

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a book and a staff, surrounded by various symbols including a crown, a cross, and a lion. The Latin motto "SERRAORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**ESTUDIO JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INSTITUCIÓN
JURÍDICA DE ASISTENCIA SOCIAL “LA ADOPCIÓN”, EN EL
CASO DE LOS MENORES DE EDAD, Y SU ACTUAL
TRANSFORMACIÓN EN UN MEDIO DE ENRIQUECIMIENTO**

JOSÉ APOLONIO MELGAR CARRILLO

GUATEMALA, JUNIO DE 2008

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

**ESTUDIO JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INSTITUCIÓN
JURÍDICA DE ASISTENCIA SOCIAL “LA ADOPCION”, EN EL
CASO DE LOS MENORES DE EDAD, Y SU ACTUAL
TRANSFORMACIÓN EN UN MEDIO DE ENRIQUECIMIENTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ APOLONIO MELGAR CARRILLO

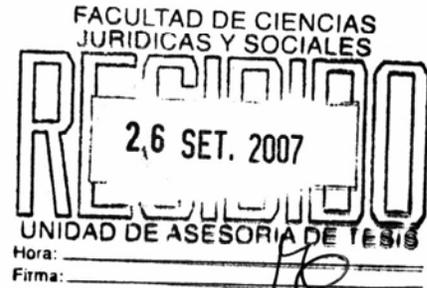
Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2008

**LICENCIADO FREDY RICARDO GARCÍA FLORES
ABOGADO Y NOTARIO**

Colegiado No. 6634
1era. Calle 1-18 Zona 1 Cuilapa, Santa Rosa,
Guatemala, Centro América
Teléfono: 53076958



LICENCIADO:

MARCO TULIO CASTILLO LUTIN
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CIUDAD UNIVERSITARIA.

SEÑOR JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS:

En cumplimiento de la resolución dictada por la Dirección a su cargo de fecha seis de agosto de dos mil siete, por la cual se me designó como asesor de tesis del bachiller JOSÉ APOLONIO MELGAR CARRILLO, en la realización del trabajo intitulado "ESTUDIO JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE ASISTENCIA SOCIAL "LA ADOPCION", EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD, Y SU ACTUAL TRANSFORMACIÓN EN UN MEDIO DE ENRIQUECIMIENTO", respetuosamente me permito informar lo siguiente:

1. La elaboración se realizó bajo mi inmediata asesoría, el que se enfoca desde la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina, del tema objeto de la tesis de grado.
2. Las conclusiones y recomendaciones que se vierten son congruentes con el proyecto de investigación.
3. El trabajo realizado, contenido en seis capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.



4. En el trabajo de mérito se realizó un análisis jurídico de la institución denominada adopción, y se enfatizó sobre los valores éticos de los profesionales del derecho que las realizan fuera del marco legal.

En razón de lo expuesto y de conformidad con el contenido del artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, soy de la opinión que el trabajo de mérito, satisface tanto su objetivo como los requerimientos reglamentarios aplicables, debiéndose continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,

f 

Lic. Fredy Ricardo Guzmán Flores
Abogado y Notario



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RENE MOISES CASTILLO DE LEÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JOSÉ APOLONIO MELGAR CARRILLO, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE ASISTENCIA SOCIAL "LA ADOPCIÓN", EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD, Y SU ACTUAL TRANSFORMACIÓN EN UN MEDIO DE ENRIQUECIMIENTO".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. René Moisés Castillo de León

2av. 1-08 zona 1, Cuilapa, Santa Rosa.
Teléfono 5508-0813

Guatemala, 11 de octubre de 2007

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Coordinador:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa coordinación y por medio del cual se me nombró revisor del trabajo de tesis del estudiante **JOSÉ APOLONIO MELGAR CARRILLO**, intitulada **"ESTUDIO JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE ASISTENCIA SOCIAL "LA ADOPCIÓN", EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD, Y SU ACTUAL TRANSFORMACIÓN EN UN MEDIO DE ENRIQUECIMIENTO"**.

El autor aceptó las instituciones y sugerencias que durante el desarrollo del citado trabajo le formulé, siendo el resultado de su investigación un trabajo muy valioso ya que contempló los aspectos legales y doctrinarios del tema, enfocando las consideraciones generales de la temática tratada, por lo que es de mi opinión que su contenido es científico y técnico, así mismo la metodología y técnicas utilizadas son las adecuadas en este tipo de investigación.

Las conclusiones y recomendaciones que se formulan al final del trabajo de tesis son congruentes con el contenido de la investigación realizada, la redacción utilizada es conforme a las reglas de la Real Academia Española de la Lengua y los cuadros estadísticos ofrecen una contribución científica, así como la bibliografía utilizada.

En esa virtud, y de conformidad con el artículo 32 del Normativo para el Examen General Público el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes", emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de investigación.



Quedo de usted con todo respeto y simpatía,

Atentamente,

Lic. René Moisés Castillo de León
Colegiado No. 2126
Revisor de Tesis



RENE MOISES CASTILLO DE LEON
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de marzo del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOSÉ APOLONIO MELGAR CARRILLO, Titulado “ESTUDIO JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE ASISTENCIA SOCIAL “LA ADOPCIÓN”, EN EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD, Y SU ACTUAL TRANSFORMACIÓN EN UN MEDIO DE ENRIQUECIMIENTO” Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/sllh



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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser la luz que ilumina mi sendero, y el hombro en el cual me apoyo.

A MIS MADRES:

Por su abnegación, esfuerzo, fe y confianza en mi persona.

A MI FAMILIA:

Por estar allí durante todo el viaje, apoyándome y entendiéndome, sin criticar ni dudar de mí.

A LOS LICENCIADOS:

René Moisés Castillo de León, Ingrid Romaneli Rivera Recinos, Fredy Ricardo García Flores, a quienes agradezco sus consejos, conocimientos y amistad.

A MIS AMIGOS:

Nelsson Antonio Mijangos Castro, Omar Reynaldo Reina León, Lestter Giovanni Ramírez Escobar, Juan de Dios Godoy Hiú, Byron Roberto Recinos Guerra, Miriam Corina Pérez, Soraya Pérez, Dimas Jimenez, Eddy René Mejía García, Luis Godoy, Roberto Figueroa y Mario Arrillaga.

A:

La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala; templo del saber que colmó mi ser de conocimiento, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Generalidades.....	1
1.1 La adopción como un caso particular de la constitución de la familia...	1
1.2 Familia.....	1
1.3 Ciclo familiar, crisis, y familia sustituta.....	2
1.4 La sustracción de menores	4
1.5 La moral.....	5
1.5.1 Concepción idealista.....	5
1.5.2 Concepción materialista.....	5
1.6 La ética.....	6
1.7 Derecho de familia.....	7
1.7.1 Definición.....	7
1.7.2 Contenido del derecho de familia	8
1.7.3 División del derecho de familia	8
1.7.4 Caracteres del derecho de familia	10
1.7.5 Principios básicos por los que se rige el derecho de familia	13
1.7.6 La familia y la Constitución Política de la República de Guatemala.....	13
1.7.6.1 Antecedentes.....	13
1.7.6.2 El artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala	15
1.7.7 Las formas de constitución del grupo familiar.....	17
1.7.7.1 Las familias de hecho	17
1.8 Sujetos objeto de protección	18
1.8.1 Menor de edad.....	19
1.9 Abandono de Hijos	19

CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos de la adopción	21
2.1 Derecho Romano.....	22
2.2 Derecho Justiniano.....	23
2.3 Derecho Germano.....	23
2.4 Época feudal y derecho francés.....	24
2.5 América latina	26
2.6 Evolución de la adopción.....	28
2.7 Evolución nacional.....	29
2.8 La adopción según algunos tratadistas.....	31
2.9 Elementos de la adopción	34
2.9.1 Personales.....	34
2.9.2 Reales.....	36
2.9.3 Formales.....	36
2.10 Efectos.....	36
2.11 Clases de adopciones.....	39
2.11.1 En cuanto a los efectos.....	39
2.11.2 Por el grado de capacidad de los adoptados.....	40
2.11.3 En cuanto a la nacionalidad de las partes	41
2.11.4 En cuanto al origen de los niños.....	44
2.11.5 En cuanto al trámite.....	45
2.12 Procedimientos.....	45
2.12.1 Procedimiento de adopción vía notarial.....	45
2.12.1.1 Esquema del procedimiento notarial.....	47
2.12.2 Procedimiento de adopción vía judicial.....	47
2.12.2.1 Esquema del procedimiento judicial.....	49
2.12.3 Procedimiento de adopción vía administrativa-judicial.....	50

	Pág.
2.13 Medios alternos a la adopción.....	55
2.14 La sustracción de menores	57
2.14.1 Historia.....	57
2.14.2 Clases de sustracción de menores	58
2.15 La adopción y sustracción de menores en cifras.....	60
2.16 La moral.....	61
2.16.1 Concepción idealista.....	61
2.16.1.1 Características.....	62
2.16.2 Concepción materialista.....	63
2.16.2.1 Origen.....	64
2.16.3 Similitud y diferencias entre el derecho y la moral.....	65
2.17 La ética.....	67

CAPÍTULO III

3. La adopción, creada como una institución social, ahora protectora y de orden público tutelada por el Estado.....	71
3.1 Crítica a la institución actual.....	71
3.1.1 La pérdida del objetivo primordial de la institución.....	71
3.1.2 La problemática actual.....	73
3.1.3 El negocio de la adopción	74
3.1.3.1 Un contrato de compraventa de niños.....	75
3.1.3.2 Modus Operandi.....	77

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado	83
4.1 Guatemala, normativa nacional.....	83
4.2 El Salvador.....	88

	Pág.
4.3 Honduras.....	90
4.4 Costa Rica.....	92
4.4.1 Clases de adopción.....	93
4.5 Panamá.....	94
4.6 La colocación familiar u hogar sustituto.....	95
4.6.1 Efectos.....	96
4.7 Instrumentos internacionales.....	96

CAPÍTULO V

5. Destino de los adoptados	113
5.1 Relatos de adoptados y adoptantes.....	114
5.2 Violaciones a los derechos de los niños en el trámite de las adopciones	117
5.3 Tráfico de niños.....	121
5.4 En que momento se corrompe la institución de la adopción.....	124
5.4.1 De los costos de las adopciones.....	124
5.5 Delitos en que se incurre al corromperse el procedimiento de adopción de conformidad con el Código Penal guatemalteco	128
5.6 Inexistencia de mecanismos fiables que regulen el destino, estancia, posible reubicación y bienestar del menor de edad	129

CAPÍTULO VI

6. Iniciativa de ley.....	131
6.1 Quienes tienen potestad de presentar iniciativas de ley.....	131
6.2 Generalidades sobre el procedimiento en caso de iniciativas de ley.....	132
6.3 Procedimiento para presentar iniciativas de ley.....	140

	Pág.
6.3.1 Presentación y discusión.....	140
6.3.2 Aprobación, sanción y promulgación.....	141
6.3.3 Veto.....	141
6.3.3.1 Procedimiento en caso de veto	141
6.3.4 Primacía legislativa.....	142
6.3.5 Vigencia.....	143
6.4 Iniciativas de ley propuestas sobre adopción	143
6.5 Propuesta de reforma al Artículo 209 del Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73, en lo referente al delito de sustracción de menores y la obtención de beneficios económicos indebidos	144
CONCLUSIONES.....	151
RECOMENDACIONES.....	153
BIBLIOGRAFÍA.....	155

INTRODUCCIÓN

El presente es un estudio analítico del origen, evolución, y actual decadencia de la institución jurídica de asistencia social conocida como “Adopción”, tal y como está regulada en nuestra legislación guatemalteca (Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007, Código Civil, Decreto-Ley Número 106, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Número 54-77), así como también la desarrolla la doctrina misma.

Dicho estudio pretende hacer un exposición analítica comparativa entre lo que establece la doctrina, lo regulado por el Código Civil (Decreto-Ley Número 106), Ley de Adopciones, (Decreto número 77-2007), Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, (Decreto Número 54-77) y los acuerdos internacionales firmados por Guatemala; en materia de adopciones; además establecer si el actuar de los profesionales del derecho relativo a la adopción, se encuentra acorde con los postulados de la ética profesional y comparar la normativa nacional con la internacional en lo referente a adopciones.

Así, el problema es definido de la siguiente manera: ¿Existe concordancia entre los postulados y principios que señala la doctrina, la legislación y la ética guatemalteca con el desarrollo del ejercicio profesional en lo relacionado con la materia de adopciones?, problema que nos brinda la siguiente posible hipótesis: en materia de adopciones, no existe concordancia entre lo que regula la legislación guatemalteca, los postulados señalados por la doctrina, con el ejercicio ético de la profesión del notariado guatemalteco provocando de esta manera que nuestra legislación no resulte positiva y eficaz.

Con este estudio se pretende cumplir con los siguientes objetivos: Realizar un estudio jurídico y doctrinario de la institución de la adopción, tal y como está

regulada en la legislación guatemalteca; así, como también, los desarrolla la doctrina misma; analizar y determinar si la legislación guatemalteca (Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007, Código Civil, Decreto-Ley Número 106, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Número 54-77), concuerda con los postulados doctrinales, en materia de adopciones; establecer el grado de positividad y eficacia de nuestra legislación civil, específicamente en lo referente a la actividad notarial y la ética profesional; determinar la forma de cómo regula nuestra legislación guatemalteca lo relativo a la adopción; establecer los postulados que señala la doctrina con relación a la adopción; comparar la normativa nacional con la internacional en lo referente a adopciones; y comparar el ejercicio de la función notarial con el Código de Ética Profesional.

En el desarrollo del presente estudio y para lograr los objetivos propuestos se utilizaron los métodos siguientes: analítico-sintético, histórico e inductivo-deductivo. En lo referente a las técnicas de investigación se utilizaron: la técnica bibliográfica, documental, elaboración de entrevistas, análisis de documentos y estudio de la legislación guatemalteca.

A fin de cumplir con lo descrito en los párrafos anteriores se ha distribuido este estudio, en capítulos, lo cuales contienen, en el orden como fueron creados: el capítulo I trata acerca de generalidades de la institución de la adopción, la familia, el delito de sustracción de menores, la moral y los postulados éticos de los profesionales del derecho, el derecho de familia, los sujetos objeto de protección; en el capítulo II se dan a conocer los antecedentes históricos de la adopción, elementos, clases, procedimientos, antecedentes históricos de la sustracción de menores, clases, estadísticas, derecho y moral, la ética; en el capítulo III se hace una crítica a la adopción y su transformación en un negocio; el capítulo IV desarrolla lo concerniente al derecho comparado investigando en la legislación de El Salvador, Honduras, Costa Rica y Panamá; además, se hace mención de

algunos instrumentos internacionales relacionados con el tema; el capítulo V trata del destino de los adoptados, violaciones a los derechos de los niños, tráfico de niños, costo de las adopciones, delitos en que se incurre; y, por último, el capítulo VI plantea en que consiste una iniciativa de ley, quienes tienen la potestad de presentarlas, procedimiento, y propuesta de reforma al Artículo 209 del Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73, en lo referente al delito de sustracción de menores y la obtención de beneficios económicos indebidos además de la posible instauración del delito de robo de menores.

CAPÍTULO I

1. Generalidades

1.1 La adopción como un caso particular de la constitución de la familia

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, adoptar significa "recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente".

De esta definición se desprende que la adopción es un mecanismo socialmente aceptado, que crea entre personas, que no son necesariamente parientes consanguíneos, relaciones ficticias de parentesco y filiación, dando como resultado un caso especial y particular del proceso de constitución de la familia, el cual es distinguible por el hecho que uno o ambos cónyuges no tienen participación en la gestación biológica del individuo que adquiere la condición de hijo adoptivo.

Para una mejor comprensión del origen y características de la familia adoptiva, es preciso detenerse, aunque brevemente, en algunas consideraciones generales en torno a la institución de la familia.

1.2 Familia

Para el antropólogo Murdock, la familia, es un grupo social caracterizado por la cooperación económica, residencia común y reproducción; incluye adultos de ambos sexos, al menos dos de los cuales mantienen relaciones sexuales aprobadas socialmente, con uno o más hijos nacidos de dichas relaciones o que han sido adoptados por ellos.

Entre las funciones más destacadas que le corresponde cumplir a la familia, están: la reproducción cotidiana que se refiere al conjunto de procesos (alimentación, salud, descanso, etc.), por los cuales todos los individuos reponen diariamente su existencia y capacidad de trabajo; y la reproducción generacional de los miembros de la sociedad la cual incluye procesos tales como nacimiento, socialización y educación, mediante los cuales las sociedades reponen a su población. Al destacar la función reproductora de la familia, queda en evidencia la naturaleza cíclica de la institución, ya que se está enfatizando su papel central en el reemplazo generacional. Esta característica está conceptualizada a través del llamado ciclo familiar, en el que se puede distinguir tres amplias fases:

- Matrimonio o unión, que constituye el inicio de la formación de la familia;
- Desarrollo de la familia, en el que se da, normalmente, una etapa de expansión que cubre el período que va desde el matrimonio hasta que se completa la dotación de hijos de la familia (fecundidad que dependerá de la interacción de una constelación de factores biológicos, sociales, culturales y económicos), y una etapa de dispersión en la que los hijos empiezan a contraer matrimonio;
- El divorcio o muerte, marca la disolución de la familia, dando lugar al reemplazo en el que la propiedad familiar se distribuye entre los hijos, quienes ya han empezado, o empezarán, nuevos ciclos familiares.

1.3 Ciclo familiar, crisis, y familia sustituta

La orfandad, el abandono, la pobreza crítica y la separación de los cónyuges, constituyen algunas de las crisis más frecuentes que provocan un deterioro o quiebre en los vínculos que unen a los padres y/o a éstos con sus hijos. Debido a que estas situaciones amenazan el desarrollo y socialización normales del niño, también constituyen un peligro para los intereses vitales de la sociedad. Es por ello que la mayoría de las sociedades disponen de instituciones alternativas a la familia biológica, es decir familias sustitutas, en el seno de las

cuales se completará el proceso de maduración del niño desamparado. Es así como en muchas sociedades la familia extendida no sólo está en condiciones de acoger al niño cuyos padres biológicos se encuentran incapacitados para atenderlos, sino que es también el único arreglo socialmente aceptado para estos propósitos.

La solución a este problema también se puede encontrar en la incorporación de estos niños en familias ajenas dispuestas a cumplir con las funciones inherentes a la paternidad y maternidad biológicas.

Los fundamentos que impulsan a una familia a aceptar la responsabilidad de criar a un niño con el cual no existe vínculo sanguíneo, son diversos y varían culturalmente, aunque es probable que la solidaridad humana esté presente en algunos de los casos. Es preciso señalar, que muchos núcleos ven interrumpidos el desarrollo normal del ciclo familiar, a causa de la esterilidad de uno o ambos cónyuges, para estos casos, el niño ajeno aparece como una solución para asegurar la continuidad de esas familias.

Como se podrá apreciar más adelante, la adopción, en su versión moderna, aparece como la solución óptima para la crisis del matrimonio sin hijos y, especialmente, para la crisis del niño sin familia propia. Para entender el alcance y significado del concepto de familia sustituta, resulta útil tener presente las cinco tareas más importantes que cumplen los padres biológicos con sus hijos naturales:

- Gestación;
- Crianza;
- Fomentar y contribuir a la adquisición de habilidades técnicas así como de normas sociales y morales;
- Ser fuente de identidad social;
- Mantener y patrocinar a los hijos hasta que adquieran el status de adulto.

De las funciones anteriormente identificadas, solamente la gestación, es la única, que no puede realizar la familia adoptiva.

Si bien los hogares de guarda o de colocación familiar (foster homes) generalmente brindan una crianza integral al menor, no lo desarraigan totalmente de su familia biológica y no cambian su apellido, pero en el caso de los niños abandonados adquieren regularmente el apellido del administrador del hogar. Generalmente se trata de una relación temporal, aún cuando puede transformarse en una adopción informal. A menudo los menores en colocación familiar mantienen vínculos afectivos tanto con los padres de guarda como con los naturales.

1.4 La sustracción de menores

Dicho delito fue penado en el Fuero Juzgo, en el cual consistía en el hecho de sustraer los hijos de los hombres libres de casa de sus padres, el culpable quedaba como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria. El mismo hecho, incriminado conjuntamente con el robo de siervos, era penado con trabajo perpetuo.

El Código Penal español de 1,822 preveía el rapto de niños no llegados a la pubertad, el Código de 1,848 definió este delito como sustracción de un menor de siete años pasando esta figura al código de 1,870 y de este a los de 1,932 y 1,944.

El Código Penal guatemalteco de 1,936 (Decreto 2164) se refirió a la sustracción de menores (propia e impropia) y al abandono de niños. El actual Código Penal también hace mención de la sustracción propia, solamente que cambia la edad, sustracción impropia, inducción al abandono del hogar, y entrega indebida de un menor. En la legislación mexicana, este delito es conocido como robo de infante.

1.5 La moral

1.5.1 concepción idealista

"La norma moral enjuicia la conducta humana a la luz de los valores supremos hacia los cuales debe orientarse la existencia del hombre..."¹ Es notoria la concepción de Recasens Siches, al darle importancia individual y estrictamente interior a la moral, produciendo de consiguiente una total separación de la moral y el derecho.

A continuación se transcriben algunas características referentes a esta concepción. Máximo Pacheco, indica en su introducción al derecho, como las características más importantes de las normas morales, las siguientes:

- Interioridad
- Unilateralidad
- Falta de rigurosa determinación
- La sanción es el remordimiento
- Validez absoluta
- Carencia de coactividad
- La finalidad es el perfeccionamiento total del hombre

1.5.2 concepción materialista

De conformidad con ésta, la moral es "el conjunto de principios o de normas (reglas) de comportamiento de las personas, que regulan las relaciones de éstas

¹ Recasens Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 88, citado por Santiago López Aguilar. Introducción al Estudio del Derecho, página 48.

entre sí y también respecto a la sociedad, a una clase determinada, al estado, a la patria, la familia, etc."²

1.6 La ética

En el Código de Ética Profesional aparecen los postulados, que son normas, directrices o principios a seguir, para realizar la labor profesional como abogados o notarios. De conformidad con el Artículo 37 del mencionado cuerpo legal los postulados son:

- Probidad
- Decoro
- Prudencia
- Lealtad
- Independencia
- Veracidad
- Juridicidad
- Eficiencia
- Solidaridad
- Buena Fe
- Fidelidad

² Shishkin. A. F., Ética Marxista. Pág. 17, citado por Santiago López Aguilar. Introducción al Estudio del Derecho, página 50.

1.7 Derecho de familia

1.7.1 Definición

El Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de la familia, el cual es concebido como un conjunto de normas, por lo general imperativas, que traducen a la legislación ordinaria, los principios constitucionales que se refieren a la familia.³

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones derivadas del matrimonio o de la convivencia estable y del parentesco.

Sobre la base de lo expuesto, observamos que las normas de derecho de familia son imperativas; son indisponibles, de modo que no se puede renunciar a derechos y deberes que imponen; no pueden transmitirse y tienen un acentuado aspecto de función. En el derecho de familia existe un concepto propio: el de potestad que consiste en un poder atribuido a un sujeto (progenitor, tutor), sobre otro sujeto (hijo menor de edad, incapacitado), que está sometido a esta potestad en su propio beneficio y para propiciar que se puedan cumplir las finalidades de protección buscadas. La potestad se identifica con el concepto de función, para cuidar y atender el interés familiar.

PUIG PEÑA afirma que puede hablarse del derecho de familia en un doble sentido. "Así, en sentido objetivo se entiende por derecho de familia el conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En un sentido subjetivo, los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas

³ Roca Trias, AAVV, Derecho de familia, Valencia, 1,991, Pág. 24, citado por Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de familia, página 20.

relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar".⁴

1.7.2 Contenido del derecho de familia

El derecho, frente al hecho "familia" (en su más amplio sentido) es un posterior: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos: la unión tendencialmente permanente de hombre y mujer reconocida en esa calidad y con plenas consecuencias por el derecho (matrimonio); la unión extramatrimonial con propósito de permanencia; los efectos de la generación (filiación), resultante o no del matrimonio; el vínculo equivalente a la filiación (adopción); finalmente, las cuestiones económicas que tales situaciones plantean, dando así a lo que era un grupo natural superestructura jurídica. Estos hechos familiares primarios, es decir, la constitución de la conyugalidad y la paternidad, y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, constituyen, al ser disciplinados por el derecho, el núcleo del derecho de familia propiamente dicho.

1.7.3 División del derecho de familia

Según lo dicho, el derecho de familia comprende tres grandes divisiones:

- **El tratado del matrimonio**

En el que hay que distinguir el derecho matrimonial personal y el derecho matrimonial patrimonial. Esta parte del derecho de familia abarca los presupuestos y formalidades de su celebración, la relajación (separación de los cónyuges) y

⁴ PUIG PEÑA, Compendio de Derecho Civil español. Tomo V, Madrid, 1,976, pág. 22, citado por Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de familia, página 21.

disolución del vínculo conyugal creado, así como las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges.

- **El tratado de la filiación**

Que comprende las diversas clases de ésta y las relaciones entre padres e hijos.

- **El estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados**

Todo ello precedido por la presente parte introductiva que se ocupa de las cuestiones generales, el parentesco y la vida familiar.

En cuanto a la situación en el sistema general del derecho civil, la agrupación de las instituciones familiares en un solo tratado a efectos de su estudio y exposición es relativamente moderna. El sistema romano de la Instituta estudiaba una parte del derecho de familia al tratar de las personas, considerando consecutivamente la patria potestad y el matrimonio, contemplado en el plan de GAYO y luego en el de JUSTINIANO como un medio de adquirir la patria potestad, la adopción y la tutela. Los códigos francés e italiano de 1,865 aceptaron el plan romano, que pasó igualmente al código civil español de 1,889, en el cual el matrimonio y el derecho matrimonial personal, y sucesivamente la filiación, la patria potestad y la tutela, se estudian en el libro primero, "de las personas", mientras que las cuestiones económicas del matrimonio se relegan al libro cuarto (4°.), bajo el título "Del contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio". Anteriormente, SAVIGNY había colocado el estudio unitario del derecho de familia tras el derecho patrimonial y antes del derecho sucesorio. La idea, en cuanto al estudio unitario, se ha perpetuado en los códigos modernos.

