro que presenta evidentes connotaciones penales. Sin embargo, otros acuerdos internacionales tienden a evitar el uso de esta palabra para concentrarse en otros aspectos de la cuestión. Así, la Convención de La Haya de 1980, regulando exclusivamente los aspectos civiles, opta por el término sustracción de menores que se consideró más adecuado para reflejar el ejercicio abusivo de quienes detentan la

patria potestad. Con respecto al ámbito americano, por su lado, durante la CIDIP-IV se elaboró un acuerdo tendiente a proporcionar un marco jurídico a la restitución de menores, que se configura así como otro mecanismo de protección de la infancia. Además, la expresión restitución pone el acento fundamentalmente en la actividad que realiza el estado frente a los traslados o retenciones ilícitas y no, como en el caso de tráfico, a la conducta delictiva.

A la luz de todo lo expresado anteriormente, ¿es factible elaborar una definición universal e inequívoca de tráfico internacional de menores capaz de individualizarlo frente a las mencionadas figuras afines?

Dentro de la doctrina internacional, algunos autores han esbozado conceptos en la búsqueda de un consenso. Tal es el caso del informe de uno de los expertos convocados para la reunión preparatoria de la CIDIP-IV en donde se establece que el ilícito tiene su origen en la entrega ilegal de un menor por los padres, tutores o curadores, lo cual creemos inapropiado ya que circunscribe la causa del tráfico a una sola de las hipótesis posibles, omitiendo al resto de los supuestos tales como el raptó o secuestro.

No obstante los inconvenientes para lograr uniformidad de criterios, advertimos un plexo de coincidencias que dan cuenta de ciertas características básicas que se combinan para dotar a la figura de un perfil propio y diferenciador, a saber: involuntariedad por parte del menor, utilizando de tretas o engaños, coacción o fuerza y ánimo de lucro.

Como vemos, es importante saber a que se refiere el tráfico de menores guatemaltecos dentro del marco de la adopción internacional debido a que se presentan muchas irregularidades respecto al trámite que aparentemente se realiza de manera legal, por lo que para facilitar su comprensión entenderemos por tráfico a la cantidad excesiva de niños y niñas que salen de Guatemala, sin un control eficaz, sin transparencia, sin precios sujetos a regulación y sin un claro conocimiento del origen del niño.

Aprovechándose de la inadecuadas condiciones económicas de la población, la crisis de valores morales y la ausencia de sentimientos provocada por la miseria extrema, muchos niños

guatemaltecos han sido llevados a Europa, Estados Unidos y otros países, ya que hoy día el 80% de la población es de escasos recursos y de ellos, un 59% en extrema pobreza, lo cual ha incidido en la utilización errónea de la institución de la adopción de niños y niñas, como una salida de la crisis, ocasionando que muchas personas se dediquen a delinquir, a vivir de la extorsión, el robo y el crimen y es tal vez en esta última categoría, en la que puede situarse el tráfico de niños y niñas.

Son muchas las personas que se encargan de reclutar madres en situaciones paupérrimas, prostitutas, madres con hijos o hijas no deseados y mujeres que se han dado a la tarea de alquilar sus vientres y los de sus hijas para desarrollo de embarazos, suposición de partos y sustracción de niños y niñas. De un tiempo para acá, se han intensificado las noticias que hablan sobre adopciones casi venta de niños y niñas a extranjeros. Así tanto madres como intermediarios promocionan a los niños y niñas guatemaltecos como si fuesen productos maquilados al por mayor.

En un estudio realizado por la UNICEF en 1994 se estimaba que en Guatemala operaban 20 redes para la adopción, de manera legal. Pero las redes de adopciones internacionales han creado casas cuna para el cuidado de niñas y niños, así como casas de engorde, hogares temporales, madres sustitutas y hogares privados, los cuales frecuentemente operan sin autorización del Ministerio de Gobernación, Salud o Magistratura de Menores.

Lo anterior, es preocupante porque aumenta las violaciones a los derechos de la niñez en el país, empezando por no tener una ley específica para el caso. Es más, un niño o niña es hasta sujeto a prueba, pues se da en adopción y si no le parece al padre lo devuelve, como si fuera un par de zapatos que no le quedaron. Y si a ello le sumamos el hecho de que el aparato legal que actualmente funciona para otorgar adopciones, además de ser ineficiente para abarcar todos los aspectos que entran en juego cuando se habla del futuro de un infante, pareciera estimular la procreación y luego el abandono de los hijos. Es tan fácil dar a un pequeño en adopción, tan sencillo es el proceso, que ni siquiera es necesario probar que se es el padre o madre biológico(a). Una partida de nacimiento basta. Y con esa misma facilidad se pueden entregar niños y niñas secuestrados, robados y hechos bajo pedido.

Como sabemos más del 97% de las adopciones son otorgadas a padres extranjeros. No es difícil adivinar el porqué de esta discriminación, ya que el sistema que impera actualmente se rige por un solo factor determinante: el dinero. La compraventa de criaturas resulta un negocio sencillo y muy lucrativo y para los padres o personas que adoptan, cualquiera que sea el fin que deseen para el niño o niña, una solución sencilla a su problema.

Las causales del tráfico de menores son múltiples, complejas y de diversa índole: políticas, éticas, morales, económicas y de salud; entre otras, la pobreza, la falta de oportunidades de empleo, la desprotección social de los niños, la ausencia general de educación y sensibilización, la vulnerabilidad de las minorías étnicas, grupos tribales, trabajadores indocumentados, apátridas y refugiados, una legislación deficiente en los países afectados y débiles mecanismos encargados de hacer cumplir la ley. Si bien esta realidad social no es novedosa, sí lo es una incipiente preocupación por parte de los estados en cuanto a la asunción, tratamiento preventivo y penalización de la cuestión.

Por lo que con el objeto de dar una primera respuesta al asunto, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), se dio forma a un instrumento jurídico convencional. Así durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en México en 1994, se aprobó a nivel continental la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, que tiene por objetivo la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. Dicha convención podrán encontrarla en el anexo del presente trabajo.

Por lo tanto, mientras en Guatemala se presente la existencia de tráfico se demuestra que no se están haciendo esfuerzos porque los niños sean dados en adopción interna, que es una de las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 21) y de la Convención de la Haya (Preámbulo, Apartado 3, Artículo 4-b), según las cuales la adopción internacional debe ser subsidiaria de la adopción nacional, es decir que debe buscarse prioritariamente colocar al niño, que necesite de una familia en su propio país, en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de origen; la adopción internacional sólo procede si no es posible encontrar

una solución en el país de origen del niño.

Asimismo, dado que la adopción no es otra cosa que una medida de protección del niño, ésta no debe dar lugar a provechos económicos (Artículos 21 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Artículos 1, 11 y 32 de la Convención de La Haya). No obstante no se tienen pruebas objetivas de la existencia de comercialización y por lo tanto no se pueden hacer señalamientos concretos, se sabe por diferentes fuentes (trabajadoras sociales de juzgados de familia, personal de embajadas, jueces de juzgados de familia, abogados y algunas madres) que existe comercialización de niños y que se pagan fuertes cantidades en dólares en la adopción internacional, con lo cual la adopción se ha convertido en una transacción comercial en la que se involucran varias personas, como guardas, madres, abogados, que prestan servicios lucrativos en torno a ellas. De acuerdo a la UNICEF, por el número y las características de las adopciones internacionales de niños guatemaltecos se puede asegurar que éstas se han convertido en un negocio de dólares, con lo cual la adopción ha perdido su carácter de institución social de protección hacia la niñez. La alta demanda internacional y la pobreza de las familias guatemaltecas ha generado que la adopción se maneje según la ley de la oferta y la demanda, lo cual ha traído como consecuencia el tráfico de niños y niñas. Robert Brown, director de una agencia de adopciones de Estados Unidos, señaló que Guatemala es uno de los pocos países del mundo –si no el único- donde existe la posibilidad legal de formalizar una adopción sin que medie una resolución judicial. Tal circunstancia ha generado en gran medida la existencia de tráfico de niños y niñas guatemaltecos.

