

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



**LA ADOPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES POR HOMOSEXUALES
Y/O LESBIANAS,
Y SU LEGISLACIÓN EN GUATEMALA**

OMAR MANFREDO BARRIOS FORTUNY

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2009

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

**LA ADOPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES POR HOMOSEXUALES
Y/O LESBIANAS,
Y SU LEGISLACIÓN EN GUATEMALA**



OMAR MANFREDO BARRIOS FORTUNY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre 2009.

**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. Marco Vinicio Villatoro López

VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licenciado

Rudy Oswaldo Peláez Cordón

Abogado y Notario

Colegiado 6157

Guatemala, 26 de mayo del 2009.

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.

Tengo el honor de dirigirme a usted con el objeto de manifestarle que por resolución emanada de esa unidad, de fecha diecinueve de mayo del dos mil nueve, se me nombró asesor de tesis del bachiller **Omar Manfredo Barrios Fortuny**, la que se titula: "**Estudio socio jurídico doctrinario sobre la adopción de niños, niñas y/o adolescentes por homosexuales y lesbianas, y su legislación en Guatemala**"; por convenir al trabajo de tesis, se acordó el cambio del tema antes indicado por el de: "**La adopción de niños, niñas y/o adolescentes por homosexuales y/o lesbianas, y su legislación en Guatemala**"; y para lo cual emito el siguiente dictamen:

La tesis en relación, a mi consideración, presenta un aporte al contenido científico técnico en el tema de las adopciones, y específicamente por parte de los

Bufete Profesional

5ª. avenida, 11-70 zona 1

Edificio Herrera, Oficina 2 C

Guatemala, C.A.

Tel.55058977



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

hora:

Firma:

Licenciado

Rudy Oswaldo Peláez Cerdón

Abogado y Notario

Colegiado 6157

homosexuales. El tema abordado por el bachiller Barrios Fortuny recopila los antecedentes históricos de las instituciones jurídicas relacionadas con la familia y la adopción, para conocer el sentido correcto de esta institución; hace un análisis sobre lo que comprende el desarrollo psicológico del niño, con el que enumera los riesgos a los que se expone al adoptando al ser concedidos en adopción a los homosexuales; trata los temas del homosexualismo y lesbianismo, dando a conocer cuál es la tendencia actual de dichas personas a nivel mundial en relación a reclamar derechos iguales a los heterosexuales, prosiguiendo con el análisis de diferentes leyes guatemaltecas e internacionales ratificados por Guatemala respecto al tema de la adopción, las que no hacen ninguna referencia a prohibición y/o autorización expresa, respecto a la adopción por homosexuales, pero que la ley de adopciones guatemalteca vigente, sí permite la adopción por personas solteras, sin hacer referencia por situación de género, lo que, al tenor con la sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, a que se hace referencia el presente informe, abre la puerta para que en Guatemala los homosexuales puedan optar a la adopción, sin ningún impedimento; finalmente se describen los argumentos por los que no se debe permitir la adopción por homosexuales y la urgencia de legislar en el país, sobre dicha limitación o prohibición.

Bufete Profesional

5ª avenida, 11-70 zona 1

Edificio Herrera, Oficina 2 C

Guatemala, C.A.

Tel. 55058377



Licenciado

Rudy Oswaldo Peláez Córdón

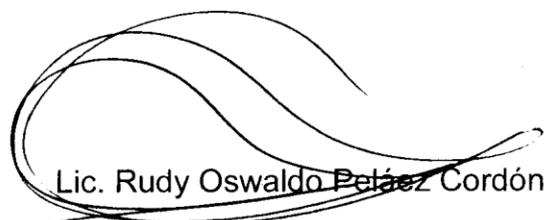
Abogado y Notario

Colegiado 6157

El bachiller Barrios Fortuny realizó investigación bibliográfica, documental y cibernética, utilizando los métodos analítico, sintético e inductivo-deductivo, lo que permitió entrelazar la historia, la ley y la moral, partiendo de los principios generales del derecho a la realidad actual; fueron aplicadas las reglas de redacción y ortografía correctamente, siguiendo las normas estipuladas de la Real Academia de la Lengua Española; las conclusiones y recomendaciones son congruentes y enuncian un aporte científico a esta facultad, contribuyendo doctrinaria y jurídicamente en materia de derecho civil.