En ésta línea de pensamiento nuestro código civil guatemalteco realiza un estudio unitario del derecho de familia en el Libro I, Título II (Artos. del 78 a 441), después del tratado de las personas que se regula en el mismo Libro I, en el Título I (Artos. del 1 a 77).

1.7.4 Caracteres del derecho de familia

El ordenamiento jurídico de la familia ofrece notables peculiaridades frente al del patrimonio, e incluso al de la sucesión por causa de muerte. Entre ellas:

- **El contenido ético o moral de sus instituciones**

Dada la explicada connaturalidad del hecho familiar con la especie humana, se comprende que la más íntima y radical regulación de aquél sea moral (religiosa o social) por tanto es un conjunto de reglas éticas que luego el Derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente.

El derecho de familia se caracteriza por la influencia de ideas morales y religiosas en la adopción de soluciones legislativas y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social.

- **Transpersonalísimo**

Mientras que en las demás ramas del derecho privado la ley sirve al interés del particular, a fines individuales de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en función de tales fines individuales y se ejerce o no al arbitrio de su titular; en las relaciones familiares lo importante es el interés superior de la familia, porque a las necesidades de ésta, y no a las del individuo, pretende subvenir el ordenamiento en último término, y a través del interés familiar exige y recibe protección del Estado. De ahí que los poderes y facultades familiares tengan, un acentuado

aspecto de función, es decir, facultades establecidas, no en propio beneficio, sino en utilidad y régimen de los que a ella aparecen como sometidos.

En el derecho de familia es evidente la primacía del interés social sobre el individual. De ello se infiere, que las normas del Derecho de familia son, por regla general, de orden público, inderogables por actuación de la mera voluntad privada.

- **Limitación de la voluntad**

Entre las normas del derecho familiar hay muchas que son imperativas e inderogables, como las que regulan el contenido y la extensión de las potestades familiares, la eficacia de la relación parental y la creación y efectos de cada status; en este último aspecto, la manifestación de voluntad o el acuerdo de voluntades suelen quedar restringidos o atenuados a la mera creación del vínculo familiar, cuyos efectos no pueden regular ulteriormente.⁵ No quiere decir esto que no haya, en el derecho de familia, ámbitos abandonados al querer individual, pero sí que en muchos casos los derechos y deberes familiares, como nacidos de un status, son regulados por la ley rígidamente, sin modificación posible.

En resumen, las relaciones familiares se regulan fundamentalmente por las normas ius cogens, frente a las cuales no puede incidir la voluntad individual, por lo que la autonomía de la voluntad viene constreñida por las normas imperativas e inderogables.

⁵ DÍEZ-PICAZO, El negocio jurídico de derecho de familia, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1,962, citado por Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de familia, página 25.

- **Fusión del derecho y deber**

Se caracteriza el derecho de familia, también, por una interpretación de derechos y obligaciones más fuerte que en ninguna parte del derecho. Los derechos se conceden en él para poder cumplir mejor ciertos deberes que corresponden a su titular frente a otros miembros de la familia, y por eso el ejercicio del derecho sólo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo y en el marco de sus finalidades éticas y sociales.

- **Indisponibilidad y duración**

Una característica común a los derechos y deberes familiares es la indisponibilidad; no vale su renuncia o su transmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio. Los derechos y deberes se perpetúan en su titular, además, sea durante toda la vida de ambos términos de la relación (marido y mujer; padre e hijo); sea en un momento fijado por la ley sin consideración general a la voluntad de las partes (mayoría de edad del hijo), o hasta que sobrevenga otra causa de disolución, relajación o debilitamiento de vínculo.

- **Los derechos en este ámbito son absolutos, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, no susceptibles de expropiación ni de valoración económica**

Los derechos subjetivos son más bien derechos-deberes para la realización de los fines supraindividuales; en los procesos en que se ventilan estos derechos interviene, por lo general, la Procuraduría General de la Nación como órgano del Estado encargado de velar por los intereses públicos o sociales.

- **En el derecho de familia el negocio jurídico ocupa un lugar secundario**

El derecho de familia no es compatible con instituciones como el término y la condición. Los negocios jurídicos familiares son típicos; carecen de eficacia los atípicos o no previstos por la Ley. Tiene tratamiento distinto la simulación, el error, la violencia, el dolo, el fraude a la ley, la transmisión. El derecho de familia es la parte del derecho en donde la libertad individual, que es el fundamento de las relaciones privadas, soporta más limitaciones porque en él hay una importante incidencia de los intereses públicos y sociales.

1.7.5 Principios básicos por los que se rige el derecho de familia

- Absoluta igualdad entre los cónyuges (Artículo 79 Código Civil Guatemalteco);
- Absoluta igualdad de los hijos ante la ley (Artículo 50 de la Constitución y Artículo 209 Código Civil Guatemalteco);
- A efectos de determinar la filiación se establece la libre investigación de la paternidad.

1.7.6 La familia y la Constitución Política de la República de Guatemala

1.7.6.1 Antecedentes

Las constituciones de la inmensa mayoría de los países del mundo introdujeron el principio de igualdad y de no discriminación, incluida la igualdad jurídica de los cónyuges. Entonces vinieron las reformas en la mayor parte de los Códigos Civiles, como es el caso del Código Civil guatemalteco, al que le introdujeron importantes cambios. Igualmente, las constituciones garantizaron el derecho de los cónyuges a disolver el vínculo matrimonial. Quebró entonces el

sacrosanto principio de indisolubilidad del matrimonio, y nuevas reformas, casi a la par que las anteriores, debieron regular, sobre todo, el procedimiento de divorcio.

El principio constitucional de igualdad de los cónyuges supuso la desaparición de la inveterada autoridad absoluta del padre de familia y un cambio en el esquema legal de las relaciones conyugales, que poco a poco ha ido mudando la mentalidad y creando familias más democráticas. Finalmente, se reformaron los preceptos de los códigos civiles consagrados a la regulación de la patria potestad, articulándose la misma sobre principios esencialmente protectores del menor, y no exclusivamente sobre la sumisión y respeto de los hijos para con los padres (que antes se entendía en términos absolutos). A la par se acometieron significativos cambios en el régimen de la adopción y de los sistemas de acogimiento familiar de menores, que implicaron una presencia cada vez más fuerte del Estado en la protección de los menores, convirtiéndose la adopción y las diversas formas de acogimiento familiar en instituciones con un marcado carácter público, así como importantes reformas de las denominadas instituciones tuitivas (tutela y curatela), al paso que se consideró la familia, no necesariamente entendida en su concepción clásica, sino como el enclave adecuado en que se debe velar y proteger respecto de los menores sometidos a acogimiento bajo la siempre atenta mirada del Estado o de la administración correspondiente.

En otro orden de cosas, los códigos, por imperativo constitucional, igualmente hubieron de atender a los avances científicos que hoy en día permiten una determinación casi absoluta, con un insignificante margen de error, a través de las pruebas del ADN, de la filiación. Se reformaron, pues, las denominadas acciones de filiación y se instauró el principio de investigación de la paternidad, que en los primeros códigos estaba prohibido. En el mismo sentido, el código hubo de ser reformado, por motivo de la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación, desapareciendo, entonces, la discriminación legal de los llamados hijos ilegítimos.

Esta es la estructura clásica del derecho de Familia y su explicación según los cambios sociales y políticos experimentados en la última mitad del siglo XX. Esto último demuestra la enorme transformación del derecho de Familia. En Guatemala la familia ha sido regulada desde las constituciones de 1,945, 1,956, 1,965 y la actual promulgada en 1,985, en la que se incluye un capítulo específico dedicado a ésta, obligando al Estado a emitir disposiciones que la protejan.

Los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala se incorporan a nuestro derecho según lo estipulado en el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Por consiguiente, es necesario tomar en cuenta lo regulado en esta normativa supranacional al momento de estudiar el derecho de familia guatemalteco⁶.

1.7.6.2 El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala menciona la protección de la familia en el Artículo 47 a cuyo tenor se lee: "Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos".⁷

⁶ En materia de familia, dos de los más importantes instrumentos internacionales ratificados por nuestro país son: a) la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; b) el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

⁷ La Constitución italiana en su Artículo 29 reconoce: "los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio", así como la existencia de unos límites a la igualdad de los cónyuges "establecidos por la ley como garantía de la unidad familiar". La Constitución española en el Artículo 39 en el párrafo 1º, señala: "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". En su inciso y, el propio precepto obliga a prestar asistencia a los hijos "habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda".

Este precepto implica un reconocimiento del valor y sustantividad de la familia, que no sólo es digna de respeto, sino que merece todas las ayudas externas que favorecen su desarrollo y el cumplimiento de su misión.

La protección que el Artículo 47 de la Constitución Política de la República asegura a la familia en diversos aspectos; es un principio cuyo reconocimiento y respeto, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Contiene el Artículo 47, pues, un programa para el legislador.

La Constitución Política de la República protege un tipo de familia histórica, en un momento histórico concreto, lo que no excluye la posibilidad de incluir en la regulación protectora otros tipos de familias formadas de modo distinto al tradicional (Unión de Hecho, Artículo. 48, Constitución Política de la República), o con caracteres distintos a los que se exigen en un momento histórico determinado. Se podría afirmar que no existe un concepto constitucional de familia, sino que la ley se limita a regular los distintos aspectos del tema, partiendo de un preconcepto social ligado a la cultura existente. Debido a esto se puede concluir lo siguiente:

- La familia no forma parte de la organización del Estado, aunque éste tenga un evidente interés en controlarla;
- La familia no tiene en sí misma un valor supralegal, por encima de la regulación concreta de los diversos aspectos. Ello ocurre tanto a nivel constitucional, como en el aspecto particular. Así el grupo familiar no tiene derechos autónomos frente a los individuos que lo forman;
- Al utilizar la Constitución Política de la República un concepto abierto y no primar en ningún momento la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección ofrecida por el Artículo 47 de dicho cuerpo legal, no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio;
- Los criterios básicos que deben informar la legislación sobre la familia están contenidos en los artículos de la Constitución Política de la República, del 1 a 4 y del 47 a 56.

1.7.7 Las formas de constitución del grupo familiar

Se ha dicho ya que las normas de Derecho de familia son de carácter imperativo. Esta imperatividad rige también las formas de constitución. El Estado debe proteger los grupos constituidos como familia, pero para ello debe conocer cuáles son los grupos que se han constituido como tales, a efecto de poder otorgarles la protección acordada en el Artículo 47 de la Constitución Política de la República. Si bien es cierto que no existe un modelo previo de familia, la forma a través de la que se crea no es una cuestión inocua para el ordenamiento jurídico.

De ahí se deduce que una cosa es que la protección deba ofrecerse de forma igual a las familias y otra que para constituir una familia que goce de los derechos actualmente reconocidos en el ordenamiento jurídico sea necesario utilizar la forma previamente establecida por el Estado para ello, es decir, el matrimonio. De donde se desprende que en el sistema actual no existe autonomía para la constitución de familias, en una forma no prevista legalmente y que goce de la protección correspondiente.

1.7.7.1 Las familias de hecho

En un congreso llamado "Family living in a changing society", (La familia viviendo en una sociedad cambiante) organizado por la facultad de derecho de la Universidad de Upsala (junio 1,979) fue objeto de especial atención la "familia de hecho", que fue estudiada como fenómeno y realidad común a todos los países y ordenamientos. En el plano sociológico, se dijo ahí, la naturaleza y presentación de este fenómeno social puede dividirse en tres fases, según su consistencia social:

- **Primera fase:** Es un fenómeno desviado, mal visto o combatido por la moral social y el derecho;
- **Segunda Fase:** Tiende a ser aceptado por la mayoría;

- **Tercera Fase:** Se convierte, llega a ser una institución social.

Según los datos publicados por J. Trost, en Suecia la cohabitación sin matrimonio fue un fenómeno desviado hasta finales de los años 60; tras un período de cambio y aceptación llegó a ser, hacia 1,975, una "social institution" (institución social).

Podemos encontrar ante una familia de hecho bien porque no se haya utilizado el sistema legalmente establecido para la constitución de la familia (matrimonio), o bien porque sus integrantes tengan el mismo sexo.

El problema básico es saber qué efectos tienen estas situaciones para el sistema jurídico. La exposición de motivos de nuestro código civil ya en 1,963, se ocupaba del tema: "No sólo el cumplimiento de nuevos mandatos constitucionales sino de acuerdo con el progreso jurídico de las instituciones familiares, ha sido necesario introducir en la legislación las modificaciones pertinentes, las cuales deben descansar en estos preceptos: igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges; defensa de la madre, casada o soltera; protección al niño, procreado dentro o fuera del matrimonio; fortalecimiento de la vida matrimonial y del patrimonio inembargable para su protección".

En el Código Civil guatemalteco se alude a la convivencia de hecho en los artículos del 173 a 189. Por otra parte, el Artículo 31 del Código Penal guatemalteco asimila la convivencia no matrimonial a la matrimonial, a los efectos de agravar o atenuar la responsabilidad por delito.

1.8 Sujetos objeto de protección

Son los menores de edad en condiciones de abandono, o niños expósitos.

1.8.1 Menor de edad

El que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad. Se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.

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.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.

1.9 Abandono de Hijos

Esta actitud de los padres puede ser realizada de diversas maneras. Una de ellas consiste en el abandono material del hijo (generalmente recién nacido) en la vía pública, en la casa de otras personas o en una institución destinada a recoger niños expósitos. Puede consistir también en desatender o cumplir de mala manera el cuidado físico y moral de los hijos menores. Y puede finalmente

estar representada por el hecho de que los padres den a sus hijos consejos inmorales o los coloquen dolosamente en peligro material o moral.

El abandono de hijos constituye causa de pérdida de la patria potestad, además de que en algunas legislaciones puede dar lugar a otras sanciones, bien de tipo penal, o de índole civil.

CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos de la adopción

A continuación se presenta una breve reseña histórica de esta institución, en la que se trata de identificar los factores determinantes que dan lugar a la transición de la adopción clásica a la moderna. Documentos antiguos, leyendas y mitos dan testimonio que la adopción es una institución con siglos de existencia. En efecto, dentro de las primitivas civilizaciones orientales y de la ley griega y romana, una pareja sin hijos adoptaba a un niño para disponer de un heredero directo o para perpetuar el culto ancestral doméstico.

Cabe recordar que en sociedades primitivas y aún en países como Estados Unidos a mediados del siglo 19, los hijos no deseados eran eliminados por medio del infanticidio. Es importante, hacer ver que el bienestar del niño no constituía una preocupación prioritaria, lo que refuerza la noción de que en sus inicios la adopción no era considerada como una institución benefactora de menores sino más bien como un mecanismo que servía a los intereses de familias sin hijos.

Entre los medios que los pueblos antiguos escogían para proveer la falta de hijos, está la adopción, que nació para perpetuar el culto de los dioses familiares. Las leyes de Manú decían, que los que no tienen hijos pueden adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres. En Egipto, en Mesopotamia y en el derecho pre-islamita, se conoce también la adopción. En Roma, como en Grecia, y en la India, la adopción responde al mismo pensamiento religioso. Probablemente después, por razones de índole social, motivaron la permanencia de la adopción en el derecho romano, en sus dos formas de arrogación y adopción propiamente dicha.

2.1 Derecho Romano

La adopción consistía en un acto por el cual un extraño a una familia, ingresaba en ella, sometiéndose a la potestad del pater familias como si se tratase de un simple filius familias (hijo).

El fundamento de la figura jurídica de la adopción residía en el interés que tenían los padres en la continuación de la estirpe absolutamente necesaria para el culto de sus antepasados, a diferencia del derecho moderno, en el que la adopción persigue como fines primordiales suplir la falta de prole, y procurarle a seres abandonados moral o económicamente, crianza, educación y establecimiento, en un hogar honesto.

En el derecho romano se distinguían dos clases de adopción, la adrogatio y la adoptio.

- **La Adrogatio**

Suponía la adopción de un sui iuris por otro sui iuris de manera que aquél (convertido en alieni iuris) y los que estaban a él sometidos pasaban a la potestas de éste.

Procedimiento

En la adrogatio solo podían adoptarse personas sui iuris, y se efectuaba una vez que el Colegio Pontifical, examinado el caso, declaraba que era procedente en virtud de acuerdo logrado por la asamblea popular.

- **La Adoptio**

El sujeto adoptado era un alieni iuris, el cual pasaba a la potestas del adoptante.

Procedimiento

La adoptio se efectuaba mediante el cumplimiento de ciertas formalidades, cuya ejecución se cumplía en dos etapas:

- **Primera:** Se desligaba al futuro adoptado de la patria potestad de su padre mediante fórmulas precisas prescritas por el mismo derecho.
- **Segunda:** Que era propiamente la adopción, el adoptado era admitido en la potestad del adoptante.

2.2 Derecho Justiniano

En este se distinguió entre la adopción plena y la menos plena. La primera era la realizada por un ascendiente respecto de un descendiente; en la segunda (los demás casos), el adoptado, sin salir de la potestad de su progenitor y, por tanto, sin someterse a la potestad del adoptante, adquiriría solamente derechos sucesorios en relación con éste.

2.3 Derecho Germano

Los germanos conocieron la adopción y varias formas para obtenerla; la más antigua, era la *perpellium et indusium*, procedimiento simbólico, imagen de generación presunta con carácter primitivo bien marcado. Es también digna de mención la adopción por las armas; y en los francos, según las leyes sálica y ripuoria, era un acto original en que tomaba parte la asamblea del pueblo, y era una operación de testamento y adopción a la vez.

2.4 Época feudal y derecho francés

Durante la edad media la adopción perdió prestigio e interés debido a que el derecho feudal consideraba como impropia la convivencia de señores con villanos y plebeyos en una misma familia; además, habían desaparecido las consideraciones religiosas de prolongación del culto de los antepasados tan vitales en la India, Grecia y Roma y el problema de la infancia abandonada era prácticamente inexistente en la sociedad feudal.

Entre los siglos 13 y 17 no existía la adopción en Inglaterra desde un punto de vista estrictamente jurídico; sin embargo, a través de la institución del "aprendizaje", huérfanos, abandonados o cedidos por sus padres biológicos, se integraban, en calidad de aprendices, a familias de artesanos pertenecientes a estratos socioeconómicos superiores.

Al interior de esta familia sustituta, el menor no sólo establecía lazos afectivos, sino que, además adquiría los elementos que definirían su eventual posición en la sociedad.

La práctica del aprendizaje se extendió a las colonias norteamericanas en el siglo XVII, donde la incorporación de huérfanos y abandonados en familias "adoptivas", cumplía con la finalidad de proveer a estas familias de trabajo infantil, es posible que las "adopciones internacionales" tengan su origen en esa época. En efecto, existen antecedentes que señalan que en 1,627, alrededor de 1,500 niños huérfanos fueron trasladados por vía marítima desde Inglaterra a colonias del sur de los Estados Unidos para incorporarse como aprendices en familias de colonos. Las primeras reglamentaciones sobre la situación de menores en familias sustitutas en los Estados Unidos surgieron a raíz de la utilización indiscriminada de menores huérfanos y abandonados como trabajo infantil barato. Al respecto, se considera que el estado de Massachusetts fue el primero que, en

el año 1,851, promulgó una ley destinada a proteger los intereses de los niños. En 1,917 el estado de Minnesota aprobó un código de menores que contemplaba resguardos para el menor adoptado. En la década de los años 50 más de 40 estados exigían informes sociales para la evaluación de la idoneidad de matrimonios que solicitaban a un menor para adopción.

Íntimamente relacionado a los avances experimentados por la adopción en los Estados Unidos, están las profundas transformaciones sufridas por las instituciones de bienestar social, como resultado de la implantación del "welfare state" y de la profesionalización del trabajo social. Todo lo anterior, dio origen a las agencias de adopción, destinadas a brindar servicio y atención al menor, padres biológicos y padres adoptivos.

Las normas y orientaciones elaboradas por la Liga Norteamericana para el Bienestar del Menor (Child Welfare League of America), organismo privado, y la Oficina del Menor (Children's Bureau), institución gubernamental, constituyen otro elemento fundamental en el proceso de modernización que ha experimentado la adopción en los Estados Unidos. La aceptación social así como el profundo arraigo que la adopción tiene en la cultura estadounidense, quedan de manifiesto al considerar el hecho que en la actualidad hay casi 2 millones de adoptados en ese país, cifra que supera ampliamente la de cualquier otra nación del mundo.

En Europa, la revolución industrial tuvo como uno de sus costos sociales el abandono de cantidades importantes de menores, muchos de los cuales fueron explotados a través del trabajo prematuro. Por otra parte, la urbanización fortaleció y consolidó la familia nuclear, la que se caracteriza por su autonomía e independencia de los valores y costumbres tradicionales que enfatizan la consanguinidad en la familia extendida. De esta manera, la abundancia de niños abandonados en las grandes ciudades, así como las actitudes más modernas que

surgen de los requerimientos de la revolución urbano-industrial, facilitan la emergencia de una nueva orientación en los objetivos de la familia sustituta.

La necesidad de contar con una institución que permitiera la incorporación más definitiva del menor ajeno al seno de la familia que lo acoge, adquirió urgencia durante las guerras mundiales y su secuela de huérfanos abandonados. Así, en países como Italia, Francia e Inglaterra, se dictan entre los años 1,914 y 1,930, nuevas normas legales sobre la materia. Si bien estas disposiciones jurídicas no conceden al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes, establecen entre ellos vínculos casi idénticos a los que existen entre padres e hijos legítimos.

Desatada la Segunda Guerra Mundial la legislación francesa introdujo en 1,939, como nueva figura jurídica, la legitimación adoptiva que favorecía a menores de cinco años abandonados, huérfanos o hijos de padres desconocidos.

Mediante la legitimación por adopción el menor dejaba de pertenecer a su familia de origen, salvo el impedimento matrimonial de parentesco, y adquiría en forma irrevocable la condición de hijo legítimo de los adoptantes cuyo apellido tomaba.

A través de los años el cuerpo legal fue perfeccionándose hasta que en 1,966 se sustituyó la legitimación adoptiva por la adopción plena y se conservó la antigua adopción ordinaria como adopción simple.

2.5 América latina

En cuanto a América latina, existen indicios que algunas formas de adopción eran practicadas durante la época colonial en muchos países de la región. Al respecto, se ha señalado que el abandono de los hijos de nobles

españoles, fruto de relaciones extramatrimoniales, era resuelto mediante la entrega de éstos a familias campesinas quienes se hacían cargo de su cuidado recibiendo por ello algún auxilio económico.

Sin embargo, la adopción fue ignorada y omitida de las legislaciones latinoamericanas de principios del siglo XX. Es así como proyectos tan adelantados y elogiados en su época, como el de Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield, que se transformaron luego, respectivamente, en los códigos civiles de Chile y Argentina, no contenían ningún precepto reglamentando la adopción.

Con el correr de los años se hizo necesario remediar esta carencia legislativa, por lo que muchos países introdujeron durante las primeras décadas del siglo XX normas sobre la materia.

Estos preceptos legales emulaban las normas sobre adopción dictadas a principios de siglo en países europeos. Es decir, se trata de la "adopción clásica", caracterizada por el hecho de no crear estado civil entre adoptantes y adoptado, manteniendo incólume el vínculo de sangre entre este último y sus padres biológicos.

Recogiendo los avances posteriores de la legislación europea, Uruguay fue el primer país de la región que, en 1,945, introdujo la legitimación adoptiva. Debe recordarse que la "adopción moderna", bajo la denominación de legitimación por adopción, se incorporó a la legislación francesa en 1,939. Su característica fundamental es que busca incorporar al adoptado, con todos los derechos de hijo legítimo, a la familia que lo adopta.

La legislación uruguaya, que sirvió de modelo para la ley chilena número 16,346 de 1,965, dio a la legitimación adoptiva consecuencias que excedieron sustancialmente a las previstas en la ley francesa que originó la institución. Es así

como en su afán de otorgarle al adoptado no sólo derecho de hijo legítimo, sino que la calidad de tal, estableció mecanismos para asegurar la supresión de todo rastro que pudiera permitir la identificación de su verdadero origen.

Un gran número de países de la región incorporaron en sus legislaciones, especialmente durante las décadas de los años 60 y 70, a la adopción moderna, aunque bajo diferentes denominaciones. Sin duda que la modernización que ha experimentado la legislación referente a la adopción en América latina, busca perfeccionar uno de los sistemas más adecuados para la atención del menor en situación irregular. Esto debido a que después de las guerras mundiales, adquieren fuerza ciertos procesos que acompañan el desarrollo industrial sustitutivo de importaciones que caracteriza a la región. En efecto, la creciente urbanización, producto de las corrientes migratorias rural-urbanas, trae consigo algunos efectos negativos tales como la pobreza y la desorganización familiar en sectores marginados de los frutos del desarrollo, todo lo cual culmina en el descuido y abandono de un número creciente de menores.

En Chile, por ejemplo, uno de los fundamentos sociales que inspiró la dictación, en 1,965, de la Ley número 16,346 sobre legitimación adoptiva, fue el de "buscar solución al grave problema de la infancia desvalida".

A pesar de los avances registrados en las legislaciones latinoamericanas durante los últimos años, es preciso señalar que, debido a la persistencia de obstáculos socioculturales, la adopción no es utilizada en forma masiva como institución benefactora de niños y adultos.

2.6 Evolución de la adopción

Toda institución social es por naturaleza dinámica, es decir no permanece inmutable en el tiempo, sino que, por el contrario, está en permanente interacción

con las demás instituciones que conforman la estructura social, por lo que el cambio es intrínseco a ella. La adopción, por lo tanto, no ha sido ajena al cambio. Es así como en su evolución pueden distinguirse dos grandes etapas:

- **La adopción "clásica"**

Institución destinada a solucionar la crisis de matrimonios sin hijos, situación que representaba una seria amenaza para la continuidad del ciclo familiar, especialmente en sociedades donde el culto ancestral y la herencia constituían una preocupación fundamental.

- **La adopción "moderna"**

En la que el énfasis está en solucionar la crisis del niño sin familia. Es por ello que se dice que el fundamento de la adopción pasó de ser "un niño para una familia" a "una familia para un niño".