Por otra parte, según el informe síntesis de la INTERPOL presentado durante la Conferencia Intergubernamental sobre Adopción Internacional, celebrada en Santiago de Chile del 2 al 5 de marzo de 1999, Guatemala es el 4º. país del mundo que entrega a niños y niñas en adopción, después de Rusia, China y Corea del Sur. Lo anterior se ve confirmado al comparar las cifras de adopciones internacionales de otros países con las cifras de Guatemala.

Por ejemplo, en Honduras se han realizado 224 adopciones nacionales e internacionales, de niños entre uno y tres años en los últimos cinco años. Mientras que en ese país se entregaron

en adopción internacional solamente 45 niños en 1997 y 33 en 1998, en Guatemala la cifra ascendió a 1,278 en 1997 y 1,370 en 1998.

En Ecuador, un país que puede considerarse similar a Guatemala tanto por la existencia de una porción significativa de la población en estado de pobreza como por la composición étnica de la misma, entre enero de 1998 y octubre de 1999 se realizaron solamente 89 adopciones internacionales.

La alta demanda internacional y las ganancias que pueden obtenerse han llamado la atención de varios abogados. Al respecto, la prensa señaló que durante el año de 1997 las adopciones realizadas en Guatemala produjeron 126 millones de quetzales, lo cual ha sido motivo suficiente para que decenas de abogados guatemaltecos convirtieran las adopciones de niños por parte de ciudadanos de otros países en un exitoso negocio que florece aún más en 1998.

Los datos no son exactos, pero se tienen indicios, dependiendo del caso y el lugar de destino, que el costo que paga por menor y que es distribuido entre diferentes personas es de entre \$20 mil y \$50 mil. El problema es que muchos notarios realizan el proceso sin necesidad de acudir a los juzgados y es aquí cuando se presentan estas situaciones.

Se habla de muchas cifras \$17 mil, \$50 mil; en fin, es una situación que se ve agravada por la paternidad irresponsable que es tan alta en Guatemala y que hace que muchas madres solas vean a sus hijos.

Las organizaciones sociales, consideran que el problema radica en la falta de leyes, pero que se ve incentivada por las facilidades que tienen quienes se involucran en el delito y la pobreza extrema de muchos sectores. Hay casos de madres que venden a un hijo para alimentar a los otros.

Las adopciones se han convertido en todo un negocio y es necesario que las autoridades pongan voluntad para acabar con el problema. Es necesario indicar que en esto hay dos elementos que deben diferenciarse:

- a) Por un lado el tráfico de menores que se da producto de la violencia, el secuestro y el robo; y
- b) Por otro, el de las adopciones que se cobijan con la falta de candados legales.

Respecto a la falta de candados legales al realizar el trámite de las adopciones, ¿qué pasa con las leyes guatemaltecas?

Sí, todos nos preguntamos que pasa con la legislación guatemalteca. A pesar de que Guatemala ha sido constituida como un verdadero centro de acopio donde se lavan nombres, se roban, compran y exportan niños a Estados Unidos, Canadá y Europa mediante una adopción aparentemente legal, nos preguntamos ¿qué hacen nuestros legisladores al respecto?

Lamentablemente nuestra sociedad ha sido tan indiferente con el tema, que hasta hoy día nuestro país no posee una legislación que se preocupe porque el trámite de la adopción, se haga en forma transparente y con el mejor interés de la infancia en mente, si tan solo el Congreso de la República desengavetara la ley de adopciones que al final de cuentas se quedó truncada como un proyecto más entre muchos, le devolvería a los niños y niñas en cierta forma su futuro.

Es muy triste saber que a nivel internacional Guatemala es catalogado como el país que más colabora con el tráfico y prostitución infantil por la carencia de leyes que castiguen estos actos, ya que la red internacional más importante de tráfico de menores se sirve del vacío legal que no tipifica como delito la compra venta de niños y ha convertido a la capital guatemalteca en un inmenso mercado donde entre la oferta y la demanda un pequeño puede costar hasta \$20,000.00.

Es mi criterio que para Guatemala es importante contar con una ley de adopciones con elementos estadísticos y objetivos, de manera que se legisle con base en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Guatemala en 1990. Así pues, considero oportuno mencionar la iniciativa de ley de adopciones presentada al Congreso de la República en el año de 1999 por la diputada Nineth Montenegro con el fin de crear un estatuto que regule y controle las adopciones en nuestro país.

¿Ley de adopciones?

Algunas de las razones por las cuales es necesaria una ley de adopciones y debido a que desde hace mucho tiempo en Guatemala se perdió por completo el sentido de la adopción para convertirse en un negocio redondo para muchas personas podemos encontrar las siguientes:

- No hay medidas adecuadas de control previas a las solicitudes de adopción y mucho menos de seguimiento a la situación del adoptado.
- En Guatemala no hay una institución gubernamental específica que tenga como función ser rectora de la materia de adopción.
- No existe un órgano jurídico de control, ninguna institución asume la responsabilidad de representatividad en la defensa de los derechos del menor; el único órgano fiscalizador es el Ministerio Público, el cual por la falta de presupuesto, recursos humanos y técnicos, así como de capacitación, no cumple a cabalidad, entre otras.

Muy bien, ahora respecto a la iniciativa de ley en mención, la misma hace hincapié en que la adopción es una institución jurídica de integración y protección de la niñez y la juventud, de interés público y social. También hace énfasis en el objeto de la adopción, persigue asegurar el derecho de los niños, privados permanentemente de un medio familiar a vivir con una familia, estableciendo un vínculo de filiación de manera legal. Otros puntos muy importantes que trata dicha ley son:

- La adopción se otorga en función del interés superior de la niñez y la juventud, como medida de carácter excepcional de protección y garantía de sus derechos integrales, otorgando al adoptado los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos ya que cesan los vínculos del adoptado con la familia de origen.
- La falta de recursos económicos no constituye motivo para la pérdida o suspensión de la patria potestad.
- Tanto en adopción nacional como internacional el estado garantiza:
 - a) La atención de interés superior de la niñez y la juventud.
 - b) El respeto pleno de sus derechos humanos y específicos.
 - c) La prevención de sustracción, secuestro, adopción irregular con otros fines o de

cualquier forma, el comercio y tráfico de niños u órganos.

d) La prioridad de acuerdo al interés superior de la niñez y la juventud tomando en cuenta en la integración familiar lo multiétnico, plurilingüe y pluricultural.

d.1) El niño, niña o joven tiene derecho a conocer su origen, de acuerdo con lo establecido por la ley, ser inscritos con los apellidos de los padres adoptivos y mantener por lo menos uno de sus nombres de pila

d.2) Se dará prioridad a la adopción a los guatemaltecos o extranjeros que radiquen definitivamente en el país. Las personas residentes en el extranjero podrán adoptar siempre que reúnan los requisitos exigidos por la ley.

d.3) La adopción internacional se otorgará excepcionalmente y en forma subsidiaria a la adopción nacional.

Por lo que por este medio incito a que se apruebe el proyecto de ley de adopciones para beneficio de nuestra niñez guatemalteca y para limpiar un poco la imagen de nuestra Guatemala.