En consecuencia, y en virtud de lo antes expuesto, se emite DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis del bachiller Omar Manfredo Barrios Fortuny, pues a mi criterio el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,



Lic. Rudy Oswaldo Peláez Córdón

Abogado y Notario

Col. 6157

Lic. Rudy Oswaldo Peláez Córdón
Abogado y Notario

Bufete Profesional

5ª. avenida, 11-70 zona 1

Edificio Herrera, Oficina 2 C

Guatemala, C.A.

Tel.55058377

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de mayo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante OMAR MANFREDO BARRIOS FORTUNY, Intitulado: “LA ADOPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES POR HOMOSEXUALES Y/O LESBIANAS, Y SU LEGISLACIÓN EN GUATEMALA”.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, 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. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



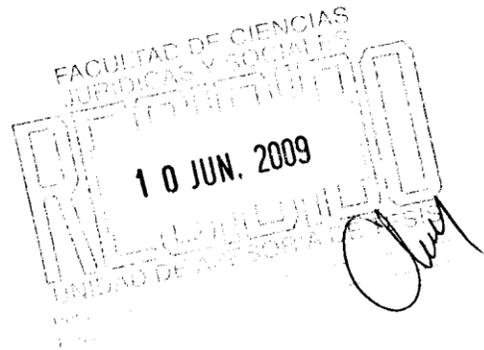
cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh

LIC. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 4596



Guatemala, 03 de junio del 2009.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castro:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa Jefatura con fecha veintinueve de mayo de dos mil nueve, en el que se dispone nombrar al suscrito como revisor del trabajo de tesis del bachiller **Omar Manfredo Barrios Fortuny**, para lo cual informo:

El postulante presentó el tema de investigación **“La adopción de niños, niñas y/o adolescentes por homosexuales y/o lesbianas, y su legislación en Guatemala”**.

De la revisión practicada al trabajo de tesis relacionado, se puede extraer que el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, relativos al contenido científico y técnico de la tesis, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la bibliografía nacional y extranjera consultada, siendo las conclusiones y recomendaciones del trabajo presentado, una contribución científica para la facultad.

Esencialmente, es de hacer notar que el trabajo presentado, aborda un tema de especial importancia, como lo es, lo relativo a que la legislación guatemalteca e internacional ratificada por Guatemala, no adopta una posición expresa en relación a permitir o no la adopción de niños, niñas y/o adolescentes por los homosexuales y/o lesbianas.

Lic. César Landelino Franco López
ABOGADO Y NOTARIO

Bufete Profesional
4^a Calle 7-53 zona 9
Edificio Torre Azul, Oficina 506
Guatemala, C.A.
Tels. 2361 1020 - 2361 0015

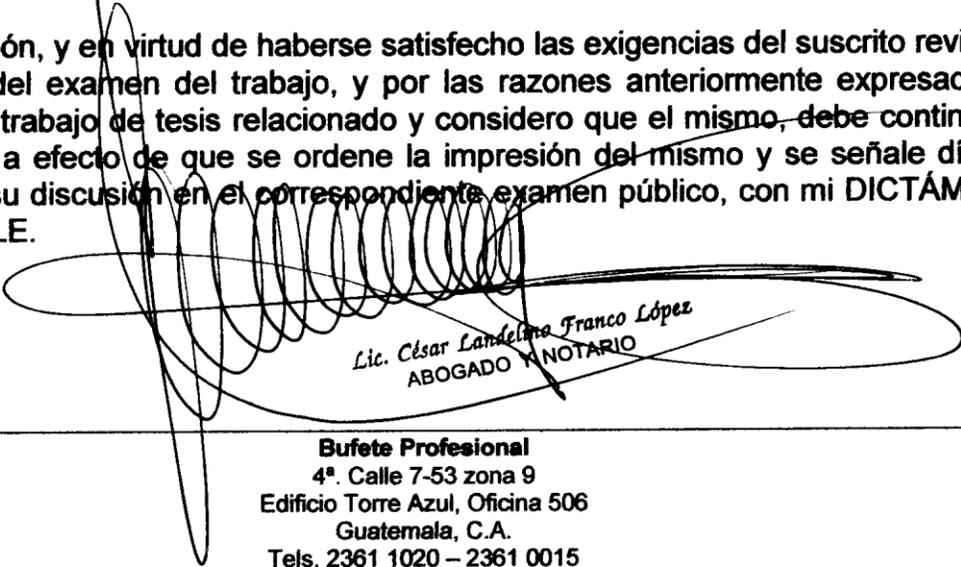
LIC. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 4596