2.7 Evolución nacional

En el Código Civil guatemalteco de 1,877 se reguló la adopción en el Libro I, Título VII, artículos 267 a 284, sin que la exposición de motivos del mismo se ocupase de la materia. La adopción o prohijamiento, disponía el Artículo 267 de dicho cuerpo legal, es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. El Código Civil de 1,933 no admitió la adopción, guardando silencio en relación a esta institución.

La adopción es una institución jurídica que ha tenido sus alternativas en la legislación de Guatemala. Aceptada en el Código Civil de 1,877, quedó suprimida en el Libro I, del Código Civil sancionado por el Decreto del Ejecutivo número 921, de fecha 30 de junio de 1,926, supresión que se confirmó en el Código Civil

contenido en el Decreto número 1,932 de la asamblea nacional legislativa, de 13 de mayo de 1,933. La junta revolucionaria de gobierno restableció la adopción por medio del Decreto número 63, del 24 de febrero de 1,945, disposición que el Congreso aprobó el 5 de mayo de 1,947, emitiendo el decreto número 375, actualmente lo relativo a la institución de la adopción se encuentra regulado en la ley de adopciones, Decreto número 77-2007, emitido por el Congreso de la República de Guatemala. Las constituciones de 1,945 y 1,954, establecieron la adopción en beneficio de los menores de edad, consagrándola definitivamente como institución que debía incorporarse a la legislación guatemalteca. La adopción que acepta nuestro ordenamiento jurídico no es la institución que regula el Código del '77, pues aquella estaba inspirada en finalidades muy distintas de los objetivos que persigue la ley actual. No es el interés de la continuación de un grupo familiar, ni el empeño de que no se extinga un apellido aristocrático lo que motiva la nueva aceptación de la adopción, sino un interés social de protección y tutela de los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles subsistencia y educación, que al mismo tiempo refleja su beneficio en los matrimonios que no tienen hijos, a quienes brinda las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar.

Esta figura se encuentra regulada en nuestra Ley de adopciones, Decreto número 77-2007, derogando del Código Civil el Libro I, Título II, Capítulo VI, los artículos 228 a 251 y el 309.

Es preciso reconocer que el régimen legal hasta ahora vigente en Guatemala resulta defectuoso e insuficiente, pues la adopción no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que le es asignada. Esta precaria normativa constituye una de las causas de que en nuestro país, en la mayoría de trámites de adopción internacional los niños son considerados como un producto de exportación, como se evidencia en la disposición en que se encuentran los menores en algunas casas cunas, en las que los niños son catalogados como si

fueren cosas que pueden ser objeto de apropiación; y transformado en una fuente de lucro para diversos sectores, desnaturalizando con ello la finalidad de esta noble institución. Lamentablemente en Guatemala no existe una entidad estatal que proporcione confiabilidad en vigilar, supervisar, participar y ejercer un control de seguimiento en los procesos de adopción.

2.8 La adopción según algunos tratadistas

- **Real Academia Española, en su Diccionario de la Lengua Española**

“Adoptar, del latín Adoptare; recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.⁸

- **Carlos Larios Ochaíta**

“La adopción es un acto de voluntad que coloca en una familia a un individuo a quien ni la naturaleza ni la ley habían hecho miembro de la misma”.

“Es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos legítimamente en matrimonio y sus hijos”.

“Es una institución jurídica incorporada a las modernas legislaciones, que establece entre personas que pueden ser extrañas y cuya voluntad se encamina a

⁸ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo I, España, 2001.

ello, un vínculo artificial de parentesco, análogo al que existe entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos”.⁹

- **Macel Planiol y Jorge Ripert**

“La adopción es un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación”.¹⁰

- **Gil Martínez**

“La adopción es un tipo de filiación en cuya base subyace no una relación de naturaleza o generación entre las personas, sino un acto voluntario del adoptante (o adoptantes en su caso) y del adoptado. En definitiva, mediante la adopción se crea una relación de filiación entre dos personas que no descienden la una de la otra”.¹¹

- **Manuel Ossorio**

“La acción de adoptar, de recibir como hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La determinación no ya de esas formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los

⁹ Larios Ochaita, Carlos, Derecho Internacional Privado, Sexta Edición, Litografía Nawal wuj, 2001. Pág. 155.

¹⁰ Macel Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Editorial Cultural S.A., La Habana, 1,946. citado por Brañas Alfonso, Manual de Derecho Civil, Primer Edición, Editorial Estudiantil Fenix, Pág. 150

¹¹ Gil Martínez, La reforma de la adopción, Madrid, 1,988; PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo IV Barcelona, 1,985, Pág. 219 citado por Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de Familia, Segunda Edición corregida, aumentada y actualizada, Litografía Orión, Guatemala. C.A. Pág. 207

adoptantes y de los adoptados, al estado civil, a la existencia o no de hijos efectivos, al número posible de adopciones, etc. Se trata de una institución aceptada por casi la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza”.¹²

- **Código Civil guatemalteco**

Define la adopción como el “acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona. No obstante lo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad”.

- **Ley de adopciones**

Establece a la adopción como la “institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona”.

Al hilo de lo anterior, la razón de ser de la adopción es la protección de una persona cuya realidad lo ha privado de las personas primeramente obligadas a velar por su bienestar y su desarrollo integral.

Modernamente la adopción es considerada como una institución, cobrando de esta forma mayor importancia jurídica, derivada de la intervención del Estado que establece sus límites y alcances, dentro de una tendencia global más amplia

¹² Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, Datascan S.A., Guatemala C.A. Pág. 48.

que extrae al derecho de familia en general, del ámbito del derecho civil, del campo del derecho privado y lo traslada al ámbito del llamado derecho social.

El ordenamiento guatemalteco califica en su definición, a la adopción, en su género próximo, como una institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, es decir, que actualmente el estado protege y vigila los intereses de los menores propicios a se adoptados.

2.9 Elementos de la adopción

2.9.1 Personales

- **Adoptante o adoptantes**

De conformidad con la ley adoptante, es la persona que por medio de los procedimientos legales adopta una persona hijo de otra, con la finalidad de otorgarle todos los derechos y beneficios que la Constitución Política de la República de Guatemala otorga a los hijos biológicos. En la adopción, el que asume legalmente el carácter de padre del adoptado. El adoptante contrae deberes de educar y alimentar, y puede contraerlos de tipo sucesorio a favor del adoptado.

En lo penal, entre adoptante y adoptado se reconoce el parentesco a efectos de legítima defensa y del beneficio por el encubrimiento.

La ley dispone que el adoptante deberá tener una diferencia de edad con el adoptado no menor de veinte años, por lo tanto debe ser mayor de edad. Esa adición resuelve el problema interpretativo del Código Civil en cuanto a determinar si una persona menor de edad puede adoptar a otra, ha de entenderse que no puede hacerlo. En efecto, para adoptar se requiere plena capacidad en el

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

- **Adoptado**

El que en la adopción es recibido como hijo por el adoptante. El código acepta, como principio general, que el adoptado debe ser menor de edad, e hijo de otra. Excepcionalmente, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, en ese supuesto legal, adoptar a una persona mayor de edad, requiere el expreso consentimiento de ésta, en razón de que, ya en pleno goce de su capacidad civil, puede rechazar una situación creada cuando no estaba en aptitud de evitarla (Artículo 12 literal f de la Ley de adopciones).

- **Padres del adoptado o persona que ejerza la tutela**

Se refiere a los padres biológicos del adoptado. En el caso de existir tutela, al tutor no le está vedado adoptar al pupilo; sin embargo, es necesario que con anterioridad sean aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela y que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad (Artículo 13 de la Ley de adopciones). Ese requisito previo relativo a las cuentas de la tutela es indispensable para despejar cualquier duda que pudiera haber en relación al propósito de la adopción, y para evitar, asimismo, que el tutor pueda eludir la rendición de cuentas por el ejercicio de su función, acudiendo al expediente de adoptar a su pupilo.

2.9.2 Reales

El momento de la transmisión de la patria potestad de los padres biológicos a el o los padres adoptantes.

2.9.3 Formales

Se establece por resolución judicial (Artículo 50 de la Ley de adopciones) y mediante escritura pública (Artículo 39 de la Ley de adopciones)

2.10 Efectos

Los efectos que provoca la adopción son varios y los podemos clasificar en parentales y patrimoniales. Según Vladimir Aguilar, la adopción produce fundamentalmente dos efectos, uno parental y otro patrimonial.

- **Parental**

Es la creación del vínculo adoptivo entre el adoptado y el adoptante.

- **Patrimonial**

Como refuerzo del efecto parental y para permitir una total integración del adoptado en su nueva familia, es de advertir el segundo efecto, de carácter patrimonial, donde el adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste sí lo es de aquél. Con ello se pretende evitar que el interés pecuniario se mueva tras la adopción, en lo que al adoptante se refiere.

Según Alfonso Brañas, la adopción produce varios efectos tanto parentales como patrimoniales.

Efectos parentales

- El adoptante toma como hijo propio al adoptado, y adquiere la patria potestad sobre él. Esta es una disposición tomada de la ley francesa, que en 1,923 permitió la adopción de menores de edad, modificando el criterio del código;
- Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que se establece entre adoptante y adoptado, no se extienden a los parientes de uno u otro; sin embargo, el adoptado y los hijos del adoptante, deben ser considerados, tratados y presentados a las relaciones sociales, como hermanos. Existe una aparente discrepancia entre esas disposiciones. En efecto, la primera circunscribe los alcances de la adopción (parentesco civil) a adoptante y adoptado; la segunda, crea una relación cuasiparental entre el adoptado y los hijos del adoptante. En verdad, la ley trata de relacionar el parentesco civil surgido entre adoptante y adoptado, con el parentesco natural que aquél tiene con sus hijos, a manera de que éstos y el adoptado sean considerados como integrantes de una misma familia, pero sin que de ello surjan entre los hijos (el adoptivo y los otros), relaciones de carácter patrimonial (sucesorias);
- Por la adopción el adoptado tiene derecho a usar el apellido del adoptante. Esta es otra disposición que pone de manifiesto un importante efecto de la adopción. Más, sin embargo, el uso del apellido es un derecho, no una obligación, como pudo disponerse dada la naturaleza de la adopción, según es regulada en el código. El adoptado que sea menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales o tutor, o a la institución de asistencia social que procediere (Artículo 238 Código Civil guatemalteco (derogado)). En la nueva Ley de adopciones no se regula sobre este aspecto.

Efectos patrimoniales

- El adoptante tiene respecto a la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos. El adoptado tendrá para con la persona del adoptante los mismos derechos y obligaciones de los hijos con respecto a sus padres. Debe inferirse que los derechos y obligaciones a que se refiere la ley en esos preceptos, son exclusivamente aquellos surgentes de la patria potestad;
- El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquél si el adoptado no es heredero (heredero testamentario), tendrá derecho a ser alimentado hasta la mayoría de edad. En caso de herencia testada, los alimentos sólo se deben en parte en que los bienes y el trabajo del alimentista (adoptado) no alcancen a satisfacer sus necesidades.

En otro orden de ideas, cabe señalar que la primera parte del párrafo anterior (el adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste sí lo es de aquél), tiene por objeto evitar que el interés pecuniario se mueva tras de la adopción, en lo que al adoptante se refiere; en cuanto al adoptado, por reconocérsele la calidad de hijo, expresamente la ley le otorga derechos hereditarios en relación al patrimonio del adoptante. Los restantes preceptos atinentes a los alimentos, tratan de procurar que en todo caso el adoptado reciba, por lo menos, lo necesario para su subsistencia, educación, vestido, etcétera.

El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca. Si el adoptado falleciere antes que el adoptante o renunciare la herencia o fuere excluido de ella, los hijos de aquél no tienen derecho de representación ni a ser alimentados por el adoptante. Por estar instituida la adopción fundamentalmente en favor del adoptado, y por la forma como la reguló el código civil y puesto que la nueva ley no hace mención alguna, es lógico que

éste mantuviere la relación familiar natural de aquél, sin perjuicio de los derechos sucesorios que le corresponden respecto al adoptante. Ahora bien, si el adoptado renuncia la herencia de éste, o no es nombrado heredero testamentario, lógicamente sus hijos no pueden derivar ningún beneficio patrimonial de la adopción.

2.11 Clases de adopciones

2.11.1 En cuanto a los efectos

- **Simple**

En la adopción simple el adoptado continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones. El parentesco que surge de este tipo de adopción es de naturaleza civil y únicamente existe entre adoptante y adoptado y no se extiende a los parientes de uno ni otro; se conservan los lazos de parentesco y de sucesión recíproca entre el adoptado y su familia de origen.

En relación a la protección y bienestar del adoptado, según el Artículo 238 del Código Civil, queda sin efecto cuando el adoptante muere siendo menor de edad el adoptado, y entonces éste, paradójicamente deberá regresar al seno de sus padres de origen, al tutor o a la institución de asistencia social que procediere.

- **Plena**

Es el tipo de adopción regulado en la mayoría de las legislaciones. Por esta adopción, son sujetos activos únicamente los cónyuges en el matrimonio y sujetos pasivos sólo los huérfanos y abandonados; concede la calidad de hijo al adoptado, para todos los efectos jurídicos, sociales y afectivos.

En la adopción plena el parentesco se extiende a los parientes del adoptante y se rompe todo lazo de esta naturaleza con la familia de origen del adoptado. Asimismo los derechos hereditarios son iguales a los hijos habidos dentro del matrimonio, en forma recíproca y no es susceptible de ser revocada. Se concede al adoptado una familia y no se trata de solucionar el problema de una pareja sin hijos principalmente.

- **Semiplena**

Esta categoría de adopción da la posibilidad en casos concretos, a que no se rompa definitivamente los lazos de parentesco y derechos de sucesión entre el adoptado y su familia natural, por ejemplo cuando uno de los cónyuges adopta al hijo del otro o cuando el adoptante es una persona soltera.

2.11.2 Por el grado de capacidad de los adoptados

- **De menor de edad**

Este tipo de adopción la regula nuestra ley en el primer párrafo del Artículo 228 del Código Civil, el cual indica: que la adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona; y en la Ley de adopciones en el artículo 12.

- **De mayor de edad**

Consiste en la adopción de una persona que ha cumplido la mayoría de edad, pero para que esta se lleve a cabo necesita cumplir con ciertos requisitos, como lo es la manifestación expresa del consentimiento por parte del mayor de edad.

Esta aparece regulada en la literal f del artículo 12 de la Ley de adopciones, el cual indica que puede legalizarse la adopción de un mayor de edad si manifiesta expresamente su consentimiento.

2.11.3 En cuanto a la nacionalidad de las partes

- **Nacional**

Es cuando tanto los adoptantes como el adoptado pertenecen a una misma nacionalidad y la adopción se lleva a cabo en su país de origen. De conformidad con la ley es aquella en la que el adoptante y adoptado son residentes legales habituales en Guatemala (Artículo 2 de la Ley de adopciones).

Es aquella en la cual un niño o una niña son ubicados dentro de una familia sin apartarlo de su cultura y de su entorno social. Este tipo de adopción puede ser tramitada por la vía administrativa-judicial o extrajudicialmente, siguiendo los procedimientos legales existentes para el efecto. La Convención sobre los Derechos del niño señala que la adopción nacional tiene prioridad sobre la adopción internacional; a pesar de ello, en la práctica, el número de adopciones internacionales es el 98% de las adopciones que se realizan en Guatemala.

Según algunos padres adoptivos, jueces, trabajadoras sociales y encargadas de hogares en Guatemala, la adopción nacional no se ha visto favorecida debido, a diferentes causales, siendo algunas de ellas:

- La exigencia de demasiados requisitos;
- Los trámites resultan complicados;
- Las trabajadoras sociales imponen obstáculos a los solicitantes nacionales;
- Los Hogares o casas cuna prefieren dar a los niños o niñas a extranjeros;
- Los abogados prefieren ganar en dólares;
- Las familias guatemaltecas no quieren adoptar niños del país;

- Los costos resultan muy elevados y que no existe la cultura de adoptar en Guatemala.

Por los motivos anteriores los niños y niñas que llegan a hogares o casas cuna no tienen la oportunidad de tener un hogar, teniendo que vivir en instituciones. Los protagonistas de las adopciones nacionales son:

- Las madres o instituciones en donde se encuentra ubicado el niño o niña, en caso de estado de abandono;
- El abogado que acciona y eleva a los tribunales acta notarial o escritura pública final, si es adopción extrajudicial o el juez de familia competente que emite la resolución final;
- La trabajadora social quien realiza el estudio socioeconómico de los padres o madre biológicos;
- El médico, quien extiende certificado acerca del estado de salud del niño o niña;
- Los padres adoptivos;
- El Consejo nacional de adopciones el cual es la autoridad central de Guatemala, en lo referente a la materia de adopciones;
- Registrador, para la anotación correspondiente.

- **Internacional**

Es cuando los adoptantes y el adoptado pertenecen a nacionalidades diferentes y la adopción se lleva a cabo generalmente en el país de origen del adoptado. La Ley de adopciones la define así: “Aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción”.

No existe ninguna normativa nacional eficiente en el caso de las adopciones internacionales y aún cuando la Convención sobre los Derechos del Niño define a la adopción internacional como subsidiaria de la nacional es un principio que no se

cumple, lo que es peor aún, la mayoría de las adopciones son internacionales. Los protagonistas en las adopciones internacionales son:

- Las madres o instituciones en donde se encuentra ubicado el niño o niña en caso de estado de abandono;
- La agencia internacional de adopciones;
- Los padres adoptivos;
- La trabajadora social que elabora el estudio socioeconómico de los posibles padres adoptivos;
- Psicólogo que elabora el estudio psicosocial de los padres adoptivos;
- Organismo de cada país que tiene bajo su cargo la emisión de certificación de antecedentes penales;
- Embajador y/o cónsul de Guatemala, en cada país, quien autoriza la documentación que se envía al Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala;
- El traductor jurado quien traduce al castellano todo el expediente, cuando proviene de un país de habla no hispana;
- El abogado en Guatemala quien elabora el acta notarial y la escritura pública final;
- Los jueces de familia;
- Las trabajadoras sociales del juzgado de familia;
- EL Consejo nacional de adopciones el cual es la autoridad central de Guatemala, en lo referente a la materia de adopciones;
- Registrador quien asienta la nueva partida de nacimiento del niño o niña;
- Oficial de migración quien emite el pasaporte para que el niño o la niña pueda viajar y o) embajada y/o consulado que emite la visa respectiva.

La adopción de un niño o niña guatemalteca debe realizarse en este país. Los padres adoptantes designan a un apoderado judicial en Guatemala quien designa al mandatario, fotocopia legalizada de los documentos que acredite su identificación personal, certificaciones de la partida de nacimiento extendida por

autoridad competente, carencia de antecedentes penales de cada uno de los solicitantes emitidos por la autoridad correspondiente de su país, certificación de la partida de matrimonio de los solicitantes o de unión de hecho emitido por la autoridad correspondiente de su país, constancia de empleo o ingresos económicos de los solicitantes, certificación médica de salud física y mental de los solicitantes y de quienes conviven con ellos, fotografías recientes de los solicitantes, certificado de haber acudido y concluido el proceso de orientación o su equivalente ante la autoridad central en su país de origen, certificado de idoneidad emitido por la autoridad central o su homólogo en el país de origen del o los solicitantes. Si los solicitantes provienen de países de habla no hispana, los documentos indicados deberán ser traducidos al español. Estas adopciones se tramitan a través de la autoridad central de cada país, las que contactan directamente con las partes intervinientes.

En Guatemala de conformidad con la nueva Ley de adopciones tendrá siempre derecho preferente la adopción nacional a la internacional.

2.11.4 En cuanto al origen de los niños

- **Adopción privada**

Cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes directamente por los padres biológicos o bien por alguna institución no gubernamental pero que tiene la tutela sobre el adoptado.

- **Adopción estatal**

Es cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes por una institución estatal que tiene sobre el niño adoptado la tutela, En Guatemala esta institución estatal es el Hogar Elisa Martínez o el Hogar Rafael Ayau dependencias

de la Dirección de Bienestar Infantil y Familiar de la Secretaría de Bienestar Social.

2.11.5 En cuanto al trámite

- **Judicial**

Este trámite se lleva a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente de conformidad con lo establecido en la ley.

- **Notarial o extrajudicial**

A diferencia del trámite anteriormente expuesto, este se facciona ante los oficios de un notario.

- **Administrativa y judicial**

En ésta, la solicitud va dirigida a un órgano administrativo, en Guatemala es el Consejo nacional de adopciones quien da el visto bueno a la adopción, luego pasa al órgano jurisdiccional correspondiente.

2.12 Procedimientos

2.12.1 Procedimiento de adopción vía notarial (derogado)

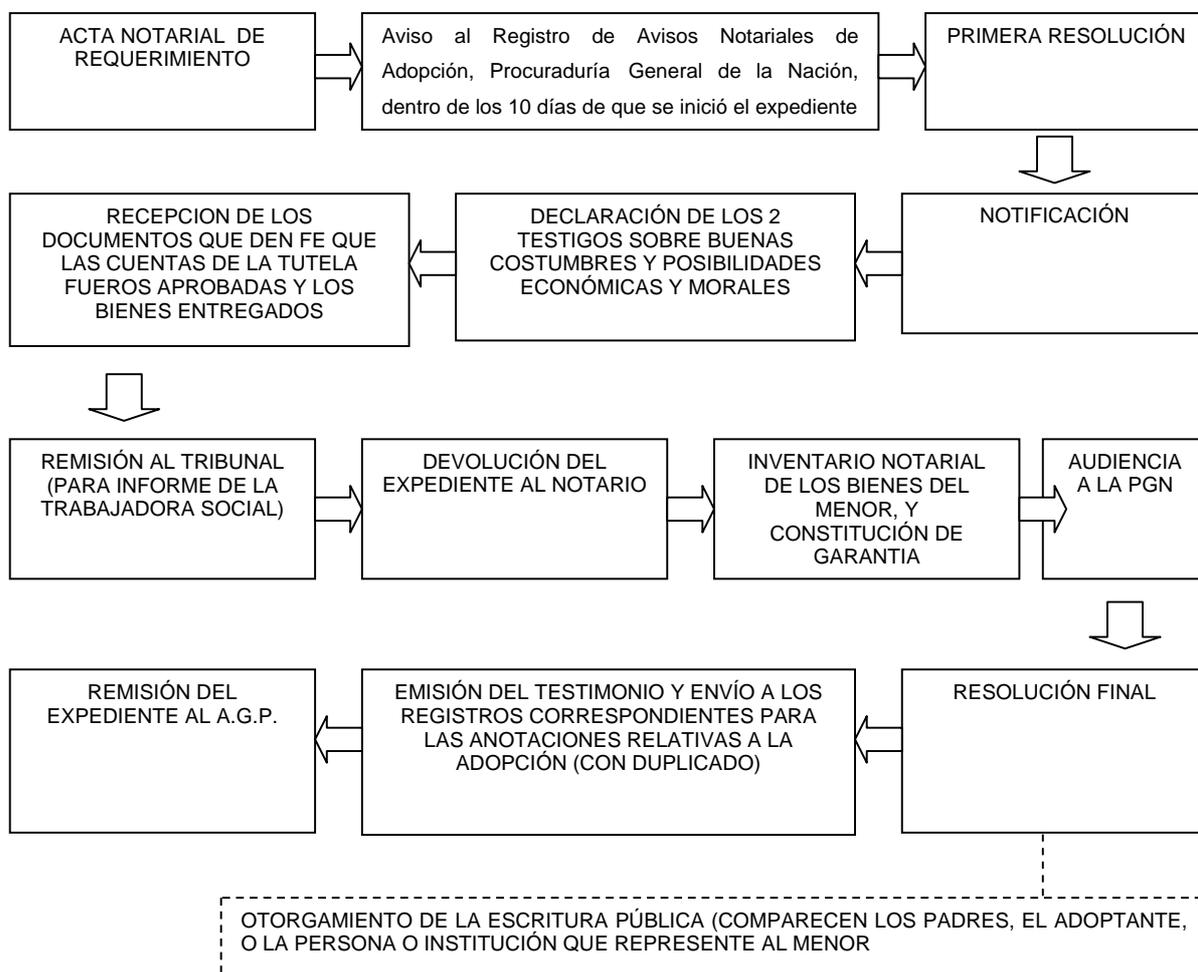
- **Acta notarial de requerimiento**

- Solicitud del adoptante
- Prueba
 - Certificación de partida de nacimiento de la persona a adoptar
 - Certificación de partida de matrimonio de los adoptantes

- Declaración de dos testigos honorables
- **Aviso al Registro de Avisos Notariales de Adopción**, Procuraduría General de la Nación, dentro de los 10 días de que se inició el expediente
- **Primera resolución de trámite**
- **Notificación de la primera resolución**
- **Declaración testimonial** La cual acreditará buenas costumbres, posibilidades económicas y moralidad de los adoptantes
- **Remisión del expediente al tribunal de familia** Se solicita informe u opinión favorable, bajo juramento, a la trabajadora social del tribunal
- **Diligencias del tribunal de familia** trabajadora social investiga, y en base a eso, elabora y adjunta informe favorable.
- **Devolución del expediente al notario**
- **Audiencia a la Procuraduría General de la Nación**
Oposición, se remite expediente al tribunal competente para que resuelva
Opinión favorable:
- **Auto final**
- **Otorgamiento de escritura pública**
Comparecen adoptantes, padres biológicos o quien ejerza la tutela del menor
- **Remisión del testimonio al registro civil con duplicado**
- **Remisión de testimonio especial al Director del Archivo General de Protocolos**
- **Remisión del expediente al Director del Archivo General de Protocolos**
Para guarda y custodia

De conformidad con el Acuerdo 051-2007, se crea el Registro de Avisos Notariales de Adopción, incluyendo nuevas medidas de seguridad para garantizar y dar certeza de la legalidad de la procedencia del menor.

2.12.1.1 Esquema del procedimiento notarial



2.12.2 Procedimiento de adopción vía judicial

El procedimiento judicial se encuentra establecido en los artículos 239 al 244 del Código Civil guatemalteco (derogado).