Por otra parte, considero que el problema principal de Guatemala radica en que no existe un control sobre los grupos especializados en trámites de adopciones, además de que no se exigen las pruebas de ADN cuando se llevan a cabo estos procesos, a pesar de que la Procuraduría General de la República sabe que dichos controles deben incrementarse y que las pruebas de ADN entre otras certificaciones son indispensables, antes de dar luz verde a un trámite, hacen muy poco o más bien nada para solventar la situación que viene acaeciendo desde hace varios años. Razón por la cual, el tráfico de menores se va extendiendo, sin que las autoridades guatemaltecas consideren medidas pertinentes para terminar con dicha situación.

Así mismo, con el propósito de prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, se recomienda:

a) La aplicación de medidas preventivas, por ejemplo:

a.1) Asistenciales: es decir recuperación y reinserción del menor víctima, información a las familias guatemaltecas, diseño de programa de ayuda.

- a.2) Administrativas: capacitación de funcionarios, confección de registros de niños adoptados y desaparecidos, realización de investigaciones y estadísticas, intercambio de información institucionalizada y sistemática, puesta en marcha de mecanismos y creación de oficinas especializadas.
 - a.3) Culturales: fomento de la educación, elaboración y difusión de campañas para concienciar a la opinión pública.
 - a.4) Legislativa: revisión estatal de políticas de inmigración y deportación.
- b) Medidas sancionatorias:
- b.1) Tipificación del delito para condenar el tráfico internacional de menores y enjuiciar a sus perpetradores.
 - b.2) Persecución y castigo de todos los involucrados en la comisión del ilícito, sean autores, coautores, cómplices o partícipes, miembros o no de organizaciones delictivas, incluyendo también a funcionarios corruptos que los amparan y a los clientes y usuarios de los servicios o prácticas.
 - b.3) Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y cumplimiento efectivo de los convenios ya vigentes sobre derechos humanos, trata de personas, esclavitud y prácticas análogas, y de otros futuros tratados.

CONCLUSIONES

1. El principio básico de los derechos de la niñez, consiste en que la sociedad tiene la obligación de satisfacer sus necesidades fundamentales y proveer asistencia para el desarrollo de su personalidad, talento y habilidades. Sin embargo, la vigencia de los derechos del niño está determinada por las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas que a menudo se presentan adversas en nuestro continente.
2. La adopción es una institución noble porque su fin primordial es restituirle a los niños y niñas que no tienen familia, el derecho humano a una nueva que les garantice su bienestar y desarrollo integral, ya que la misma debe ser en el interés superior del niño o niña, lo que se traduce en la obligación de legislar sobre la base de garantizar todos los derechos de quien es sujeto de adopción.
3. La adopción nacional debe tener prioridad sobre la adopción internacional, la que solo puede tener lugar cuando se comprueba que se han agotado las posibilidades nacionales y se presenta como una solución para los países ricos, industrializados y de baja natalidad; ya que tienen la oportunidad de integrar a sus familias por medio de dicha institución a niños provenientes de países pobres, con altas tasas de natalidad.
4. La adopción es una filiación de índole imitativa que persigue la imitación jurídica de la filiación legítima, pues la situación de los hijos adoptivos se asimila a la de los hijos legítimos, por lo que debe ser acogida en su forma plena, rompiendo el carácter discriminatorio que se produce en su forma simple, entre hijos adoptivos e hijos consanguíneos, y lograr el correcto desarrollo del menor dentro de la familia adoptiva.
5. La Convención Universal sobre Derechos del Niño, es el instrumento jurídico más importante en el campo de la niñez, porque expresa una nueva posición frente a la grave desprotección y violación de los derechos del niño que se observa en el mundo. El tráfico de niños constituye una violación abierta a los derechos humanos, especialmente de los derechos del niño.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala emita una ley específica de adopciones, con los procedimientos y mecanismos que protejan los derechos de los niños y las niñas, de acuerdo a los principios de la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, y según los principios de la nueva doctrina de la protección integral, la que deberá contener como mínimo, un procedimiento transparente que promueva el estudio de la idoneidad de los futuros adoptantes y se vele porque el niño llegue a una familia adecuada, que se interese finalmente por darle amor, afecto, cariño y le permita un desarrollo integral de su personalidad.
2. En relación a los procesos de adopción, es necesario erradicar el poco control por parte del Estado durante los trámites, la falta de transparencia, sacrificio de los intereses de los niños por lucro, la intimidación a madres para que den sus hijos en adopción y el tráfico, sin que ello implique obstáculos en los casos en que la adopción sea sana y se haga tomando en cuenta el interés superior del niño o niña; sin olvidar que también se persigue lograr el complemento necesario de una familia que por razones naturales no pueda procrear.
3. Por la alta incidencia con que se presenta en el mundo actualmente el tráfico de menores o de sus órganos con fines eminentemente lucrativos, debido a que las adopciones internacionales presentan problemas jurídicos, políticos y socioculturales, es necesario que los países que realicen las mismas cuenten con mecanismos óptimos y efectivos de integración de los niños a un hogar estable y en el caso de Guatemala, se cree una figura delictiva dentro de la legislación penal, que penalice la acción de sustraer, comprar y traficar niños con ánimo de lucro.

ANEXO

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959

PREAMBULO

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle,

La Asamblea General,

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 1

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 3

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

Entrada en

vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

Preambulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los 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; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño, Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo, Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes

adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento establecido de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resulte perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.
2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

Artículo 14

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 15

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 16

1. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

Artículo 17

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la 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;
b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
c) Velarán por que el niño que haya sido adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para

los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la 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;
b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
c) Velarán por que el niño que haya sido adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para

quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes. 2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño

a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño

de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos. [\(enmienda\)](#)

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención; b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención: a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades; b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones; c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño; d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión. 2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención. 3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

CONVENIO DE LA HAYA

Hecho en La Haya el 29 de Mayo de 1993.

Los Estados signatarios del presente Convenio,

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

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

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

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

Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, de diciembre de 1986).

CAPITULO I

AMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.

El presente Convenio tiene por objeto:

a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional.

b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;

c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Artículo 2.

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

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

Artículo 3.

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

CAPITULO 2 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 su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

- 2) 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,

- 1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,

- 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,

- 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito

- 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Artículo 5.

Las adopciones consideradas por el Convenio 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.

CAPITULO 3 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 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 sólo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

Artículo 13.

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

CAPITULO 4

CONDICIONES DE PROCEDIMIENTO RESPECTO A LAS ADOPCIONES

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 adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;

- b) se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;

- c) se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4; 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 han constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Artículo 18.

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

Artículo 19.

1. Sólo se podrá desplazar al niño al Estado de recepción si se han observado las exigencias del artículo 17.

2. Las Autoridades Centrales de ambos Estados se asegurarán de que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y, cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.

3. Si no se produce el desplazamiento del niño, los informes a los que se refieren los artículos 15 y 16 serán devueltos a las Autoridades que los hayan expedido.

Artículo 20.

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

Artículo 21.

1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés 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 sólo podrá tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos;

c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.

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

Artículo 22.

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

2. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán ser también 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 cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades centrales se ejercen de acuerdo con el párrafo primero.

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 organismo de acuerdo con el párrafo primero.

CAPITULO 5

RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DE LA ADOPCION

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 quien 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.

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

Artículo 25.

Todo Estado contratante puede declarar ante el depositario del Convenio que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en la 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.