En este sentido, se considera que, no obstante no se hace referencia expresa al tema, la inclusión en la Ley de Adopciones de Guatemala, del Artículo 13 que establece en su segunda parte que **“podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño”**, sin hacer referencia a género, abre la puerta para que los homosexuales puedan requerir se les conceda dicho derecho, amparados en esta norma y en la resolución emitida por el **Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo**, la primera en que se condena a un país –Francia- por discriminar a un homosexual en un proceso de adopción, emitiera el 22 de enero del año recién pasado, por resolver desfavorablemente la demanda de adopción solicitada por una persona lesbiana, toda vez que la ley francesa, respecto al tema, igualmente permite como en Guatemala, adoptar a las personas solteras; dicha sentencia sienta jurisprudencia, y como lo expresan Caroline Mecary, abogada de la demandante, y Argelia Queralt, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, España, ningún país que permita la adopción por personas solteras, incluyendo Francia, podrá rechazar las demandas de adopción de personas que no estén casadas porque sean homosexuales.

En virtud de lo anterior, acertadamente en el trabajo relacionado se recomienda la intervención de las instituciones que velan por los derechos humanos, específicamente, las que protegen los derechos del niño, y por parte de las instancias legislativas, la modificación y ampliación de la Ley de Adopciones vigente, y otras que traten dicho tema, así como de los instrumentos complementarios e individualizados de las instancias que tienen a su cargo la tramitación de expedientes de adopción, a fin que se limite expresamente la adopción por parte de los homosexuales, lo anterior en favor de la niñez y adolescencia y del interés superior del niño.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito revisor derivadas del examen del trabajo, y por las razones anteriormente expresadas, apruebo el trabajo de tesis relacionado y considero que el mismo, debe continuar su trámite, a efecto de que se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público, con mi **DICTÁMEN FAVORABLE**.


Lic. César Landelino Franco López
ABOGADO Y NOTARIO

Bufete Profesional
4ª. Calle 7-53 zona 9
Edificio Torre Azul, Oficina 506
Guatemala, C.A.
Tels. 2361 1020 – 2361 0015

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante OMAR MANFREDO BARRIOS FORTUNY, Titulado LA ADOPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES POR HOMOSEXUALES Y/O LESBIANAS, Y SU LEGISLACIÓN EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS:** ¡Cuan preciosa, oh Dios, es tu misericordia! Por eso los hijos de los hombres se amparan bajo la sombra de tus alas.
- A MIS PADRES:** Manfredo Ángel Barrios Fuentes y Margarita Isabel Fortuny López de Barrios: gracias por todo el apoyo incondicional que me han brindado durante toda mi vida; a ustedes les dedico mi triunfo con todo mi amor.
- A MIS HIJOS:** Por quienes cada día me esfuerzo para brindarles un futuro de éxito.
- A MI ESPOSA:** Por haberme dado el aliciente para luchar... ¡mis hijos!
- A MI FAMILIA:** Quienes, con sus palabras, me han dado las fuerzas para alcanzar, cada día, las metas que juntos nos proponemos.
- A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:** De la Escuela de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de la Universidad de San Carlos de Guatemala, porque siempre me dieron palabras de ánimo para seguir adelante.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Con todo aprecio.
- A MIS ASESORES Y REVISORES DE TESIS:** Doctor César Landelino Franco López, Licenciados: Rudy Oswaldo Peláez Córdón, Maida López de Carrillo, Julio Aníbal Delgado Guillén y Victoria Barrios, quienes me apoyaron en la realización del presente trabajo.



