

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



**LA INDEFENSIÓN POSTERIOR AL PROCESO DE ADOPCIÓN
INTERNACIONAL DEL ADOPTADO DENTRO DEL PROYECTO
LEGISLATIVO DE LA LEY DE ADOPCIÓN, A LA LUZ
DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y A LA
COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES**

CLAUDIA MARIBEL GÁLVEZ SILVA

GUATEMALA, MAYO DE 2008.

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

**LA INDEFENSIÓN POSTERIOR AL PROCESO DE ADOPCIÓN
INTERNACIONAL DEL ADOPTADO DENTRO DEL PROYECTO
LEGISLATIVO DE LA LEY DE ADOPCIÓN, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN
DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y A LA COOPERACIÓN EN
MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CLAUDIA MARIBEL GÁLVEZ SILVA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, mayo 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 Orrellana

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

Lic. Marvin Estuardo Arístides



Lic. Marvin Estuardo Arístides

Guatemala, 17 de mayo de 2007

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín

**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho**

Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De manera respetuosa me dirijo a usted, en cumplimiento de la providencia de fecha seis de noviembre del año dos mil seis, en la que se me nombró como Asesor de Tesis de la Bachiller CLAUDIA MARIBEL GALVEZ SILVA, quien realizó el trabajo de tesis intitulado: "LA INDEFENSIÓN POSTERIOR AL PROCESO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DEL ADOPTADO DENTRO DEL PROYECTO LEGISLATIVO DE LA LEY DE ADOPCIÓN, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES."

Después de asesorar el trabajo ya indicado, se llega a la conclusión que el tema abordado, de por sí es importante y que la estudiante se preocupó por trabajarlo de la mejor manera, para informarnos sobre la indefensión posterior al proceso de adopción internacional, que tiene el adoptado dentro del proyecto legislativo de la Ley de Adopción, a la luz de la Convención de la Haya, en lo relativo a la protección y a la cooperación en materia de adopciones Internacionales, haciéndole las observaciones que creí pertinentes, las cuales fueron bien aceptadas y cumplidas por la estudiante.

Por lo tanto se considera que le presente trabajo de tesis, puede ser objeto del examen público correspondiente; toda vez que el mismo lleva los requisitos establecidos en el reglamento de examen técnico profesional y público de tesis.

Además, el tema objeto de estudio por parte de la bachiller CLAUDIA MARIBEL GALVEZ SILVA, se adecua a las técnicas de investigación y a las normas reglamentaria exigidas por esa facultad.

Sin otro particular me suscribo de usted, con las muestras de la más alta consideración y estima.

**LIC MARVIN ESTUARDO ARÍSTIDES
ABOGADO Y NOTARIO**

Colegiado 4682

Boulevard Los Próceres, 18 Calle 5-56, Zona 10, Edificio Unicentra, 9º. Nivel, Oficina 904 Guatemala, C. A. 01010
Tel.: 23669988 al 97 - Telefax 2366-9990



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

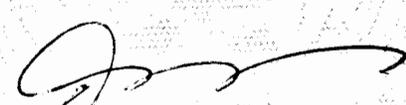
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, cinco de junio de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) RAMIRO DE LÉON**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **CLAUDIA MARIBEL GALVEZ SILVA**, Intitulado: **"LA INDEFENSIÓN POSTERIOR AL PROCESO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DEL ADOPTADO DENTRO DEL PROYECTO LEGISLATIVO DE LA LEY DE ADOPCIÓN, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) 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 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. Ramiro Adolfo de León Turcios
Abogado y Notario
14 Calle 10-58, Zona 1, oficina 6, TEL. 5203-6212
Colegiado: 3,816



Guatemala, 22 de junio del año 2007.

Licenciado: Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Respetuosamente me dirijo a usted, en cumplimiento de su providencia de fecha cinco de junio del año en curso, por medio de la cual se me nombro: Revisor del Trabajo de Tesis, de la estudiante CLAUDIA MARIBEL GALVEZ SILVA, intitulado: "LA INDEFENSIÓN POSTERIOR AL PROCESO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DEL ADOPTADO DENTRO DEL PROYECTO LEGISLATIVO DE LA LEY DE ADOPCIÓN, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES." Al efectuar la revisión respectiva al presente trabajo de tesis, pude establecer que el tema investigado es de mucha importancia y de discusión actual, en virtud de que la legislación existente relativa a la adopción, no satisface la función social que debiera y en ese sentido se aprecia en la presente investigación, que su autora ha estudiado el tema con suficiente dedicación y asimismo ha cumplido con la metodología, técnicas de investigación, redacción y demás requisitos del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, aprobando asimismo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía que contiene el presente trabajo; en consecuencia OPINO, que la presente tesis puede aceptarse, ordenándose su impresión y que sirva de base para el Examen Público de su autora.

Sin otro particular me suscribo de usted, Atentamente,

Lic. Ramiro De León
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Ramiro Adolfo de León Turcios

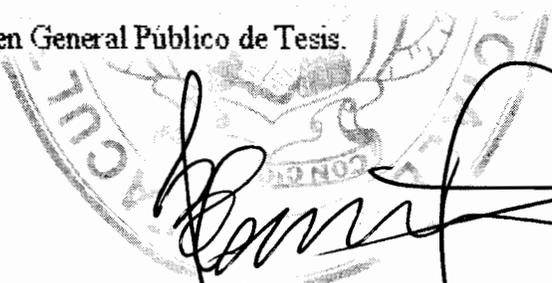


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de febrero del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA MARIBEL GÁLVEZ SILVA, Titulado "LA INDEFENSIÓN POSTERIOR AL PROCESO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DEL ADOPTADO DENTRO DEL PROYECTO LEGISLATIVO DE LA LEY DE ADOPCIÓN, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA RELATIVA A LA PROTECCIÓN Y A LA CORPORACIÓN DE MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES" 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/ragm



DEDICATORIA

A DIOS: Quien siempre me ha iluminado y guiado por el camino correcto y por demostrarme cada día su inmenso amor, ya que sin él no fueran posibles todos mis logros.

A MIS PADRES: Por ser mis maestros y compañeros en el camino, por enseñarme la diferencia entre el bien y el mal, inculcarme el amor a Dios, dedicar sus vidas a sacar adelante a sus hijas, ser mis consejeros, protegernos tanto y principalmente por dejarme la mejor herencia de todas, el estudio, que es el instrumento más importante para salir adelante.

A MI NOVIO: Sabes que eres la persona más importante en mi vida.

A: Todos las personas que directa e indirectamente me a apoyaron para que esta meta fuese una realidad, parientes, amigos, compañeros de trabajo, a todos muchas gracias.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. La adopción	1
1.1 Antecedentes	1
1.2 Definición	8
1.3 Naturaleza Jurídica	11
1.4 Doctrinas	13
1.5 Papel del Estado.....	15

CAPÍTULO II

2. Regulación legal sobre la adopción internacional y su posterior evaluación y supervisión	21
2.1 Constitución Política de la República	21
2.2 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia	22
2.3 Convención Sobre los Derechos del Niño	24
2.4 Convención de la Haya relativa a la protección y a la Cooperación en materia de adopción internacional	28

CAPÍTULO III

3. Legislación comparada	39
3.1 Con la legislación chilena	39

3.2 Con la legislación salvadoreña	41
3.3 Con la legislación colombiana	46

CAPÍTULO IV

4. Derechos de los niños derivados de un procedimiento de adopción internacional	49
4.1 Obligatoriedad del Estado de Guatemala de honrar los compromisos Internacionales adquiridos	55
4.2 Existencia de mecanismos de seguimiento post adopción	61
4.3 Respeto a su vida, integridad física, moral y espiritual	67
4.4 Iniciativa de ley	72
4.5 Propuesta de solución a la situación de Indefensión	76
 CONCLUSIONES.....	 79
RECOMENDACIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83

INTRODUCCIÓN

El tema de la adopción internacional de menores de edad en Guatemala, ha sido motivo de discusión durante muchos años, sin que se haya arribado nunca a asumir una política estatal al respecto. Dicha situación ha obedecido a que nuestro país desposeído de una legislación específica al respecto, ha ofrecido un excelente escenario para que sectores nacionales como internacionales, encuentren dentro del territorio de la República, la oportunidad de realizar atractivos negocios con los infantes los cuales les han reportado excelentes ganancias, y que han involucrado la participación de funcionarios públicos en distintas esferas de la administración del Estado.

El presente tema cobra interés para abrir su formal investigación, debido a dos razones fundamentales: la primera, deriva de que el Organismo Legislativo tiene programada para el día trece de septiembre del presente año, la tercera lectura y aprobación de la iniciativa de ley que pretende legislar la Ley de Adopción, y la segunda porque nuestro país es parte de la Convención de la Haya, Relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopciones Internacionales, razón que le hace de manera improrrogable, asumir normativas al respecto con las cuales corresponder y honrar internacionalmente adquiridos.

Por supuesto han existido diversos intentos por resolver este tema, sin embargo cada uno de ellos ha tenido en su oportunidad un sin número de tropiezos generados

por los grupos interesados, en mantener el limbo jurídico de la noble institución de la adopción tales como: notarios que en el ejercicio de su profesión viven únicamente a expensas de las adopciones, organizaciones internacionales quienes por realizar los contactos en Guatemala para la adopción obtienen atractivos ingresos, funcionarios públicos quienes reciben prebendas económicas por los trámites administrativos que bajo la actual normativa deben practicarse, etc.

Varios sectores del país han manifestado su preocupación en relación al incremento creciente de adopciones internacionales en los últimos años, en donde por ejemplo, durante el año 2002 el número de adopciones internacionales fue de 2,931 frente a 62 nacionales. Asimismo, las formalizaciones ante notario constituyen el proceso más utilizado, sin que medien los controles adecuados, mientras que las adopciones judiciales apenas alcanzan promedios cercanos al 1% del total. Guatemala es el cuarto país proveedor de adopciones internacionales, a nivel mundial, y es el número uno, si se considera la relación entre las adopciones y la población total.

Esta situación ha puesto en alerta a la comunidad internacional, numerosos países receptores de niños adoptados, -como se les denomina a los países de donde se solicitan adopciones, término adoptado tanto en los convenios internacionales así como en el proyecto de ley que espera la tercera lectura en el Congreso de la República- han manifestado dudas sobre los procedimientos internos relativos a las adopciones. La desconfianza internacional se ha manifestado en la reciente suspensión de las adopciones procedentes de Guatemala, por parte de Canadá, Alemania,

España, Francia, Holanda y el Reino Unido. Estos países han expresado su preocupación por la falta de transparencia en el proceso interno.

El Estado democrático de derecho insipiente por el cual se encamina nuestra nación, ha permitido que este tema que anteriormente era tratado con sumo hermetismo se vaya haciendo más del dominio público, debido a las constantes denuncias ante los órganos de jurisdicción, penal por robo de niños u otra causa de adopciones fraudulentas.

Los medios de comunicación han difundido preocupantes noticias sobre compra venta, robo, tráfico y suplantación de niños en el territorio guatemalteco, sin que las autoridades hayan podido esclarecer adecuadamente estos hechos ni los vínculos existentes entre ellos.

Finalmente el contenido del presente trabajo se ha desarrollado de la siguiente manera: en el capítulo I, dejamos anotado lo referente a la adopción, sus antecedentes, su definición, la naturaleza jurídica, las doctrinas que tratan de explicarla así como el papel del Estado.

Integran el Capítulo II la Regulación legal sobre la adopción internacional y su posterior evaluación y supervisión; dentro del mismo incluimos a la Constitución Política de la República, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la

Convención Sobre los Derechos del Niño y la Convención de la Haya relativa a la protección y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Al Capítulo III lo integran la legislación comparada con Chile, Colombia y El Salvador; para finalmente desarrollar en el Capítulo IV temas como: los derechos de los niños derivados de un procedimiento de adopción internacional, las obligaciones del Estado guatemalteco de honrar los compromisos internacionales adquiridos, la existencia de mecanismos de seguimiento post adopción, el respeto a su vida, integridad física, moral y espiritual, así como la iniciativa de ley actual.

La metodología utilizada en la presente investigación fue a través de los métodos deductivo, lógico, histórico y analítico, por medio de los cuales se pudo indagar y dar respuesta de manera sistemática a las múltiples interrogantes del origen de la adopción y su evolución a través de los años y de esa forma adquirir un resultado satisfactorio y productivo para la sociedad y así conocer la realidad y el entorno en el que se encuentran los guatemaltecos con relación al tema de la adopción.

La presente investigación tiene como objeto llevar a la reflexión a la sociedad guatemalteca, de la importancia de la institución de la adopción y lo urgente que es que se apruebe la ley de adopciones en Guatemala, para garantizar la protección, tutelaridad y el ejercicio y disfrute de los derechos de los niños, niñas o adolescentes en proceso de adopción.

CAPÍTULO I

1. La adopción

1.1 Antecedentes

➤ *Derecho antiguo*

No se conoce país civilizado en donde se haya establecido normas legajos en forma instrumentaria.