CAPITULO 6

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 art. 4 apartados a) a c) y del artículo 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 artículo 30, los datos personales que se obtengan o transmitan conforme al Convenio, en particular aquellos a los que se refieren los artículos 15 y 16, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron.

Artículo 32.

1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional.

2. Solo se podrán reclamar y pagar costas y gastos directos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción.

3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas 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 tomen las medidas adecuadas.

Artículo 34.

Si la autoridad competente del Estado de destino de un documento así lo requiere, deberá proporcionarse una traducción auténtica. Salvo que se disponga lo contrario, los costos 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 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.

CAPITULO 7

CLAUSULAS FINALES

Artículo 43.

1. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado cuando se celebró su decimoséptima sesión y de los demás Estados participantes en dicha sesión.

2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del convenio.

Artículo 44.

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

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

3. La adhesión sólo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses 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 artículo 43;

b) las adhesiones y las objeciones a las mismas a que se refiere el artículo 44;

c) la fecha en la que el Convenio entrará en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46;

d) las declaraciones y designaciones a que se refieren los artículos 22, 23, 25 y 45;

e) los acuerdos a que se refiere el artículo 39;

f) las denuncias a que se refiere el artículo 41.

En fe de lo cual, los suscritos, 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.

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN
MATERIA DE ADOPCIÓN DE MENORES**

AMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Artículo 2

Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

Artículo 3

Para los efectos de esta Convención:

a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;

b. El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

Artículo 4

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Artículo 5

Podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, las personas e instituciones designadas en el Artículo 4.

Artículo 6

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

AUTORIDAD CENTRAL

Artículo 7

Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCION

Artículo 8

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercerlo conforme a lo dispuesto en el Artículo 6, de la siguiente forma:

- A través de exhorto o carta rogatoria; o
- Mediante solicitud a la autoridad central, o
- Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Artículo 9

1. La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener: a. Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención; b. La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó

el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y c. Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar: a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable; b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante; c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado; d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

Artículo 10

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor.

Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Artículo 9 y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor.

Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

Artículo 11

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juiciode aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

Artículo 12

La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad toma reconocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.

Las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundarla negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

Artículo 13

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Artículo 14

Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, amenos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Artículo 15

La restitución del menor no implica prejulgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

Artículo 16

Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención en el marco del Artículo 4, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la Convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta Convención.

Artículo 17

Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

LOCALIZACION DE MENORES

Artículo 18

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél.

Artículo 19

La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

Artículo 20

Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del Artículo 19 podrán quedar sin efecto.

El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta Convención.

DERECHO DE VISITA

Artículo 21

La solicitud que tuviere por objeto hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita por parte de sus titulares podrá ser dirigida a las autoridades competentes de cualquier Estado Parte conforme a lo dispuesto en el Artículo 6 de la presente Convención. El procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 22

Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

Artículo 23

La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo.

Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución.

Artículo 24

Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

Artículo 25

La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

Artículo 26

La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

Artículo 27

El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 28

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

creación de zonas de integración económica, cuya finalidad es la de permitir la libre circulación de las personas físicas pertenecientes a los Estados que la componen.

c) Asimismo podríamos destacar como un tercer factor las posibilidades de crecimiento o desarrollo que pueden adquirir las personas en otros Estados que tienen un nivel de vida mayor.

Estos factores han permitido la creación de la llamada “familia internacional”, en la cual existe un elemento eminentemente internacional, ya sea por la nacionalidad de sus miembros, por el lugar de su residencia habitual, domicilio, etc. Ello hace necesario la aplicación de las normas de derecho internacional privado a fin que a través de estas se solucionen problemas de esa naturaleza.

Uno de los aspectos más importantes que se plantean en el orden internacional es el efecto del traslado o retención ilícita de un menor por uno de los padres o de algún familiar.

Los estudios llevados a cabo por especialistas destacados en la materia, comprobaron que la verdadera víctima de un traslado o retención ilícita es el menor. Este sufre la intempestiva ruptura de su estabilidad, la traumática pérdida del contacto con el otro padre y su núcleo familiar, la necesidad de adaptarse a un lenguaje y condiciones culturales distintas, maestros, parientes, etc.

La tendencia moderna supone esta presunción, resaltando los especialistas que lo más importante para un menor es la “estabilidad” que permite al mismo alcanzar un normal desarrollo en su vida.

Es importante destacar que uno de los problemas que se produce ante un secuestro de un menor, es el tiempo que va desde el traslado o retención ilícita hasta que se fallas en el tema de la restitución. Es aquí donde se producen los efectos dañinos sobre el menor, así como el hecho que cuanto más dure el proceso de restitución se favorece al padre secuestrador, pues será más difícil para el Tribunal ordenar la restitución del menor a su residencia habitual, en razón del arraigo de éste a su nueva situación familiar y social.

EL CONVENIO DE LA HAYA. SU ORIGEN.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya tiene su origen en una propuesta canadiense en el año 1976.

Dicha propuesta consistió en la creación de una organización que se ocupara de dar una solución a los innumerables casos de menores trasladados o retenidos ilícitamente en el extranjero por uno de los padres.

Desde el año 1976 hasta 1980, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya envió a los Estados Miembros cuestionarios sobre el tema referido, con el objeto de que fueran analizados.

Teniendo en cuenta las respuestas brindadas por los Estados Miembros, la Conferencia preparó un informe con aquellos puntos que consideró importantes y organizó dos reuniones de expertos de los Estados Miembros en Derecho de Familia, para que elaboraran un proyecto de Convenio.

En las reuniones se estudiaron y discutieron los puntos principales y sus posibles soluciones, elaborándose un proyecto de Convenio que fue negociado y firmado en las sesiones de la Conferencia de Derecho Internacional Privado del 14 al 25 de octubre de 1980.

La República Argentina se adhirió a El Convenio de La Haya el 1º de junio de 1991.

Los Estados Contratantes son los siguientes: Alemania; Argentina; Australias; Austria; Bahamas; Belice; Bosnia y Herzegovina; Burkina Faso; Canadá; Chile; Chipre; Croacia; Dinamarca; Ecuador; España; Estados Unidos de América; Finlandia; Francia; Grecia; Hungría; Hungría; Irlanda; Israel; Italia; Luxemburgo; Mauricio; Ex. República de Yugoslavia República de Macedonia; México; Mónaco; Noruega; Nueva Zelandia; Panamá; Países Bajos; Polonia; Portugal; Rumania; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; Saint Kitts y Nevis; Slovenia; Suecia y Suiza.

FINALIDAD DEL CONVENIO

La finalidad del Convenio se encuentra establecida en el artículo 1 del Capítulo I “Ámbito de Aplicación”, que dispone:

La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;

b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

El Convenio de La Haya tiende a solucionar aquellas situaciones que derivan del uso de la fuerza para el establecimiento de jurisdicciones artificiales a nivel internacional, con el propósito de obtener una sentencia de tenencia a favor del padre secuestrador.

El uso de la fuerza por uno de los padres está signado por uno de los dos elementos que a continuación se señalan:

a) Traslado ilícito del menor desde su residencia habitual a otro Estado Contratante o bien la negación de restituir al menor cuando ha salido con un permiso temporal (vacaciones, visita a familiares.)

b) El segundo aspecto consiste en que la persona que traslada o retiene ilícitamente a un menor, desea obtener una sentencia de custodia de las autoridades judiciales o administrativas del Estado hacia donde llevó al menor, con el objeto de legalizar su accionar.