La solicitud de adopción debe presentarse al juez competente del domicilio del adoptante, acompañando a ésta la partida de nacimiento del menor y proponiéndose el testimonio de dos personas para acreditar las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y cumplir las obligaciones

que la adopción impone (Artículo 239 Código Civil guatemalteco). Además, si el menor tiene bienes, el adoptante deberá presentar inventario notarial de los mismos y constituir garantía suficiente a satisfacción del juez (Artículo 241 Código Civil guatemalteco). En caso de que el adoptante hubiese sido tutor del menor, deberá presentar los documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y que los bienes fueron entregados (Artículo 242 Código Civil guatemalteco). Los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela, deberán expresar su consentimiento para la adopción. La Procuraduría General de la Nación examinará las diligencias y si no opusiere objeción alguna, el juez declarará haber lugar a la adopción y mandará que se otorgue la escritura respectiva (Artículo 243 Código Civil guatemalteco). En la escritura de adopción deberá comparecer el adoptante y los padres del menor, o la persona que ejerza la tutela. Firmada la escritura, el menor pasa a poder del adoptante, lo mismo que los bienes si los hubiere, y el testimonio será presentado al registro civil para su inscripción, dentro de los quince días siguientes a la fecha del otorgamiento (Artículo 244 Código Civil guatemalteco).

Nada dice el código respecto a si se puede establecer la adopción en caso de oposición de los padres del menor, o de uno de ellos, o, en su caso, del tutor. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 243 Código Civil guatemalteco, debe entenderse que el consentimiento de dichas personas es absolutamente necesario, o sea, que se requiere el consentimiento expreso de los padres o de uno de ellos (dependiendo de la circunstancia en que se encuentren), o de la persona que ejerza la tutela. En este último caso, sin embargo, la situación cambia. El buen criterio del juez debe privar en caso de negativa del tutor, puesto que la tutela es institución que suple la falta de la patria potestad, y, en cambio, la adopción implica el ejercicio de la misma, creando un vínculo afectivo y jurídico más fuerte.

En cuanto a los alcances de las objeciones que pueda hacer la Procuraduría General de la Nación, debe entenderse, o bien que por el sólo hecho de su oposición el juez no puede declarar procedente la adopción (Artículo 243 segunda parte, Código Civil guatemalteco), o bien que el juzgador tiene amplio margen discrecional para apreciar las objeciones, criterio que resulta más aceptable dada la naturaleza y el objeto que la ley reconoce a la adopción.

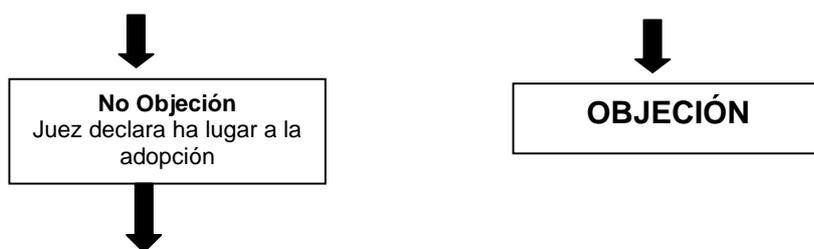
2.12.2.1 Esquema del procedimiento judicial

- **Solicitud juez de primera instancia del domicilio del adoptante**
 - Partida de nacimiento del menor
 - Testimonio de dos personas honorables, para acreditar buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral

Menor tiene bienes
Inventario Notarial y Garantía

Solicitante hubiere sido tutor Documentos en que conste que fueron aprobadas sus cuentas y los bienes entregados.

- **Consentimiento de los padres del menor, persona que ejerza la tutela**
- **Remisión del expediente a la Procuraduría General de la Nación**



- **Escritura pública** Comparecen adoptante, padres del menor, persona que ejerza la tutela una vez firmada el menor y sus bienes si los hubiere pasan a poder del adoptante
- **Presentación del testimonio al registro civil**
Quince días (15) siguientes a la fecha de otorgamiento.

2.12.3 Procedimiento de adopción vía administrativa-judicial

- **Solicitud.**

En el caso de las adopciones nacionales los solicitantes presentarán su solicitud ante la autoridad central, quien la remitirá a la autoridad central, para los efectos de realizar los estudios que corresponden y si es procedente dictar la declaratoria de idoneidad.

En el caso de las adopciones internacionales, las personas interesadas en adoptar a un niño deberán iniciar sus diligencias de adopción ante la autoridad central de su país de residencia, la que remitirá la solicitud con los certificados correspondientes a la autoridad central de Guatemala.

Las personas contempladas en las literales e) el hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad y f) el mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela del Artículo 12 de la Ley de adopciones, podrán acudir directamente ante un notario, los que con dictamen favorable de la autoridad central, podrán formalizar la adopción, mediante escritura pública.

- **Procedimiento administrativo**

- **Selección de familia.**

Declarada la adoptabilidad por el juez de niñez y adolescencia, la autoridad central, realizará la selección de las personas idóneas para el niño, en un plazo de diez días contados a partir de la solicitud de adopción, debiéndose dar prioridad a su ubicación en una familia nacional.

La selección de los padres adoptantes para un niño determinado debe realizarse considerando los siguientes criterios:

- Interés superior del niño;
- Derecho a la identidad cultural;
- Aspectos físicos y médicos;
- Aspectos socioeconómicos;
- Aspectos psicológicos.

- **Período de socialización**

Previo al período de socialización los adoptantes deberán presentar por escrito su aceptación expresa de la asignación del niño en un plazo no mayor de diez días luego de la notificación respectiva.

Recibida la aceptación por la autoridad central ésta autorizará un período de convivencia y socialización de manera personal entre los solicitantes y el niño, no menor de cinco días hábiles, tanto en las adopciones nacionales como internacionales.

La autoridad central deberá informar al juez que se inició el período de convivencia y socialización.

- **Opinión del niño**

Dos días después de concluido el período de socialización, la autoridad central, solicitará al niño, de acuerdo a su edad y madurez que ratifique su deseo de ser adoptado. El consentimiento del niño será dado o constatado por escrito.

- **Informe de empatía**

Al concluir el proceso de socialización y tomando en cuenta la opinión del niño, el equipo multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes, contados a partir del período de socialización un informe de empatía que señalará la calidad de la relación establecida entre los potenciales adoptantes y el adoptado.

- **Garantía migratoria**

En caso de las adopciones internacionales, deberá constar por escrito dentro del expediente que las autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se continúe con el procedimiento de adopción.

Se requerirá además el compromiso de la autoridad central u homólogo del país receptor de proporcionar toda la información que permita dar seguimiento al niño dado en adopción; además deberán tomar las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida de Guatemala, así como de entrada y residencia permanente al estado de recepción.

- **Resolución final**

Concluido el proceso administrativo, la autoridad central dictaminará dentro de los cinco días siguientes la procedencia de la adopción

La autoridad central extenderá certificaciones de los informes, para que los interesados puedan adjuntarlas a su solicitud de homologación ante el juez que conozca del caso.

- **Conclusión del proceso de adopción**

- **Homologación judicial**

El juez de familia recibirá la solicitud de adopción por los interesados y verificado que el procedimiento administrativo de adopción cumple los requisitos de la presente ley y el Convenio de La Haya, sin más trámite, el juez homologará y declarará con lugar la adopción, nacional o internacional, en un plazo no mayor de tres días hábiles y ordenará su inscripción en el registro correspondiente, otorgando la custodia del niño, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero.

Si el juez constata que se omitió algún requisito de ley, remitirá el expediente a la autoridad central para que sea subsanado y asegurará la protección del niño.

- **Resolución final**

Cumplidos todos los requisitos antes señalados para la tramitación judicial del proceso de adopciones, el juez de familia emitirá su resolución final declarando

con lugar la adopción. En el caso de que el adoptado tuviera bienes, se faccionarán acta de inventario de los mismos.

El juez no deberá declarar con lugar la adopción o emitir la resolución final de adopción si se encuentra que algún requisito legal no ha sido respetado. En dicho caso deberá remitir el expediente a la autoridad central para que intente remediar el problema y al mismo tiempo ordenará la medida de protección para el niño apropiada.

- **Restitución del derecho de familia**

Autorizada la adopción por el juez, la deberá notificar a la autoridad central, verificará que se restituya el derecho de familia del adoptado, por medio de acto en el que personalmente comparecen los adoptantes y el adoptado.

- **Reconocimiento de la adopción internacional**

Una vez que el juez haya emitido la resolución final, y está se encuentre firme, declarando con lugar la adopción y otorgando la custodia del niño en los casos de adopción internacional la autoridad central deberá emitir el certificado de que la adopción ha sido realizada de acuerdo con esta ley y el Convenio de La Haya en un plazo no mayor de ocho días.

- **Registro de la adopción**

La certificación de la resolución judicial de adopción deberá ser presentada al Registro correspondiente a fin de que se anote la inscripción en los libros

respectivos; así mismo deberá adjuntarse la certificación del dictamen emitido por la autoridad central.

- **Recurso de apelación**

Las resoluciones que pongan fin al procedimiento judicial serán apelables dentro de los tres días siguientes de notificada la misma y deberá interponerse ante el mismo juez que la dictó o ante la sala de familia jurisdiccional.

2.13 Medios alternos a la adopción

Debido a las dificultades que se presentan en la tramitación de adopciones por parte de familias guatemaltecas, se han generalizado dos mecanismos que, aún cuando no pueden ser considerados adopciones ni se ajustan a las disposiciones legales mencionadas, implican la entrega de los niños por parte de su madre biológica a una pareja que se convertirá en la familia del niño.

- **A través del alcalde municipal**

En zonas aisladas en las cuales no hay acceso a los juzgados o a las oficinas de un abogado mucho menos oficina o delegación de la autoridad central, los padres biológicos y los padres adoptivos comparecen ante el alcalde de la localidad para que éste levante un acta en la que consta que los primeros entregan en adopción a su hijo. Posteriormente se asienta la partida de nacimiento en el registro civil y el acto de la adopción queda consumado. Caso: Un matrimonio guatemalteco que no podía tener hijos viajó a San Sebastián, Huehuetenango, para trabajar con una iglesia evangélica; residieron por varios años en el lugar, por lo que lograron una buena relación con sus habitantes. Durante su estadía en la localidad adoptaron tres hijos. La madre adoptante, por la estrecha convivencia que tenía con las mujeres del lugar y, por ende, con las

madres biológicas de sus hijos, tuvo en los tres casos la oportunidad de convivir con ellas durante el período de embarazo, vivió la incertidumbre de saber qué sexo tendría el niño y permaneció con la madre biológica durante el período de lactancia de sus hijos. Dado que en este lugar no existían juzgados, la pareja gestionó el proceso legal en la municipalidad de San Sebastián. En los tres casos los padres biológicos y los padres adoptantes elaboraron ante el alcalde del lugar un acta según la cual los padres biológicos, de mutuo acuerdo y sin ningún tipo de presión, ceden la patria potestad a los padres adoptantes. Con este documento los padres adoptantes han asentado las partidas de nacimiento en el registro civil de la localidad. (Fuente: Entrevista ILPEC, 1,999).

- **Suposición de parto**

Consiste en que, la madre biológica entrega al niño a los padres adoptivos inmediatamente después del nacimiento. Frecuentemente, ambas se internan en el mismo sanatorio (privado); la madre biológica se registra con el nombre de la madre adoptiva y el niño sale de la clínica como hijo de la segunda. Caso: Una pareja guatemalteca decidió adoptar a un niño porque la madre no podía procrear, después de varias gestiones una amiga les contó sobre una señora embarazada que deseaba regalar a su hijo al nacer, debido a que tenía tres hijos más y no podía mantener a otro. Sin conocer a la madre se hicieron cargo de todos sus gastos (ginecólogo, vitaminas, exámenes, alimentación, etc.) con la condición de que todos los exámenes salieran a nombre de la futura madre adoptante. A la hora del parto, la madre biológica ingresó a un hospital con el nombre de la madre adoptante y la pareja pudo asentar, sin ningún problema, la partida de nacimiento de la niña como hija biológica y legítima.

Posteriormente les contaron de otra niña recién nacida; su madre había muerto en el parto y su padre la quería regalar porque tenía cinco hijos más y no podía hacerse cargo de ella. La pareja explicó el caso a un médico amigo, quien

extendió el certificado de nacimiento por constarle que la primera niña estaba muy bien con ellos; con el certificado asentaron la partida de nacimiento de la niña como hija biológica. (Entrevista. ILPEC. 1999).

2.14 La sustracción de menores

2.14.1 Historia

"En el Fuero Juzgo, se penó el hecho de sustraer los hijos de los hombres libres de casa de sus padres, el culpable quedaba como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria. El mismo hecho, incriminado conjuntamente con el robo de siervos, lo penan las partidas con trabajo perpetuo en las mismas del rey".

El Código Penal español de 1,822 preveía el rapto de niños no llegados a la pubertad, el Código de 1,848 definió este delito como sustracción de un menor de siete años pasando esta figura al código de 1,870 y de este a los de 1,932 y 1,944 [Cuello Calón, 1,971: 738].

En concatenación con la legislación española, el Código Penal guatemalteco de 1,936 (Decreto 2164) se refirió a la sustracción de menores y al abandono de niños. En cuanto a la sustracción, se refirió a la que la legislación actual denomina propia e impropia. Mencionó que la sustracción de un menor de siete años se castigaba con la pena de diez años de prisión correccional. Incluyendo las mismas penas para quien hallándose encargado de la persona del menor no lo presentara a sus padres o guardadores, ni dieran explicación satisfactoria acerca de su desaparición (impropia, para el actual código), así como también se refirió a lo que el actual código denomina inducción al abandono de hogar.

El actual Código Penal menciona la sustracción propia, solamente que cambia la edad, ya que habla de la sustracción de un menor de doce años de edad o un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo, así como de quien lo tuviere contra la voluntad de éstos (artículos 209 Código Penal Guatemalteco). En cuanto a la sustracción impropia la ley se refiere a una omisión, ya que consiste en la no presentación del menor no indicando la edad, pero es de suponer que se refiere a las edades indicadas en el artículo 209 Código Penal Guatemalteco, o sea, menor de 12 años de edad; o mayor de 12 pero menor de 18 años. La ley hace mención en el artículo 211 Código Penal Guatemalteco, sobre el hecho de que habiendo desaparecido el sustraído no se probare por los responsables el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción. También se refiere a la inducción al abandono del hogar (artículo 212 Código Penal Guatemalteco), cuyo nombre indica su contenido, y que se refiere al menor de edad pero mayor de diez años, y finalmente a la entrega indebida de un menor encontrándose a cargo de la crianza o educación de un menor de edad, dándolo a un establecimiento público o a otra persona sin la anuencia de quien lo ha confiado.

En la legislación mexicana, este delito es conocido como robo de infante (artículo 366 del Código Penal para el Distrito y territorios federales), consiste en el "tipo penal de plagio de un menor de doce años —sujeto pasivo calificado—, sea extraño a la familia del plagiado y no esté en el ejercicio de la patria potestad y de la tutela, o de los abuelos, etc. Los móviles en esta circunstancia se presuponen afectivos" [Carranca y Trujillo, 1,980: 752].

2.14.2 Clases de sustracción de menores

Se comprenden aquí tres modalidades:

- Propia,
- Impropia y

- Agravada

Que se refieren, como ya se indicó, a la sustracción propiamente dicha de un menor de doce años o mayor de esa edad pero menor de dieciocho, a su no presentación que es la llamada sustracción impropia, y a la no demostración de paradero de la víctima.

- **Sustracción propia**

El sujeto activo puede ser cualquiera, incluso los padres si lo sustraen de persona que lo tenga bajo su poder. Así también la sustracción propia comprende dos modalidades; la primera, sustraer al menor; y, la segunda, retenerlo contra la voluntad de las personas encargadas legalmente del menor.

El hecho material del delito está integrado por sacar al menor de la esfera de la potestad de quien lo tenga a su cargo legalmente, ya sea con una acción de sustraer o de retener. La esencia del delito es el alejamiento del menor del poder de quien lo tenga legalmente. El elemento subjetivo está constituido por la voluntad de sustraer a un niño de la edad fijada por la ley.

- **Sustracción impropia**

El hecho material consiste en que una persona se halle encargada de un menor y no lo presente a sus padres o guardadores; los elementos esenciales del mismo son: el hecho de no presentar a un menor que ha sido confiado, ni dar razones satisfactorias de su desaparición, o sea, que el elemento es doble en este caso, como se dijo a antes, la ley no indica una edad, sino se refiere a un menor de edad o sea, menor de dieciocho años.

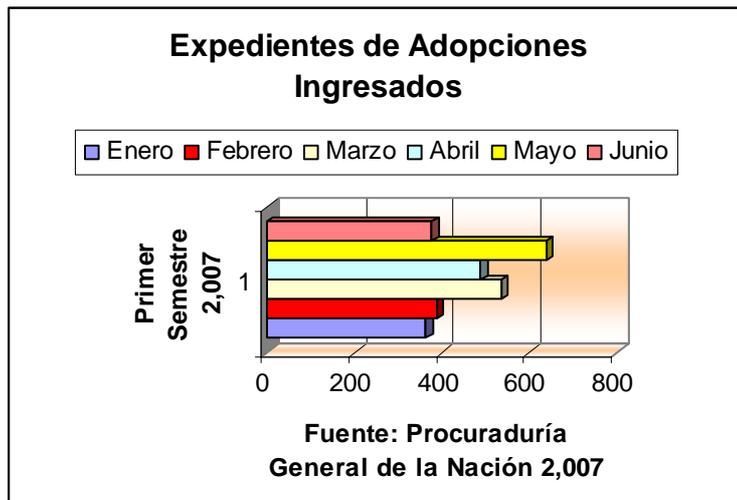
- **Entrega indebida de un menor**

Comete este delito, al tenor de nuestra ley, quien teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado. El sujeto activo, como el pasivo, son determinados; el primero es quien tiene a su cargo al menor; y el segundo, el mismo menor mencionado

2.15 La adopción y sustracción de menores en cifras

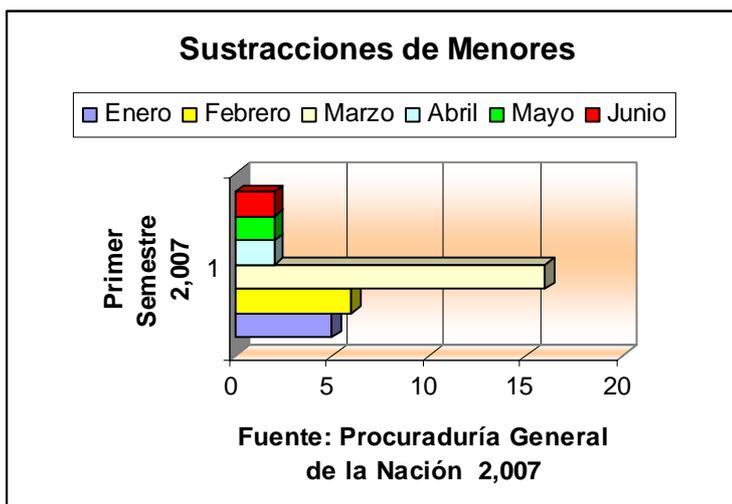
En la Procuraduría General de la Nación se ingresaron, tan solo, en los primeros seis meses del año dos mil siete la cantidad de 2,797 expedientes de adopción, de conformidad con las cantidades siguientes:

enero	364
febrero	389
marzo	537
abril	490
mayo	639
junio	<u>378</u>
Total.....	2,797



Además se han reportado treinta y tres denuncias de trata de personas (que desde el mes de septiembre de 2,007 serán conocidas como sustracción de menores), en lo referente a los primeros seis meses del año 2,007, las cuales tienen relación directa con expedientes de adopción que se encuentran en trámite.

enero	05
febrero	06
marzo	16
abril	02
mayo	02
junio	<u>02</u>
Total.....	33



2.16 La moral

2.16.1 concepción idealista

"La norma moral enjuicia la conducta humana a la luz de los valores supremos hacia los cuales debe orientarse la existencia del hombre; toma la vida humana en si misma, en su plenitud, centrándola en su más auténtica y más radical significación, atendiendo a su supremo destino y contemplándola en su auténtica y plenaria realidad que es siempre la realidad individual, única, singular e intransferible".¹³

¹³ Recasens Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 88, citado por Santiago López Aguilar. Introducción al Estudio del Derecho, página 48.

"...El orden de la moral es el que debe producirse dentro de la conciencia, dentro de la intimidad, entre los deberes por una parte y los afanes, las motivaciones, los efectos, por la otra parte; es el orden interior de nuestra vida personal auténtica, es decir, de la vida que cada cual vive por su propia cuenta de modo intransferible y único. En cambio, el orden que el derecho trata de crear es el orden social, el orden de las relaciones objetivas entre las gentes, el orden de las mutuas vinculaciones entre los varios sujetos, el orden en el que se enlazan y condicionan recíprocamente de un modo objetivo las conductas de las varias personas".¹⁴

Es notoria la concepción de Recasens Siches, al darle importancia individual y estrictamente interior a la moral, produciendo de consiguiente una total separación de la moral y el derecho.

2.16.1.1 Características

Máximo Pacheco, en su introducción al derecho, fija como características más importantes de las normas morales, las siguientes:

- Interioridad, porque sólo es cuestión de quien se impone determinada norma moral;
- Unilateralidad, la norma moral es establecida por el mismo sujeto;
- Falta de rigurosa determinación, no están claramente determinadas y puede surgir la duda a la hora de su cumplimiento;
- La sanción es el remordimiento, ante el incumplimiento y la imposibilidad de poder imponer una sanción a quien ha incumplido la norma moral, la sanción se convierte en malestar para quien la ha violado;

¹⁴ Recasens Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 86, citado por Santiago López Aguilar. Introducción al Estudio del Derecho, página 48.

- Validez absoluta, se ha dado a las normas morales el carácter de inmutables, imposibles de ser objeto de modificación;
- Carencia de coactividad, no hay forma de obligar a su cumplimiento, fuera de la voluntad del sujeto que se la ha impuesto;
- La finalidad es el perfeccionamiento total del hombre.

2.16.2 concepción materialista

De conformidad con la concepción materialista, debe de entenderse por moral "el conjunto de principios o de normas (reglas) de comportamiento de las personas, que regulan las relaciones de éstas entre sí y también respecto a la sociedad, a una clase determinada, al estado, a la patria, la familia, etc."¹⁵

En la definición transcrita, encontramos los siguientes elementos:

- Conjunto de principios o de normas de comportamiento de las personas. que regulan las relaciones entre si;
- Conjunto de principios o de normas de comportamiento de las personas en relación con la sociedad;
- Conjunto de principios o de normas de comportamiento de las personas respecto a una clase determinada;
- Conjunto de principios de comportamiento de las personas respecto al estado;
- Conjunto de principios o normas de comportamiento de las personas respecto a la patria;
- Conjunto de principios o normas de comportamiento de las personas, respecto a la familia.

¹⁵ Shishkin. A. F., Ética Marxista. Pág. 17, citado por Santiago López Aguilar. Introducción al Estudio del Derecho, página 50.

Aparte de los elementos extractados, es importante tomar en cuenta los subrayados puesto que destacan la incidencia de la moral en las relaciones interpersonales (individuales y colectivas), al referirse a la sociedad, a una clase determinada, al estado, a la patria, a la familia. Sale del marco de lo individual que plantean los idealistas, para interrelacionarlo con los elementos colectivos, que son determinantes del ser social.

2.16.2.1 Origen

En todo fenómeno es importante determinar su causa, determinar su origen y respecto a la moral se dice lo siguiente: "El marxismo demostró que el fundamento profundo de los motivos ideológicos, incluidos los morales, de los actos y las costumbres humanas, así como los distintos procedimientos de estimación de estas costumbres, estriban en las relaciones económicas (de producción), en cuyo marco se lleva a cabo la actividad productora de las personas. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social".¹⁶

Shishkin, ubica a la moral como un efecto de las relaciones económicas de producción, por lo cual todos los actos y costumbres humanas deben ser estimados y apreciados, tomando en consideración esas bases reales, las que de omitirse, lógicamente se obtendría una apreciación falsa.

¹⁶ Shishkin. A. F., *Ética Marxista*. Pág. 35, citado por Santiago López Aguilar. *Introducción al Estudio del Derecho*, página 51.

Conforme a la concepción materialista, nuestros actos siempre estarán relacionados con la base económica del momento histórico; al igual que nuestra forma de apreciar los fenómenos, guarda una íntima relación.

2.16.3 Similitud y diferencias entre el derecho y la moral

La concepción idealista afirma que la moral y el derecho tienen las siguientes identidades y diferencias.

Similitud

- Hacen partir la moral y el derecho de razones naturales, algunas de las cuales no están dentro del dominio del ser humano, sino que dependen de Dios.

Diferencias

- Incoercibilidad de la moral y coercibilidad del derecho. En la moral no se puede obligar a su cumplimiento, en tanto que en el derecho sí;
- Interioridad de la moral y exterioridad del derecho. La moral es cuestión de conciencia, que está bajo el dominio personal, por el contrario, el derecho regula la conducta externa de las personas;
- Unilateralidad de la moral y bilateralidad del derecho. En relación a la moral, sólo existe el obligado, pero no existe el titular de la facultad de poder exigir su cumplimiento; por el contrario, en el derecho frente al obligado está el titular del derecho o facultad, capaz de obligar a su cumplimiento;
- Autonomía de la moral y heteronomía del derecho. La moral a seguir la decide la persona individual; en tanto que el derecho es impuesto por el Estado;

- Los objetivos de la moral no siempre coinciden con los del derecho. En una sociedad de clases antagónicas, es imposible que simultáneamente no se explote ó se explote.