4000 Antes de Cristo, surgen las civilizaciones en Egipto y Sumeria, en ellas ya existían acciones de represión contra menores y protección a favor de ellos. En cuanto a las primeras, recordemos que en la Biblia el Éxodo, nos da a conocer cómo los egipcios esclavizaron cruelmente a los israelitas, y dispusieron que cuando los que atendían los partos sirvieran a los hebreos se fijasen en el sexo del recién nacido estipulando que: si era niña dejarle vivir pero si es niño matarlo. Sin embargo, las parteras tuvieron temor de Dios y no hicieron lo que el rey de Egipto les había ordenado, sino que dejaron vivir a los niños. Fue en esta época cuando un hombre de la tribu de Levi, se casó con una mujer de la misma tribu, la cual quedó embarazada y tuvo un hijo. Al ver que era el niño hermoso, lo escondió durante tres meses, pero al ver que no lo podía tener escondido por más tiempo, lo tomó, lo puso en un canastillo de junco, seguidamente le tapó todas las rendijas con asfalto natural y brea, para que no le entrara agua y luego puso al niño dentro del canastillo para posteriormente dejarlo entre juncos a orillas del río, además dejó a una hermana del niño para que se quedara a una distancia prudencial y estuviera al tanto de lo que pasara con él. Luego de pasado un tiempo y de haberse deslizado el canastillo por el río, la hija del faraón al momento de bañarse en el río y mientras su sirvienta se paseaba a la orilla, ésta vio el canastillo. La hija del faraón al abrir el canastillo y ver que ahí adentro había un niño llorando, sintió compasión de él. Más adelante aquel niño adoptado se convertiría en Moisés, cuyo nombre traducido significa para algunos el salvado de las aguas o el marido.

Asimismo debemos recordar, que los egipcios condenaban al padre cuyos maltratos ocasionaban la muerte del hijo, a permanecer abrazando el cadáver durante tres días.

Los árabes por su parte enterraban vivas a las primogénitas (mujeres) que nacían, porque consideraban un signo fatal para la estabilidad de la familia. Entre los griegos la patria potestad estaba subordinada a la ciudad, el menor pertenecía a la ciudad, la cual exigía una educación adecuada para que sirviese con eficacia a la comunidad.

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

El Derecho Romano en el período de Justiniano, se distinguía tres períodos en la edad; uno de irresponsabilidad absoluta hasta los siete años, llamado de la infancia y el próximo a la infancia hasta los diez años y medio en el varón y nueve años y medio en la mujer. El infante no podía hablar, aún no era capaz de pensamiento criminal, el segundo correspondiente a la proximidad de la pubertad, hasta los doce años en la mujer y en el varón hasta los 14 años, en que el menor no podía aún engendrar, pero en el cual la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado; y el tercero de la pubertad hasta los dieciocho años extendido después hasta los veinticinco años, denominado de minoridad, en que eran castigados los actos delictuosos cometidos por los menores, estableciendo sólo diferencias en la naturaleza y en la calidad de la pena.

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

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

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

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

El derecho germánico, conoció un tipo especial de adopción, realizada solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico.

Al ponerse en contacto con el derecho romano, los germanos encontraron en la adopción de este un modo adecuado de suplir la sucesión testamentaria, que desconocía.

➤ *Derecho Medieval*

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

Los pueblos del medioevo, consideraron la inimputabilidad en los primeros años, aún cuando las leyes no la establecieran. En esa época no podía el niño cometer ciertos hechos, como la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio.

El derecho canónico reconoció la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años cumplidos, y de esta edad hasta los catorce años, se aplicaba una pena disminuida, atendiendo su responsabilidad, sin embargo dividió a los canonistas en dos tendencias: unos sustentaron la tesis de que lo era si es que obraba con discernimiento, y otros defendieron la imputabilidad siempre, aunque castigándole en forma atenuada.

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

En el siglo XIV se fundó El padre de los Huérfanos, una institución destinada a la educación correctiva y la capacitación profesional de los menores delincuentes y desamparados, en 1373. En 1407 se creó un juzgado de huérfanos y en 1410 San Vicente Ferrer constituyó una cofradía que atendía en un asilo a niños abandonados por sus padres. Un siglo más tarde igual iniciativa ampliada a los delincuentes tuvo en Francia San Vicente de Paúl.

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

➤ *Derecho moderno*

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

En el viejo derecho español, las partidas hicieron una distinción entre los delitos de lujuria y los demás acerca de la edad, hacen muy curiosos comentarios los glosadores de esta ley de partidas del siglo XIII, porque si cesare la presunción de que antes de los 14 años fuere el niño púber, debería ser castigado. El autor glosador menciona la cita de San Gregorio en sus diálogos, quien cuenta que un niño de nueve

años dejó embarazada a su nodriza, Juan de Anam, recuerda que San Jerónimo en su carta a Vitalpbro, dice que Salomón y Achaz procrearon hijos a los once años, y añade luego que una mujerzuela crió a un niño abandonado sirviéndole de nodriza, y como el niño durmiese con ella hasta la edad de diez años sucedió que habiendo la mujer bebido más de lo que permite la templanza, impulsado después por su liviandad, con torpes movimientos excitó al niño para el coito. Por todo esto unos opinan que el menor de catorce años debía ser penado por estupro, y por otros se atenían al texto de las partidas que negaban toda la pena desde 1734, en Sevilla, se procuraba mantener bibliografía del menor para resolver su caso.

➤ *Derecho contemporáneo*

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

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

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

Desde los tiempos muy remotos se ha venido haciendo a través de congresos y de reuniones nacionales declaraciones a favor de los niños. En América se realizaron en 1916 en la ciudad de Buenos Aires Argentina, en 1919 en Montevideo – República de Uruguay, en 1922 en los Estados Unidos de América de América, en 1924 en Santiago de Chile, República de Chile, en 1927 en la Habana República de Cuba, en 1930 en Lima – Perú, en 1948 en Caracas – Venezuela, en 1955 en la ciudad de Panamá, en 1959 en Bogotá – Colombia, en 1963 en Mar de Plata – Argentina, en 1968 en Quito – Ecuador, en 1973 en Santiago de Chile – República de Chile, en 1977 en Montevideo – Uruguay, en 1984 en Washington – Estados Unidos de América.

Una resolución del tercer congreso panamericano del Niño inspiró la creación de la oficina internacional panamericana del niño, la misma que tuvo su sede en Montevideo, y pasó a ser eje del sistema de congresos panamericanos sobre la infancia, posteriormente en agosto de 1925 fue rebautizado como el Instituto Internacional de Protección a la infancia y continúa funcionando hasta el presente con el nombre de Instituto Interamericano del Niño, con sede en Montevideo, como organismo especializado de la organización de Estados Americanos.

Durante el devenir de los dieciséis congresos panamericanos del niño podemos señalar dos etapas, la primera comprendida entre 1916 a 1935, denominado la etapa del niño impuro. La segunda etapa comprendida entre 1924 y 1968. Conocida como la del niño peligroso.

En esta etapa se busca al niño ideal en contraposición con el niño real que existe hasta ahora en América, se trata de la eugenesia, de los temas de la pureza racial, se considera la leche materna como uno de los productos ideales para la alimentación del niño, se trata de la gravedad que significó el aumento de la tuberculosis y otras enfermedades infecto contagiosas que llevan a la muerte a numerosos niños, del estado paternalista, de la protección que precisa las madres y niños obreros, finalmente de aquel Estado que debe de tener la virtud de ser paternalista, una legislación

codificada en la que se trata del abandono, de la adopción, de los tribunales de menores, de la corrección y prevención.

Los que participaron en los diferentes eventos en este lapso fueron los protagonistas que persiguieron una misión redentora la realización del más bello humano, a consecución y el mejoramiento de la especie, iba variar la calidad biológica de los niños latinoamericanos. En la tierra de América germinan vigorosamente todas las semillas. Es menester sin embargo, seleccionar lo que se siembra, si hubiese un acta sobre natural y escogiera a los mejores para perpetrar la especie, así se manifestaron en el congreso de 1924.

En el Perú en 1962 se promulgó el Congreso de menores y adoptó entre otras, la Declaratoria de Oportunidades del Niño, del VIII Congreso Panamericano de 1942. Para esta etapa ya no va a ser actores solamente los profesionales que hemos mencionado sino que van a intervenir sociólogos, antropólogos, psicopedagogos, estadistas, asistencias sociales, etc. van a asistir expertos en la problemática de menores. Es bueno hacer notar que en el VIII Congreso Panamericano del Niño se resuelve reiterar y reafirmar los objetivos de América para con sus niños y reasegurar que estos objetivos tengan un lugar principal para la justa y verdadera paz que anhelan los países de América.

1.2 Definición

La adopción es la creación de una filiación artificial por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio.

Según su etimología el término adopción proviene de la palabra latina "Adoptio".

El Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, relativo a la adopción indica que es la acción de adoptar; sin embargo al definir el término adoptar establece que: es “Recibir como hijo al que no lo es naturalmente”¹.

Por su lado el Diccionario de la Real Academia con respecto a la adopción establece: “Del latín. Adoptante. Recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.

Guillermo Cabanellas, en su famoso diccionario anota: “Quiere decir como prohijamiento: que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros aunque no lo sean naturalmente”.²

Agrega Cabanellas que “la adopción, es pues, el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza”.

Anota que “La adopción constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad”.

El profesor Federico Puig Peña, define la adopción como “aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”.³

Planiol, citado por el profesor Diego Espín Cánovas la define como “un acta solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima”.⁴

Sin lugar a dudas la definición más importante para el presente estudio la constituye la definición legal, misma que se encuentra contenida en el Decreto Ley

¹ Sopena, Diccionario enciclopédico ilustrado, Tomo 1, pág. 83.

² Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, pág. 16.

³ Puig Peña, Federico, Compendio de derecho civil español. Tomo V, pág. 475.

⁴ Espín Cánovas, Diego, Manual de derecho civil español, tomo VI, pág. 384.

Número 106 del Jefe de Gobierno de la República, en ese entonces, Enrique Peralta Azurdía, el cual desarrolla el Código Civil guatemalteco, y que en su definición de la adopción textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 228. Concepto. La adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un menor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad”.

Con el Artículo citado ut supra, el legislador guatemalteco desarrolla el principio constitucional contenido en el Artículo 54 de la norma suprema nacional la cual textualmente establece:

“Artículo 54- Adopción. El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”.

Finalmente y a manera de realizar una brevísima comparación, deseamos dejar anotada la definición legal contenida en el Código de los Niños y Adolescentes, de la República de Perú, la cual en su Artículo 115 se define a la Adopción como; “Una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno – filial entre personas que no la tiene por naturaleza.

En consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

Como es evidente esta última norma ordinaria citada, en su texto compromete al Estado en su actual policía, ante una institución jurídica tan seria y

especial como lo es la adopción, situación que en el caso guatemalteco se establece de manera sumamente efímera dentro de la Constitución Política.

1.3 *Naturaleza jurídica*

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

- La Contractual, que deja a la voluntad, de las partes su formulación. Dentro de sus defensores se encuentran Planiol y Ripert, Colin y Capitant ellos definen como un Contrato Solemne, concluido entre el adoptante y el adoptado. Prima en esta concepción el espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades del consentimiento, y el concepto que dominó la estructura familiar, de los derechos poderes el interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia, del menor.
- La Teoría del acto condición, considerada así por autores Julio Armando, Doldo Tristtan Narvaja, Héctor Lafaile y Julian, quienes señalan a la adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de la adopción.
- La Teoría de institución, para unos de derecho privado, para otros de derecho de familia, y para terceros los derechos de menores. Los primeros señalan que es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la sentencia del juez en virtud al cual se establece entre dos personas una relación análoga la que surge de la filiación matrimonial análoga más no igual por tener características singulares. Los segundos indican que el vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia, y los terceros preconizan

que la adopción es una Institución del derecho de Menores que tiende a fines eminentemente de protección de los niños menores. La adopción es entendida así como la institución jurídica solemne y de orden público, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación.

El profesor Federico Puig Peña, respecto a la naturaleza jurídica del instituto de la adopción escribe que definida la adopción como “aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”.⁵ Se deducen las consecuencias siguientes:

- La adopción es una institución. Es cierto que esta institución tiene una base negocial, pero el negocio jurídico de adopción no es más que uno de los elementos sobre los que se asienta el instituto que examinamos. Aquel será el presupuesto de voluntad concorde para entrar en aquélla, y, además, la base para determinar la intensidad y eficacia de algunos de los efectos que produce; pero otros están predeterminados en la ley, independientemente del negocio, y quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes.
- Por la adopción se establece entre dos personas extrañas, relaciones de paternidad y filiación. Como dice Valverde, la adopción es uno de los modos de adquirir la patria potestad.
- La adopción imita a la naturaleza. De aquí se desprenden los requisitos que más adelante estudiaremos, en orden a la edad del adoptante; a la diferencia de edad entre uno y otro; al principio de la unidad de personas, según el cual ninguno puede ser adoptado por más de una, a excepción del caso que sean cónyuges los adoptantes”.

⁵ Puig Peña, Federico, *Compendio de derecho civil español*. Cit, pág. 475.

1.4 Doctrinas

➤ *Doctrina de la situación irregular*

Esta doctrina sustentada desde tiempos atrás con el surgimiento del llamado derecho de menores y avalada entre otros instrumentos internacionales por la Declaración de Ginebra de 1924, la declaración de los derechos del niño en situación irregular, sino también del menor que por razones de conformación fundamentalmente, de la familia en que conviene, se desvíe de la regla normal impuesta por la sociedad.

La doctrina de la situación irregular protege fundamentalmente al niño, para unos desde el mismo momento de la adopción como en el caso de la República del Perú por ejemplo. Para otros desde el mismo momento del nacimiento y cuando tiene figura humana como en el caso de España. El niño es protegido pero debido a que el niño no es un ser totalmente independiente desde el momento en que es concebido, también se dispensa protección a la madre en la etapa de embarazo, del parto y post parto, protegiéndose además el derecho de ser amamantado por su progenitora.

La protección también comprende a la familia a esa familia nuclear, formada por padres y por hijos.

Protege al niño en edad pre – escolar, en edad escolar, en el trabajo establece un fuero especial cuyo objetivo fundamental es emitir las resoluciones teniendo en consideración el interés superior del niño. Este interés superior del niño no solamente se refiere según esta doctrina, a la resolución judicial sino también a la administrativa de cualquier orden.