Es evidente que es este uno de los aspectos que el Convenio de La Haya trata de evitar pues el padre que solicita la restitución siempre estará en desventaja respecto del otro que se llevó al menor, toda vez que este último habrá elegido el foro que más le convenga a sus pretensiones de obtener una sentencia de custodia, pese a la situación ilícita que ha provocado.

En consecuencia el problema que trata el Convenio –sin perjuicio del drama existente en la situación de hecho-, es combatir la posibilidad de que los individuos puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca (forum conveniens), pues, de admitirse esta decisión, nos encontraremos con otra decisión coexistente dictada por el foro de la residencia habitual del menor con un efecto contrario a la primera. Ambas decisiones tendrán una validez espacial limitada y contrapuesta, quedando legalizada una situación fáctica que ninguno de los dos sistemas legales involucrados deseó.

Lo expuesto reafirma las dificultades que se plantearon a nivel de la Conferencia cuando se trató de establecer una norma directa de jurisdicción en el Convenio y, en razón de ello, se fijó una regla indirecta eligiendo a los jueces de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícita como competentes para resolver sobre el fondo de la cuestión.

Se entiende que serán ellos los que se encuentran en la mejor posición para decidir sobre los derechos de custodia o visita, ya que por ubicarse en el lugar donde el menor vive, les será más fácil obtener toda la prueba que sea necesaria para merituar sobre la vida que llevaba el menor hasta el momento del conflicto, y la potencial aptitud de cada uno de los padres para cuidar de su persona.

El objeto del Tratado presenta dos aspectos, mientras la inmediata restitución del menor responde al deseo de restablecer una situación unilateral y forzosamente alterada por el secuestrador, por otro lado se apunta a prevenir este tipo de situaciones que, como hemos indicado se han incrementado en los últimos años, mediante el respeto de los derechos de custodia y visita dispuestos por uno de los Estados Contratantes.

Como corolario de lo expuesto precedentemente, surge que la finalidad del Convenio es restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita (restaurar el status quo), mediante la restitución inmediata del menor a su residencia habitual por parte de las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio.

INTERES DEL MENOR. CONCEPTO. SU IMPORTANCIA.

El preámbulo del Convenio enuncia como fin primordial el interés del menor en todas las cuestiones atinentes a su custodia. Asimismo, expresa que el deseo del Tratado es proteger al menor en el plano internacional ante un traslado o retención ilícita de que pueda ser objeto, restituyéndolo a su residencia habitual, así como garantizar el derecho de visita.

Cabe señalar que el término “interés del menor” no fue definido por parte de los expertos que tomaron intervención en la elaboración del Convenio, por entender que éste es un concepto que variará de acuerdo al encuadre específico de cada cultura en particular.

También es cierto que el concepto “interés del menor” puede ser invocado por los tribunales del Estado de refugio para otorgar la custodia al secuestrador. En tal sentido para el Convenio el interés del menor está representado por el objetivo del mismo, es decir que va a consistir en la pronta restitución del menor a su residencia habitual por entender que es en este punto donde se logra la protección del menor en el plano internacional.

La Autoridad Central española ha manifestado al respecto que: “En relación al Convenio de La Haya, existe un acuerdo generalizado en la doctrina internacionalista, en el sentido de que el interés del menor concuerda con su devolución inmediata al lugar en que se encontraba antes del traslado ilícito”. Existe una presunción legal, que sólo muy restrictivamente puede ser destruida.

Lo expuesto no implica que el Convenio no ofrezca ninguna excepción al pedido de restitución, pues es evidente que algunas veces el traslado o la retención ilícita de un menor responde a situaciones límites que sí expondrían al menor a un efectivo daño.

En tal sentido, el Convenio de La Haya reconoce ciertas excepciones a la regla general de restituir inmediatamente al menor a su residencia habitual por las autoridades de los Estados contratantes. Ejemplo de ello son los artículos 13, 20 y 12 segundo párrafo, que serán desarrollados más adelante.

AMBITO DE APLICACIÓN

En su artículo 3 el Convenio define en forma autónoma los términos de traslado y retención legal, señalando que para configurarse la ilegalidad debe hacerse “violando un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente, en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, siempre que este derecho se hubiera ejercido en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención. Asimismo, dispone que el derecho de custodia mencionado puede surgir de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

Este artículo establece una norma autárquica, que no depende de la calificación que realicen los derechos internos de cada Estado Contratante. La residencia habitual es donde el menor tenía su centro de vida. Así es como también lo prevee el Convenio Bilateral existente entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay que se refiere a la restitución de menores.

La residencia habitual del menor (no la de los padres) adquiere la característica de norma indirecta, ya que esta determina que serán los tribunales o la Autoridad Central del Estado de la residencia habitual del menor, quienes avalarán en primer lugar la existencia del traslado o retención ilícita de conformidad a lo previsto en el artículo 3.

Por su parte, el artículo 4 dispone que la Convención se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de derechos de custodia o de visita.

Los términos “derecho de custodia” y “residencia habitual” deben ser interpretados internacionalmente, de acuerdo a lo previsto en el Convenio, y no de acuerdo a la normativa local de algún país.

El artículo 5 define al derecho de custodia como aquel relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

La residencia habitual, es una noción familiar para la Conferencia de La Haya, donde se entiende como una cuestión de hecho que debe ser diferenciada especialmente de la noción de domicilio. Esta es concebida como un concepto autárquico, y no subsidiario, sino principal en el ámbito del Convenio de La Haya, contrariamente a lo que ocurre en el derecho argentino que contempla al domicilio como punto de conexión principal, siendo la residencia una conexión subsidiaria que se aplicará en ausencia del domicilio.

En función de lo expuesto se entiende que el término domicilio, en la aplicación del Convenio carece de relevancia.

Cabe señalar por otro lado, que tampoco es relevante para la aplicación del Convenio la nacionalidad de los progenitores. El Convenio de La Haya ha prescindido de la conexión “nacionalidad” por entender que se generarían mayores conflictos que los planteados por la utilización de la residencia habitual del menor.

Hay que entender bien esta idea, porque de otra manera no se entenderá ni se aplicará correctamente el Convenio de La Haya.

Por su parte, la Autoridad Central española efectuó las siguientes apreciaciones, relacionadas al tema de la nacionalidad: “Es a partir de esa idea, que se debe descartar todo prejuicio nacionalista en su aplicación, y que puede aparecer inconscientemente, No se puede afirmar con carácter dogmático, que el interés del menor, a largo plazo, subrayo a largo plazo, coincida con su inserción en su Nación; se puede opinar también, que el interés a largo plazo, puede estar, por ejemplo en educar en aquel sistema educativo más formativo y perfeccionado e insertarse en otra estructura social, que permita mejores

opciones y con la que además también tiene alguna conexión, pues no hay que olvidar, que normalmente, el conflicto en estos casos surge porque el menor se encuentra en la frontera entre dos espacios geográficos y culturales con los que tiene alguna relación". Los expertos de los países que intervinieron en la elaboración del Convenio eligieron la residencia habitual del menor para atribuir la competencia, en razón de ser éste un concepto que tendía a dar mayor seguridad jurídica al tratamiento de la restitución, por el hecho que serán los jueces en donde el menor desarrollaba su vida los que se encuentran en mejores condiciones para merituar la cuestión de fondo, como ya se ha expresado. En la reunión de Autoridades Centrales de 1993, se presentó el caso de militares ingleses o estadounidenses destinados en otros países. Se concluyó que la residencia habitual a que hace referencia el Convenio es la del menor, independientemente de la voluntad de los padres de vivir en ese lugar. Se entiende que en ese lugar el menor tiene el centro de vida y que sufrirá al ser trasladado. Cuando no existe decisión judicial respecto de la custodia, se supone que ambos padres tienen el mismo derecho sobre el menor. Por lo tanto, el padre cuyos derechos de custodia atribuidos de pleno derecho por la legislación del país de residencia habitual del menor, han sido violados, no necesitará obtener orden judicial de custodia en ese país, para quedar amparado por el Convenio.