De conformidad con la concepción materialista la moral y el derecho tienen aspecto idénticos, que para los materialistas son los siguientes:

- Origen: La moral y el derecho constituyen superestructura y de consiguiente ambos son expresión de la estructura económica existente;
- Tanto la moral como el derecho regulan la conducta de las personas, en relación a la sociedad (exterioridad);
- La moral y el derecho tienden a la conservación o al cambio de un estado de cosas, según el caso. Esta última identidad consiste que si se trata de un derecho o de una moral clasista, ambas normas tienden a crear una conducta que garantice el régimen de propiedad privada y de explotación y, por el contrario, si se trata de una moral de un derecho proletariado, tienden a la destrucción de los remanentes de propiedad privada y de explotación, buscando la consolidación del desarrollo en beneficio de la felicidad de todos;
- En la moral y el derecho socialistas, hay absoluta identidad, en cuanto a los objetivos que persiguen;
- La moral y el derecho en los sistemas sujetos al régimen de propiedad privada se identifican en cuanto tienden a garantizarlo, juntamente con el mayor nivel de explotación de los trabajadores;
- Moral y derecho son bilaterales, ya que siempre frente al titular del deber existe uno o más titulares de los derechos o facultades.

Entre las diferencias podemos encontrar:

- La moral se cumple o no, de acuerdo a la fuerza de opinión pública; en tanto que en el derecho la observancia de su cumplimiento se debe a la coercibilidad del instrumento político, denominado Estado;

- La moral en la sociedad dividida en clases, no coincide con la acción del derecho, en cuanto a mitigar la explotación de la clase dominada. Lo anterior se debe a que en un mismo sistema económico no pueden darse dos sistemas jurídicos: uno para garantizar la explotación y otro para evitarla;
- La moral siempre ha existido, en tanto que el derecho surge, juntamente con la propiedad privada, la división de la sociedad en clases y el Estado.

2.17 La ética

Como profesionales del derecho nos encontramos enmarcados, en cuanto a nuestro actuar, para desenvolvemos en el ámbito jurídico de una manera recta, y salvaguardando la dignidad y decoro de nuestra profesión, además contamos con legislación pertinente, como lo es el Código de Ética Profesional, en el cual aparece en su último considerando que los servicios profesionales, en su diversidad de actividades, deben dirigirse a conseguir la justa, pacífica, armónica y funcional convivencia, del conglomerado social, y deben prestarse ajustados a claras normas éticas y morales, que exigen de cada profesional honor, decoro, rectitud, respeto y dignidad en todas y cada una de sus actuaciones; dignidad profesional que exige de cada miembro una conducta recta y ejemplar, pues debe ser un paradigma de honestidad.

En el Código de Ética Profesional aparecen los postulados, que son normas, directrices o principios a seguir, para realizar la labor profesional como abogados o notarios. De conformidad con el Artículo 37 del mencionado cuerpo legal los postulados son:

- **Probidad:** El abogado debe evidenciar siempre rectitud, honradez e integridad de pensamiento y acción, lo que debe manifestarse especialmente en la lucha contra los abusos y la corrupción en el ejercicio profesional;

- **Decoro:** El abogado debe vivir con dignidad y decencia. Se abstendrá de llevar una vida licenciosa y evitará vicios y escándalos. A las audiencias y actos de su ministerio, asistirá decorosamente, y, en toda oportunidad dará a su profesión el brillo y honor que merece, observando una conducta honesta y discreta;
- **Prudencia:** El abogado debe actuar sin precipitaciones y con juicio sereno en el ejercicio de su profesión;
- **Lealtad:** El abogado debe guardar fidelidad a la justicia y a su cliente, lo cual conlleva, además la observancia rigurosa del secreto profesional, honorabilidad en el litigio, respeto y consideración al juez, a la autoridad y al adversario;
- **Independencia:** Debe ser una cualidad esencial del abogado la independencia, la cual debe entenderse en el sentido de que dispone de una completa libertad en el ejercicio de su ministerio. Debe estar libre ante el juez o cualquier autoridad del Estado, así como ante su cliente y el adversario. Nada, salvo el respeto a las leyes y el orden público, limitarán su libertad de pensamiento y de acción;
- **Veracidad:** En el ejercicio de la profesión el abogado debe evitar escrupulosamente toda alteración de la verdad;
- **Juridicidad:** El abogado debe velar por la más rigurosa legitimidad y justicia en el ejercicio profesional;
- **Eficiencia:** El ejercicio de la abogacía impone los deberes de preparación y eficiencia. En mérito de ello, corresponde al abogado la obligación de investigación y estudio permanente del derecho, así como de toda disciplina que contribuya a su mejor formación humanística y técnica;
- **Solidaridad:** En las relaciones con sus colegas, el abogado debe guardar la mayor consideración y respeto. La fraternidad entre colegas, fundada en la noble misión que los une y los hace partícipes de las mismas preocupaciones e inquietudes, es una virtud que debe practicarse.

Los notarios además de los anteriores deben seguir los siguientes:

- **Buena Fe:** El notario observará siempre el deber ético de la verdad y la buena fe;
- **Fidelidad:** El notario debe observar fidelidad a la ley en todo documento que autorice.

Además el Artículo 6 de dicho cuerpo legal nos indica que acerca del cobro de honorarios, el abogado tendrá, como norma general, que el objeto esencial de la profesión es servir a la justicia y colaborar en su administración. El provecho o retribución nunca puede constituir decorosamente el móvil determinante de los actos profesionales.

CAPÍTULO III

3. La adopción, creada como una institución social, ahora protectora y de orden público tutelada por el Estado

La adopción, consiste en la institución de derecho, con fines sociales de protección, que busca ayudar a los menores en casos de abandono y/o desamparados, ubicándolos en hogares que reúnan las calidades correspondientes (económicas, morales, psicológicas y sociales), logrando con esto, que el menor se desarrolle, tanto física como moral y psicológicamente en un ambiente familiar.

3.1 Crítica a la institución actual

3.1.1 La pérdida del objetivo primordial de la institución

No hay dolor tan grande que pese más en la conciencia ciudadana que el robo de niños para su posterior venta. Acto criminal que retrata a un país débil, sin leyes, sin voluntad para atacar un flagelo salvaje, porque su acción provoca una guerra psicológica y material de daños incalculables en el entorno familiar y social, además de que palpa un peligroso vacío de autoridad en contra del crimen organizado.

Este desorden paralelo a la falta de aplicación de la justicia se debe en gran parte a los legisladores que, desde hace varias décadas, han venido manejando las leyes a su sabor y antojo, por supuesto siempre favoreciendo sus intereses personales o de carácter partidista, asunto indigno que ha llevado al país a la calamitosa situación de absoluto desenfreno, y lamentablemente entre estos, uno de los que más preocupa a la ciudadanía es el robo de niños que, ante la pasividad e indiferencia de las autoridades encargadas de hacer justicia y del

repudio generalizado de todo un pueblo traumatizado que clama justicia y respeto al derecho de vivir y trabajar en paz, clama una y otra vez que el Gobierno cumpla con el deber de resguardar la seguridad nacional como lo ordena la Constitución de la República, porque debido a la falta de ataque este flagelo pernicioso alcanza sumas aterradoras.

Luego de que Guatemala aprobó el convenio de La Haya, en marzo del año 2,007, relativo a la adopción internacional, el país se comprometió a modificar la legislación nacional.

De esa cuenta, el Congreso promulgó la “Ley de adopciones”. La propuesta intenta fortalecer la adopción por parte de padres guatemaltecos y hacer transparentes los procesos, además unifica el trámite nacional, al tiempo que crea y regula el internacional, pero dicha ley sufre de algunos vacíos legales los cuales han querido ser llenados de manera ineficiente.

Exige la prueba de ADN, cuando los menores de edad son entregados por sus padres o por uno de ellos. Dichas pruebas deberán ser realizadas en los laboratorios del Ministerio Público.

Introduce la obligatoriedad de que el niño ratifique su deseo de ser adoptado. Establece el mecanismo de seguimiento a fin de conocer cómo se está desarrollando el niño con la familia adoptante. El proyecto de ley garantizaba que a los 14 años el adoptado tenía derecho a saber su origen, si así lo solicitaba, esto fue omitido del texto de la ley de adopciones vigente. Deja claro que el niño dado en adopción tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, moral y espiritual. Prohíbe a los padres adoptivos ofrecer o disponer de los órganos de los niños o niñas. Quien sea dado en adopción no pierde la nacionalidad guatemalteca con motivo de la nueva filiación.

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

Sólo teniendo en consideración los cambios sufridos por la normativa guatemalteca que se mencionan en los párrafos que anteceden se puede tener un panorama más amplio de la falta de protección que padecían los menores dados en adopción.

3.1.2 La problemática actual

La mayoría de padres adoptivos tienen dos objetivos: encontrar a un niño pequeño que no se acuerde de sus padres biológicos y evitar las demoras burocráticas. Guatemala ha ofrecido ambas facilidades durante años. Las cifras lo comprueban.

El año pasado, el país dio en adopción 2,993 niños, lo cual lo ubica como la nación donde más se adopta a nivel mundial, si el dato se toma en cuenta proporcionalmente al número de habitantes. El 98 por ciento de esas adopciones fue internacional; 90 por ciento correspondió a bebés y 90 por ciento a niños que tienen padres.

Esos datos revelan una problemática que tipifica buena parte de las adopciones como ilegales, aunque el procedimiento esté amparado por la legislación vigente.

En ocasiones, los niños son robados o apartados de sus progenitores bajo presión psicológica. En el primer caso, se conocen denuncias de robo de bebés

en hospitales públicos o comercios. En el segundo, se sabe que las mujeres se prestan para simular ser madres, y luego entregan a los pequeños. Un estudio de Unicef relata una denuncia presentada por la embajada de Canadá en la Procuraduría General de la Nación.

3.1.3 El negocio de la adopción

“Nunca debe ser vista como un negocio”, dice Alejandra Vásquez, del Movimiento Social por los Derechos de la Niñez y la Juventud.

A pesar de las constantes denuncias en lo que respecta a adopciones internacionales que ha realizado la organización internacional defensora de los derechos humanos y Casa Alianza a lo largo de varios años, y de la presión nacional e internacional, continúan las anomalías por parte de algunos abogados que han convertido esta institución en un **negocio**.

Recientemente 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.

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

A las madres les entregan Q5 mil a cambio del niño, y a veces, incluso, les pagan la alimentación y atención médica antes y durante el nacimiento. “Eso es algo cruel e inadmisibles”, señala Acosta.

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 US\$60 mil. 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.

Los costos no deberían ser exorbitantes, porque ello desvirtúa la adopción. Eso ha pasado en el país, a tal grado que adoptar dentro de Guatemala resulta complejo, pues no ofrece las mismas ganancias.

3.1.3.1 Un contrato de compraventa de niños

La adopción “no es para los niños que tienen padres, sino para los huérfanos, para los que no cuentan con ningún familiar que se haga cargo de ellos, y para quienes, tras un esfuerzo real de Estado, son separados judicialmente de sus padres biológicos porque se determina que no es conveniente la convivencia”, explica Marvin Rabanales, de la Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos de la Niñez, Ciprodeni.

Adoptar es un acto de solidaridad y amor. “Consiste en brindar una familia a quien no la tiene, para ayudarlo a desarrollarse física, emocional y socialmente, y no exclusivamente en satisfacer el deseo o necesidad de una pareja”, comenta Gladys Acosta, representante del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Unicef, en Guatemala.

El principal ingrediente que estimula el crecimiento del robo de niños, para su posterior venta como si se tratara de la época de los esclavos, no cabe la menor duda que son los millones de dólares, que como vimos en párrafos anteriores, este hecho criminal reporta a los abogados sin escrúpulos que litigan estas negras transacciones y a las bandas organizadas de maleantes en las que se han involucrado además de algunos abogados, altas autoridades de justicia,

trabajadores de hospitales, ya que la edad preferida para consumir este ilícito es de cero a tres años; Qué tristeza, qué vergüenza, que elementos que se desempeñan en el poder público, llamados a la protección ciudadana, sean los criminales que aterrorizan con sus actos ambiciosos y corruptos a la familia guatemalteca. Desafortunadamente las leyes no siempre se ajustan para resolver los problemas y la realidad de las comunidades, muchas veces por mala fe, por vacíos en el articulado o por ignorancia, aun cuando la ley no permite el desconocimiento de sus mandatos.

Pero cuando las leyes fallan, se cambian, se actualizan y cuando existen lagunas se crean nuevas normativas para asegurar la justicia en todos los órdenes sociales, por ello, desde ya es importante agilizar la implementación de la ley que regula y garantiza la seriedad y limpieza de las adopciones de niños desamparados o en situación de riesgo y evitar esos negocios detestables e ilegales de la venta de infantes millonaria que es el principal estímulo para hacer crecer cada día más el robo de niños en forma violenta, arrebatándolos de los brazos maternos, secuestrándolos de los propios hospitales con la complicidad de empleados.

“...Sería de gran beneficio humanitario y comunal, crear leyes positivas que prohíban terminantemente las casas cuna particulares, focos de corrupción. Quedando únicamente el Gobierno como único responsable de menores desamparados o en situación de riesgo; crear un equipo de abogados pagados por el Estado para gestionar las adopciones en nombre del Gobierno, con estas medidas se daría un fuerte manotazo al crimen del robo de niños y adopciones millonarias”. (Fuente Prensa Libre, 12/08/06, página 15)

3.1.3.2 Modus Operandi

La desaparición de menores obedece a que la demanda aumenta, según la Procuraduría de los Derechos Humanos “el robo de niños demuestra falta de interés del Estado en protegerlos. Si bien existen varios exámenes para determinar la paternidad de un niño, eso es pasable. Los ladrones se aprovechan de esa debilidad y cometen con mayor facilidad esos hechos deleznable”. El Procurador y los investigadores de la policía coinciden en que estas mafias han descubierto nuevos métodos para cometer sus fechorías.

Un oficial de la Sección de Menores de la Dirección de Investigación Criminal (Dinc) asegura que quienes se dedican a robar niños buscan que no sean mayores de un mes, pues la mayoría no han sido inscritos en el registro civil. Eso, facilita el trámite de inscripción, buscar una madre sustituta e iniciar los trámites de adopción o exportación del bebé a un país intermedio, como El Salvador o Panamá.

“El niño no tiene identidad, y la madre difícilmente puede reclamarlo. Por eso se cometen robos en los alrededores de los hospitales, muchos de los cuales no son denunciados, por temor a represalias, pues los delincuentes amenazan de muerte a las madres, si informan”.

Según la Procuraduría General de la Nación, existen casos en los que los niños robados han sido llevados a hogares temporales del Gobierno, y la mafia espera a que sean declarados en estado de abandono para iniciar el proceso de adopción por medio de los juzgados de familia.

Actúan en pareja, especialmente mujeres. Los últimos cinco robos de menores, descubiertos por investigadores de la Policía, coinciden en que quienes los arrebataron fueron mujeres entre 25 y 30 años de edad.

Los agentes de la policía explican que éstas actúan con el respaldo de uno o más hombres que las esperan en un automóvil, en los alrededores de donde cometen el robo.

Estas bandas procuran robar niños menores de un mes, pues es el tiempo en que la ley establece que deben ser inscritos en el registro. Los pequeños son llevados a hogares temporales o son encargados a cuidadoras, en barrios populares, a quienes les pagan Q1 mil mensuales por cada niño.

A continuación podemos observar varios casos en que las madres han sido abordadas por las famosas intermediarias, (los nombres de las personas que intervinieron fueron cambiados por razones de seguridad).

Primer caso

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 que su hija Karla 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 una abogada, quien la iba a ayudar económicamente para curar la enfermedad de su hija; Sandra se reunió con esta abogada en un restaurante de la zona 9 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 de la ciudad capital, 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. 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.

Segundo caso

Sonia, una joven de 15 años de edad, madre de María, un 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 el 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 Q2 para que comprara un pañal, 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 necesitaban un donador de sangre para su hija, pues se había puesto grave, y la llevó al mismo laboratorio del caso anterior. 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 una abogada, quien la hizo firmar documentos en blanco, indicándole que serían para el sanatorio. 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 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 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.

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 guatemaltecas.

Aparte, la registradora civil de la población de Casillas, Santa Rosa, Ruth Donis, comentó que es fácil determinar cuando un niño va ser dado en adopción de manera anómala.

“Normalmente, el niño es dado en calidad de guarda y custodia a la familia receptora y, después de corto tiempo, se lleva a cabo el trámite de la adopción; sin embargo, cuando se hace de forma inapropiada los trámites, son solicitados inmediatamente después del parto”, explicó.

Detalló que algunas veces las madres dan a luz en el hospital de Cuilapa, por lo que la partida del bebé es asentada en ese lugar. Con ello, el trámite debe efectuarse en aquella comuna, pero aún pueden detectar si hay anomalías, pues para la adopción la ley exige la presentación de tres fotocopias autenticadas de las partidas de nacimiento del niño, y tres fotocopias de la cédula de vecindad de la madre.

La progenitora puede no ser originaria de aquí, pero si está avecindada debe cumplir con esa parte del trámite. Igual situación se da si es nacida aquí, pero está avecindada en otro lugar. “Debe obtener aquí las tres copias de la partida de nacimiento”, subrayó Ruth Donis.

Las féminas que venden a sus hijos son generalmente jóvenes, aunque se tiene registrado un caso de una mujer que vive en la colonia Linda Vista, de ese lugar, a quien se señala de haber negociado a tres de sus hijos.

Asimismo, se sabe de otra fémina que vive en la aldea Guacamayas, a quien se señala como gestora entre vendedores y compradores.

La adopción de niños es un trámite respaldado por la ley, y la municipalidad no puede evitar que los infantes sean comercializados. “Lo único que podemos hacer es comprobar que sea a la progenitora a la que se entregue la documentación del recién nacido”, expuso Donis.

De hecho, en una ocasión se descubrió que un infante estaba siendo negociado por su abuela materna, tras haber fallecido la madre. “Como se le pusieron obstáculos legales, empezamos a recibir amenazas por teléfono. Tuvimos que dar trámite a la papelería”, señaló.

La funcionaria indicó que, detrás de esta red, hay abogados, pues son ellos los que tiene la potestad legal de tramitar las adopciones.

El pasado 19 de junio de 2,007, se llevó a cabo una reunión para tratar el problema en la que participó personal de la Policía Nacional Civil (P.N.C.), Juzgado de Paz, Ministerio Público (M.P.), Auxiliatura de Derechos Humanos, sectores sociales y personal de la comuna. El objetivo era detener el rumor de robo de infantes en Casillas. Durante la reunión, el comisario Marcos Hernández, jefe de la P.N.C., corroboró que no hay registro de quejas por robo de niños. La representante de la fiscalía del M.P. refirió que tampoco ellos han recibido denuncias. Edwin Leonel Orantes, profesor y líder magisterial, citó que, debido a los rumores, los educandos no asisten a clases, por lo que es necesario aclarar a la población que dichos comentarios son infundados.

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado

4.1 Guatemala, normativa nacional

Actualmente la dispersión de las normas que regulan la adopción en Guatemala fue escuetamente subsanada, pero aún existen vacíos y contradicciones que hacen que aún cuando las adopciones tengan un manto de legalidad, no garantizan a niños y niñas la protección integral que se requiere. Las bases legales de la adopción en Guatemala están contempladas en el artículo 54 de la Constitución Política, la Ley de adopciones, el Código Civil, la Ley de tribunales de familia, el Código procesal civil y mercantil, la Ley reguladora de tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, y la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia.

La Constitución de la República de Guatemala dispone en su Artículo 54 que: “El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”. La Ley de adopciones (Decreto número 77-2007) regula actualmente todo lo relativo al tema de las adopciones en Guatemala, tanto nacional como internacionalmente. El Código Civil guatemalteco (Decreto Ley 106), en los artículos comprendidos del 228 al 251, regulaba someramente el concepto de adopción, definiéndola como “acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona”, permitiendo la adopción del mayor de edad, siempre que este diere su consentimiento expreso, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad. También contemplaba los efectos de la adopción, desde un punto de vista de adopción limitada, no plena; así, por ejemplo, establecía que el adoptado y su familia natural conservaban sus derechos de

sucesión recíproca y regulaba el supuesto en que el adoptado no fuese heredero del adoptante; de igual modo establecía que el adoptado que fuese menor de edad al morir el adoptante, este volvía al poder de sus padres naturales o tutor, o a la institución de asistencia social que procediera.

Las disposiciones de este código eran insuficientes y no respondían a la realidad social, donde un gran porcentaje de las adopciones son internacionales y se tramitan por la vía de la ilegalidad, aparte de que violan el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño y no responde a los principios internacionalmente aceptados a través del Convenio de la Haya, ratificado por Guatemala. A continuación se detallan una serie de deficiencias que atentan contra la institución de la adopción y que el Código Civil guatemalteco no preveía.

- No establecía la subsidiariedad de la adopción internacional respecto de la nacional;
- No establecía la actuación en el interés superior del niño;
- No exigía el consentimiento del menor de edad que fuera a ser adoptado cuando tuviera edad para ello (12 años suele ser la edad dispuesta por los diversos ordenamientos), ni se regulaba la necesidad de que fuese oído cuando tuviera suficiente juicio;
- No tenía en cuenta la idoneidad de los adoptantes en relación con las necesidades del niño;
- No se regulaba el control del origen del niño, por ejemplo: no contemplaba una autoridad o entidad estatal encargada de llevar tal control antes de iniciarse el procedimiento judicial; ni tampoco existía control sobre las casas cuna o lugares de acogimiento del niño;
- No se exigía que en la legislación del país receptor existan leyes que garanticen los mismos derechos y obligaciones reconocidos al menor de edad en su país de origen;
- La adopción no siempre era plena, de modo que a veces no se rompían totalmente los vínculos con la familia biológica; cabía la revocación de la

- adopción; ausencia de derechos hereditarios por parte de algunos parientes, cuyo parentesco surgía a raíz de la adopción; la familia biológica seguía conservando derechos sobre el niño dado en adopción;
- No se establecía la necesidad de un seguimiento del niño que es adoptado por una familia residente en el extranjero, corriéndose el peligro de que los padres adoptivos lo utilizaran para fines bastardos (prostitución, tráfico de órganos, etc.).

Es importante mencionar la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, especialmente en lo referente a los artículos 28 al 33, puesto que, en estos escasos artículos, la citada ley regulaba el procedimiento a seguir ante notario, el cual constituía el procedimiento llevado a cabo en el 98% de las adopciones. Estos artículos actualmente fueron derogados por la Ley de adopciones.

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

El procedimiento anterior al establecido en la Ley de adopciones, no ofrecía ninguna garantía de velar por los intereses del niño; no se le daba participación, ni para que consienta ni para que se le oiga; los consentimientos nunca se prestaban ante ninguna autoridad, de modo que el notario podía, si faltare a la ética de su

profesión, eludir dichos consentimientos falsificando alguna firma o conseguirlos a través de medios ilegales (coacción, corrupción por dinero, etc.); la idoneidad del adoptante se basaba en el testimonio de dos personas que pueden estar compradas o no conocer siquiera al adoptante; no se hacía ningún seguimiento en caso de adopción internacional, pero con esto no digo que la presente ley sea la panacea de la adopción puesto que esta también sufre de deficiencias en su contenido.

La Ley de tribunales de familia solo nos remitía al Código Civil en caso de adopciones y el Código procesal civil y mercantil solamente deja abierta la puerta para la realización de las adopciones por la vía extrajudicial (Artículo 401 Código Procesal Civil y Mercantil).

Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, es otro cuerpo legal en cual aparece regulada la adopción, hace mención del reconocimiento otorgado por el Estado a dicha institución y la igualdad entre los hijos, además señala algo que los demás cuerpos legales han pasado por alto, que es, que las autoridades deben basarse en información pertinente y fidedigna.

De conformidad con el Acuerdo 051-2007 se creo el Registro de avisos notariales de adopción, para dar certeza de la legalidad de la procedencia del menor, entre los nuevos requisitos que se solicitaran en el aviso (formulario) están:

- Nombre del niño, lugar y fecha de nacimiento, hospital o dirección de donde se atendió el parto, nombre de la persona que atendió el alumbramiento, y observaciones al respecto;
- Datos de inscripción del nacimiento del niño, en registro civil, que incluya numero de folio y libro;
- Impresiones dactilares, plantares y palmares y fotografía reciente del niño;
- También se exige conocer los nombres de los padres biológicos, lugar de nacimiento de éstos, y sus datos de inscripción de nacimiento, con números

de folios y libros. Es indispensable incluir el número de orden y registro de la cédula de vecindad, y lugar donde fue extendida;

- Los padres que dan en adopción a su hijo deben proporcionar su dirección actual y su número de teléfono;
- El formulario tiene un renglón que debe llevar la dirección y teléfono del lugar donde se localiza el niño, nombre de la persona que lo cuida o denominación del hogar que lo atiende;
- Además, debe llevar el número y lugar donde fue extendida la cédula de vecindad de la persona que cuida al infante o la del representante del hogar;
- Información sobre el estado de salud del niño y nombre del médico tratante, número de colegiado, dirección y número de teléfono de la clínica;
- Nombre de los nuevos padres, país de origen, dirección y número de teléfono e identificación del mandatario judicial con representación en Guatemala;
- Nombre del notario y número de colegiado activo.

Aunque dicho aviso (formulario) podría contribuir a obtener un mayor estado de legalidad, además debió llevar como uno de los requisitos de mayor importancia, un examen de ADN de la madre, para obtener la certeza absoluta de que es la madre biológica del menor, garantizando así que el menor no sea producto de un ilícito.

En lo referente a la sustracción de menores, aparece regulada en el Código Penal guatemalteco dividiéndola en figuras como la sustracción propia que recae sobre quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos; la sustracción impropia que es cuando el encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición; la sustracción agravada que se da en caso de

desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción; la inducción al abandono del hogar consiste en inducir a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, será sancionado con prisión de seis meses a dos años; y la entrega indebida de un menor que consiste en aquella situación en que se encuentra una persona que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad en su defecto.

4.2 El Salvador

La primera ley de adopciones de El Salvador se expidió en 1,956, pero la misma no se preocupaba por garantizar los derechos de la niñez. La Constitución de la República de 1,982 estableció que los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y los adoptivos tienen iguales derechos frente a sus padres. En 1,990 El Salvador ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño. En octubre de 1,994 entraron en vigencia el Código de familia y la Ley procesal de familia, que contemplan la adopción dentro de un marco que incorpora la filosofía y los principios rectores de respeto a los derechos de la niñez. En julio de 1,998 fue ratificado el Convenio de La Haya. Según las normas mencionadas el adoptante debe comparecer personalmente ante el juez para recibir al niño o la niña y ningún niño puede salir del país a residir al extranjero con fines de adopción, sin antes realizarse el trámite de adopción en El Salvador. Asimismo, se exige el agotamiento de toda posibilidad de acogida en familia antes de considerarse la adopción y se da preferencia a la adopción nacional, de manera que la adopción internacional se considera el último recurso.