En cuanto a los hechos que atentan o agraden a la sociedad, los considera actos antisociales, anímicos, es decir con circunstancias de la vida del menor de edad inimputable, es decir sin responsabilidad penal, en consecuencia el Juez tiene la obligación de imponer medidas que traten de rehabilitar o readaptar o proteger al

menor de edad que puede está situaciones tales como: abandono moral y/o material, en estado peligroso (antisociales) menores deficientes sensoriales y mentales, menores impedidos físicos, menores en crisis familiar.

Es muy importante el análisis histórico como uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la llamada cuestión criminal y a su control social.

En la década de los setenta la existencia de gobiernos autoritarios en la región tuvo las consecuencias perversas de que muchos intelectuales no aceptaban realizar cambios en la esfera de lo jurídico. En la década de los ochenta con el advenimiento de la democracia y persistencia de deficiencias y malestares sociales, ponen en evidencia la necesidad de cambio gradual en cuanto se refiere a los niños y adolescentes.

➤ *Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas*

Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas personas en desarrollo, le reconoce también las libertades está como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos. En materia penal se considera infractor penal al adolescente y transgresor penal al niño, para el primero habrán medidas socioeducativas, para el segundo medidas de protección pero ¿qué se protege? Se protege en que el infractor penal ha de ser juzgado con las garantías que la ley señala.

No podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la ley penal, es decir se sigue el principio no hay pena sin delito, se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, el poder ser informado de su detención, el informársele a los padres al no estar, conjuntamente con adultos, etc. la doctrina de la

protección integral se basa fundamentalmente en el Interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos.

Los representantes más conocidos de esta doctrina son los doctores Emilio García Méndez, Alejandro Barata, Elias Carranza, Antonio Amaral Da Silva.

1.5 Papel del Estado

Al hablar del papel del Estado, lo haremos desde dos perspectivas: una la que frente a la institución de la adopción vivimos realmente los guatemaltecos; y la segunda la que debería desarrollar el Estado frente a dicha institución.

Así diremos en primer lugar que la realidad guatemalteca frente a la institución de la adopción es extremadamente conmovedora y alarmante; ambas condiciones producto de las condiciones económicas y sociales tan deplorables en que vive la mayoría de la población guatemalteca, la cual se ve reflejada en el escaso acceso que la población tiene a servicios básicos tales como: vivienda, salud, educación, seguridad y por que no decirlo el acceso al trabajo el cual lleva aparejado el acceso a la alimentación básica.

En relación a lo manifestado, deseamos apoyarnos ilustrativamente en un caso verídico citado por la periodista Nancy Avendaño, en la página electrónica del Diario Prensa Libre, publicada en el año 2003, quien escribió: "Teresa tiene veintiséis años y es madre de ocho niños a los que apenas puede alimentar. El más pequeño es Lucas, un bebé de dos meses, quien constantemente llora a causa del hambre. Su madre se esfuerza por acallar el llanto, ante el ofrecimiento de unos cuantos billetes a cambio del pequeño, su respuesta es clara: no. Ella sabe que darlo en adopción no

soluciona las necesidades de su familia. Lo que quiero es un trabajo y un lugar donde dejar a mis hijos mientras laboro, dice”.⁶

“No obstante, muchas otras mujeres, agobiadas por las carencias económicas, entregan a sus hijos a las llamadas jaladoras –mujeres que ofrecen dinero a cambio del bebé-, sin ser conscientes de lo que están haciendo. Es así como se gestan muchas de las adopciones internacionales que diariamente se efectúan en Guatemala. Pero esa forma de proceder va en contra de los principios que rigen una adopción”.

En segundo lugar al hablar de la perspectiva que debería desarrollar el Estado frente a dicha institución, diremos que con la adhesión al Convenio de La Haya, en marzo del año 2003, el Estado guatemalteco se comprometió a sujetar los trámites de la adopción a las exigencias propias del respeto de los derechos del niño. De esa cuenta, debería existir actualmente un control mayor de los niños dados internacionalmente en adopción con el fin de garantizar su protección.

Así al haberse aprobado el convenio de La Haya, relativo a la adopción internacional, el país al adquirir un compromiso frente al mundo debe modificar su legislación nacional específica respecto a:

- a) Realizar las modificaciones legales que reduzcan la indefensión de los niños posterior al proceso de adopción internacional.
- b) Las modificaciones deben fortalecer la adopción hacia padres guatemaltecos.
- c) Transparentar los procesos de adopción exigiendo por parte de las autoridades administrativas y judiciales todo hecho revelador del origen y destino de los niños.

⁶ Avendaño, Nancy, **En nombre del hijo**, pág. 1.

d) Unificar el trámite nacional, al internacional.

Lo anotado nos permite inferir entonces que cuando se concluye que un niño debe ser dado en adopción, primero es necesario intentar dejarlo con algún familiar dentro de su misma comunidad o país, siendo la última opción acudir a la adopción internacional.

Sin embargo frente a lo que se ha convertido en Guatemala, el mercado de la adopción, la mayoría de padres adoptivos tienen dos objetivos: encontrar a un niño pequeño que no se acuerde de sus padres biológicos y evitar las demoras burocráticas. Guatemala ha ofrecido durante años ambas facilidades durante años.

De acuerdo a un informe que establece la posición del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, de fecha catorce de octubre del año 2004, se indica que: “amplios sectores del país – Guatemala – han mostrado preocupación en relación al incremento creciente de adopciones internacionales en los últimos tres años. Las cifras oficiales más recientes corresponden al año 2002, dando cuenta de dos mil novecientos treinta y un adopciones internacionales frente a sesenta y dos nacionales. Así mismo, las formalizaciones ante notario constituyen el proceso más utilizado, sin que medien los controles adecuados, mientras que las adopciones judiciales apenas alcanzan promedios cercanos al uno por ciento del total. Guatemala es el cuarto país proveedor de adopciones internacionales, a nivel mundial, y es el número uno, si se considera la relación entre las adopciones y la población total”.⁷

Por su lado en regencia al mismo año que señala la UNICEF, el reportaje de la periodista Nancy Avendaño señala que durante el año 2003, Guatemala, dio en adopción dos mil novecientos noventa y tres niños – una diferencia de sesenta y dos niños-, lo cual lo ubicó como la nación donde más adopciones se produjeron al nivel mundial, de dichas adopciones el noventa y ocho por ciento fue internacional; de este

⁷ UNICEF, **Posición de UNICEF sobre adopciones en Guatemala**. pág. 1.

último dato se estableció que le noventa por ciento correspondió a bebés – no indica la fuente si con padres o sin ellos – y un diez por ciento correspondió a niños que tienen padres.⁸

Nos señala el Artículo que dichos datos revelan que existe una gran cantidad de adopciones anómalas, aunque el procedimiento administrativo judicial esté amparado por la legislación vigente. Ya que en ocasiones, los niños son robados o apartados de sus progenitores bajo presión psicológica. En el primer caso, se conocen denuncias de robo de bebés en hospitales públicos o comercios. En el segundo, se sabe que las mujeres se prestan para simular ser madres, y luego entregan a los pequeños. Un estudio de UNICEF relata una denuncia presentada por la embajada de Canadá en la Procuraduría General de la Nación. En ese caso, el proceso de adopción de tres niños Juan Carlos Mazariegos, Flor de María Soto y Yaqueline Ramírez, se detuvo luego de que la embajada determinó que el ADN de los niños no correspondía al de la supuesta madre. El problema –agrega el reportaje – es que no todos los países exige esa prueba.

Para nadie es un secreto en nuestro país que en los últimos años las adopciones se han convertido en un auténtico negocio. Agrega la periodista Nancy Avendaño que: “investigaciones dan cuenta de que esa actividad produce al país entradas por más de cincuenta millones de dólares anuales, lo que equivalía en ese año a cuatrocientos cinco millones de quetzales. Añade que: “a las madres les entregaron cinco mil quetzales a cambio del niño, y a veces, incluso, les pagan la alimentación y atención médica antes y durante el nacimiento. Agrega que: “Algunos abogados reciben fuertes sumas por efectuar el trámite. Durante un allanamiento realizado por la fiscalía a una oficina notarial, se encontró un expediente donde la cifra ascendía a sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América de América, según la fiscal de la Mujer Sandra Sayas”.

⁸ Avendaño, Nancy, Ob. Cit. pág. 1.

Es de señalar que en ocasiones, ese costo incluye la manutención y cuidado del pequeño mientras dura el trámite, pero, de todas formas, el hecho de manejar altas sumas de dinero va en contra de los principios básicos de ese acto humanitario.

De esa cuenta, sucede un fenómeno absurdo que desvirtúa la adopción, ya que la adopción por guatemaltecos dentro de Guatemala resulta complejo, pues no ofrece las mismas ganancias.

CAPÍTULO II

2. Regulación legal sobre la adopción internacional y su posterior evaluación y supervisión

2.1 Constitución Política de la República

Nuestra Constitución Política de la República al tenor de su Artículo 54 establece:

“Artículo 54.- Adopción. El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”.

Sin embargo la Corte de Constitucionalidad al analizar el Artículo supra citado manifestó lo siguiente:⁹

“...conforme a la Convención sobre los Derechos del niño, en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar el mayor beneficio que para los menores pueda obtenerse... la Convención citada, ley aplicable al caso, dispone la adopción de medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación ... por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares (Artículo 2); que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, ... una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño” (Artículo 3); que “en cualquier procedimiento... se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (Artículo 9, sección 2);

⁹ Corte de Constitucionalidad, **Constitución Política de la República**, pág. 59.

que los Estados “Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a sus leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas, hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario. “(Artículo 21, letra a); disposiciones que guardan congruencia con los principios de protección estatal que prescriben los Artículos 51 y 54 de la Constitución y lo regulado en el Código de Menores. Por otra parte, que el Código Civil cuerpo legal que regula la adopción, es el que dispone el modo y forma de establecerse (Capítulo VI, Título II del libro I) y, por tanto, la normativa a la que, por vía judicial o ante notario, deba atenderse. De manera que es dentro del procedimiento de adopción en el que deben apreciarse el cumplimiento de requisitos y las cualidades subjetivas de sus pretendientes, y la opinión que con respecto de ellas pueda tener la institución de ejercer la tutela legal, por consideraciones morales o de otra índole, ya que uno y otros deban tenerse en cuenta por quienes tienen facultad para declararla a fin de que la decisión se confirme al interés superior del menor de quien se trate...”

2.2 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se encuentra contenida en el Decreto Número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, la cual en su parte considerativa manifiesta:

“Que es necesario promover el desarrollo integral de la niñez y adolescencia guatemalteca, especialmente de aquellos con sus necesidades parciales o totalmente insatisfechas, así como adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia”.

Dentro de su articulado esta ley establece cual es el interés de la niñez y la familia, el cual citamos a continuación:

“Artículo 5.- El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y esta Ley”.

En cuanto a la adopción específica establece:

“Artículo 22. Adopción.- El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y adolescentes debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior y conforme a los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala”.

En otras palabras esta normativa legal, impone al Estado guatemalteco, la observancia y respeto hacia la normativa internacional en esta materia a la cual se ha adherido, la cual de acuerdo al Artículo 46 de la Constitución Política de la República tienen preeminencia sobre el derecho interno, cuando se traten de derechos humanos.

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

Asimismo manifiesta esta ley lo relativo a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes al regular:

“Artículo 50. Seguridad e integridad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección contra el secuestro, el tráfico, la venta y trata para cualquier fin o en cualquier forma. El Estado deberá desarrollar actividades y estrategias de carácter nacional, bilateral y multilateral adecuadas para impedir estas acciones”.

2.3 *Convención sobre los derechos del niño*

Esta Convención en su preámbulo contiene importantes afirmaciones sobre su naturaleza y fin a saber, los cuales citamos únicamente en su parte conducente relacionados a nuestro tema:

“Los Estados Partes en la presente Convención,

“Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales...”

“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 a 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,”

“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 6. 1) Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

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 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 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 de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente Artículo mediante la 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.”

2.4 *Convención de la Haya Relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*

La embajada de los Estados Unidos de América de América en Guatemala, a través de su página electrónica, orienta a los ciudadanos de Estados Unidos Americanos sobre los principales puntos que deben saber acerca de las adopciones en nuestro país; para lo cual desarrolla las respuestas a lo que consideran son las preguntas más frecuentes en torno a este en relación al Convenio de la Haya, mismas que trasladamos a continuación:¹⁰

- ¿Es Guatemala parte del convenio de La Haya sobre adopciones?

En noviembre de 2002, Guatemala entregó su documento de adhesión al depositario del Convenio, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda. De acuerdo con el Artículo 46 del Convenio, éste entró en vigencia para Guatemala, el uno de marzo de 2003. Guatemala es parte del Convenio desde esa fecha.

- La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, determinó inconstitucional la adhesión del país. ¿Eso anularía lo que se realizó antes del fallo?

No. Según la ley internacional, y específicamente la ley internacional de derecho usual como se indica en la Convención de Viena, Ley de Tratados, Artículo 46, la cual establece textualmente: “un estado no puede apelar al hecho de que su consentimiento vinculado a un tratado, haya sido expresado en violación a una disposición de su ley interna, con relación a la competencia para terminar los tratados,

¹⁰ Embajada de Estados Unidos de América, **Adopciones internacionales y el convenio de la Haya: Guatemala.** pág. 4.

así como invalidarlo a menos de que la violación fuera evidente y relacionada con un reglamento de su ley interna de importancia esencial”.