AUTORIDADES CENTRALES

Artículo 6: "Cada Estado Contratante designará una autoridad central que se encargará del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio..."

Artículo 7: "Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio"

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita.
- Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales.
- Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.}
- Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente.
- Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio.
- Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.
- Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado.

- Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.
- Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

El Convenio se sustenta en la intervención y poderes de las Autoridades Centrales, que serán los organismos de los que se valdrá cada uno de los Estados Contratantes para dar cumplimiento a las obligaciones que han asumido en el mismo.

La función de las Autoridades Centrales es cooperar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados con la finalidad primordial de "garantizar la restitución inmediata de los menores" y conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio".

Es importante señalar que la Autoridad Central es la depositaria de los deberes impuestos por el Convenio y, en tal sentido, es considerada el instrumento idóneo que moviliza la cooperación jurídica deseada, permitiendo en consecuencia contrarrestar el traslado o la retención ilícita de menores.

Para ello es su ineludible obligación adoptar todas las medidas apropiadas que le permitan cumplir con las tareas que enumeran los incisos a) a i) del artículo 7.

Se pueden distinguir dos fases en el funcionamiento de las Autoridades Centrales. Una faz requerir, que tiene lugar cuando ésta transmite la solicitud prevista en el artículo 8 a la Autoridad Central del país donde ha sido trasladado o retenido un menor, y una faz requerida que tiene lugar cuando recibe la solicitud nombrada.

Las dos Autoridades Centrales intervinientes en el procedimiento de restitución, colaborarán entre sí para adoptar las medidas previstas en el artículo 7, la mayoría de las cuales pesarán sobre la Autoridad Central requerida, ya que por estar en el lugar donde se localiza el menor será la más apta para: localizarlo, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor. Inclusive, llegando a su máxima expresión, en cumplimiento del artículo 28, representando al solicitante o designando alguien para que actúe en su nombre.

Las Autoridades Centrales ejercitan una acción de representación internacionales y por ello no actúan en nombre y representación de un particular sino de otro Estado, para que se ejecuten sus resoluciones o peticiones como si fueran propias. Coinciden entonces el interés del menor con el restablecimiento de la ley internacional, salvo en el caso de existir las excepciones antes mencionadas.

En la República Argentina, dicha Autoridad Central es el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto -Dirección General de Asuntos Jurídicos que actúa por intermedio de la Dirección de Asistencia Judicial Internacional-, y así consta en el Convenio de La Haya.

FORMULARIO TIPO

El Convenio estableció un formulario "tipo" de manera que pueda ser utilizado por todos los Estados firmantes. Este formulario tiene todos los datos necesarios para identificar al menor, a la persona que lo trasladó o retuvo, y a su vez poner en conocimiento de la situación a la Autoridad Central requerida (artículo 8).

Se busca de esta manera lograr la mayor celeridad posible mediante un procedimiento simple, que permite al requeriente iniciar el pedido dirigiéndose a la Autoridad Central correspondiente, sin que sea necesario para ello un procedimiento judicial previo. La petición de restitución estará exenta de legalizaciones.

Las Autoridades Centrales no impondrán cantidad alguna en relación con las presentaciones que se realicen en virtud del Convenio. (conforme el artículo 26).

El peticionario iniciará el procedimiento llenando una solicitud de acuerdo a lo previsto en el artículo 8 y ésta será transmitida inmediatamente a la Autoridad Central del país donde ha sido trasladado o retenido el menor.

La petición de restitución no es un exhorto, ya que no es una solicitud de juez a juez, sino que se canaliza a través de Autoridades Centrales, las que luego la remitirán a las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Tampoco constituye la petición, como erróneamente se ha sostenido en algunos fallos judiciales argentinos, un reconocimiento o ejecución de sentencia extranjera (artículo 517 y s.s. del CPCC.), ya que en el pedido de restitución no se analiza la cuestión de fondo que queda reservada a la autoridad judicial o administrativa del Estado en donde el menor tenía su residencia habitual.

En muchos casos no existe procedimiento judicial en el país requeriente, en otros si bien se ha iniciado el procedimiento todavía no se ha dictado sentencia, y en el caso de que existiera sentencia ejecutable en ese país, el pedido de restitución no la reconocerá ni ejecutará, sino que ante la restitución del menor serán los tribunales locales los competentes para su ejecución.

FACTOR TIEMPO

El artículo 2 prescribe "...Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas...Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan."

El artículo 11 dice: "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores."

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis (6) semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos del demandante, o la autoridad central del Estado requerido por iniciativa propia, o a instancias de la autoridad central del Estado requeriente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora..."

A su vez el artículo 12 dispone: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior aun (1) año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor."

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un (1) año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio..."

De los artículos 2, 11 y 12 surge la importancia que se le debe dar a los plazos de tramitación si verdaderamente se pretende "...proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita...", tal como lo manifiesta el preámbulo del Convenio.

El fundamento del artículo 11 reposa en el hecho que las restituciones de menores deben ser resueltas inmediatamente por las autoridades judiciales o administrativas del Estado de refugio a donde ha sido trasladado el menor, con el fin de evitar su arraigo y con ello provocar un daño mayor al mismo. Es evidente que cuanto más tiempo transcurra entre el traslado o retención ilícita y la decisión a adoptar, ésta será mucho más difícil para aquel que tiene que resolver pues el menor habrá desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado requerido.

Por lo tanto, es deber de las autoridades competentes tenerlo en cuenta, como así también ver la realidad en cuanto a que el padre secuestrador en la mayoría de los casos, buscará dilatar el proceso tanto como le sea posible, ya que ese es el foro que él eligió para litigar y seguramente tiene la firme convicción de quedarse en ese país. Si los jueces no actúan con eficacia y practicidad y tomando en consideración los plazos procesales de nuestro sistema, nos encontraremos con causas que superarán el año de tramitación, favoreciendo así al padre que violó la ley y forzó la situación dañosa, ya que en esa instancia podrá imponer la defensa de arraigo (prevista en el artículo 12, 2 par.) que él mismo ha provocado. De esta manera en el caso de que aún se ordene la restitución, nuevamente se quebrará la estabilidad emocional del menor que seguramente se encontraría en el proceso de adaptación al nuevo medio; mientras que si la restitución es rechazada, se perjudicará al padre que quedó atrás y al sistema legal del país que solicita la restitución, promocionando involuntariamente la conducta desvalida.

Concluimos que lo más conveniente será aplicar el Convenio lo más estrictamente posible, mediante el compromiso de las autoridades de actuar con carácter urgente, tendiendo a que el caso sea resuelto dentro del plazo sugerido de seis (6) semanas, como única forma de alcanzar los fines que el Tratado fijó.

En 1993 se realizó una reunión en La Haya con la participación de representantes de todas las autoridades centrales, con el fin de evaluar la aplicación del Convenio hasta ese momento y, en base a lo experimentado, proceder a su perfección armonizando soluciones. Respecto al factor tiempo, éstas son las conclusiones a las que se arribó:

"La demora en los procedimientos legales es una causa importante que dificulta el funcionamiento del Convenio. Deben realizarse todos los esfuerzos posibles para agilizar tales procedimientos. En varios países los tribunales normalmente deciden sobre las solicitudes de restitución de un menor basándose solamente en la solicitud y todo documento o declaración escrita presentada por las partes, sin tomar testimonio oral o requerir la presencia de las partes. Esto puede servir para agilizar la decisión del caso, teniendo en cuenta que la decisión de restituir al menor no se fundamenta en los méritos de la tenencia."