Los padres adoptivos extranjeros deben ser aptos para adoptar en el lugar de su residencia, ser evaluados psicosocialmente por profesionales de una

institución pública o privada debidamente autorizada por el Estado, contar con el compromiso de una institución para dar seguimiento en el país de recepción una vez el niño haya sido adoptado y ser considerados aptos para adoptar en El Salvador. (Fuente: Procuraduría General de la República e Instituto Salvadoreño de Protección del Menor). El proceso de adopción comprende una fase administrativa y otra judicial.

- **Fase administrativa**

Establecida por el Artículo 168 del Código de familia, constituye una garantía especial para los derechos del niño y recae sobre la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor. La Procuraduría General de la República, que forma parte del Ministerio Público y a quien constitucionalmente le corresponde velar por los derechos de la familia y de los niños, cuenta con sesenta años de creación y por lo tanto, con experiencia en materia de adopción; por su parte el instituto salvadoreño de protección al menor, creado en 1,993, adquirió competencia en la materia a partir de la vigencia del Código de familia. En la actualidad ambas instituciones participan separada y conjuntamente en la aplicación de nuevos principios del derecho de familia y de la niñez.

Las atribuciones del instituto salvadoreño de protección al menor en materia de adopción, son las de calificar, conjuntamente con la Procuraduría General de la República, la aptitud de la familia adoptante y calificar la aptitud del niño o niña para su adopción, para lo cual realiza una investigación social, psicológica y legal sobre la situación del menor y su familia.

La Procuraduría General de la República, por su parte, está encargada de calificar, conjuntamente con el instituto salvadoreño de protección al menor, la aptitud psicológica y social de la familia adoptante; asignar a los niños

considerados sujetos de adopción por el instituto, una familia que le garantice su desarrollo y protección integral y autorizar el inicio de la fase judicial.

- **Fase judicial**

Al juez de familia le corresponde decretar la adopción del niño o de la niña. A partir de la vigencia del Convenio de la Haya, se determinó que las autoridades centrales para el trámite de adopciones internacionales serían el instituto salvadoreño de protección al menor y la Procuraduría General de la República y se determinó la necesidad de organizar una oficina conjunta, denominada Oficina para las adopciones, OPA, la cual fue creada el 18 de febrero de 1,999, tiene como autoridad máxima al Procurador General de la República y a la directora ejecutiva del instituto salvadoreño de protección al menor y cuenta con un coordinador, tres abogados, dos trabajadoras sociales y dos psicólogas.

Con la constitución de esta oficina se pretendió crear un solo proceso, ágil y transparente, que permita centralizar y sistematizar la información. (Fuente: Procurador de la República. El Salvador).

4.3 Honduras

En Honduras la figura se maneja con base en la Constitución de la República (1,982), la Convención sobre los Derechos del Niño (1,990), el Código de la niñez y la adolescencia (1,996), el Código de la familia (1,984) y la Ley marco del instituto hondureño de la niñez y la familia (1,997).

A partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aprobación del Código de la niñez y la adolescencia se dio inicio al proceso de reformulación de la adopción desde el punto de vista legal, conceptual, social e institucional. Como resultado, la adopción ha sido incorporada al sistema

hondureño de protección a la niñez y la familia (IHNFA), una entidad de reciente creación que actúa como rectora de la política social del Estado hacia la niñez y la adolescencia. El proceso de adopción en Honduras tiene cuatro etapas:

- **Administrativa**

La cual es responsabilidad exclusiva del instituto hondureño de la niñez y la familia e implica la investigación, evaluación y análisis legal y psicosocial de niños y niñas y de los padres candidatos para adoptar.

- **Jurisdiccional**

Competencia de los tribunales de familia, que dictan sentencia definitiva autorizando la adopción.

- **Notarial**

Que consiste en la escrituración de la adopción, una vez ha concluido la etapa jurisdiccional.

- **Registral**

Que se refiere a la inscripción del niño o la niña en el registro nacional de las personas.

Para que el niño o la niña sea candidato a adopción tiene que pertenecer a los programas del IHNFA por ser huérfano, abandonado o porque sus padres han dado el consentimiento para la adopción. El status de los niños candidatos a adopción sólo se obtiene cuando los tribunales de la niñez emiten sentencia definitiva que decreta el abandono o cuando el IHNFA ha investigado la

procedencia del niño o la niña. En los casos en que el infante sea entregado por los padres, éstos tienen que comparecer ante el tribunal de familia a dar su consentimiento para la adopción.

La Ley de familia exige que la tramitación de adopciones se realice través de agencias o entidades públicas o privadas acreditadas; con tal procedimiento se busca garantizar a los niños y a las niñas su integración en hogares constituidos y asegurar el seguimiento pos adopción en relación con la adaptación del niño y el trato que le brinda la familia.

Además para garantizar una mayor protección al menor se solicita una certificación médica de que el adoptante o adoptantes no padecen de enfermedad infectocontagiosas o de otra índole, que representen peligro para el adoptado.

En Honduras actualmente se encuentran registradas y acreditadas varias agencias de adopción estadounidenses, canadienses y españolas. Las agencias deben tener un representante en Honduras y acudir al IHNFA, entidad que luego de una exhaustiva investigación y de la aprobación de un comité ad-hoc, efectúa el registro de las mismas. (Fuente: IHNFA)

4.4 Costa Rica

La Constitución Política de la República de Costa Rica establece en su Artículo 55, que La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia. Además la ley No. 5476 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 5 de febrero de 1,974 Código de familia, recalca lo establecido en la Constitución Política de la República de Costa Rica, en lo concerniente a que, la protección especial a los derechos de la madre y de los menores de edad estará a cargo del

Patronato nacional de infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.

La legislación de la república de Costa Rica reconoce la adopción como una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.

Si la solicitud se funda en una situación de riesgo social que haga apremiante el depósito del menor de edad en una persona o institución adecuada, el solicitante podrá gestionar, junto con la solicitud de declaratoria de abandono, la presencia del juez en el lugar donde se encuentre el menor de edad, para constatar los hechos y autorizar que el menor de edad se separe inmediatamente de su padre, su madre o sus guardadores. También deberá autorizar el depósito provisional. En este caso, la juez, presentada la solicitud ante el despacho judicial, dispondrá una comparecencia en el lugar señalado por el gestionante dentro de las veinticuatro horas siguientes. Asistirán el solicitante, el representante del Patronato nacional de la infancia y un trabajador social de esta institución. De la comparecencia se levantará un acta y, en ella, el juez podrá autorizar el traslado inmediato de la persona menor de edad para ser depositada temporalmente, mientras se resuelve el proceso.

4.4.1 Clases de adopción

De conformidad con la legislación costarricense la adopción puede ser conjunta o individual, si el adoptante es único, la adopción es individual. La adopción conjunta es la decretada a solicitud de ambos cónyuges y solo pueden adoptar así quienes tengan un hogar estable.

4.5 Panamá

Para la legislación de Panamá la adopción es la institución jurídica familiar en favor del hijo o hija que no lo es por consanguinidad, y puede ser conjunta o individual.

La ley 3 del 17 de mayo de 1,994 de Panamá, Código de la familia, establece que la familia la constituyen las personas naturales unidas por el vínculo de parentesco o matrimonio, el parentesco puede ser de tres clases: por consanguinidad, por adopción o por afinidad, además expresa que todos los hijos e hijas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes con respecto a sus padres, sean consanguíneos o adoptivos. La adopción crea un vínculo de parentesco entre el o la adoptante y el adoptado, igual al existente entre padre o madre e hijos biológicos, vínculo del cual se derivan los mismos derechos y deberes del parentesco por consanguinidad. Este parentesco legal se extiende a los descendientes del adoptado y a la familia del adoptante.

Pueden ser adoptados los menores de dieciocho (18) años de edad que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes, cuando:

- Carezcan de padre y madre;
- Sean hijos de padres desconocidos;
- Se encuentren en estado de abandono; se considera en estado de abandono el menor cuyos padres o guardadores lo confían a un establecimiento público o privado, por no poder proveer su crianza y educación, desentendiéndolo injustificadamente en el orden afectivo, económico y familiar por espacio de seis (6) meses. Asimismo, se considera abandonado el menor cuyos padres rehúsan el cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la relación parental, en términos tales que hagan presumir, fundamentalmente, el abandono definitivo;

- Teniendo padre y madre o uno solo de ellos, mediase el consentimiento de los mismos; y
- Los menores maltratados.

Si el menor tiene siete (7) o más años de edad debe ser escuchado personalmente para conocer su opinión, y resolver lo que proceda.

4.6 La colocación familiar u hogar sustituto

La colocación familiar u hogar sustituto consiste en ubicar a un menor de edad, un anciano, un discapacitado o a un enfermo desvalido en un centro u hogar distinto al de sus padres, guardadores o parientes, con la obligación de alimentarlo, custodiarlo, educarlo, asistirlo y readaptarlo socialmente.

El que asuma la responsabilidad de aceptar una persona en colocación familiar u hogar sustituto se le denomina acogente. El acogente puede ser una persona natural o jurídica destinada a tales fines, siempre que cumpla con los requisitos legales y reglamentarios. Tratándose de persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre la persona o personas que la representen. El acogente adquiere la condición jurídica de representante provisional del acogido. A la persona que es recibida en colocación familiar u hogar sustituto se le denomina acogido. Éste podrá ser un menor de edad, un anciano, un discapacitado o un enfermo desvalido. En los casos de menores en circunstancias especialmente difíciles, o sea, que se encuentre en situación de riesgo social, el juez de menores podrá ubicarlos en colocación familiar u hogar sustituto por un período provisional máximo de seis meses.

4.6.1 Efectos

El acogente está obligado a velar por la salud, seguridad física y moral y por la educación de la persona colocada en su centro u hogar, y a ofrecerle las condiciones de seguridad y afecto necesario para el saludable desarrollo integral de su personalidad, sin que por ello el acogente tenga derecho a exigir remuneración o contraprestación alguna.

4.7 Instrumentos internacionales

En esta parte se hará referencia a Instrumentos internacionales como por ejemplo: La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Guatemala en 1,990, y a la Convención de la Haya relativa a la protección y a la cooperación en materia de adopción internacional, firmada y ratificada recientemente por Guatemala (2,007), Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, ciudad de La Paz, Bolivia, el día veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, ciudad de Montevideo, república oriental del Uruguay, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve, Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, ciudad de México, D.F., México, el día dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

- **Convención Sobre los Derechos del Niño**

El Estado de Guatemala es parte, desde el 10 de mayo de 1,990, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual, en sus artículos garantiza a los menores de edad protección contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Además consagra derechos como el de estar con su familia y a no ser separado de ésta, salvo cuando las

autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Establece que se adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Para este fin los estados partes promoverán la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes. Regula la adopción como un mecanismo de protección para el niño temporal o permanente privado de un medio familiar y derechos como: derecho a la protección y asistencia especial del Estado, cuidados alternos de los menores como la colocación en otras familias, la Kafala del derecho islámico, y de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

Señala además principios que rijan las adopciones como: el interés superior del niño; velar porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes; el reconocimiento, 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; velar porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; adoptar las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no de lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

De conformidad con este cuerpo legal los estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

- **Convención de la Haya**

Adoptada por la Conferencia de La Haya, el 10 de mayo de 1,993. Guatemala recientemente se ha adherido a este convenio, por lo cual, es importante mencionarla considerando que su adhesión es un paso trascendental para la transparencia de las adopciones en Guatemala; este convenio ha sido inspirado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1,989 y dispone lo siguientes objetivos:

- Establecer garantías para que las adopciones internacionales se lleven a cabo teniendo en cuenta el interés superior del niño y el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional;
- Instaurar mecanismos de cooperación entre estados contratantes, que prevengan la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- Asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas de acuerdo al Convenio.

Sólo se aplica el convenio a las adopciones internacionales, es decir, cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (el Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (Estado de recepción), además sólo regula un tipo de adopción que es la plena; la que establece un vínculo de filiación.

Para la implementación de este convenio se necesita cumplir con las siguientes condiciones: Las autoridades del país de origen deberán establecer que el niño es adoptable; que la adopción internacional es lo más beneficioso para él, tras haber examinado previamente las posibilidades de una adopción nacional; asegurarse de que se han prestado los consentimientos exigidos (incluido el del propio niño) y que éstos han sido dados en la forma que especifica el convenio (previo asesoramiento, libremente, sin que mediare pago o compensación).

Las autoridades del país receptor deberán constatar la idoneidad de los padres y que éstos han sido convenientemente asesorados, así como que el niño está autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

En todo Estado contratante se designará una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones del convenio que guardará toda la información referente al niño y a los futuros padres adoptivos. En Guatemala es el Consejo Nacional de Adopciones, el cual se encuentra adscrito a la Procuraduría General de la Nación, y en el participan la Procuraduría General de la Nación, Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente de la República (SOSEP), Ministerio de Relaciones Exteriores, Sociedad Civil, Organismo Judicial (jueces de niñez) y el Congreso de República.

El Convenio de la Haya establece el procedimiento a seguir en caso de adopciones internacionales, el cual consiste en, la solicitud de los particulares a la autoridad central del Estado de su residencia habitual; informe de dicha autoridad central a la autoridad central del Estado de origen del niño (en caso de que se considere que los solicitantes son aptos para adoptar, en dicho informe se hará constar toda la información sobre ellos: identidad, capacidad jurídica, situación personal, familiar y médica, motivos, etc.); informe sobre el niño por parte de esta Autoridad del país de origen a la del país de recepción (sobre su identidad, adoptabilidad, evolución, historia médica, etc., teniendo siempre en cuenta las condiciones de educación del niño, así como su origen étnico, religioso y cultural) y constatación de que la adopción obedece efectivamente al interés superior del niño, que se han dado los consentimientos requeridos, y que los padres adoptivos son aptos para esa adopción; ambas autoridades centrales tomarán las medidas para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen, así como de entrada y residencia permanente en el país de recepción; igualmente se asegurarán de que el traslado se realice con toda seguridad, en condiciones

adecuadas y en compañía de sus padres adoptivos (salvo casos extremos de imposibilidad).

El convenio además establece que a) No habrá contacto alguno entre los padres adoptivos y los padres biológicos del niño y otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones señaladas en el convenio (declaración de adoptabilidad, aptitud e idoneidad, etc.), salvo cuando la adopción tenga lugar entre familiares; b) Las autoridades conservarán toda la información sobre el niño y sus padres, el niño o su representante podrá tener acceso a ella en la medida que lo permita la ley del Estado; y c) Estarán prohibidos los beneficios materiales indebidos (es decir, de honorarios excesivos).

- **Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores**, Ciudad de la Paz, Bolivia, veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro

Los Gobiernos de los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, han acordado que 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; que 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; y que la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá sobre la capacidad para ser adoptante; los requisitos de edad y estado civil del adoptante; el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere del caso, y los demás requisitos para ser adoptante. Excepto 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, en este caso regirá la ley de éste.

Las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional. Las instituciones que acrediten las aptitudes referidas se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para este efecto la autoridad otorgante comunicará a la institución acreditante, el otorgamiento de la adopción.

En caso de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima; los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

En caso de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes). Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción. Cuando sea posible la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, la conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la conversión. Si el adoptado tuviera más de 14 años de edad será necesario su consentimiento y serán

competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión.

Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones. En los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, el adoptado, el adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.

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 para lo cual serán competentes los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción.

Para decidir en lo concerniente a las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos) serán competentes los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

- **Convención interamericana sobre restitución internacional de menores**, Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve

El Instituto interamericano del niño tendrá a su cargo, como organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados parte de esta convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia.

Esta convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores (para los efectos de esta convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad) que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita (el derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual) y el de custodia o guarda (el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia) por parte de sus titulares.

Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

Son competentes para instaurar el procedimiento de restitución de menores, en ejercicio del derecho de custodia o de otro similar, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución; y son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

De conformidad con esta convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta convención.

Procedimiento para la restitución: Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercerlo a través de exhorto o carta rogatoria; mediante solicitud a la autoridad central, directamente, o por la vía diplomática o consular. La solicitud o demanda, deberá contener:

- Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;
- La información pertinente, relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado; y
- Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

Además a la solicitud o demanda se deberá acompañar la siguiente documentación:

- Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa, si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;
- Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;
- Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;
- Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos; e
- Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos si, a su juicio, se justificare la restitución. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno corresponda, tutelar los derechos del menor. Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción.

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención; b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico; la autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

La oposición fundamentada a la que se refieren los párrafos anteriores, deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene, las autoridades judiciales o administrativas evaluarán las circunstancias y las pruebas que aporte la parte opositora para fundar la negativa. Deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor, y requerirán, en caso de ser necesario, la asistencia de las autoridades centrales, o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte.

Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

Los procedimientos previstos en esta convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente. Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción, el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

La restitución del menor no implica prejujuicio sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda. Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un menor o de su retención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte a donde el menor ha sido trasladado o donde está retenido, no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no se reúnen las condiciones de la convención para un retorno del menor o hasta que un período razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de esta convención.

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas con derecho (los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución) o de las autoridades directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado.

La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél. La autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el párrafo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean

conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción. La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

Si la restitución no fuere solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas (mencionadas en el párrafo anterior) podrán quedar sin efecto. El levantamiento de las medidas no impedirá el ejercicio del derecho a solicitar la restitución, de acuerdo con los procedimientos y plazos establecidos en esta convención.

La restitución del menor dispuesta conforme a la presente convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

- **Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores,** Ciudad de México, D.F., México, dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro

El objeto de la presente convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. En tal sentido, los Estados Parte de esta convención se obligan a: a) Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior; b) Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y c) Asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Esta convención se aplicará a cualquier menor (todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años) que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor. De conformidad con la presente convención se tendrán presentes los siguientes conceptos:

- a) Menor, significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años;
- b) Tráfico internacional de menores, significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos;
- c) Propósitos ilícitos, incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado;
- d) Medios ilícitos, incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

- a) El Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;
- b) El Estado Parte de residencia habitual del menor;
- c) El Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y
- d) El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

Procedimiento: La solicitud de localización y restitución del menor derivada de esta convención será promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor y serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

La solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las autoridades centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en esta convención. Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado Parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor.

Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate.

La guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones previstas en el párrafo anterior.

CAPÍTULO V

5. Destino de los adoptados

Durante los últimos diez años, más de 18,000 niños guatemaltecos han sido adoptados por familias en los Estados Unidos. Los niños han sido recibidos con los brazos abiertos y por toda la vida serán bendecidos con un hogar permanente y cariñoso. Adicionalmente, estos niños adoptados son un importante puente entre las sociedades de los Estados Unidos y Guatemala. El adoptar a un niño guatemalteco les brinda a los padres estadounidenses un lazo con Guatemala, que es más fuerte y profundo que el que pudiera darles un simple viaje al extranjero. Para asegurarse de que todas las adopciones realizadas entre países se hagan en el mejor interés de los niños necesitados, la comunidad internacional desarrolló la Convención de La Haya para adopciones entre países; Guatemala reconoció el valor que tiene esta convención y la ratificó en el año 2,007.

La importancia de la ratificación de la convención radica en que al ver alrededor del mundo, nos encontramos con gran cantidad de ejemplos de explotación, venta y tráfico de niños, también encontramos que algunos de los padres biológicos, particularmente algunas madres jóvenes, son obligadas y engañadas respecto a la ubicación y el bienestar de sus hijos. Se debe poner un alto al fraude, a la corrupción y a la violencia que dañan a los niños vulnerables, a los padres biológicos y a los posibles padres adoptivos.

A partir del año 2,008, todas las adopciones entre Guatemala y los Estados Unidos deberán de respetar los requerimientos de la convención.

5.1 Relatos de adoptados y adoptantes

Primer caso

A José y Raquel Umpierre, de Puerto Rico, sólo les faltaba la visa del niño para adoptarlo, pero al final fue entregado por la directora del orfanato a otra pareja. El pasado 10 de abril vinieron cargados de regalos para Manuelito, a quien ya consideraban su hijo. Pero un supuesto engaño de la directora de una casa hogar ubicada en la zona 10, arruinó la que iba a ser la última fase del proceso de adopción del niño. “Hace dos años decidimos venir a Guatemala con la ilusión de tener un hijo”, relató José Umpierre, quien aseguró adorar el país. “Fuimos a la casa hogar, pagamos US\$6 mil y firmamos un poder para que un abogado nos representara. Empezamos a compartir la vida de Manuelito en cada viaje desde Puerto Rico”. Su esposa, Raquel, ha perdido seis kilos desde que le dieron la noticia. “Araceli Reyes me miró a los ojos y me dijo que el 17 de abril me llevaría a mi ‘chapincito’ a Puerto Rico”, dijo. Sin embargo, el niño fue dado en adopción el 3 de febrero a un matrimonio de EE.UU.

José afirmó que agotarán la última parte de sus vidas para luchar contra “los mercaderes de niños”.

“Es un caso muy fuerte en el que están implicados muchos sentimientos y la vida de un niño”, dijo el abogado que lleva el caso.

Segundo caso

“Me siento feliz al haber adoptado a mis dos niños, ya que han sido una bendición y alegría para nuestro hogar”, cuenta Josefina. Ella y su esposo no pudieron tener hijos, por lo que decidieron iniciar un proceso de adopción. El primero en llegar a su hogar fue Miguel, quien tiene 3 años y padece de retraso

mental. “A mí no me importó que Miguelito tuviera ese problema, porque con más razón pedí que me lo dieran”, relata Josefina.

Tercer caso

La Embajada de Canadá denunció ante la Procuraduría General de la Nación los casos de adopción de Juan Carlos Mazariegos, Flor de María Soto y Yaqueline Ramírez, pues los resultados del examen de ADN fueron negativos.

También informó sobre los gemelos Esvin Orlando y Selvin Alexander Laparra, a quienes no se les practicó el ADN, pero que fueron devueltos en las mismas circunstancias a la supuesta madre. Los investigadores de la PGN viajaron a Santa Catarina, San Marcos, para verificar la devolución de los niños. El 11 de julio de 1,997 encontraron a uno de los niños Laparra en el Hospital Nacional de San Marcos. La Policía Nacional allanó la casa de Verónica Soto Hernández y ahí encontró al otro hermano. Soto afirmó que la señora Laparra le había regalado al niño, pero sólo de palabra; ambas mujeres fueron detenidas por la Policía Nacional.

Posteriormente se buscó a Flor de María Soto. La supuesta madre informó que no tenía a la niña y que no era su hija, sino que había sido regalada por Lucinda Bautista, quien estaba presa en San Marcos. Yolanda Soto dijo que recibió Q.300.00 por representar ser la madre de Flor de María, que Nieves Barrios entregó la constancia para asentar la partida de nacimiento de la niña como su hija (Nieves Barrios se encontraba presa, por tráfico de niños, desde el 10 de abril de 1,997) y que fue amenazada para que fuera a la capital a entregar a la niña.

Se buscó a Lucinda Bautista, quien dijo que María Isabel Montiel tenía a la niña en Pajapita, San Marcos y que la niña era mejicana, hija de una vendedora

de dulces de ciudad Hidalgo. María Isabel Montiel indicó que la niña se encontraba en la Gomera, Escuintla. La niña fue localizada, identificada por la señora Soto Hernández y remitida al Hogar de Niños Quetzaltenango.

Por otra parte, se rescató por malos tratos en el barrio El Ferrocarril de Pajapita, San Marcos, al niño Kevin Francisco, de un año y medio. Se desconoce el origen del niño, pero se cree que es Juan Carlos Mazariegos debido al parecido con las fotografías. El niño fue remitido al Hospital San Juan de Dios, por desnutrición y maltrato.

Yaquelin Ramírez no fue localizada; se sospecha que salió hacia territorio mejicano con los supuestos padres. (Fuente: Procuraduría General de la Nación)

Cuarto caso

Después de más de quince meses de sufrimiento, el juzgado de primera instancia de menores de Chimaltenango ordenó que el hogar “Los niños de Guatemala” regrese una bebé en proceso de adopción internacional tramitado por la abogada Susana de Umaña, a su humilde madre.

En octubre de 1,997, la Sra. Iris Xiomara Borrayo fue llevada al hospital y dejó a su bebé al cuidado de sus vecinos. Durante su estadía en el hospital, los vecinos entregaron a su pequeña de 8 meses, a la Jueza Primera de Menores. Dicha Juez declaró en “estado de abandono” a la niña Marlen Sofía Díaz Borrayo el 13 de febrero de 1,998. La bebé fue entregada al orfanato “Los niños de Guatemala” e inmediatamente se buscó la manera de darla en adopción a una familia estadounidense. El 19 de mayo de 1,998, la madre, desesperada por recuperar a su bebé, manifestó su oposición y pidió la revisión del auto de abandono por medio del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Menores. En el fallo del 20 de mayo del mismo año, dicho juzgado aceptó la solicitud de

revisión del auto de abandono y ordenó a la presidenta del hogar “Los niños de Guatemala” dejar sin efecto dicho auto. Además el juzgado ordenó a la abogada suspender los trámites de adopción de la pequeña. Para tratar de recuperar a la bebé para la adopción, “Los niños de Guatemala” promovió un recurso de amparo en contra de la decisión del juzgado, el cual fue denegado por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, por ser “notoriamente improcedente”. Aún así, el hogar presentó un amparo ante la Corte de Constitucionalidad, quienes fallaron que “no procede el amparo” el 1 de diciembre de 1,998. A raíz de todos estos procedimientos legales y del asesoramiento jurídico por parte de la Oficina de Apoyo Legal de Casa Alianza, la jueza de Primera Instancia de Menores de Chimaltenango, ordenó a “Los niños de Guatemala” que entregue la pequeña a su madre”. (Fuente: <http://www.casa-alianza.org>).