Guatemala no puede reclamar que su adhesión fue una violación evidente de su constitución, porque una violación es evidente solamente si es objetiva de acuerdo con prácticas normales y buena fe. Guatemala ha accedido a muchos tratados importantes, y se ha considerado parte de cada uno de éstos. La comunidad internacional no tiene forma de saber si la adhesión de Guatemala al Convenio de Adopción Internacional fue potencialmente una violación a su constitución, y por consiguiente, según la ley internacional, Guatemala aún está vinculada por su adhesión.

- ¿Cuándo entrará en vigencia el Convenio para los Estados Unidos de América?

Los Estados Unidos de América quieren ratificar el Convenio en 2007. Según el Artículo 46 del Convenio, éste entrará en vigencia tres meses después de la fecha de su ratificación. Según el Artículo 44 del Convenio, después de que un país ratifica el mismo, éste podría en ese momento, plantear una objeción a la adhesión de un país previamente adherido al Convenio.

- ¿Qué significa para las adopciones internacionales hacia los Estados Unidos de América que el Convenio entre en vigencia?

De acuerdo con la Ley de Adopción Internacional (IAA por sus siglas en Inglés) la cual es la legislación que implementa el Convenio internamente, cuando éste entre en vigencia para los Estados Unidos de América de América, todas las adopciones internacionales entre los Estados Unidos de América y otros países miembros del Convenio tienen que reunir los requisitos del Convenio, los de la IAA y los reglamentos que implementan la IAA.

El Convenio requiere que ciertas funciones claves de adopción en el país de origen sean realizadas por la autoridad central de aquel país directamente, o por otras autoridades públicas, o por agentes acreditados de servicio de adopción. Si dichas entidades no realizan estas funciones, la adopción podría no reunir los requisitos de la Convención.

- ¿Esto significa que las adopciones desde Guatemala se detendrán cuando los Estados Unidos de América de América sea un país miembro de la Haya?

En este momento, es muy temprano para especular sobre esta situación. Estamos procediendo con el convencimiento de que Guatemala encontrará un camino para implementar el Convenio, de manera que las adopciones entre Guatemala y los Estados Unidos de América de América puedan continuar cuando los Estados Unidos de América sea un país miembro de La Haya.

- Algunas personas de la comunidad de adopción de los Estados Unidos de América, han sugerido que el gobierno estadounidense tiene la autoridad para permitir que continúen las adopciones desde Guatemala, y que ustedes están anteponiendo motivaciones políticas por encima del bienestar de los niños. ¿Qué puede responder acerca de esto?

Dichas declaraciones son completamente sin fundamento. Precisamente para proteger los mayores intereses de los niños es por lo que los Estados Unidos de América de América se unieron al Convenio de La Haya, y constantemente han exhortado a otros países a que lo hagan. Los problemas que han existido en el proceso guatemalteco de adopción son ampliamente conocidos. Si Guatemala pasa una legislación consistente con La Haya e implementa el Convenio,

como se comprometió al momento de su adhesión, mucho de esos problemas serán solucionados y los huérfanos guatemaltecos estarán más protegidos de lo que actualmente están. Esto ha sido siempre, y continúa siendo, totalmente por los niños.

- Algunos otros países que forman parte del Convenio de La Haya, específicamente los de Europa Occidental, han objetado la condición de Guatemala como miembro del mismo. ¿Por qué razón los Estados Unidos de América no hace lo mismo?

Según el Artículo 44 del Convenio, cuando un país ratifica el mismo, éste podría en ese momento plantear una objeción a la adhesión de un país previamente adherido al Convenio. Entendemos que los países que hicieron la objeción, generalmente no están realizando adopciones en Guatemala. Objetar o no la adhesión de Guatemala al Convenio de La Haya es una pregunta que los Estados Unidos de América tendrán que abordar cuando llegue el momento. Sin embargo, creemos que Guatemala necesita concentrarse para encontrar una manera de implementar el Convenio, de manera que las adopciones entre los Estados Unidos de América de América y Guatemala, una vez lo ratifiquemos, sean realizadas dentro del sistema de La Haya.

- ¿Qué está haciendo el Departamento de Estado acerca de este asunto?

Los Estados Unidos de América de América están en constante comunicación con Guatemala acerca de las adopciones internacionales. Exhortamos a Guatemala para que implemente en este año una legislación, la cual sea consistente con el Convenio de La Haya. Los Estados Unidos de América exhortan a todos los países, incluyendo a Guatemala, para unirse e implementar totalmente el Convenio de La Haya, para asegurar que todas las adopciones internacionales se lleven a cabo dentro de fuertes garantías y que reúnan los mayores intereses de los niños

involucrados. Los Estados Unidos de América mantendrán este diálogo con Guatemala mientras ambos países sigan con sus esfuerzos para poder implementar el Convenio de La Haya.

Como se puede observar a lo largo del desarrollo de estas respuestas, la posición que se refleja por parte de los Estados Unidos de América no es específicamente una presión para nuestro país, sin embargo posteriormente en el mismo medio electrónico utilizado por la embajada norteamericana, aparece una advertencia más directa hacia nuestra nación derivada de los problemas que se derivan de los procesos de adopción de menores, en la cual se advierte a nuestra nación respecto que deberá tener en el futuro de la ley ordinaria norteamericana en este tema, advertencia que trasladamos de manera completa en el presente trabajo:

“En 2007, los Estados Unidos de América quieren ratificar el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación con Relación a la Adopción Internacional. Cuando el Convenio entre en vigencia para los Estados Unidos de América, todas las adopciones internacionales entre los Estados Unidos de América y los países miembros del Convenio tienen que cumplir con el Convenio, con la Ley de Adopción Internacional de los Estados Unidos de América de 2000 (IAA, por sus siglas en Inglés), y con los reglamentos aplicables.

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

Para propósitos del derecho internacional, Guatemala ha sido miembro del Convenio desde marzo de 2003. Guatemala no ha implementado el Convenio y su

sistema de adopción actualmente no designa funciones del Convenio de la forma que éste prescribe. Después que el Convenio de Adopción de La Haya entre en vigencia para los Estados Unidos de América, el gobierno de ese país no estará dispuesto a aprobar adopciones de Guatemala a menos que Guatemala cambie su proceso de adopción para cumplir con los estándares de La Haya. Con esta situación los más perjudicados serían los niños guatemaltecos que necesitan ser colocados con familias permanentes. Los Estados Unidos de América buscan evitar esta situación.

El Departamento de Estado advierte que los agentes de servicios de adopción de los Estados Unidos de América, que ya participan o están considerando participar con adopciones internacionales entre los Estados Unidos de América y Guatemala, deben tomar en cuenta esta información al hacer decisiones, si buscan una acreditación bajo el IAA.

Al respecto de lo manifestado por la embajada norteamericana en nuestro país, creemos en primer lugar que nuestra nación como Estado parte de la Convención de La Haya, está obligada a honrar los compromisos adquiridos internacionalmente en la esfera de los organismos internacionales como lo es la Organización de las Naciones Unidas. En segundo lugar aunque vergonzoso, creemos que la amenaza a suspender las adopciones guatemaltecas por parte de los Estados Unidos de América, tendrá como consecuencia la adopción forzosa por parte de nuestro país de la implementación legal de los mecanismos de protección en cada proceso de adopción.

Sin embargo, conociendo como funciona la política estatal guatemalteca frente a las exigencias de los Estados Unidos de América, avizoramos un agravamiento temporal del problema de la adopción, tal y como lo estima la periodista Carolina Vásquez Araya, quien en su columna expone: “Al final de cuentas, los abogados que hacen fortuna con el infortunio de mujeres incapaces de retener a sus bebés – ya sea por pobreza o por no haber tomado precauciones a tiempo para evitar un embarazo – no

están interesados en el después, mientras se continúen aprovechando las oportunidades que ofrece el actual vacío legal.¹¹

El destino de los millares de bebés adoptados por familias o individuos extranjeros no cuenta en el esquema de las adopciones, y así, se ignora por completo si se cumple o no con el objetivo fundamental de esa institución, el cual es proporcionar un hogar a un niño o niña que lo necesita y no – como parece ser el precepto actual – proporcionar un niño o una niña a quien lo desee y tenga el dinero para adquirirlo.

La nueva disposición del Gobierno de Estados Unidos de América, país al cual emigra alrededor del noventa por ciento de los bebés adoptados, de no autorizar más adopciones a partir de su ratificación de la Convención de La Haya el próximo mes de abril, permite vaticinar un cambio en la política local respecto de la convención, la cual no ha sido, ratificada en el país por la presión de quienes lucran con el negocio de las adopciones.

Pero también augura un frenesí de oferta y entrega de niños durante los próximos meses, mientras todavía exista la libertad para que un simple notario, sin intervención de una instancia legal superior, tenga la potestad de decidir, por sí y ante sí, el destino de un ser humano indefenso, carente incluso de la protección establecida en otros acuerdos firmados y ratificados por el Estado, como es la convención de los Derechos del Niño”.

La pregunta no formulada públicamente en nuestro país es ¿Porqué el Estado guatemalteco no ratifica la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional?

¹¹ Vásquez Araya, Carolina, *Pingüe negocio*, pág. 15.

La respuesta a esta interrogante la encontramos contenida en las funciones que posee el Comité de los derechos del Niño de las Naciones Unidas, las cuales desarrollamos a continuación:¹²

El Comité de los Derechos del Niño es el órgano que supervisa la forma en que los Estados cumplen sus obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando un país ratifica la Convención, asume la obligación jurídica de implementar los derechos reconocidos por el tratado. Pero la forma no es más que un primer paso, pues el reconocimiento de los derechos sobre papel no basta para garantizar su efectivo goce en la práctica. En consecuencia, el país asume la obligación complementaria de presentar informes periódicos al Comité sobre la manera en que se facilita el ejercicio de los derechos. Este sistema de vigilancia de los derechos humanos es común a todos los tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

Para cumplir su obligación de presentación de informes, los Estados partes deben informar por primera vez dos años después de su ratificación, y posteriormente cada cinco años. Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado parte. Sobre la base de éste diálogo, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como observaciones finales, las cuales son públicas.

El Comité también hace pública su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como Observaciones Generales, así mismo expresa recomendaciones generales sobre

¹² Comité de los Derechos del Niño, **36 Sesión observación general número cinco**, pág. 21.

cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo. Celebra discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados problemas, como La violencia contra los niños. Actualmente el Comité se compone de dieciocho expertos independientes.

Conocidas las atribuciones del Comité de los derechos del Niño de las Naciones Unidas y las obligaciones adquiridas por los Estados contratantes, no es difícil aterrizar en la idea real, de que dicha ratificación por parte del Estado guatemalteco ha sido detenida por el sector a quien le favorece actualmente la indiscriminada adopción de niñas y niños.

Por supuesto, sería ilógico que dicho grupo esté conformado únicamente por los abogados que han hecho su muy buena fortuna económica de las adopciones, pues a ellos habría que sumar a los funcionarios públicos y judiciales que de manera periódica o esporádicamente – aunque sustancial – han percibido buenos ingresos para mantener una realidad en cuanto a la adopción de menores se refiere que solo favorece a ellos.

Una señal positiva por parte del gobierno guatemalteco de querer honrar las convenciones internacionales en materia de derechos humanos relativas a la adopción, sería simplemente aplicar el Artículo 20 de 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, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de tres de diciembre de 1986, el cual a su tenor establece:

“Artículo 20.- Por regla general, la adopción en otro país deberá efectuarse por conducto de los organismos o autoridades competentes y deberán aplicarse las mismas salvaguardias y normas existentes respecto de las adopciones en el país de origen. En ningún caso la colocación deberá tener como resultado beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella”.

A continuación detallaremos los aspectos más relevantes para el presente trabajo, contenidos en la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional:

Iniciaremos indicando que dicha Convención, fue adoptada durante la Conferencia de Derechos Internacional Privado de La Haya, realizado el 29 de mayo de año mil novecientos noventa y tres.

El espíritu de la Convención de La Haya se encuentra contenido en su preámbulo el cual a su tenor establece:

“Los Estados signatarios del presente Convenio.

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

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

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

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

Deseamos 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 el 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 3 de diciembre de 1986).

Han acordado las disposiciones siguientes:

Dentro del Capítulo I, referente al ámbito de aplicación del Convenio, se detalla el objeto del mismo el cual es el de establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional; así como 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; y el de asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Así mismo, el Convenio se va a aplicar cuando el 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.

CAPÍTULO III

3. Legislación comparada

3.1 Con la legislación chilena

Desarrollaremos el caso de la República de Chile en base a las siguientes interrogantes:

¿Quiénes pueden adoptar en Chile?: Pueden adoptar cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile, que cumplan con los requisitos legales.

Asimismo los cónyuges chilenos o extranjeros con residencia fuera de Chile, cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile, interesados en adoptar al niño o niña, y que cumplan con los requisitos legales.

Un tercer punto lo constituyen la persona soltera o viuda, Chilena, con residencia permanente en nuestro país, a falta de ambas alternativas anteriores y que cumpla con los requisitos legales.

¿Cómo no se realiza la adopción por personas no residentes en Chile?: La ley, establece la posibilidad de otorgar en adopción de niños chilenos a personas no residentes en él (la llamada adopción internacional).

Son los jueces Chilenos los encargados de evaluar y aplicar o rechazar las solicitudes que reciban, lo que se traduce en que el niño saldrá del país como hijo de los adoptantes que viven en el extranjero mediante una sentencia judicial que así lo resuelve.