"Una manera de evitar demoras y frívolas apelaciones es ejecutar la orden de restitución del menor o menores cuando la apelación todavía está en curso. Esto se ha hecho en algunos casos en Francia, donde en los casos en que no parecía haber un sólido fundamento legal para la apelación, la Autoridad Central tenía la facultad de ejecutar la decisión durante la apelación. En los Países Bajos, la orden debe ejecutarse, aún cuando exista una apelación, Austria, Alemania y Luxemburgo, también tienen la posibilidad de hacer ejecutar una orden de restitución durante la apelación."

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE RESTITUCIÓN

Debido a que la restitución de los menores es e alguna manera el principio fundamental del Convenio, y teniendo en cuenta la incidencia que tiene el tiempo de tramitación para alcanzar los fines del Convenio, las excepciones al deber general deben ser interpretadas restrictivamente.

La carga de la prueba la tendrá la persona que invoca la excepción, ya que el Convenio ha querido poner a la persona desposeída en una posición similar a la del secuestrador, quien en teoría ha elegido el foro más conveniente para lograr una sentencia favorable a sus pretensiones.

El artículo 13 establece que la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

“a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;”

El Convenio busca volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la conducta disvalída, es decir permitir que la persona que quedó atrás pueda ejercer su derecho de custodia o visita que se ve truncado como consecuencia del traslado o retención que éste no consintió. No se cumpliría con los requisitos del artículo 3 que determina la ilicitud del traslado o retención, si la persona que solicita la restitución no estaba ejerciendo la custodia o visita antes del traslado o retención o si ésta consintió o aceptó la situación ahora atacada.

“b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

El menor no debe ser restituido si se comprueba que ello le provocará un grave riesgo físico o psíquico o una situación intolerable. La parte que lo invoca deberá probar la efectiva existencia de la situación planteada. En la Reunión de Autoridades Centrales de 1993, la mayoría de los expertos informó que en sus jurisdicciones se le había dado al artículo 13 b) una interpretación limitada y que por lo tanto muy pocas defensas fundadas en estos argumentos resultan exitosas. Muchos de los expertos sugirieron que el artículo 13 B) no debería ser usado para proteger al menor de uno de sus padres, ya que de esto se ocupa el Estado Requeriente.

Expertos estadounidenses publicaron un trabajo sobre el Convenio, presentado en la Reunión de Autoridades Centrales de 1993.

Respecto de la excepción del artículo 13 B9, consideraron que: “En general la definición del término “riesgo grave” significa el riesgo grave al que se expone al menor al ser restituido al país de residencia habitual. Considerando que haya habido problemas internos en el país, o que exista peligro para la restitución del menor a dicho país, ello configuraría grave riesgo de peligro dado que se expondría el menor a un daño físico o psicológico. El mero argumento de que sería riesgo grave restituir al menor al otro padre no es suficiente para constituir riesgo grave de peligro según los términos del Tratado. Si se permitiera ese argumento, el caso configuraría un caso de tenencia en el que intervendrían peritos psicólogos para declarar en lo relativo a la tenencia. El propósito del Tratado es regresar el caso para su juicio dentro del foro de la residencia habitual y no en el foro del lugar donde se secuestró al menor.”

Creemos que pueden darse situaciones límites donde el padre que peticiona la restitución constituya un peligro para el menor, como sería el caso de desequilibrio psíquico, adicción a algún vicio, etc. Debe tenerse en cuenta que el daño potencial lo debe sufrir el menor y no el padre secuestrador que invoca la defensa. Consecuentemente, es necesario delimitar correctamente los argumentos que pueden ser aceptados para probar alguna de estas situaciones límite de los argumentos propios de un juicio de tenencia, que merita la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado del menor, siendo esta última cuestión competencia indiscutible del juez de la residencia habitual del menor.

Cabe señalar que para apreciar las excepciones mencionadas debe tenerse en cuenta por las autoridades competentes del Estado requerido la información social brindada por las autoridades judiciales o administrativas del Estado requeriente.

“La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.”

Es necesario indicar que no basta preguntarle a un menor con quien se quiere quedar, pues es muy común que éste se encuentre influenciado por el padre con el que se encuentra conviviendo. Asimismo, el menor puede sentirse forzado a asumir una decisión para optar con cual de los progenitores quiere quedarse, provocándole un daño psicológico ante la elección. Es por ello que las autoridades competentes deberán ser cuidadosas al denegar restituciones basadas en las excepciones descritas.

El Convenio determinó que no se aplicará a los menores que superen la edad de dieciséis (16) años. Se entiende que un menor de catorce (14) o quince (15) años podrá discernir con cual de los padres desea vivir. No obstante, no existe una edad establecida para que un menor pueda ser escuchado.

Sería arbitrario determinar a qué edad un menor tiene la madurez suficiente para poder vislumbrar qué es lo que le conviene o no y es por eso que el tema pasa por la actitud discrecional de la autoridad competente en nuestro caso la judicial que tenga que escuchar al menor.

El principio referido está contemplado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que también prevé que los menores deben ser escuchados, condicionado ello a la edad y madurez de los mismos.

En la Reunión de Autoridades Centrales de 1993, al introducir el tema de las excepciones a la “obligación de la restitución”, según el artículo 13, el Sr. Dyer (Primer Secretario de la Oficina Permanente) remarcó que la aplicación del artículo 13 se contraponen con el objetivo del Convenio que es la restitución del menor y que por lo tanto se usaría únicamente con prudencia y en ninguna medida con exceso.

En cuanto a los antecedentes sociales del menor, según el último párrafo del artículo 13, la autoridad judicial tomará en consideración la información relativa a los antecedentes sociales del menor suministrada por la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor, a los efectos de observar la existencia o no de riesgo grave en cuanto a que la restitución exponga al menor a un daño físico o psicológico.

Por su parte el artículo 20 del Convenio dispone que “La restitución del menor conforme a los dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.”

La norma del artículo 20 surgió del acuerdo entre dos posiciones contrapuestas dentro de la Conferencia. Algunas delegaciones eran partidarias de incluir una cláusula de orden público mientras que otras entendían que no correspondía incorporarlas a un Convenio de esta naturaleza.

La autoridad competente que se base en la disposición del artículo 20 deberá comprobar fehacientemente que se están inculcando principios protectores de los derechos humanos que se contrapongan con la restitución solicitada.

Este punto merece una reflexión, pues el Convenio de La Haya contempla principios fundamentales previstos en la Convención de los Derechos del Niño, tales como al que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, el de escuchar al menor siempre que éste tenga la edad y madurez suficientes y el de elaborar, adherirse, firmar convenios bilaterales o multilaterales que prevengan el traslado o la retención ilícita de los menores (ver artículos 11 y 12).

De hecho el Convenio descansa sobre el rechazo unánime del fenómeno del traslado ilegal de menores y sobre la convicción que la mejor forma de combatirlo a nivel internacional es denegarle el reconocimiento legal. La aplicación práctica de este principio requiere que los Estados signatarios se convengan que, a pesar de las diferencias, pertenecen a la misma comunidad jurídica donde las autoridades de uno de ellos, las del país de residencia habitual del menor, están en principio en la mejor posición para decidir sobre cuestiones de custodia o visita. En consecuencia, la invocación sistemática de las excepciones citadas, sustituyendo el foro del lugar de la residencia habitual del menor por el foro elegido por el secuestrador, llevará al colapso de toda la estructura del Convenio al despojarlo del espíritu de confianza mutua que es su inspiración.