Estos relatos, algunos felices de personas que han logrado conseguir el verdadero beneficio de la adopción para ellas y para el menor, y otros donde la realidad es distinta, una en que las historias se han visto cubiertas de corrupción, desencadenando fenómenos como el robo y tráfico de niños, que no hacen más que revelar una realidad nacional en la que los derechos de los menores no son protegidos como nuestra legislación lo establece.

5.2 Violaciones a los derechos de los niños en el trámite de las adopciones

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños y debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad y reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En el mismo sentido, establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres, a menos que, las autoridades competentes determinen que ello es necesario en el interés superior del niño.

Para efectos de garantizar la unidad familiar, la convención contempla mecanismos claros de protección y apoyo para las familias. Sin embargo, tal como se desprende del presente estudio, la mayoría de las adopciones se hacen por pobreza, de manera que las familias entregan a sus hijos principalmente debido a que no cuentan con los medios materiales necesarios para sostenerlos adecuadamente, esto se debe en gran medida a que el Estado no cuenta con políticas de protección, asistencia y apoyo para las familias más pobres, que permitan preservar su unión y de esta manera evitar que los niños sean separados de sus padres por razones puramente económicas. Por otro lado, la convención reconoce que en algunos casos los niños pueden verse temporal o permanentemente privados de su medio familiar, bien sea por la incapacidad de los padres de tenerlos consigo o bien porque el interés superior del niño exija que no permanezcan en su familia; al respecto, señala que esos niños tendrán derecho a protección y asistencia especial por parte del Estado y que podrán ser colocados en instituciones adecuadas de protección, prestando atención a que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. En relación con tales instituciones, la convención obliga al Estado a garantizar que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a normas mínimas especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente. No obstante lo anteriormente expuesto, ninguna autoridad administrativa o legislativa ha señalado hasta el momento las normas mínimas de seguridad y sanidad para las instituciones que tienen a su cargo la protección de los niños guatemaltecos y tales instituciones no son supervisadas adecuada y periódicamente, de manera que no se garantiza el bienestar de los niños y niñas que permanecen en ellas. Hasta fines del año 2,007 existían registradas para

funcionar, tan solo en el departamento de Guatemala 260 instituciones (Casas hogar o casas cuna) dedicadas a éste fin (Fuente: Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia).

Asimismo, el Estado no ofrece programas adecuados de protección a la niñez ni de apoyo a las madres que requieran de un cuidado prolongado para sus hijos; en teoría cumple con esta función a través de la Secretaría de Bienestar Social, pero en la realidad no existe una institución que reúna las condiciones adecuadas para el cuidado de los menores. En relación con la adopción internacional, los traslados ilícitos de niños al extranjero y la venta, secuestro o trata de niños, la convención apremia a los Estados partes a adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos y garantizar la transparencia de las adopciones internacionales a través de la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes, entre otras medidas. Sin embargo, Guatemala hasta el año 2,007 ratificó la Convención de la Haya, cuyo propósito es "...organizar la cooperación entre los Estados Partes que participan en procedimientos de adopción internacional".

De conformidad con la Convención sobre los derechos del niño, la adopción debe obedecer o tener como consideración primordial el interés superior del niño. Buscar el interés superior del niño implica que se evaluarán y aplicarán únicamente las medidas que mejor puedan satisfacer las necesidades del niño individualmente considerado, de acuerdo a su situación específica; de manera que debe buscarse la mejor solución para el niño que no tenga familia, y no buscar niños para familias que pretendan adoptar, como sucede en la actualidad. En efecto, de la manera en que venían siendo realizadas las adopciones en Guatemala, la institución buscaba satisfacer las exigencias de los padres y no el interés superior del menor, como lo pretende la nueva ley de adopciones, lo que se evidenciaba en la falta de verificación que se da en relación con las condiciones psicológicas y sociológicas de la familia adoptante (simplemente se aceptaban

testimonios de personas elegidas por los padres adoptantes o un estudio remitido desde el exterior) y en la posibilidad que se ofrecía a los padres de elegir las condiciones de los niños que quieren adoptar, pues a través de las agencias de adopción, pueden elegir el sexo y la edad. En relación con la voluntad de los padres biológicos de dar a sus hijos en adopción, la Convención sobre los derechos del niño, señala que los Estados Partes velarán, a través de las autoridades competentes, porque las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa, su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Es absolutamente legítima la exigencia de que el consentimiento de los padres biológicos sea un consentimiento informado sobre la adopción, dado que una vez lo otorguen, existirá una separación permanente de su hijo.

En Guatemala se evidencia que la adopción internacional supera con creces a la adopción nacional, puesto que de cada 100 adopciones 98 son internacionales, esto aparentemente, se observa debido a que las adopciones nacionales son muy tardadas y los abogados prefieren ganar en dólares, olvidando que en las decisiones relativas a la adopción deben prevalecer las consideraciones en torno al bienestar del niño y que para él será mejor su adaptación entre personas que hablen su misma lengua y en un medio que sea étnica y culturalmente similar a aquel de su entorno de origen.

De conformidad con la Convención sobre los derechos del niño la adopción internacional debe tener seguimiento en el país de destino del niño. Con tal seguimiento no se busca otra cosa que garantizar el bienestar del niño que fue adoptado en adopción internacional. Sin embargo, en Guatemala no todos los hogares que tramitan adopciones, efectúan algún tipo de seguimiento para los niños bajo su cuidado que han sido adoptados a nivel internacional. Lo anterior pone de manifiesto que los niños salen del país y posteriormente son olvidados;

no existen instituciones fidedignas que se preocupen por verificar si se encuentran en condiciones de bienestar y es respetado, querido y apreciado por su familia adoptiva y, en última instancia, si el niño se siente bien en ese nuevo medio al que debe adaptarse. Además establece que la adopción internacional no debe dar lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella con esto se busca evitar que la adopción se convierta en un negocio y con ello que los niños se conviertan en una mercancía.

5.3 Tráfico de niños

Actualmente se ha dado un incremento en la trata y venta de menores de edad cuyo centro de actividad es la frontera entre Guatemala y México, un delito que sólo en los primeros seis meses del año 2,007 superó el total de casos que se conocieron en el 2,006. Allí, las niñas de entre 8 y 14 años son vendidas por entre US\$100 y US\$200, a fin de que sean utilizadas para diversos fines. Un estudio de la organización Fin de la Prostitución Infantil, la Pornografía y el Tráfico de Niños con Fines Sexuales (Ecpat, en inglés) detalla que en Tapachula, Chiapas (ciudad fronteriza con Guatemala), existen 21 mil víctimas de ese flagelo, y mil 552 bares y burdeles. El 58 por ciento de las afectadas son guatemaltecas, y el resto proviene de Honduras, Nicaragua y El Salvador.

María Eugenia Villarreal, representante de Ecpat en Guatemala, afirmó que menores de entre 8 y 14 años son llevadas con engaños hacia la frontera, donde son vendidas por entre US\$100 y US\$200. Aunque la mayoría son explotadas sexualmente, también las compran para que trabajen en el servicio doméstico, en la agricultura, como seleccionadoras de basura, en la mendicidad, prostitución, comercio ambulante y albañilería. El 45 por ciento de las menores que son blanco de esas redes ha sufrido abuso sexual antes de cumplir los 12 años. Guatemala fue sancionada por Estados Unidos, por su falta de voluntad para combatir la trata,

que al año puede generar ganancias de hasta US\$12 mil millones para las redes de traficantes.

El tráfico se refiere a la cantidad excesiva de niños y niñas que salen de Guatemala por adopción internacional, sin un control eficaz, sin transparencia, sin precios sujetos a regulación y sin un claro conocimiento del origen del niño.

La existencia de tráfico muestra que no se están haciendo esfuerzos porque los niños sean dados en adopción interna, que es una de las exigencias de la Convención sobre los derechos del niño (Artículo 21) y de la Convención de la Haya (preámbulo, apartado 3, Artículo 4 b), según las cuales la adopción internacional debe ser subsidiaria de la adopción nacional, es decir que debe buscarse prioritariamente colocar al niño, que necesite de una familia, en su propio país, en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de origen; la adopción internacional solo procede si no es imposible encontrar una solución en el país de origen del niño.

Asimismo, dado que la adopción no es otra cosa que una medida de protección del niño, ésta no debe dar lugar a provechos económicos (artículos 21 y 35 de la Convención sobre los derechos del niño; artículos 1, 11 y 32 de la Convención de la Haya). No obstante no se tienen pruebas objetivas de la existencia de comercialización y por lo tanto no se pueden hacer señalamientos concretos, se sabe por diferentes fuentes (trabajadoras sociales de juzgados de familia, personal de embajadas, jueces de juzgados de familia, abogados y algunas madres) que existe comercialización de niños y que se pagan fuertes cantidades en dólares en la adopción internacional, con lo cual la adopción se ha convertido en una transacción comercial en la que se involucran varias personas, como guardas, madres, abogados, que prestan servicios lucrativos en torno a ellas. Por el número y las características de las adopciones internacionales de niños guatemaltecos se puede asegurar que éstas se han convertido en un

negocio en dólares, con lo cual la adopción ha perdido su carácter de institución protectora de la niñez. La alta demanda internacional y la pobreza de las familias guatemaltecas han generado que la adopción se maneje según la “ley de la oferta y la demanda”, lo cual ha traído como consecuencia el tráfico de niños y niñas.

La alta demanda internacional y las ganancias millonarias que pueden obtenerse han sido motivo suficiente para que decenas de abogados guatemaltecos convirtieran las adopciones de niños por parte de ciudadanos de otros países en un exitoso negocio que florece aún más, solo durante 1,997 las adopciones realizadas en Guatemala produjeron 126 millones de quetzales.

Actualmente existen intermediarias o jaladoras que buscan mujeres embarazadas en mercados, parques, buses o grupos de niñas de la calle y les ofrecen sumas hasta de 5,000 quetzales por un infante, proponen a las cuidadoras de los niños y contratan a los notarios y mandatarios para que firmen la documentación legal. Se estima que éstos últimos dan su aval por US\$2,000, lo cual incluye su presentación en la Dirección General de Migración para recibir el pasaporte del niño y en la Embajada para entregar la documentación requerida para la visa, las madres reciben entre 100 y 1,000 dólares como ayuda y que los abogados reciben honorarios que oscilan entre 1,000 y 5,000 dólares, lo cual pone de manifiesto que las adopciones en Guatemala se han convertido en una transacción comercial que utiliza a los niños como objeto de comercio y que deja ganancias económicas significativas a las diversas partes involucradas.

Asimismo, algunos abogados salen de “cacería” a poblados del interior de la República en busca de muchachas de escasos recursos en estado de gravidez; la negociación es sencilla con aquellas mujeres que quieren conseguir dinero fácilmente o con quienes, por su estado de pobreza, se ven obligadas a entregar a sus propios hijos e hijas.

La mayoría de los nombres que llevan los niños y las niñas que serán entregados en adopción, tales como Misrael Alexander, Angeli Damaris, André, Josías Daniel, Sacha Enxo, Alexis Michell, Carla Samantha, Keyli Elisa, Noah Joseph, Alain y Melisa, son diferentes a los que comúnmente se utilizan en Guatemala. Esto hace suponer que la madre no decide el nombre de su hijo, sino que este es sugerido por otras personas, que podrían ser los padres adoptivos, los abogados o las intermediarias. Lo anterior permite afirmar que antes de nacer los niños y las niñas en Guatemala ya están comprometidos en adopción.

5.4 En que momento se corrompe la institución de la adopción

Este momento se da en el instante en que una madre, un abogado, un médico, un funcionario, o cualquier persona antepone los intereses pecuniarios al interés superior del menor y al derecho de éste a gozar de una familia y desarrollarse de una manera que le permita evolucionar y adaptarse a la sociedad.

La adopción, en si misma, está cubierta de características garantistas y propósitos loables, pero por desgracia debido a la ineficiencia legal predominante en nuestra legislación, existen personas que logran evadir los obstáculos existentes, dando como resultado adopciones ilegales, muchas de las cuales son resultado de la sustracción de menores.

5.4.1 De los costos de las adopciones

A través del Servicio Social Internacional (SSI) de Ginebra, se pudo obtener información valiosa de países que han tenido adopciones directas con Guatemala.

- **Información de los Estados Unidos**

Se estima que el valor promedio de una adopción es de US\$23,000.00 a US\$25,000.00 (aunque ha habido casos donde se ha reportado el pago de honorarios hasta por US\$60,000), desglosados de la manera siguiente:

- | | |
|---|--------------|
| • Abogado | US\$ 15,000 |
| • Agencia de adopciones | 4,000 |
| • ADN, petición, visa, Viaje, hotel, etc. | <u>4,000</u> |
| • Total | US\$ 23,000 |

(Fuente: Funcionarios de la Embajada de Estados Unidos)

Los siguientes documentos son obligatorios para iniciar el proceso de adopción en la Oficina de USCIS-DHS/GUATEMALA en los casos de consentimiento

- Hoja informativa del caso (formato autorizado)
- Cartas notariadas de los padres adoptantes y de agencia, indicando correo electrónico
- Dos fotografías recientes del menor y de la madre (de frente, a colores con fondo blanco)
- Consentimiento de la adopción para DHS debidamente completado. Que incluya el acta de legalización de firmas en la primera página únicamente (anverso del documento)
- Formulario I-600 llenado con firmas originales de los peticionarios, sin fecha y sin legalizar
- Forma G-28 debidamente completada y firmada en original por los peticionarios y su representante (si el representante autoriza a un procurador deberá incluirse su nombre en ese documento)
- Forma I-171 H aprobada (deberá tener una vigencia de 18 meses)
- Certificación LITERAL de nacimiento del menor

- Reporte de nacimiento (se requiere cualquiera de los siguientes documentos)
- Certificación original del hospital/centro de salud donde ocurrió el nacimiento
- Constancia original del doctor que asistió el parto con sello autorizado del doctor colegiado
- Certificación extendida por el registro civil en donde conste en base a qué documentos se asentó la partida de nacimiento
- Si el nacimiento fue asistido por comadrona:
 - Aviso de la comadrona al centro de salud/registro civil correspondiente
 - Fotocopia del carnet de la comadrona
 - Fotocopia de cédula de vecindad de la comadrona
- Certificación LITERAL de nacimiento de la madre biológica
- Fotocopia de la cédula de vecindad de la madre biológica
- Certificación LITERAL de la cédula de vecindad de la madre biológica o Fotocopia del asiento de la cédula debidamente certificado
- Madre extranjera
 - Certificación LITERAL de nacimiento (legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores)
 - Certificación de cédula de Identidad (legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores)
 - Fotocopia completa del pasaporte
- Madre menor de edad (deberá cumplir con los siguientes requisitos adicionales)
 - Dos fotografías recientes de los padres de la madre biológica menor de edad
 - Consentimiento de la adopción para DHS de cada una de las personas que ejerzan la patria potestad sobre la madre biológica menor de edad "abuelo/a(s)" (en la forma prescrita en el numeral 3)

Certificación LITERAL de nacimiento de el/la/los abuelo/a(s)

Fotocopia de cédula de vecindad de el/la/los abuelo/a(s)

Certificación LITERAL de la cédula de vecindad de el/la/los abuelo/a(s)

En el Acta Notarial de Consentimiento de la madre biológica menor de edad deberá(n) comparecer también quien(es) ejerza (n) la patria potestad sobre ella

- Madre biológica divorciada o viuda

Certificación LITERAL de nacimiento del esposo

Certificación LITERAL de la cédula de vecindad del esposo

Certificación original de la sentencia de divorcio

Certificación LITERAL de la defunción

- Acta notarial del consentimiento expreso de la madre biológica para dar en adopción (debe especificar que es “irrevocable”, para emigrar a los E.E.U.U. y el nombre de los peticionarios;

- Examen de H IV (a realizarse únicamente por cualquiera de los doctores del panel de la Embajada de los Estados Unidos)

De la madre biológica (en caso de que el beneficiario sea menor a 1 año)

Del menor (en caso de que el beneficiario sea mayor de 1 año)

- Acta de Legalización de Fotocopias

Cualquier documento que no sea original deberá ser remitido en copia debidamente legalizada.

- **Información de España**

Se estima que el valor promedio de una adopción es de US\$8,000.00, desglosados de la manera siguiente:

• Apoyo para proyectos de bienestar infantil y mantenimiento del niño antes de la adopción (incluye certificado médico)	US\$ 5,000
• Abogado	US\$ 1,000
• Notario	US\$ 1,000
• Tramitación del expediente, pasaporte, legalización documentos	<u>US\$ 1,000</u>
• TOTAL	US\$ 8,000

(Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales).

En España existe un sistema de acreditación de agencias de adopción, denominado Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, (ECAIS), de reciente creación. En 1,997 y 1,998 las adopciones con Guatemala se realizaron a través del sistema general de tramitación de solicitudes de adopción internacional, dirigida por los servicios de menores de cada comunidad autónoma. Actualmente en España solo hay una agencia de adopción, ADOPTA, ubicada en Barcelona, la cual cuenta con su representante para Guatemala.

5.5 Delitos en que se incurre al corromperse el procedimiento de adopción de conformidad con el Código Penal guatemalteco

Dentro de los delitos en que se incurre se encuentran la sustracción de menores, la cual puede ser propia, cuando una persona sustrae a un menor de doce años de edad, a un menor que tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte, o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos; impropia, consistente en que la persona que se hallase encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición; o agravada, la cual se da en caso de

desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción. Se incurre además, en el delito de entrega indebida de un menor, consistente en que quien, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad en su defecto

En lo concerniente al tráfico de menores intervienen varios sujetos de derechos, por ende, se da origen a varias relaciones jurídicas teniendo como consecuencia por consiguiente al desarrollo de ilícitos penales como la estafa, cohecho, soborno de árbitros, peritos u otras personas con función pública, aceptación ilícita de regalos, entre otros.

5.6 Inexistencia de mecanismos fiables que regulen el destino, estancia, posible reubicación y bienestar del menor de edad

En Guatemala no contábamos con un período preestablecido de prueba, para saber si el menor se adaptaba de manera fiable a la nueva familia. Además no existía un seguimiento de los procesos de adopción, y de las casas cunas existentes solamente unas cuantas le proporcionan algún seguimiento a las adopciones realizadas, posicionando al menor en un estado de desamparo legal, la nueva ley de adopciones si regula sobre este asunto, pero no sobre el hecho de que hacer si el menor no se adapta a la nueva familia, además no estipula mecanismos que actúen de manera inmediata, para reubicar al menor en otra familia adoptante.

CAPÍTULO VI

6. Iniciativa de ley

Derecho de presentar una propuesta; ejercicio de tal facultad; Prelación o anticipación en las manifestaciones o en los hechos, consagrada en la máxima: Prior Tempore, potior iure (el principio en el tiempo es mejor en derecho).

En derecho político, ésta expresión se refiere no a quienes pertenece dictarlas, sino a quienes corresponde proponerlas. Como es lógico, en los sistemas autocráticos, dictatoriales y totalitarios, en que no hay división de poderes, esa facultad es atributo exclusivo o esencial del autócrata, dictador o jefe del Estado totalitario, puesto que su voluntad omnímoda constituye la única fuente del derecho o, mejor dicho, del mal llamado derecho. En los estados de derecho o constitucionales, la iniciativa en la formación de las leyes corresponde, por regla general, a los propios miembros de las cámaras legislativas o al poder ejecutivo.

En las tituladas democracias directas, esa iniciativa puede ser atributo del pueblo, el cual, por medio de su cuerpo electoral, se halla facultado para promover la sanción de normas constitucionales o legales. Es el derecho de proponer resoluciones y de hacer que se voten, transfiriéndolas de la asamblea ordinaria al cuerpo electoral.

6.1 Quiénes tienen potestad de presentar iniciativas de ley

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo ciento setenta y cuatro (174), tienen dicha potestad:

- Diputados al Congreso
- Organismo Ejecutivo
- Corte Suprema de Justicia

- Universidad de San Carlos de Guatemala y
- Tribunal Supremo Electoral

6.2 Generalidades sobre el procedimiento en caso de iniciativas de ley

- **Forma de las iniciativas de ley**

Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifique la iniciativa.

- **Iniciativa de ley provenientes de los diputados**

Uno o más diputados al Congreso de la República, en ejercicio de su derecho de iniciativa, pueden presentar proyectos de ley, los cuales deben ser leídos en la sesión plenaria inmediata siguiente a su presentación en la secretaría. Luego de su lectura el diputado ponente, si lo solicita, hará uso de la palabra para referirse a los motivos de su propuesta. Si fueren varios los diputados ponentes, ellos designarán al diputado que exponga tales motivos.

Está prohibido a cualquier diputado interrumpir al orador o intervenir después de su alocución, salvo si falta al orden o se hacen alusiones personales. Concluida la lectura de la iniciativa o en su caso, finalizada la intervención del diputado ponente, la propuesta pasará sin más trámite a comisión.

- **Iniciativas de ley provenientes de organismos y personas facultadas**

Las iniciativas de ley que presenten a consideración del Congreso los Organismos Ejecutivo y Judicial, así como las demás instituciones que conforme a la ley tienen este derecho, después de su lectura en el pleno del Congreso pasarán a la comisión correspondiente sin necesidad de otros trámites.

En las sesiones en las que se conozcan iniciativas de ley presentadas por el Organismo Ejecutivo, podrá presentarse al pleno y hacer uso de la palabra el ministro de estado respectivo para justificar o explicar la iniciativa. En el caso de los otros órganos del Estado, el presidente del Congreso, con autorización del pleno, podrá invitar a un funcionario de suficiente jerarquía para que haga uso de la palabra al introducirse la iniciativa.

- **Presentación del proyecto de ley y del dictamen al pleno**

Las comisiones, al momento de estudiar un proyecto de decreto, podrán proponer enmiendas a su contenido, parcial o totalmente, en cuyo caso podrán en decisión adoptada por mayoría, conceder audiencia al ponente de la iniciativa de ley, para discutir dichas enmiendas. Las enmiendas aprobadas por la comisión podrán ser incorporadas al emitirse el dictamen o bien presentarse en la discusión por artículos del proyecto las que deberán ser conocidas de preferencia a cualquier otra que se hubiere presentado o que en el curso de la discusión por artículos se proponga.

Finalizado el trámite en la comisión, los proyectos se entregarán a la secretaría del Congreso, para su registro y reproducción y, conforme lo dispone la presente ley, se pondrán a discusión conjuntamente con el dictamen emitido por la comisión de que se trate.

El dictamen de comisión sólo podrá obviarse mediante el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso. La dispensa de dictamen no implica la declaratoria de urgencia nacional, la que deberá solicitarse en forma específica. El debate sobre el proyecto de ley y dictamen se efectuará en tres sesiones diferentes celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en su tercer debate. Se exceptúan aquellos casos en que el Congreso declare el proyecto de urgencia nacional.

El voto favorable al proyecto obliga a que se continúe con la discusión de la ley por artículos y el voto en contra desechará el proyecto de ley. Si el dictamen fuere desfavorable se pondrá a discusión en una sola lectura y la votación resolverá lo procedente.

- **Petición de declaratoria de urgencia nacional**

La declaratoria de urgencia nacional se debe solicitar mediante moción privilegiada, caso en el cual no será necesario el dictamen de comisión. La moción privilegiada, será privilegiada en su discusión, pero sin limitar el número de oradores que participen en ella. Para la aprobación de la declaratoria de urgencia nacional, será necesario el voto afirmativo de no menos de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso.

- **Copias**

Con dos días de anticipación a darse el primer debate de un proyecto de ley, deben entregarse copias del mismo y del dictamen de la comisión a todos los diputados, incluyendo las enmiendas que la comisión proponga.

- **Retiro de firmas**

Una vez puesta una moción o proyecto a discusión en el pleno del Congreso, no será procedente que los diputados le retiren su apoyo sin la autorización del mismo pleno.

- **Desistimiento y desestimación**

El diputado que hubiere presentado una iniciativa de ley, podrá desistir de ella con autorización del pleno del Congreso. Se tendrá por desestimada una iniciativa de ley y por lo tanto se mandará archivar, cuando después de transcurridos 18 meses no sean objeto de dictamen de la comisión, salvo que por escrito sea reclamada en el pleno a efecto de que la comisión emita dictamen.

- **Discusión del proyecto de ley**

- **Debates**

En los dos primeros debates de un proyecto de ley, éste será discutido en términos generales, deliberándose sobre la constitucionalidad, importancia, conveniencia y oportunidad del proyecto. Al finalizar cualquiera de los debates cualquier diputado podrá proponer al pleno del Congreso el voto en contra del proyecto de ley a discusión por ser inconstitucional; por el voto en contra el proyecto de ley será desechado.

Después del tercer debate, el pleno del Congreso votará si se sigue discutiendo por artículos o si por el contrario, se desecha el proyecto de ley.

○ **Retorno a comisión**

El pleno del Congreso, a petición mediante moción privilegiada, podrá retornar el dictamen a la comisión que lo emitió, para que haga un nuevo estudio y emita nuevo dictamen, cuando:

- Un dictamen o proyecto se considere defectuoso o incompleto;
- Se considere conveniente que se recabe la opinión de otra u otras comisiones;
- En la discusión por artículos el pleno haya aprobado enmiendas de fondo, de hasta el treinta por ciento (30%) con relación al número total de artículos del proyecto original, excepto que la comisión dictaminadora del proyecto las hiciere propias, en cuyo caso pasarán a formar parte del dictamen original.

○ **Proyectos complejos**

Siempre que un proyecto de ley conste de títulos, capítulos u otras secciones comprensivas de diferentes artículos, se discutirá y votará primero en su totalidad cada una de estas grandes divisiones. Si no se discute y votare en esa forma, se entrará a discutir cada uno de los artículos en particular.

○ **Discusiones por artículos**

En la discusión por artículos, que será de artículo en artículo, salvo que sea factible o conveniente la división en incisos y párrafos del artículo a discusión, podrán presentarse enmiendas por supresión total, por supresión parcial, por adición, por sustitución parcial y por sustitución total. Las enmiendas deberán ser presentadas por escrito y la secretaría les dará lectura seguidamente de su presentación y antes de dársele la palabra al siguiente orador y se discutirán al mismo tiempo que el artículo al que se haga relación o intente modificar.