Los matrimonios no residentes en Chile, interesados en adoptar, deberán presentar con una solicitud de adopción, autenticados, autorizados y legalizados, de los siguientes documentos:

- Certificado de nacimiento de los solicitantes;
- Certificado de matrimonio de los solicitantes;
- Copia íntegra de la inscripción de nacimientos de las personas que pretenden adoptar;
- Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado;
- Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, si lo hubiere, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de residencia;
- Certificado de autoridad de emigración del país de residencia de los solicitantes en que contenga los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar en el mismo;
- Certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes;
- Informe social favorable emitido por el organismo gubernamental o privado debidamente acreditado que corresponda al país de residencia de los solicitantes;

- Certificados que comprueben, a satisfacción del tribunal, la salud física, mental y psicológica de los solicitantes, otorgados por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes;
- Antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes;
- Fotografías recientes de los solicitantes; y,
- Tres cartas de honorabilidad de los solicitantes, otorgadas por autoridades o personas de la comunidad en su país de origen.

3.2 *Con la legislación salvadoreña*

Las clases de adopción en la República del Salvador pueden darse en forma conjunta o individual, y su procedimiento se da de la siguiente forma;

- Garantía Especial: Para garantizar el interés superior del menor, toda adopción deberá ser autorizada por el Procurador General de la República y el Instituto de Protección al menor y decretada por el Juez competente.
- Requisitos para el adoptante:
 - Ser legalmente capaz;
 - Ser mayor de veinticinco años de edad, excepto los cónyuges que tengan más de cinco años de casados;

- Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.
- Requisitos adicionales para el adoptante extranjero: Para los extranjeros no domiciliados, además de los requisitos anteriores deberán cumplir;
- Que tengan por lo menos cinco años de casados;
- Que reúnan los requisitos personales para adoptar exigidos por la ley de su domicilio;
- Comprobar que una institución pública o estatal de protección de la infancia o de la familia, de su domicilio, velará por el interés del adoptado.
- Diferencia de edades: El adoptante debe ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En la adopción conjunta, esa diferencia se establecerá respecto al adoptante del menor edad.
- Consentimiento y conformidad:
 - Para la adopción de un menor es necesario el consentimiento expreso de los padres.
 - El adoptado mayor de doce años de edad también deberá manifestar su conformidad con la adopción.

- Una vez firme la resolución que decreta la adopción, el consentimiento y conformidad son revocables, pero antes de ello cabe retractación por causas justificadas apreciadas por el juez, quien para resolver consultará los principios fundamentales de la adopción.
 - La adopción se constituye desde que queda firme la sentencia que la decreta, la cual es irrevocable.
- Conveniencia para adoptar un menor determinado: Cuando se pretende adoptar a un menor que haya hecho vida familiar con su adoptante, ésta deberá haber durado por lo menos un año.
- Estudios técnicos: Los estudios sociales, psicológicos y demás a que deben someterse los adoptantes extranjeros, si se efectúan fuera del país, deben ser realizados por un especialista de una institución pública o estatal, del lugar de su domicilio, dedicada a velar por la protección de la infancia o de la familia, o realizados por profesionales cuyos dictámenes sean respaldados por una entidad de tal naturaleza.
- Trámite:
- Se realiza un trámite administrativo para obtener la autorización de la Procuraduría General de la República;
 - Se realiza un trámite administrativo para obtener la autorización del Instituto de Protección al Menor;

- Se realiza un Juicio en un Tribunal de Familia, esta es la parte judicial y para ello se requiere;
 - ✓ Certificación de las instituciones anteriores de que autorizan la adopción;
 - ✓ Certificación del Acta en que los padres otorgan el consentimiento de la adopción;
 - ✓ Certificación de las partidas de nacimiento de los adoptantes y del adoptado;
 - ✓ Certificación del dictamen sobre idoneidad de los adoptantes;
 - ✓ Constancia médica reciente sobre la salud de los adoptantes y del adoptado;
 - ✓ Certificación de los estudios técnicos realizados por especialistas;
- ✓ Si los adoptantes son extranjeros que residen fuera, deberán presentar además:

- Certificación expedida por la institución pública o estatal de protección a la infancia o a la familia, oficialmente autorizada, donde conste que los adoptantes reúnen los requisitos exigidos para adoptar por la ley de su domicilio y el compromiso de efectuar el seguimiento del menor en el país de residencia de los adoptantes;
- Certificación de la calificación de los estudios técnicos realizados por especialistas en el extranjero, emitida de común acuerdo por la Procuraduría General de la República y el Instituto de Protección al Menor. El trámite judicial deberá iniciarse dentro de los treinta días de obtener este documento.
- El consentimiento de los padres del menor, debe ser ratificado en la audiencia ante el Juez, el juez podrá ordenar a su juicio pruebas científicas, si los padres se oponen se considerará inexistencia del parentesco biológico.
- Los adoptantes deberán comparecer personalmente ante el juez. También deberá comparecer a entrevistas con especialistas adscritos al Tribunal si el juez lo considera conveniente.
- En la solicitud de un menor determinado deberá expresarse el tiempo de convivencia con los adoptantes, lo cual deberá probarse en audiencia. En este caso el menor continuará viviendo con los solicitantes.
- La sentencia deberá contener los datos para inscribir la adopción en el Registro del Estado Familiar.

- Ejecutoriada la resolución que decreta la adopción, el adoptante comparecerá personalmente a la audiencia que señale el Juez para entregar al adoptado. En ella el juez explicará los derechos y deberes para con el adoptado. Si la adopción es conjunta basta la comparecencia de uno de ellos.

Luego se inscribirá la Sentencia en el Registro del Estado Familiar y se cancelará su partida de nacimiento anterior y se extenderá una nueva.

3.3 *Con la legislación colombiana*

De acuerdo al jurisconsulto colombiano Ricardo Rueda, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, la adopción es el prohijamiento como hijo legítimo de quien no lo es por naturaleza. No se acepta que alguien sea prohijado como natural. La adopción consiste en el establecimiento de un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado. Es lo que se denomina parentesco civil.¹³

Actualmente y según el Código del Menor, la adopción es principalmente y por excelencia una medida de protección (Artículo 88 del Código Civil), vale decir, que con la adopción el Estado social de derecho, pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

El Artículo 269 del Código Civil define la adopción como el prohijamiento de una persona, o la admisión en un lugar de hijo, del que no es por naturaleza. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres.

¹³ Rueda, Ricardo, *La adopción desde sus raíces hasta hoy*, pág. 2.

Según Rodríguez Carretero, citado por el profesor Monroy Cabra, “la adopción se origina en el nacimiento de un conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, que son el padre y madre adoptantes y el hijo adoptado”.¹⁴

Igualmente se han pronunciado al respecto de la entidad de la institución de la adopción, profesores como Planiol y Colin quienes defienden la tesis de que la adopción no es una ficción sino que en realidad viene a ser una realidad psicológica-social. Es decir que la adopción es un medio de protección para el menor de edad que se encuentra abandonado y demás, que la paternidad y la maternidad no se encuentran fundamentada exclusivamente en vínculos de sangre sino que también reposa en aspectos morales, sociales y familiares.

Cabe anotar que las tendencias legislativas modernas con respecto a la institución de la adopción propugnan hacia la legitimación adoptiva e igualmente también se ha tenido la tendencia hacia el establecimiento de tratados públicos mediante los cuales se pretende regular la adopción internacional y resolver los conflictos que se presentan por la variedad de legislaciones en los distintos Estados con respecto a la misma materia.

Finalmente con respecto a la República de Colombia, es preciso aclarar que aunque el concepto de adopción ha venido cambiando con el devenir de los lustros, esta evolución conceptual no ha sido uniforme desde los tiempos antiguos hasta estos días.

¹⁴ Rueda, Ricardo, Ob. Cit, pág. 3.

CAPÍTULO IV

4. Derechos de los niños derivados de un procedimiento de adopción internacional

Acerca de la adopción internacional y los derechos que asisten a los niños dados en adopción, existe la Declaración sobre los Principios sociales y Jurídicos Relativo a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y a la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 41/85, de tres de diciembre de 1986, de la cual extraeremos literalmente los preceptos legales más relevantes para el presente trabajo.

Refiere en su preámbulo o lo que podríamos llamar su parte introductoria que: “Recordando la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Recordando también la Declaración de los Derechos del Niño, que proclamó en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

Reafirmando el principio 6 de esa Declaración, que establece que, siempre que sea posible, el niño 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.

Preocupada por el gran número de niños que quedan abandonados o huérfanos a causa de la violencia, los disturbios internos, los conflictos armados, los desastres naturales, las crisis económicas o los problemas sociales. Teniendo presente que, en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental.

Reconociendo que en los principales sistemas jurídicos del mundo existen otras instituciones valiosas que representan una alternativa, como la Kafala del derecho islámico, las que proporcionan atención sustitutiva a los niños que no pueden ser cuidados por sus propios padres.

Reconociendo asimismo que sólo en el caso de que una determinada institución esté reconocida y reglamentada por el derecho interno de un Estado, serían pertinentes las disposiciones de esta Declaración relativas a esa institución y que esas disposiciones no afectarían en modo alguno a las instituciones que existiesen en otros sistemas jurídicos y que representan una alternativa.

Consciente de la necesidad de proclamar principios universales que haya que tener en cuenta en los casos en que se inicien procedimientos, en el plano nacional o internacional, relativos a la adopción de un niño o su colocación en un hogar de guarda.

Proclama los siguientes principios:

C. ADOPCION

“Artículo 13.- El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente.

Artículo 14.- Al considerar distintas posibilidades de adopción, los encargados de la colocación deberán elegir el medio más adecuado para el niño.

Artículo 15. - Los propios padres del niño y los futuros padres adoptivos y, cuando proceda, el niño, deberán disponer de tiempo suficiente y asesoramiento adecuado para llegar cuanto antes a una decisión respecto del futuro del niño.

Artículo 16.- Antes de la adopción, los servicios u organismos de bienestar del niño deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos. La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal.

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.

Artículo 18. - Los gobiernos deberán establecer políticas, legislación y una supervisión eficaz, respecto de la protección de los niños que sean adoptados en otros países. Si las circunstancias lo permiten, la adopción en otros países sólo deberá realizarse cuando se hayan establecido esas medidas en los Estados de que se trate.

Artículo 19.- Se deberán establecer políticas y promulgar leyes, cuando fuere necesario, que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños.”

Artículo 20.- Por regla general, la adopción en otro país deberá efectuarse por conducto de los organismos o autoridades competentes y deberán aplicarse las mismas salvaguardias y normas existentes respecto de las adopciones en el país de origen. En ningún caso la colocación deberá tener como resultado beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella.

Artículo 21.- En los casos de adopción en otro país que se tramiten por conducto de personas que actúen como agentes de los probables padres de adopción, se tomarán precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del niño.

Artículo 22.- No se considerará adopción alguna en otro país sin establecer antes que el niño puede legalmente ser adoptado y que se cuenta con los documentos pertinentes necesarios para completar el trámite de adopción, tales como el consentimiento de las autoridades competentes. También deberá establecerse que el niño podrá inmigrar al país de los futuros padres adoptivos, unirse a ellos y adquirir su nacionalidad.

Artículo 23.- En los casos de adopción en otro país, por regla general, deberá asegurarse la validez legal de la adopción en los dos países de que se trate.

Artículo 24.- Si la nacionalidad del niño difiere de la de los futuros padres adoptivos, se sopesará debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses.”

Otros derechos inherentes a los niños derivados de la adopción internacional, se encuentran contenidos en la convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en materia de adopción de menores, firmada en la ciudad de La Paz, Bolivia, el día veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, es decir dos años antes de que naciera 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 a la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; esta

convención de la O. E. A. en su parte introductoria y en especial referente a las adopciones internacionales manifiesta:

“Los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, han acordado lo siguiente:

Y dentro de su articulado como anillo al dedo para el caso guatemalteco señala:

“Artículo 1.- La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.

Artículo 2.- Cualquier Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar o ratificar esta Convención, o de adherirse a ella, que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores.

Artículo 3.- La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.

Artículo 4.- La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a. La capacidad para ser adoptante;
- b. Los requisitos de edad y estado civil del adoptante;

- c. El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere del caso, y
- d. Los demás requisitos para ser adoptante.

En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

Artículo 5.- Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida.

Artículo 12.- Las adopciones referidas en el Artículo 1 serán irrevocables. La revocación de las adopciones a que se refiere el Artículo 2 se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción.

Artículo 14.- La anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento. La anulación sólo será decretada judicialmente, velándose por los intereses del menor de conformidad con el Artículo 19 de esta Convención.

Artículo 15.- Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado.

Artículo 18.- Las autoridades de cada Estado Parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público.

Artículo 19.- Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

Artículo 20.- Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción. “

4.1 Obligatoriedad del Estado guatemalteco de honrar los compromisos internacionales adquiridos.

Es la realidad objetiva y no la teórica legal de Guatemala la que invita y urge a que nuestro país honre los compromisos internacionales adquiridos ante la comunidad del mundo. Con el objeto de ilustrar dicha realidad deseamos dejar anotado en el presente trabajo, una publicación electrónica de Martine Jacot, la cual denota que la triste y repudiable realidad guatemalteca en materia de adopción es conocida y denunciada en el extranjero.¹⁵

Escribe Martínez Jacot, que pocos son los lugares del mundo donde los procedimientos de adopción son tan sencillos, en donde un notario registra el consentimiento del o de los padres biológicos, luego el abogado de los candidatos a padres adoptivos somete esa constancia, así como el resultado de una encuesta social, al juez de menores, quien aprueba o rechaza la adopción. Para los niños huérfanos o considerados abandonados, el juez de menores debe establecer que los padres naturales han desaparecido o se desconocen, antes de adoptar una decisión. En todo

¹⁵ Martínez, Jacot, **Adopción: entre amor y tráfico**, Pág. 2.

caso, es obligatorio que intervenga un abogado. Agrega que Guatemala se ha convertido entonces en el destino predilecto de las parejas occidentales deseosas de adoptar un niño en el extranjero. Señala que el número de solicitudes recibidas en el país, en su mayoría de ciudadanos estadounidenses, franceses o canadienses, aumentó de 900 en 1996 a 2,304 en 1997. Refiere que las autoridades de esos tres países multiplican las advertencias a sus nacionales y que al parecer, hay abogados que están en contacto con médicos, enfermeras o asistentes sociales que ejercen presión sobre las madres para que abandonen a sus hijos. Hace referencia a que ulteriormente los niños quedan al cuidado de mujeres conocidas de los abogados en orfanatos clandestinos, según señala desde 1998 la Misión de Adopción Internacional, organismo oficial francés encargado de controlar el ingreso de niños adoptados. Y, lo que es peor, el consulado del Canadá en Ciudad de Guatemala descubrió otro tipo de tráfico: varias madres que habían dado su consentimiento ante el juez de menores para que sus hijos fueran adoptados no eran las verdaderas madres biológicas de esos bebés: las pruebas de ADN lo demostraron. Esos niños señala, habían sido arrebatados a sus madres desde el alumbramiento, en el campo, por mujeres sobornadas para afirmar que eran las que habían dado a luz.