INDEPENDENCIA DE LA CUESTIÓN DE FONDO

El artículo 16 del Convenio dispone: “después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio.”

El juez que entiende en la restitución tiene expresamente prohibido, decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta tanto se haya decidido que no se reúnen las condiciones para la restitución del menor.

El padre que cometió el ilícito, podrá volver con el menor a su residencia habitual y presentarse ante los tribunales locales que decidirán sobre la custodia del menor, sin que la decisión adoptada por el Juez que entendió en la restitución afecte la cuestión de fondo del derecho de custodia (artículo 19).

Por lo tanto, la Autoridad Central debe velar porque no se establezca en el Estado Contratante a donde se llevó al menor o en donde se produjo la retención ilícita, una jurisdicción artificial que facilite al progenitor secuestrador la obtención de una sentencia de custodia que desconozca la jurisdicción de los tribunales de la residencia habitual del menor, competentes para determinar el tema de fondo.

DERECHO DE VISITA

El artículo 21 dispone: “Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.”

Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

Las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos.”

La Dra. Pérez Vera (relatora oficial del Convenio) realizó los siguientes comentarios respecto del artículo 21 del Convenio: “La organización, garantía y ejercicio efectivo de los derechos de visita, ha sido siempre visto por el Convenio como una función esencial de las Autoridades Centrales. Entendido así, el primer párrafo contiene dos puntos fundamentales: en primer lugar, la libertad de los individuales para peticionar a las Autoridades Centrales de su elección, y segundo el hecho de que el propósito de la petición de la Autoridad Central puede ser tanto la organización de los derechos de visita, por ejemplo: su establecimiento; como la protección del ejercicio de derechos de visita previamente determinados. Ahora, el recurso ante autoridades judiciales va a surgir con frecuencia, especialmente cuando la petición busque organizar derechos de visita que son simplemente reclamados o cuando su ejercicio va en contra de la oposición del tenedor de los derechos de custodia. Con esto en vista, el párrafo 3 del artículo concibe la posibilidad de que las Autoridades Centrales inicien o colaboren en este tipo de procedimientos, tanto directamente o por medio de intermediarios”.

La solicitud encaminada a la organización o garantía de los derechos de visita, ha sido equiparada por el Convenio con la correspondiente al pedido de restitución, por lo que nos remitiremos en este punto a lo expuesto en el título “Restitución del menor”.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA VARGAS, Gladis. **Niñas y niños en la cuerda floja**. Pág. 15. Prensa Libre. (Guatemala) (1 de Octubre 2002).
- BELTRANENA VALLADARES, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Guatemala: (s.e.), 2001.
- BUERGENTHAL, Thomas. **La protección de los derechos humanos en las américas**. Madrid, España: (s.e.), 1994.
- CADENA RAMILA, Ramón. **Nuevas formas de violencia sobre la niñez**, informe sobre tráfico de niños/niñas, trasplante ilegal de órganos y adopciones internacionales en Guatemala UNICEF. Guatemala: (s.e.), 1994.
- CALVENTO SOLARI, Ubaldino. **La convención sobre los derechos del niño y la adopción internacional**, cuadernos de trabajo, conferencia intergubernamental sobre adopción internacional. Santiago, Chile: 1999.
- CAMPS, Victoria. **Los valores de la educación**. 2ª. ed.; Anaya, Madrid: 1994.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Los derechos del hombre**. 3ª. ed.; Madrid, España: (s.e.), 1985.
- Comisión Andina de Juristas. **Derechos humanos**. <http://www.laneta.apc.org/cmdpdh> (10 de septiembre 2003)
- CONRADO, Alonso. **Padres adoptantes**. Pag. 16. Diario Prensa Libre. (julio 2003).
- Cubalex, revista electrónica de estudios jurídicos. <http://www.publicaciones.derecho.org/cubalex/N%BA> (10 de octubre 1999).
- DE LEON CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional**, Instituto de investigación y capacitación Atanasio Tzul. 7ª. ed.; Guatemala: Tipografía Nacional, 1995.
- DOMINGUEZ PRADA, Luis Carlos. **Derechos humanos**. <http://www.derechos.org/xi/1/prada.html> (1996).
- ESCOBAR SARTI, Carolina. **Exportamos más niños que café**. Pág. 16. Prensa Libre. (Guatemala) (septiembre 2002).
- FERRALOJI, Luigi. **Derechos y garantías, la ley del más débil**. Madrid, España: (s.e.), 1999.
- Fundamentación de los derechos humanos**. Colección nuestros derechos y deberes No. 1, Procuraduría de los derechos humanos. Guatemala: Ed. Educativa, 1991.

- GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala, el Habeas Corpus**, Guatemala. Cuadernos de derechos humanos, procurador de los derechos humanos, 1991.
- GONZALEZ, Edith. **El sucio negocio de los niños**. <http://www.lahora.com.gt/dia/lahora.htm>. (13 de agosto 1998).
- HERNANDEZ VALLE, Rubén. **La tutela de los derechos fundamentales**. San José, Costa Rica: (s.e.), 1990.
- IVOSKUS, Ricardo. **Adopción y tráfico de niños**. http://www.wamni.apc.org/abuelas/libro_congIII/ivosk.html (10 de mayo 2001).
- KANE, Samuel. **El movimiento de niños para adopción internacional, una perspectiva epidemiológica**, revista de ciencia social. Ginebra, Vol. 30, No. 4, 1993.
- KINKEL, Jors. **Derecho privado romano**. Editorial Labor, 1937.
- KÛNG, H. **Ser cristiano**. Madrid: Ed. Cristiandad, 1977.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Manual de derecho internacional privado**. 4ª. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 1994.
- LIRA URQUIETA, Pedro. **La familia en el derecho soviético, anales jurídico-sociales**. Santiago de Chile: (s.e.), 1957.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Francisco Cumplido. **Derecho político**. 2vols., 2ª. ed.; Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello, 1983.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1979.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Derechos fundamentales**. 4ª. ed.; Madrid Universitaria Complutense, 1983.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. España: Tecnos, 1984.
- PRODEN. **Entre el olvido y la esperanza, la niñez en Guatemala**. Guatemala: (s.e.), 1994.
- PRONICE. **La adopción en Guatemala**. Cuadernos divulgativos No. 17. Guatemala: (s.e.), 1997.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 5t., Madrid: Ed. Ediciones Pirámide, S.A., 1976.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. 5t., Madrid: Ed. Revista de derecho privado, 1957.

RAHNER, K. **Escritos de teología**. Madrid: (s.e.), 1961.

SCHMAUS, M. **Teología dogmática**. 2ª. ed.; Rialph, Madrid: (s.e.), 1963.

Seminario el código de la niñez y la juventud y sus repercusiones en la institución de la familia. Colegio Francés Americano. Guatemala: (s.e.), 1998.

SHETEMUL, Haroldo. **Infancia truncada**. Pág. 18. Prensa Libre. (Guatemala) (29 de Septiembre 2002).

SIERRA, Anayansi. **La venta de niños**. Pág. 14. Revista Amiga. Vol. No. 236 (julio 1999).

TRUYOL Y SERRA, A. **Los derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1982.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 2002.

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 17-73, 1973.

Código de Derecho Internacional Privado. Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto No. 1575, 1929.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 2-89, 1989.

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206, 2001.

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

Ley de la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Congreso de la República, Decreto 27-03, 2003.