Cualquier diputado podrá pedir que se le dé copia escrita de una o varias de las enmiendas antes de su votación.

En caso de que la discusión se refiera a la reforma de una ley, no podrá pedirse la adición de artículos nuevos que no tengan relación con el proyecto presentado, excepto que la comisión dictaminadora del proyecto en discusión las hiciera suyas.

No se tomarán en cuenta las enmiendas de naturaleza meramente gramatical y que no cambien el sentido del artículo. La comisión dictaminadora podrá hacer suya cualquier enmienda propuesta, las cuales pasan a formar parte del artículo original puesto en discusión.

- **Votación de los artículos**

Se tendrá por suficientemente discutido cada artículo cuando ya no hubiere diputados que con derecho a hacerlo pidan la palabra para referirse a él y se pasará a votar seguidamente. Antes de la votación, la secretaría deberá clasificar y ordenar correctamente las enmiendas e informar al pleno del orden en que serán puestas a votación. Se votarán primeramente las enmiendas que tiendan a la supresión total, seguidamente las que tiendan a la supresión de una frase o palabra, después las que tiendan a la sustitución parcial, seguidamente las de sustitución total y finalmente las de adición. Si se aprobare una enmienda por supresión total, ya no se votará sobre el artículo, salvo que hubiere uno de sustitución total cuyo sentido fuere lo suficientemente diferente para justificar que sea votado separadamente.

- **Artículo enmendado**

Concluida la votación de las enmiendas y salvo que hubiere sido aprobada una por supresión total, seguirá la discusión del artículo tal y como quedó después de las enmiendas acordadas. Después de suficiente discusión se pasará a votar sobre el artículo enmendado y la votación será únicamente sobre su aceptación o rechazo.

- **Consultas a la corte de constitucionalidad**

- **Consulta Obligatoria**

Cuando se discuta un proyecto de ley que proponga reformas a las leyes constitucionales, después de tenerlo por suficientemente discutido en su tercer debate, deberá recabarse el dictamen de la Corte de Constitucionalidad.

Cuando en la discusión por artículos se presenten enmiendas al texto del proyecto de ley, dichas enmiendas deberán igualmente remitirse a la Corte de Constitucionalidad para su opinión.

- **Consulta facultativa**

Durante cualquiera de los debates cinco diputados podrán proponer al pleno que se recabe opinión de la Corte de Constitucionalidad sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios o proyectos de leyes en discusión la que deberá ser aprobada mediante el voto de la mayoría de los diputados que integran el Congreso. El debate se suspenderá hasta que no se haya recibido la opinión solicitada. Si transcurridos 60 días no se hubiere recibido, el pleno resolverá si se continúa con el trámite de la ley.

- **Redacción final**

Una vez aprobado el proyecto de ley por artículos se leerá en la misma sesión o a más tardar durante las tres próximas sesiones. Los diputados podrán hacer objeciones y observaciones a la redacción, pero no será procedente presentar enmiendas que modifiquen el sentido de lo aprobado por el pleno del Congreso. Agotada la discusión se entrará a votar sobre la redacción final y en esta forma quedará aprobado el texto. Los decretos declarados de urgencia nacional serán leídos en la redacción final en la misma sesión. Posteriormente, la Junta Directiva del Congreso deberá ordenar que se examine y corrija en su estilo, exclusivamente. Antes de enviar el decreto aprobado al Organismo Ejecutivo para su sanción y publicación, la presidencia del Congreso entregará copia a todos los diputados y si no recibiere observación dentro de los cinco días siguientes, se entenderá que no hay objeción y lo enviará al Ejecutivo.

- **Revisión**

Hasta el momento de haberse agotado la discusión para redacción final de determinado texto, quince o más diputados podrán mocionar por escrito solicitando la revisión de lo aprobado para que vuelva a discutirse. Esta moción será privilegiada se entrará a discutir de una vez al ser presentada. Si el pleno la acepta, se señalará día para la nueva discusión de lo aprobado. Igual procedimiento se seguirá para la redacción final de resoluciones, acuerdos y otros actos del Congreso que no tengan fuerza de ley.

- **Reiteración**

Cuando algún proyecto no hubiere sido aprobado su autor no podrá volver a presentarlo, ni aun en diferente forma, a menos que obtengan para ello permiso expreso del pleno o si hubiere transcurrido un año.

- **Numeración de los decretos**

Los decretos contendrán una numeración correlativa, seguida de un guión y de los últimos números del año en que hayan sido aprobados. La numeración correlativa es anual y se inicia con el número uno.

- **Publicación del decreto por el congreso**

En los casos en que el Ejecutivo no sancione y promulgue un decreto, ni lo vete, transcurridos los plazos que señala la Constitución Política de la República, el Congreso ordenará su publicación en un plazo que no exceda de tres días para que surta efectos de ley. Este negocio se pondrá a discusión, votación y resolución en una sola lectura.

6.3 Procedimiento para presentar iniciativas de ley (Artículos 176...181 de la Constitución Política de Guatemala y Artículos 109... 133 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo).

6.3.1 Presentación y discusión

Presentado para su trámite un proyecto de ley, se observará el procedimiento que prescribe la ley orgánica y de régimen interior del Organismo Legislativo. Se pondrá a discusión en tres sesiones celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en la tercera sesión. Se exceptúan aquellos casos que el Congreso declare de urgencia nacional con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que lo integran.

6.3.2 Aprobación, sanción y promulgación

Aprobado un proyecto de ley, la Junta Directiva del Congreso de la república, en un plazo no mayor de diez días, lo enviará al Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

6.3.3 Veto

Dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en consejo de ministros, el presidente de la república podrá devolverlo al Congreso con las observaciones que estime pertinentes, en ejercicio de su derecho de veto. Las leyes no podrán ser vetadas parcialmente. Si el Ejecutivo no devolviera el decreto dentro de los quince días siguientes a la fecha de su recepción, se tendrá por sancionado y el Congreso lo deberá promulgar como ley dentro de los ocho días siguientes. En caso de que el Congreso clausurare sus sesiones antes de que expire el plazo en que puede ejercitarse el veto, el Ejecutivo deberá devolver el decreto dentro de los primeros ocho días del siguiente período de sesiones ordinarias.

6.3.3.1 Procedimiento en caso de veto

- **Conocimiento del veto**

Al recibir el Congreso un decreto vetado por el presidente de la república, la junta directiva lo deberá poner en conocimiento del pleno en la siguiente sesión.

- **Trámite del veto**

El Congreso, en un plazo no mayor de treinta días podrá considerarlo o rechazarlo, si no fuere aceptadas las razones del veto y el Congreso rechazare el

veto por las dos o tres partes del total de sus miembros, el Ejecutivo deberá obligadamente sancionar y promulgar el decreto dentro de los ocho días siguientes de haberlo recibido, si el Ejecutivo no lo hiciera, la Junta Directiva del Congreso ordenará su publicación en un plazo que no excederá de tres días para que surta efecto como ley de la república.

- **Reconsideración del decreto vetado**

Si se acordare la reconsideración del decreto vetado o bien se conociere de él en su subsiguiente período de sesiones del Congreso, se dará lectura al dictamen de la comisión original, a los antecedentes pertinentes, al decreto aprobado por el Congreso, al veto, la nueva opinión y dictamen que deberá emitir la comisión correspondiente, salvo que se acuerde constituir una comisión especial.

- **Ratificación del decreto vetado**

Terminada la lectura a que se refiere el artículo anterior, se pondrá a discusión el asunto en una sola lectura y agotada la discusión se pasará a votar sobre la ratificación o no del decreto original. Las proposiciones relativas a enmendar el decreto original se tramitarán como si fueren proposiciones para emitir un nuevo decreto. Para que sea válida la votación relativa a la ratificación del decreto, será necesario recibir el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados.

6.3.4 Primacía legislativa

Devuelto el decreto al Congreso, la junta directiva lo deberá poner en conocimiento del pleno en la siguiente sesión, y el Congreso, en un plazo no mayor de treinta días, podrá reconsiderarlo o rechazarlo. Si no fueren aceptadas

las razones del veto y el Congreso rechazare el veto por las dos terceras partes del total de sus miembros, el Ejecutivo deberá, obligadamente sancionar y promulgar el decreto dentro de los ocho días siguientes de haberlo recibido. Si el Ejecutivo no lo hiciere, la Junta Directiva del Congreso ordenará su publicación en un plazo que no excederá de tres días, para que surta efecto como ley de la república.

6.3.5 Vigencia

La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días después de su publicación íntegra en el diario oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación.

Las disposiciones del Congreso no necesitan de sanción del Ejecutivo.

6.4 Iniciativas de ley propuestas sobre adopción

- **Iniciativa que dispone aprobar ley de adopciones**, la cual fue conocida por el pleno el 17 de febrero de 2,005 y fue presentada por Jorge Luis Ortega, Mario Taracena y Eduardo Zachrisson, bajo el registro número 3217. La cual dio paso a la actual “Ley de adopciones”.
- **Proyecto de Ley de Adopciones Internacionales**, la cual fue conocida por el pleno el 11 de abril de 2,007 y fue presentada por César Leonel Soto Arango, Jorge Mario Vásquez Velásquez y compañeros, bajo el registro número 3635.

6.5 Propuesta de reforma al Artículo 209 del Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73, en lo referente al delito de sustracción de menores y la obtención de beneficios económicos indebidos

En la actualidad un gran número de menores de edad son sustraídos de sus hogares, y puesto a disposición de casas hogar clandestinas para ser dados en adopción con el único fin de obtener beneficios económicos, sin importar el bienestar del menor, y ni por poco, su destino, ya que muchos de estos menores son utilizados para el tráfico de niños, órganos, y otros, lo cual nos afecta en dos campos de la legislación guatemalteca, el primero consistente en la desvirtuación de la institución de la adopción, la cual se encuentra regulada en la Ley de adopciones y en el Código Civil guatemalteco; y el segundo en el ámbito penal en lo referente a la sustracción de menores y la débil custodia legal que ofrece la ley para la protección de los menores de edad, puesto que las penas que se le atribuyen a dicho delito no son equiparables con el daño social que provoca; ya que nuestra legislación tiene como una de sus máximas proteger y dar seguridad a todas las personas bajo su tutela, es además su deber proporcionar un mayor énfasis a las personas que no pueden ejercer por sí mismos sus derechos, situación en la cual se encuentran los menores de edad.

En 10 años, de 1,997 al 2,007, el país ha dado en adopción a 28 mil niños, y más del 90 por ciento se han ido a EE.UU. Si se toma en cuenta el número de habitantes en Guatemala, este país ocupa el primer lugar en el mundo de los exportadores de recién nacidos. Rusia, Ucrania, Armenia, India y Kazagistán, que también aparecen en las agencias, tienen más población y no pasan de dos mil casos cada uno. En el año 2,006, la Procuraduría General de la Nación recibió cuatro mil 141 expedientes. En el 2,005, el país cedió a cuatro mil 48 menores, y en el 2,004, a tres mil 838. Cada pareja habría pagado hasta US\$40 mil por obtener un bebé, y habría generado a esta industria unos US\$200 millones por año. Son niños a la carta, aseguran las organizaciones sociales. En su mayoría,

son adoptados por ciudadanos de Estados Unidos, Finlandia, Inglaterra, Bélgica, Italia, Alemania, Austria, Suiza, Holanda, Dinamarca, Israel, Canadá e Irlanda, entre otros. Guatemala figura en la lista de más de 160 agencias internacionales que informan a sus clientes que el trámite dura menos de nueve meses. “Se trata de típicos niños hispanos: morenos, ojos oscuros y cabello café o negro. Se les hacen chequeos de HIV, hepatitis B y otros. Fotografías y reportes médicos están a la disposición. Casados y solteros de hasta 55 años pueden adoptar”, informa AdoptAbroad en su página de Internet. Esta agencia de adopciones, en ningún momento advierte sobre el robo de niños en el país.

La Procuraduría de los Derechos Humanos (P.D.H.) expone que se presume que en el año 2,007 al menos 203 menores han sido robados por las mafias, para darlos en adopción en forma anómala y tan sólo durante los primeros seis meses del año 2,007 la Procuraduría General de la Nación (P.G.N.) ha identificado 33 expedientes de adopción cuyos análisis de ADN no coinciden entre el hijo y la madre, estos casos fueron enviados a la Fiscalía de la niñez y adolescencia, del Ministerio Público (M.P.); sin embargo, no ha habido avances. En el M.P. los agentes a cargo dijeron que se encuentran en fase de investigación y que aún tratan de determinar qué pasó.

En los últimos cuatro meses del año 2,007 la policía detuvo a 15 mujeres acusadas de robo de niños. Todas han salido tras pagar una multa de Q5 mil. En estos casos, la ley es ambigua. El Artículo 209 del Código Penal establece la figura de sustracción de menores con una pena de uno a tres años. En ningún momento habla de robo de niños, lo cual aprovechan las mafias.

El robo de niños, además de fomentar impunidad, genera movimientos sociales desenfundados, tal y como ocurrió en Chiquimula y Alta Verapaz, en donde fueron linchadas dos personas.

Las agrupaciones en favor de la niñez respaldan su percepción en las estadísticas de la Policía Nacional Civil (P.N.C.), en donde se ha denunciado sobre el robo de menores que oscilan de 0 a 3 años, en las calles y hospitales públicos.

Investigadores indicaron que esas son las edades que prefieren los roba niños, pues aún no hablan de manera fluida. También a la Policía Nacional Civil han llegado 10 denuncias de la Procuraduría General de la Nación (P.G.N.), que ha detectado irregularidades en los trámites de adopción.

El robo de recién nacidos para venderlos, en adopciones ilegales, a extranjeros hasta por US\$23 mil es una de las actividades ilícitas que cometen bandas de traficantes. En la práctica, en Guatemala los niños se han convertido en un producto de exportación; además la falta de legislación y controles estatales eficaces hace que la procedencia del niño no esté adecuadamente determinada a la hora de la adopción, lo cual da lugar a robo, sustracción y compra de menores. Este suceso no ha pasado desapercibido por la comunidad internacional quienes a través de sus diplomáticos muestran inquietud por el incremento del robo de niños, que, según la Procuraduría de los Derechos Humanos, podrían ser dados en adopción.

Un caso que se puede mencionar es el publicado el 19 julio de 2,007 en donde la policía recuperó a un bebé que había sido robado el 21 de junio recién pasado por dos mujeres armadas con pistola, que se lo arrebataron a su madre; cuatro personas fueron aprehendidas.

Agentes de la sección de menores de la División de Investigación Criminal (Dinc) informaron que allanaron dos viviendas en el barrio San Antonio, zona 6, y que encontraron pistas que los llevaron a la oficina de una abogada, situada en la zona 8. En ese inmueble, la profesional les dijo que el niño permanecía en una

casa cuna legalmente constituida, ubicada en la colonia Labor de Castilla, zona 9 de Mixco. En una panel conducida por uno de los detenidos, el bebé fue llevado a la oficina, donde su madre lo reconoció gracias a un lunar que tiene en la mano y otras características, cuando la abogada era trasladada a los tribunales dijo: “Somos un hogar debidamente constituido; fuimos víctimas de un engaño y esperamos que se haga justicia”. En la oficina, la Policía encontró un certificado del Puerto de Iztapa, con fecha 3 de junio, en el cual el niño tenía el nombre de Luis Pablo Pérez. Los padres del pequeño dijeron que el nombre con el que lo inscribirán en el registro civil es Jonathan Alejandro Martínez Sol. Lo anterior fue posible gracias a que la señora Cristina Sol, de 19 años, madre de Jonathan, llegó al gabinete criminalístico de la policía, donde, en una de las carpetas con fotografías de personas detenidas sindicadas de robar niños, reconoció a una de las mujeres que le quitaron a su hijo. Esta persona, cuyo nombre la policía pidió omitir, ha sido aprehendida en tres ocasiones, y al seguirle la pista ubicaron las dos casas en la zona 6.

Un agente indicó que hay varias bandas que se dedican al robo de niños; los llevan a casas cuna, donde reciben dinero a cambio de los menores, y luego en estos lugares falsifican los documentos para darlos en adopción.

El problema del robo de niños es un problema que ha acaparado la atención tanto en lo interno como a nivel internacional, de conformidad con esto, a continuación transcribo algunos comentarios realizados por distintas personalidades.

Beat Rohr, coordinador residente de las Naciones Unidas para Guatemala, dice: “Hay preocupación por el tema de adopciones, debido a que se ha convertido en un negocio, y aún no se ha querido hacer del proceso algo transparente, de respeto a los derechos humanos y adaptado a las normas internacionales. Lastimosamente, en el país no es un tema prioritario”, 2,007.

Sergio Morales, Procurador de los Derechos Humanos, cuestiona: “Las personas son detenidas y las mamás reconocen a sus hijos. Entonces, ¿cómo dejan libres a las señoras que tenían a los bebés? Eso es paradójico, pues si encuentran a alguien robando un auto o una televisión, se va preso”.

Juan López Doriga, embajador de España en Guatemala, expresa: “Cualquiera se preocuparía por el robo de niños. Una vez que sea ratificado el Convenio de La Haya, los españoles estarían muy dispuestos a venir al país a adoptar niños, aunque, al no ajustarse al marco legal internacional, España tiene suspendidas las adopciones”. 2,007.

Anders Kompass, representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, también expone: “La Oficina está muy preocupada por el robo de niños, no sólo por la comisión de este delito, sino porque en las comunidades donde ocurre el clima se torna violento, y las personas pretenden tomar justicia por sus propias manos”.

Rosa María Ortiz, enviada especial de la O.N.U. al país, comenta “Existe una venta de niños con fines de adopción que produce un movimiento de dinero muy grande. Hay intereses económicos significativos en juego”.

Ian Hugues, embajador de Gran Bretaña, asegura: “Hay un negocio de niños. Nosotros tenemos confianza en el Convenio de La Haya, porque garantiza un marco donde se establece el origen del niño y no hay fines de lucro en el proceso. Cuando no hay transparencia, existe la posibilidad de cosas malas debajo de la mesa. Nosotros investigamos, para las adopciones, tres meses antes los orígenes del niño”.

James Derham, embajador de Estados Unidos en Guatemala, asegura que su delegación diplomática exige una muestra de ADN como requisito

indispensable para una adopción. “Tenemos una preocupación sobre los procesos de adopción en Guatemala, por eso tenemos los requisitos del ADN en adopciones, para poder garantizar que sea la legítima madre la que entrega al infante. Para comprobarlo, tenemos médicos especializados”.

Manuel Manrique, representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) en Guatemala expresó: “La valiosa institución de las adopciones, bajo ninguna circunstancia puede ser escudo protector de crímenes contra la niñez y sus familias”.

Frank La Rue, comenta: Se los roban y son adoptados. “Estas son bandas con contactos internacionales, que exportan a los niños que hoy se roban de forma violenta y luego son dados en adopción. En Guatemala se comete un delito al robar un niño, que luego se legaliza mediante un trámite de adopción”.

Rubén Dario Morales, dice: “La comunidad internacional está preocupada por la desprotección de los niños. Vamos a promover una reforma al Código Penal en donde se tipifique el robo de menores. El Congreso ha hecho lo suyo y ha aprobado el Convenio de La Haya, que será implementado a partir de diciembre”.

El Congreso de la República ratificó en el año 2,007 el Convenio de La Haya; sin embargo, hasta el 31 diciembre entró en vigencia. Por ello, el Comité de la O.N.U. recomendó suspender las adopciones hasta entonces.

Para cumplir con la convención, Guatemala debió crear una agencia que centralice la supervisión de las adopciones, y debió aprobar una ley que regule lo que la O.N.U. llama “prácticas irregulares” por parte de abogados y notarios, que pueden cobrar hasta US\$40 mil por proceso.

Por opiniones como las anteriormente transcritas y que el caso al cual se hace alusión es solo un pequeña muestra de la realidad que actualmente aqueja a nuestro menores, es convenientes la creación del delito de robo de menores, puesto que actualmente sólo es aplicable la sustracción de menores, la cual se encuentra legislada en el Artículo 209 del Código Penal guatemalteco y su pena no es conforme a la realidad nacional.

A continuación aparece redactado el Artículo 209 sustracción de menores. (Código Penal guatemalteco) y la posible redacción que tendría el nuevo delito de robo de menores.

- **ARTÍCULO 209.-** Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos, será sancionado con prisión de uno a tres años. La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte. La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento.
- **Robo de menores.** Quién sustrajere a un menor de edad del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo, o institución legalmente establecida con ánimo de lucrar con su persona, deberá ser sancionado con **prisión de diez a veinte años incommutables**, más una **multa igual al doble del beneficio obtenido**.

Todo **funcionario** que percibiére algún beneficio económico, relacionado con este delito deberá ser **destituido y/o inhabilitado**, además será sancionado con **prisión de quince a veinticinco años incommutables**, más una **multa igual al triple del beneficio obtenido**.

CONCLUSIONES

1. La institución de la adopción fue creada primero con motivo de preservar las creencias religiosas, pasó por estadios en los que se desarrolló como forma de conseguir mano de obra, para ayudar a las familias a perpetuar la descendencia; pero en la actualidad es concebida con el propósito de dar a un niño un futuro mejor, creciendo en el seno de una familia; dicho propósito se ha visto violentado debido a las malas prácticas y falta de protección legal.
2. De la manera en que se realizan las adopciones en Guatemala, la institución busca satisfacer las exigencias de los padres y no las necesidades de los niños, lo que se evidencia en la falta de verificación que se da en relación con las condiciones psicológicas y sociológicas de la familia adoptante, y en la posibilidad que se ofrece a los padres, de elegir las condiciones de los niños que quieren adoptar, pues a través de las agencias de adopción, pueden elegir el género y la edad, e inclusive la etnia de los niños que adoptarán.
3. De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, la adopción debe obedecer o tener como consideración primordial el interés superior del niño, lo cual implica que se evaluarán y aplicarán únicamente las medidas que mejor puedan satisfacer las necesidades del niño, individualmente considerado; de acuerdo con su situación específica; de manera que debe buscarse la mejor solución para el niño que no tenga familia, y no buscar niños para familias que pretendan adoptar, como sucede en la actualidad.
4. Es incomprensible e ilógico que las adopciones sea tan onerosas, si la institución fue creada para satisfacer una necesidad social no para

enriquecer a unos cuantos. Debido a los honorarios que generan las adopciones los abogados involucrados han ubicado en un segundo plano el interés del menor comprometiendo con ello su ética profesional.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Consejo Nacional de Adopciones haga cumplir la subsidiariedad de la adopción internacional frente a la adopción nacional. Con esto lo que se pretende es que se dé preferencia a las adopciones nacionales, dejando como un recurso posterior, para garantizar el interés del menor, la adopción internacional.
2. Que los órganos jurisdiccionales correspondientes sancionen de forma objetiva la obtención de beneficios materiales indebidos por los padres biológicos, representantes legales del menor, abogados, funcionarios y otras personas que intervengan en las adopciones, con la implementación de penas más severas, que sea equiparables con el daño social causado.
3. Es necesario que al ser reformada la Ley de adopciones también se establezca un período razonable de convivencia entre el posible adoptado y el adoptante o adoptantes; esto con el objeto de garantizar una vinculación armónica del menor y sus adoptantes, a nivel emocional, social, psicológico y espiritual. Este período de convivencia debe ser por un mínimo de dos meses y no de cinco días como lo estipula la ley, además de cumplimiento obligatorio en el país origen del menor.
4. Que el Congreso de la República de Guatemala al reformar la Ley de adopciones regule lo concerniente a que, el menor de edad de su consentimiento en caso de adopción, cuando de conformidad con su edad y madurez pueda manifestarse de manera lógica y, en caso de que este requisito no pueda ser llenado por el menor, una psicóloga debe emitir un informe sobre el nivel de adaptación del menor, basándose en sus cambios emocionales.

5. Los notarios que intervengan en la realización de adopciones deben garantizar su cumplimiento, de conformidad con los postulados de ética establecidos; de lo contrario, deberán ser inhabilitados para el ejercicio de su profesión por el tiempo que el Tribunal de Honor del Colegio de abogados y notarios considere conveniente; lo notarios en esta situación podrán ser rehabilitados de conformidad con lo establecido por el Código de Notariado.

6. Es necesario que el legislativo tipifique el delito de robo de menores, debido a que nuestra legislación solamente regula la sustracción de menores; delito que contiene penas que no están acordes a la realidad nacional que viven los menores en Guatemala.

7. Es necesario que al reformar el proceso de adopciones se regule que el trámite de adopciones sea por la vía administrativa y judicial, eliminándose la vía notarial, puesto que en nuestro medio, algunos notarios no confieren la suficiente fe como para realizar este procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Colección de monografías Hispalense; 2da. Edición; corregida, aumentada y actualizada; Guatemala, 2007.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1era. edición; Guatemala: Editorial estudiantil Fenix, 2001.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Décima edición; corregida, aumentada y actualizada; Editorial F&G Editores; Guatemala, 1998.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**. Sexta edición; Guatemala, 2001.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Tomo I; Guatemala, C.A.: Cooperativa de consumo integral, Escuela de Ciencia Política, Universidad de San Carlos de Guatemala.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 1era. Edición electrónica; Datascan, S.A.; Guatemala, C.A.

Legislación:

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

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

Código de Derecho Internacional Privado. Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto número 1575, 1929.

Código de Ética Profesional. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, 1994.

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

Ley de Adopciones. Congreso de la República, Decreto número 77-2007, 2007.

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

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

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 206, 1964.

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

Convención sobre los derechos del niño, ratificada por Guatemala. 1990.

Convención de La Haya, relativa a la protección y a la cooperación en materia de adopción internacional, firmada y ratificada por Guatemala, 2007.

Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, ciudad de La Paz, Bolivia, el día veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, ciudad de Montevideo, república oriental del Uruguay, el día quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, ciudad de México, D.F., México, el día dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Iniciativa que dispone aprobar ley de adopciones, presentada por Jorge Luis Ortega, Mario Taracena y Eduardo Zachrisson, registro número 3217, conocida por el pleno el 17 de febrero de 2005.

Proyecto de ley de adopciones internacionales, presentada por César Leonel Soto Arango, Jorge Mario Vásquez Velásquez y compañeros, registro número 3635. conocida por el pleno el 11 de abril de 2007.