A manera de ejemplo Martine Jocot, cita una historia sucedida en nuestro país, la cual transcribimos textualmente con el objeto de que no se pierda la esencia de lo que ella deseaba dejar grabado en la conciencia de los consultores de trabajo:

“Salvo contadas excepciones, los procedimientos para adoptar un bebé en el extranjero son largos y a menudo exigen, en el país de origen de los padres, sostener entrevistas con asistentes sociales, médicos y un psiquiatra. También es necesario reunir una cantidad de documentos administrativos para obtener por fin un acuerdo. Las más de las veces, hay que realizar también complicados trámites en el extranjero, y además la reglas y requisitos varía considerablemente de un país a otro. Una verdadera odisea, declara unánimes los adoptantes. Ello no impide que periódicamente estallen verdaderos escándalos porque intermediarios inescrupulosos, en ciertos países del sur, se aprovechan de la creciente demanda occidental para extraer ingentes sumas

(a veces hasta \$60,000 dólares), a parejas acaudaladas, cansadas de esperar para tener descendencia y de los largos procedimientos de adopción. Verdaderos estafadores llegan incluso a sustraer bebés a sus madres naturales en situación de desamparo.

El caso de Pablito, en Guatemala, contribuyó a una toma de conciencia del tráfico que se practica. Ese bebé pasó su primer año en existencia de un orfanato, esperando el desenlace de la batalla jurídica de que era objeto. Apoyándose en el consentimiento de la madre, una pareja de españoles había iniciado los trámites de adopción. Por su lado, la madre de Pablito, Elvira Ramírez Caño, de treinta años de edad, argumentaba que había firmado ese papel en blanco en su momento de desesperación, incluso antes del nacimiento del niño: su marido la había abandonado al saber que estaba embarazada. El abogado de la pareja española le dio una suma de dinero, pero la ley guatemalteca permite que una madre se retracte. Defendida por una organización caritativa, Casa Alianza, Elvira recuperó finalmente su bebé poco después de su primer cumpleaños, en agosto de 1998. Nunca hasta ese momento un tribunal guatemalteco había restituido un niño a su madre biológica en un caso de adopción dudosa.

El caso de Pablo es un ejemplo de las presiones y manipulaciones practicadas por abogados o personas pagadas para encontrar niños que adoptar. Siempre abusan de muchachas pobres y analfabetas, afirman los responsables de Casa Alianza. Esta asociación, cuyos abogados patrocinan las denuncias de otras 17 madres, estima en alrededor de 440 el número de adopciones fraudulentas practicadas en Guatemala desde 1996.

En ese mismo sentido, y con el objeto de reforzar lo anteriormente citado, referimos a continuación una publicación del diario panameño The Panamá News, el cual informa que a pesar de las constantes denuncias en lo que respecta a adopciones internacionales que ha realizado la organización internacional defensora de los derechos humanos Casa Alianza a lo largo de varios años, y de la presión nacional e internacional

para la aprobación de una ley que proteja la adopción, continúan las anomalías por parte de algunos abogados que han convertido esta institución en un negocio.¹⁶

Informa que en el año 2005, Casa Alianza logró reunir con sus madres a dos niñas que fueron sustraídas de sus progenitoras de manera anómala, utilizando el engaño, y aprovechándose de la inocencia y necesidad económica de las madres.

El primer caso –usando nombres ficticios- es de Sandra Hernández, madre de Karla, una niña de dos años de edad, quien fue abordada por Susana Duarte, una intermediaria en procesos de adopción, quien es la persona que usualmente localiza a madres para quitarles por medio de engaños a sus hijos. Sandra salía del hospital y se encontraba desesperada luego de escuchar el diagnóstico médico de su hija Karla, que tenía problemas de pulmones. Susana la abordó y la invitó a un café, y le ofreció trabajo en su casa. Luego le dijo que la iba a poner en contacto con la abogada Mireya de González, quien la iba a ayudar económicamente para curar la enfermedad de su hija.

Indica el relato que Sandra se reunió con esta abogada en un restaurante de la zona nueve de la capital, donde la hicieron firmar papeles en blanco, bajo el supuesto de que servirían para ingresar a su hija Karla a un centro hospitalario, donde recibiría tratamiento para sus pulmones. Asimismo, le dieron a Sandra una cédula falsa. Luego la llevaron a un laboratorio, ubicado en el edificio Torre Blanca, para extraerle sangre, también bajo engaños de que serviría para controlar la salud de su hija. En este punto vale la pena hacer mención que las adopciones internacionales requieren la prueba de ADN para verificar la identidad de la madre. Con la prueba de sangre, obtenida mediante engaño, se llenaba este requisito legal. También la llevaron con una comadrona, a quien pagaron para que certificara el nacimiento de Karla.

¹⁶ The Panamá News, **El negocio de la adopción en Guatemala**, pág. 1.

Sandra comenta que nunca le dijeron nada acerca de dar a su hija en adopción, sin embargo, cuando insistió en verla para verificar cómo iba su tratamiento médico, se lo negaron, y le dijeron que ya no tenía derecho sobre su hija, pues había firmado papeles.

El segundo caso de la publicación es el de Sonia, una joven de 15 años de edad, madre de María, una bebé de un año con ocho meses, quienes actualmente se encuentran en el programa de Jóvenes Madres de Casa Alianza.

Sonia llegó a los tribunales de familia a poner una demanda por pensión de alimentos en contra del padre de María. Al sentirse impotente ante la situación que enfrentaba en ese momento, rompió a llorar. Fue allí donde fue abordada por Susana Duarte, la intermediaria del caso anterior, quien le ofreció ayuda para su hija, y le dio dos quetzales para que comprara un pañal.

Relata el Artículo que cuando regresó, Susana le había comprado un agua gaseosa, y le dijo que se la tomara, para que se tranquilizara. Sonia relata que no sintió ningún sabor especial en la gaseosa que tomó, pero “me cayó un sueño pesado, incontrolable”, indicó. Fue allí cuando Susana Duarte le ofreció llevarla a su casa. Cuando llegaron a la residencia de Duarte, Sonia estaba completamente dormida. Ella lo atribuye a la gaseosa que le ofreció Susana. “Desperté hasta el día siguiente, y doña Susana me dijo que mi hija se había enfermado, y la había llevado a un Sanatorio, pero que no me preocupara, pues me llevaría a verla más tarde”, cuenta Sonia.

Ese mismo día, Susana la llevó a la Municipalidad de Guatemala a sacar una partida de nacimiento, bajo el argumento que la necesitaba para el sanatorio. Luego le dijo que necesitaba un donador de sangre para su hija, pues se había puesto grave, y la llevó al mismo laboratorio del caso anterior, en el edificio Torre Blanca. A todas luces esto lo hizo para cumplir con el requisito de la prueba de ADN. También le dijo que era necesario volver a inscribir a su hija, y la llevó al Registro Civil de Escuintla, a pesar de que Sonia insistía en que la niña ya estaba inscrita. Luego la puso en

contacto con la abogada Mireya de González, quien la hizo firmar documentos en blanco, indicándole que serían para el Sanatorio.

Indica el Artículo que Sonia empezó a sentirse incómoda con toda esta situación, y se sentía desesperada, pues no la llevaban a ver a su hija. Finalmente se fue a casa de su madre, para que ésta la ayudara. La madre habló con la Susana Duarte, quien le dijo que “si tanto querían a la niña, que la reclamara en el juzgado, pues la niña sería dada en adopción”.

Ambos casos fueron presentados al Juzgado Primero de Niñez y Adolescencia de la Fiscalía Distrital Metropolitana, y procurados por el Programa de Apoyo Legal de Casa Alianza Guatemala. La juez que conoció el proceso es la licenciada Casta Liliana Castañeda Flores, quien resolvió que las niñas fueran entregadas a sus progenitoras. En el caso de Sonia, por ser menor de edad, fue trasladada a la Comunidad de Jóvenes Madres de Casa Alianza, donde se le está brindando abrigo, protección y cuidado para ella y su hijita María.

Finaliza el Artículo señalando que el programa de apoyo legal de Casa Alianza solicitó al juzgado que se procese a las sindicadas, por sustracción de menores y falsificación de documentos, entre otros. Señala así mismo que la juez certificó lo conducente, y se indica iniciará un proceso legal en contra de estas personas.

Así mismo indica que Casa Alianza denuncia la anomalía en muchos procesos de adopción, donde los niños y niñas son separados inescrupulosamente de sus progenitores, ya que algunos abogados se aprovechan del estado de necesidad en que se encuentran muchos padres y madres guatemaltecos. Exige al Congreso de la República que vele por una legislación que proteja a la familia, al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados a que intervenga en actos fuera de la ética y moral por parte de algunos profesionales del Derecho y a los Tribunales de Niñez y Adolescencia que apliquen todo en peso de la ley a los responsables de actos anómalos en contra de la familia.

4.2 *Existencia de mecanismos de seguimiento post adopción*

A pesar que los mecanismos internacionales post adopción, son del interés guatemalteco, estos han sido definidos por cada país de destino, sobre todo en los países con alto índice de adopciones internacionales, tal es el caso de España, país este que por ejemplo ha definido hasta políticas sanitarias ante el incremento de la adopción; de allí lo interesante del trabajo de Gonzalo Oliván Gonzalvo, el cual deseamos comentar como un preludio a los seguimientos post adoptivos.¹⁷

Manifiesta Oliván Gonzalvo que La evaluación médica inicial post-adopción internacional no debería demorarse más de siete a diez días tras la llegada del menor y lo ideal es que se realizara en los tres primeros días, sobre todo si tenemos en cuenta que las enfermedades infecciosas están presentes hasta en un treinta y cinco por ciento de los niños y existe la posibilidad de transmisión de una enfermedad infecciosa a otros miembros de la familia o a la comunidad. Además, un diez a quince por ciento de los niños presenta problemas médicos serios no reconocidos o sospechados antes de la adopción.

Por ello, en el niño adoptado en el extranjero es indispensable reconocer precozmente los problemas de salud física y mental ya existentes, y corregirlos apropiadamente. El fracaso en la identificación e intervención precoz de estos problemas no sólo puede afectar adversamente su calidad de vida en el futuro desarrollo físico, emocional e intelectual, sino que también puede conducir a incrementar las dificultades de adaptación a su familia adoptiva.

Respecto a la evaluación médica inicial, podemos diferenciar la que se recomienda realizar a todos los niños y la que se recomienda realizar a algunos niños en dependencia de su edad, país de origen, informes médicos previos, síntomas clínicos y/o datos del examen clínico-analítico inicial.

¹⁷ Oliván Gonzalvo, Gonzalo, *Visión Sanitaria del Incremento de adopciones internacionales*, pág. 6.

La evaluación médica inicial recomendada a todos los niños adoptados internacionalmente debería incluir una exploración física completa, una evaluación del crecimiento, del estado de nutrición, del desarrollo psicomotor, del estado de inmunización y de la agudeza visual y auditiva una búsqueda de secuelas de posible maltrato físico, sexual y/o emocional a través de indicadores físicos y comportamentales, y una serie de pruebas de cribado de laboratorio que incluyen hermatimetría completa, hierro y ferritina séricos, bioquímica hepática y renal, bioquímica y renal, bioquímica y sedimento de orina, parásitos y huevos en heces, serología de sífilis, serologías para los virus de la inmunodeficiencia humana, hepatitis B y hepatitis C, y prueba de Mantoux para tuberculosis, recomendando la repetición de estas dos últimas pruebas a los 6 meses para descartar el período de incubación de un posible contagio previo no diagnosticado.

La evaluación médica inicial recomendada a algunos niños adoptados internacionalmente incluiría, además, la evaluación de la dentición y del desarrollo puberal -cuando proceda según la edad-, la evaluación de la edad cronológica cuando existan dudas de la edad real del menor y, en dependencia de la edad, país de origen, informes médicos previos, síntomas clínicos y/o datos del examen clínico-analítico inicial, la realización de exámenes por subespecialistas pediátricos y otras pruebas de cribado de laboratorio, entre las que se incluyen por su frecuencia y relevancia el estudio de hemoglobinopatías, urocultivo, coprocultivo, antígeno de Giardia lamblia, cribado de raquitismo, plumbemia, serología del virus de la hepatitis A, serologías vacunales, cribado endocrino-metabólico, función tiroidea, investigación de plasmodium, citomegalovirus, toxoplasmosis y rubéola, y pruebas de confirmación cuando las serologías a los virus de la inmunodeficiencia humana, hepatitis B y C o para sífilis resultaron positivas.

Es muy recomendable realizar un seguimiento de todos los niños adoptados en el extranjero. Este seguimiento debería ser multidisciplinario y sistematizado, y estar

coordinado por el pediatra responsable del menor ya que es el profesional con el que toma primer contacto y su relación se va a prolongar hasta la adolescencia.

Desde un ámbito multidisciplinar –médico y psicopedagógico-, se debería realizar el seguimiento de los problemas de salud detectados en la evaluación médica inicial, de las respuestas a los tratamientos administrados, de la tolerancia y efectos positivos o negativos de la nueva alimentación, de la evolución longitudinal del crecimiento, estado nutricional y desarrollo psicomotor / neuromadurativo –observando si se produce la recuperación esperada de los retrasos existentes-, de la evolución del desarrollo de la visión, audición, dentición y pubertad, de la correcta administración de inmunizaciones, y de la posible aparición de problemas de salud física y/o mental –afectivo-emocionales, del comportamiento, de adaptación social y/o psicopatológicos- previamente no detectados o nuevos.

Respecto a los problemas de salud física y del desarrollo psicomotor / neuromadurativo que con mayor frecuencia se detectan en estos niños tras su evaluación médica inicial, habitualmente se han solucionado o recuperado tras el primer año de convivencia con la familia adoptiva. Sin embargo, hay que tener presente que un porcentaje nada despreciable de estos niños presenta serios problemas de salud no recuperables –en muchas ocasiones no detectados, reconocidos o sospechados antes de la adopción, entre los que destacan trastornos neurosensoriales –visión y/o audición-, anomalías congénitas prenatales, endocrinopatías, hemoglobinopatías, infecciones por los virus de la hepatitis B o C, síndrome alcohólico fetal y trastornos globales y severos del desarrollo neuromadurativo.

En cuanto a los problemas de salud mental, la mayoría de los niños adoptados en el extranjero no presentan secuelas psicológicas o únicamente manifiestan leves trastornos afectivo-emocionales y del comportamiento que desaparecen espontáneamente en las primeras semanas o meses de convivencia en el nuevo hogar.

En lo que concierne a los trastornos afectivo-emocionales, se aconseja que desde el primer contacto con el niño, los padres le ofrezcan cariño y entrega, pero que tengan paciencia, sean prácticos y eviten el estrés. En los primeros momentos, es frecuente que los padres estén preocupados porque sus afectos se vean rechazados. Deben tener presente que el niño puede no asimilar una situación muy afectiva porque nunca antes la había recibido o porque su área cognoscitiva no la percibe con claridad, lo que le provoca una reacción de estar a la defensiva. Los padres deben ser conocedores y estar preparados para esta potencial experiencia provocativa del menor. Solo cuando esta actitud defensiva del niño se prolonga en el tiempo se hace necesaria una evaluación por expertos.

Dentro de los trastornos del comportamiento, los problemas en la alimentación es uno de los trastornos más frecuentes observados en los niños recién llegados a un nuevo hogar procedentes de una adopción internacional. Hasta un tercio de los niños, especialmente los procedentes de orfanatos, presentan problemas con la alimentación caracterizados por comer demasiado, acaparar y esconder alientos, tragar sin masticar, malos modales al comer, rechazar los alimentos por sus texturas – especialmente los sólidos- y olores, dieta muy repetitiva, etc. Debemos tener presente las experiencias pasadas por estos niños – muchos han pasado hambre o nunca han experimentado la sensación de saciedad, creando conductas de supervivencia para conseguir comida- y que los orfanatos no suelen ser los lugares mas indicados para desarrollar unos hábitos correctos de alimentación. Estos problemas en la alimentación pueden durar algún tiempo llegando a crear tensiones en la familia. Tiempo, paciencia, cariño, e introducción gradual de texturas y nuevos grupos de alimentación ayudará a la mayoría de los niños, pero algunos pueden necesitar consejo y terapia profesional.

De cualquier forma, hay que tener presente que algunos niños pueden presentar graves trastornos emocionales y psicopatológicos. En aquellos niños con una historia de institucionalización prolongada, que han sufrido malos tratos y/o que han sido adoptados por encima de los 6 años de edad, se observa con relativa frecuencia el denominado síndrome del niño post-institucionalizado. Este síndrome está originado por

la confluencia de diversos factores negativos en edades muy tempranas, como carencias en la alimentación, afectividad, cuidados, supervisión, estimulación sensoriomotora y atención sanitaria. En los niños mayores, se añade la carencia de experiencias educativas. Este síndrome se puede manifestar por la presencia de trastornos de la conducta, trastornos del sueño, trastorno reactivo de vinculación, retraso global o de áreas específicas del desarrollo psicomotor, dificultades de aprendizaje, déficit cognoscitivos y retrasos del lenguaje. Los casos más graves pueden manifestar, además, trastorno de estrés post-traumatismo, trastorno de déficit de atención con / sin hiperactividad y trastorno de depresión mayor. Hay que tener presente que, en un número significativo de estos menores, las manifestaciones clínicas del “síndrome del niño post-institucionalizado” pueden estar enmascaradas o agravadas por la existencia de secuelas psicopatológicas debidas a una exposición prenatal al alcohol u otras sustancias y a una intoxicación crónica por plomo o pesticidas por exposición ambiental postnatal.

Referente a los problemas de adaptación social, en particular en cuanto a su escolarización, de la misma forma que se puede producir problemas de adaptación en el nuevo hogar, también se pueden producir problemas de adaptación en la escuela. De hecho, estos problemas se observan con mayor frecuencia, y especialmente en aquellos niños adoptados por encima de los 4 años de edad. Estos problemas de adaptación escolar se deben fundamentalmente a los déficit cognoscitivos que acarrear, a comportamientos de aislamiento y autoprotección adquiridos durante la institucionalización, y a retrasos en la adquisición y desarrollo del nuevo idioma. Por ello, se aconseja que la introducción en la sociedad y, en particular en el sistema escolar, debe ser gradual y ocurrir en el transcurso de semanas o meses –según las características de cada niño-, ya que el enviar a un menor post-institucionalizado inmediatamente a la escuela puede ser causa de problemas de socialización. También se recomienda que en cuanto se detecten los primeros problemas de adaptación escolar se tomen precozmente medidas de apoyo pedagógico, logopédico y/o psicológico. Solo cuando estos problemas se prolongan en el tiempo se hace necesaria una evaluación profunda y específica por expertos.

Respecto a este seguimiento multidisciplinario, no se debería incluir en la misma categoría a los niños adoptados en el extranjero con los niños inmigrantes. Ni desde la perspectiva sanitaria, y tampoco desde la psicopedagógica y socioeducativa.

A diferencia de los niños procedentes de adopción internacional, los inmigrantes procedentes de países en desarrollo se han socializado de forma normalizada, vienen con su familia biológica –manteniendo el idioma, cultura y costumbres-, y migran fundamentalmente por motivos económicos o políticos que afectan a sus padres e indirectamente a ellos. Los niños inmigrantes, al igual que los adoptados en el extranjero, por el hecho de proceder de países en desarrollo pueden presentar problemas de salud ambiental, e inadecuado cuidado médico preventivo y/o terapéutico de sus enfermedades. Sin embargo, los inmigrantes no van a presentar problemas de salud física o mental relacionados con los factores de riesgo previos y causantes de una institucionalización y, desde luego, ningún problema relacionado con la experiencia de una institucionalización más o menos prolongada, ni las secuelas o los trastornos que pueden surgir en los niños post-institucionalizados.

Tampoco tendrán problemas de vinculación y adaptación a una nueva familia, como suele ocurrir en los adoptados. Todas estas características diferenciales entre un niño inmigrante y un adoptado en el extranjero, son las que hacen que éstos últimos sean considerados de mayor riesgo sociosanitario y que precisen de un control y seguimiento de tipo multidisciplinario y más duradero en el tiempo.

La tendencia en el ámbito sanitario respecto a la adopción internacional señala que todos los aspectos relacionados con la adopción internacional, incluidos los aspectos médicos, requieren una especial sensibilidad y unos conocimientos específicos. Muchas familias adoptivas y especialistas en adopción internacional han observado que las recomendaciones y evaluaciones de salud pre y post-adoptivas son fundamentales para que la adopción tenga éxito. Por ello, estas recomendaciones y

evaluaciones médicas deberían ser realizadas por pediatras expertos –o con amplios conocimientos- en adopción internacional, o en colaboración con éstos.

El pediatra, previamente formado, puede jugar un papel y tomar posicionamiento durante todo el proceso de una adopción internacional. Durante la fase pre-adoptiva, debería asesorar a los futuros padres sobre los problemas de salud que con mayor frecuencia presentan, habilidades para la correcta crianza y supervisión, conocimientos del desarrollo madurativo, aspectos sanitarios, epidemiológicos y de inmunización para viajes internacionales, etc. Durante la fase de asignación, debería asesorar sobre los datos y antecedentes sociosanitarios de interés que se deben obtener de menor, explicar el estado de salud sobre la base de los informes médicos aportados desde el país de origen, y corroborar, a través de diferentes mecanismos, que el estado de salud física y mental es acorde con el que dictamina en dichos informes. Durante la fase postadopción, además de evaluar el estado de salud a su llegada, el pediatra debería liderar el equipo multidisciplinario de seguimiento para realizar una atención sociosanitaria integral y duradera.

4.3 Respecto a su vida, integridad física, moral y espiritual

De acuerdo al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia sobre las adopciones en Guatemala, amplios sectores del país han mostrado preocupación en relación al incremento creciente de adopciones internacionales en los últimos tres años. Las cifras oficiales más recientes corresponden al año 2002, dando cuenta de 2,931 adopciones internacionales frente a sesenta y dos nacionales. Así mismo, las formalizaciones ante notario constituyen el proceso más utilizado, sin que medien los controles adecuados, mientras que las adopciones judiciales apenas alcanzan promedios cercanos al uno por ciento del total. Guatemala es el cuarto país proveedor de adopciones internacionales, a nivel mundial, y es el número uno, si se considera la relación entre las adopciones y la población total.

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

Actualmente, Estados Unidos de América es el único país receptor de niños guatemaltecos dados en adopción. Sin embargo y como ya quedó anotado supra, el seis de octubre del 2000, el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó la Ley sobre Adopciones Internacionales con vista a dar cumplimiento al Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya), cuya ratificación está prevista para el año 2005 ó 2006.

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

Desde la entrada en vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, ha habido un desarrollo sostenido de mayores protecciones a las personas en todo ámbito de la vida humana, lo cual se ha concretado para las personas menores de dieciocho años en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en el caso de las adopciones, el Convenio de La Haya. La adopción ha dejado

de ser una institución meramente civil para convertirse en una institución inspirada en los derechos humanos, lo cual significa que los Estados Parte tienen una responsabilidad cualitativa en la protección de los derechos de todas las personas intervinientes en los procesos de adopción.

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

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

Para evitar esas situaciones y proteger el derecho de los niños a una adopción en regla, más de sesenta países redactaron el Convenio de La Haya, a fin de establecer garantías para que las adopciones internacionales tuvieran lugar tomando en consideración el interés superior del niño y respetando los derechos fundamentales que

les reconoce el derecho internacional. Se buscaba instaurar un sistema de cooperación entre los Estados que asegurara el respeto a las garantías para prevenir el secuestro, la venta o el tráfico de niños. De esta manera, todos los Estados Partes del Convenio podrían reconocer las adopciones realizadas bajo sus normas. Este convenio desarrolla de manera amplia y concreta lo planteado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en materia de adopciones. Lo importante de ambos tratados internacionales radica en la naturaleza protectora de la normatividad relativa a las adopciones.

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

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

Las responsabilidades de Guatemala a nivel internacional, derivadas de su adhesión al Convenio de La Haya, se mantienen vigentes y, por lo mismo, era necesario visualizar una solución jurídica para resolver el impase en el que se encontraba Guatemala, esa solución fue llevada a cabo por el Congreso de la República, por medio del Decreto número 77-2007, que contiene la Ley de Adopciones, la cual se encuentra vigente desde el 31 de diciembre de 2007, que incorpora los contenidos del Convenio de La Haya, que resuelve la situación y le permite al país alcanzar los estándares internacionales para que las adopciones internacionales originales en Guatemala tengan una aceptación universal.

UNICEF hizo un llamado a las autoridades legislativas para que, en el más breve plazo, se aprobara la normatividad específica congruente con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de La Haya, la Constitución Política de Guatemala y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. La cual debía incluir en la ley nacional, como mínimo:

- ✓ El principio del interés superior del niño, por encima de cualquier interés de tipo económico.
- ✓ La pobreza no puede ser considerada como causal para sustentar el auto de abandono y la subsiguiente declaración de adaptabilidad de un apersona menor de edad.
- ✓ Las soluciones nacionales (retorno a la familia biológica y adopción nacional) deben tener prioridad antes de acudir a la adopción internacional.
- ✓ La declaración judicial de adaptabilidad y mecanismo para garantizar el consentimiento pleno y libre de la familia biológica, posterior al

nacimiento, así como escuchar a los niños y niñas, cuando su edad y madurez lo permitan.

- ✓ Control judicial del proceso de adopción.
- ✓ Autoridad Central para cautelar el cumplimiento de todos los pasos de la adopción, sobre todo para evitar los engaños a las familias biológicas de los niños dados en adopción.
- ✓ Mecanismos de control para evitar cualquier tipo de cobro indebido, sobre todo a los futuros padres adoptantes (prohibición de lucro).
- ✓ Seguimiento posterior a la declaratoria de adopción para verificar condiciones materiales, espirituales y morales en que se desenvuelve la niña o niño adoptado en su nueva familia.
- ✓ Modificación el Código Penal para perseguir los delitos relacionados a la venta de niños, secuestro y cualquier tipo de tráfico de personas.

4.4 Iniciativa de ley

Nos parece importante conocer el pensamiento del legislador en torno a la actualización que se llevo a cabo para la nueva ley de la materia, para lo cual anotamos a continuación los antecedentes y demás consideraciones que se vertieron en relación al proyecto de ley:

La anterior regulación de la adopción no llegó a satisfacer la función social que debe cumplir, por la existencia de una serie defectos e insuficiencias normativas.

Puede señalarse que el más grave problema que se surgió en la ley en vigor no regulaba adecuadamente la adopción internacional. Algunas de las normas contenidas en el Código Civil, en el Código Procesal Civil y Mercantil y en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria fueron determinantes para que tan noble institución se haya degenerado en una ilícita compraventa y tráfico de menores. Las denuncias y estadísticas de las fáciles “adopciones internacionales” muestran la cruda realidad de que el menor se ha convertido en un objeto o mercancía, violentando sus derechos humanos. Tal problema, que no se ha dado únicamente en Guatemala, sino que en todo el mundo, ha movido a la elaboración de instrumentos internacionales específicos que regulen la protección del menor. La convención de la Haya Relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, indica que su objetivo es prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de menores. Para evitar la cultura de irrespeto a los derechos humanos, la falta de control institucional y la falta de transparencia en la tramitación de las adopciones, se presentó la iniciativa que tiene por objeto la regulación de la institución de la adopción, mediante una ley específica.

Dentro del análisis que hace la Comisión se detalla que: “Después de haber estudiado y revisado la propuesta presentada, se consideró por cuenta de esta Comisión Legislativa lo siguiente:

La Ley introduce mejoras en el reconocimiento de los derechos sustantivos de los sujetos de adopción. Después de haber escuchado los argumentos de los diversos sectores de la sociedad que, en una u otra forma están involucrados en la protección del menor y de la familia, se efectuaron algunos cambios al proyecto original los cuales tienen por objeto el fortalecimiento de la institución de la adopción.

A pesar de la trascendencia y nobleza de la institución de la adopción, es preciso reconocer que la regulación anterior no llegó a satisfacer la función social que debía cumplir, a causa de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas. En Guatemala, algunas de las causas de este fenómeno son la situación de pobreza en la que vive más de la mitad de la población de Guatemala, la gran demanda de niños para adopciones por parte de países extranjeros, la falta de control institucional y transparencia de las adopciones, el conflicto armado interno y la falta de una cultura de respeto a los derechos humanos ha permitido la creación de una red internacional de la que lucran diversos sectores, tanto de nuestro país, como del país de destino. En el 2004, Guatemala ocupó el cuarto lugar a nivel mundial por el número de adopciones internacionales, según la Organización de Naciones Unidas (ONU), indicando que el procedimiento para adoptar es era libre, que permitía a cualquier ciudadano de cualquier Estado adoptar a un niño guatemalteco. Por la falta de controles existentes, los países miembros de la Unión Europea han suspendieron la adopción de niños y niñas guatemaltecos. Tampoco existía un control estricto del origen del niño, del consentimiento de los padres y no se hace la investigación necesaria para saber si el niño ha sido robado o sustraído ilegalmente. La falta de control de las actuaciones que preceden a la adopción ha permitido el tráfico ilegal de niños, dando lugar a una inadecuada selección de los adoptantes, al considerar su capacidad económica como primordial por encima del interés superior del niño, niña o adolescente. No está de más mencionar que la Procuraduría General de la Nación implementó un área específica para atender casos de adopciones que desembocan en procesos penales por existir anomalías constitutivas de delitos en el actual proceso de adopción.

La Ley introduce mejoras en el reconocimiento de los derechos sustantivos de los niños y niñas; iguala la condición de hijo biológico con la de hijo adoptivo, no estableciendo diferencias en materia de filiación o de sucesión, pues el hijo o hija adoptivo adquiere exactamente los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico, acorde con el derecho a la igualdad garantizado por la Constitución. Además se reconoce a la adopción como un vínculo indisoluble como el lazo de filiación

biológica, derogando la poco acertada revocación contemplada en la legislación. La ley protege la institución del matrimonio y de la unión de hecho legalmente constituida, permitiendo únicamente que la adopción sea realizada por una sola persona cuando se trata de uno de los cónyuges al hijo de otro, cuando el adoptante sea un familiar del adoptado o supuestos donde se proteja el interés superior del niño.

La Ley no suspende la tramitación notarial de las adopciones; ésta sigue realizándose luego de un trámite administrativo donde se investiga la idoneidad de los futuros adoptantes. Dentro de dicho procedimiento administrativo se busca garantizar que el consentimiento para dar en adopción a un hijo no sea motivado por razones económicas.

Dado que la responsabilidad por el pleno goce de los derechos del niño o niña corresponde al Estado, será éste el encargado de velar porque los adoptantes reúnan las condiciones apropiadas para adoptar a un niño o niña, por medio de la Autoridad Central, dependencia de la Procuraduría General de la Nación, que tendrá a su cargo establecer los controles y medidas para garantizar varios aspectos: que el orden de prioridades en materia de protección de la infancia se encargue, en primer lugar, de proporcionar un apoyo adecuado a la familia biológica del niño para que ésta pueda asumir sus responsabilidades para con él; y de fracasar esta medida, cerciorarse de que el niño o niña será adoptado por las personas idóneas. Será una institución técnica cuya función se limitará al trámite administrativo previo a iniciar diligencias notariales de jurisdicción voluntaria o trámite judicial de adopción.

La Comisión indica que tuvieron que pasar varios años para discutir la necesidad de elaborar una nueva ley de adopciones y posteriormente aprobarla.

4.5 Propuesta de solución a la situación de Indefensión:

A partir del 31 de diciembre del año dos mil siete, entró en vigencia el Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, en donde esta contenida la Ley de Adopciones, el cual el Estado de Guatemala reconoce y protege la institución de la adopción y declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y abandonados, adoptando medidas que respondan a los derechos fundamentales del niño, principalmente a su mantenimiento en el seno familiar y preferentemente con su familia de origen.

La normativa se refiere al control institucional y transparencia de las adopciones, mejorando los derechos sustantivos de los derechos de las niñas y niños guatemaltecos, procurando que la adopción como prioridad sea nacional para conservar su identidad cultural.

Indica además que debe existir un control estricto del origen del niño, investigando si existe o no el consentimiento de los padres o si el niño ha sido sustraído o robado ilegalmente.

Como pude observarse en dicha normativa, no pone énfasis al seguimiento posterior que debe de llevarse en cuanto al bienestar del niño, después de su adopción, únicamente al procedimiento de Adopción, impedimentos y una infinidad de requisitos y trámites.

Es preciso reconocer y regular de inmediato un reglamento adecuado para la protección de la niñez guatemalteca, que no tenga deficiencias e insuficiencias normativas, sino que cumpla con todas las garantías mínimas de bienestar para los

menores de edad. De tal modo que satisfaga la función social de protección integral de la niñez, después de la infinidad de tramites legales y administrativos.

Por lo que es de urgencia nacional que se emita y entre en vigencia el Reglamento de la nueva Ley de Adopciones, porque de lo contrario continuará la desprotección del menor, pero principalmente que debe de regularse con mayor énfasis un procedimiento post-adopción para protección del menor.

Por tal razón la protección integral de la niñez y adolescencia depende de la conciencia de nuestros legisladores, en cuanto a cumplir con el postulado en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Decretó Número 77-2007, que declara de interés nacional la seguridad en situación de vulnerabilidad, por abandono o por orfandad a que estén expuestos todos los niños y adolescentes guatemaltecos.

CONCLUSIONES

- 1.- La paupérrima realidad guatemalteca frente a la institución de la adopción, es producto de las condiciones económicas y sociales tan deplorables en que vive la mayoría de la población guatemalteca, lo cual es aprovechado por personas sin escrúpulos que a sabiendas que la familia vive en condiciones de pobreza e ignorante de las leyes del país, los niños dados en adopción son robados o apartados de sus progenitores bajo presión psicológica.
- 2.- El trámite de la adopción por guatemaltecos dentro del Estado de Guatemala, indica el Decreto Número 77-2007, será preferente con la adopción internacional, aunque resulta difícil creer esta disposición, dado que no ofrecería las mismas ganancias que una adopción internacional, favoreciendo únicamente a las instituciones involucradas y no a los niños que son los más afectados al ser alejados de sus raíces y de sus parientes. La actividad de las adopciones internacionales produce al país entradas por más de cincuenta millones de dólares anuales.
- 3.- La mayoría de padres adoptivos tienen dos objetivos: Primero encontrar a un niño recién nacido o con pocos meses de edad, que no se recuerde de sus padres biológicos, dando lugar a que cada día se incremente el robo de recién nacidos en los hospitales nacionales; y segundo evitar las demoras burocráticas que es lo que el Estado de Guatemala ofrece y ha ofrecido durante años, aunque en la Ley de adopciones prohíbe estas situaciones, siempre se han dado y se seguirán haciendo.
- 4.- Guatemala se convirtió en el segundo país que da más niños en adopción a Estados Unidos, después de China, pero con la nueva legislación los casos en proceso están en espera, sin que se sepa cuando los niños serán entregados a sus familias adoptivas, encontrándose éstos en un limbo político y burocrático, se estima que unas tres mil familias estadounidenses esperan a niños guatemaltecos.

5.- El Consejo Nacional de Adopciones, instancia que aún no está conformada al cien por ciento, con un presupuesto de trece millones asignados, con lo cuales no puede contar todavía, dándose un monopolio, centralizándose y burocratizándose los procesos de adopción, que supuestamente van a ser transparentes, con una lucha constante de intereses políticos, que lo único que buscan es el poder y beneficios propios, sin favorecer a los más afectados que son los niños guatemaltecos.

RECOMENDACIONES

- 1.- Es necesario adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia de la adopción, a través de la educación y capacitación sexual, a la ciudadanía guatemalteca, como un coadyuvante insoslayable que permitirá de acuerdo al crecimiento poblacional por año reducir las tasas de nacimientos no deseados.
- 2.- Debe trabajarse con el fin de mejorar las condiciones sociales, rurales y marginales del país que permitan acceder a mejores condiciones de vida de las madres, a fin de que puedan conservar a sus hijos, lo cual depende de la conciencia actualmente del Consejo Nacional de Adopciones.
- 3.- Se hace imperante determinar un proceso de vigilancia post adopción internacional, en donde las instituciones guatemaltecas tengan estrecha relación con las entidades afines de otras naciones que les permita dicha vigilancia y así proteger a los menores, en virtud que se encuentran en un país totalmente desconocido y con personas que tienen costumbres distintas.
- 4.- El Consejo Nacional de Adopciones deberá establecer políticas, legislación y una supervisión eficaz y ágil, respecto al registro de expedientes pendientes de conclusión de los casos de adopción, para protección de los niños que sean adoptados dentro del territorio guatemalteco o en otros países, proveyendo las circunstancias que permitan, que la adopción en otros países sólo deberá realizarse cuando se lleven a cabo todas las medidas establecidas en la Ley de Adopciones, y así poder entregar a los niños a las familias idóneas.

5.- Es necesario que el nuevo Gobierno de Guatemala, de observancia a la Ley de Adopciones y vaya encaminado al objetivo principal que es el reconocer y proteger la institución de la familia, adoptando medidas que respondan a los derechos fundamentales del niño como prioridad, frente a cualquier otro, dejando a un lado los pugnas e intereses políticos y que el Consejo Nacional de Adopciones se organice y dé trámite a las adopciones sin burocracia de una forma ágil y eficaz, pero principalmente es de urgencia nacional emitir y aprobar el Reglamento de la Ley de Adopciones que contenga un procedimiento bien establecido del seguimiento que debe de llevar toda adopción.

BIBLIOGRAFÍA

AVENDAÑO, Nancy **En el nombre del hijo.** Diario Presa Libre, Guatemala, 3 de junio de 2003.
www.prensalibre.com/pl/domingo/archivo/domingo/2003/junio03/220603/sociedad.html.

BODENHEIMER, Edgar; Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. Undécima Edición, México. 1989.

CABANELLAS, Guillermo; Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta S. R. L. Décima Edición, Argentina, 1980.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. Constitución Política de la República de Guatemala. Editorial Impresiones Gráficas de Guatemala, Cuarta Edición, Guatemala, 2002.

ESPÍN DIEGO, Compendio de Derecho Civil Español. Editorial Pirámide, España, 1985.

MONTERO AROCA, Juan y Mauro Chacón Corado, Manual de derecho procesal civil guatemalteco. Editorial Magna Terra, Guatemala, 2002.

ORTEGA, Jorge Luis, Iniciativa de ley de adopciones. Congreso de la República, 2005.

ORTEGA, Jorge Luis, Proyecto de dictamen ley de adopciones. Congreso de la República, 2005.

OSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S. R. L.. Argentina, 1981.

PAREDES, Jennifer, Apoyan ley de adopciones. Diario Prensa Libre, Guatemala, 3 de septiembre de 2005.
www.prensalibre.com/pl/2005/septiembre/03/122520.html.

PRADO, Gerardo; Derecho Constitucional Guatemalteco. Editorial Praxis, Guatemala, 2001.

PUIZ PEÑA, Federico, Compendio de Derecho Civil Español. Editorial Pirámide Madrid, 1976.

Real Academia Española; **Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.** Editorial Espasa – Calpe, S. A. XVIII Edición, Madrid, España, 1986.

UNICEF Guatemala, **Posición de UNICEF sobre adopciones en Guatemala.** Guatemala, 14 de octubre de 2004.
www.unicef.org/guatemala/spanish/media_2440.htm.

B) LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Guatemala, con la interpretación de la Corte de Constitucionalidad.

Código Civil, Decreto Ley 106.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Acuerdos de Paz.

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

Convención Sobre los Derechos del Niño.

Convención de la Haya Relativa a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.