A LOS PROFESIONALES:

Doctores: René Arturo Villegas Lara, Blanca Alfaro Guerra, Ludwin Villalta Ramírez y Luis Fernando Ruíz; al maestro Augusto Eleázar López Rodríguez; a los licenciados: Avidán Ortiz Orellana, Carlos Manuel Castro Monroy, Otto René Arenas y Adrián Secáida Barillas; a los profesores de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad; catedráticos de la licenciatura y profesionales amigos, quienes me dieron su consejo para alcanzar mi meta de ser un profesional del derecho.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, a quien tengo en el corazón y le agradezco por darme la oportunidad de egresar de sus aulas.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi universidad.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Instituciones jurídicas relacionadas con la familia y la adopción	1
1.1. Persona.....	1
1.2. Matrimonio.....	5
1.3. Familia.....	10
1.4. Paternidad	14
1.5. Patria potestad	17
1.6. Filiación.....	19
1.7. La adopción.....	22
1.7.1. La adrogatio o adrogación.....	23
1.7.2. La adopción.....	26

CAPÍTULO II

2. Desarrollo psicológico del niño.....	29
2.1. La psicología	29
2.2. Psicología infantil	34
2.3. La autoestima.....	36
2.4. Análisis de la adopción de menores y adolescentes por homosexuales, relacionada con el adecuado desarrollo psicológico de los menores y adolescentes	42

CAPÍTULO III

3. El homosexualismo y lesbianismo.....	47
3.1. Aspectos importantes acerca del homosexualismo.....	48
3.2. Aspectos importantes acerca del lesbianismo.....	53
3.3. Situación legal de la homosexualidad en el mundo.....	65

3.4. Equiparación de derechos de los homosexuales con los heterosexuales.....	66
3.4.1. Unión civil	66
3.4.2. Matrimonio homosexual	67
3.4.3. Adopción de hijos por parte de parejas homosexuales	69
3.4.4. Educación sobre la homosexualidad	70

CAPÍTULO IV

4. Inexistencia de legislación guatemalteca sobre el tema de la no adopción de menores y/o adolescentes por homosexuales y/o lesbianas	73
4.1. Legislación nacional e internacional sobre el tema de la no adopción, ratificada por Guatemala.	74
4.1.1. Código Civil	74
4.1.2. Código de la Niñez y la Juventud	76
4.1.3. Ley de Adopciones	83
4.1.4. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia	88
4.1.5. Ley del Organismo Ejecutivo	93
4.1.6. Ley del Organismo Legislativo	95
4.1.7. Ley del Organismo Judicial	98
4.1.8. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos	102
4.1.9. Ley de la Procuraduría General de la Nación	107
4.1.10. Declaración Universal de los Derechos Humanos	113
4.1.11. Convención Americana sobre Derechos Humanos	114
4.1.12. Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño	116
4.1.13. Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional	118
4.2. Necesidad de legislar en Guatemala expresamente sobre la no adopción de menores y/o adolescentes por homosexuales y lesbianas	127
4.2.1. Realidad de la legislación nacional e internacional guatemalteca	127



4.2.2. Situación en el mundo sobre de la adopción por homosexuales	132
4.2.2.1. Encuesta de opinión realizada en países europeos	134
4.2.2.2. Países que permiten la adopción por parejas homosexuales .	136
4.2.3. Caso concreto que sienta jurisprudencia respecto al tema	140
4.3. Importancia de ampliar la normativa nacional vigente sobre la no adopción por homosexuales.	143
4.4. Argumentos por los que no se debe permitir la adopción por homosexuales y/o lesbianas	146
4.4.1. Inconvenientes de orden general	148
4.4.2. Inconvenientes para los homosexuales	149
4.4.3. Inconvenientes para los niños	150
CONCLUSIONES	155
RECOMENDACIONES	157
BIBLIOGRAFÍA	159



INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde el año 1986, manifiesta que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; y su deber es garantizarles a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Preceptúa que éste reconoce y protege la adopción y que estatuye de interés nacional la protección de los niños huérfanos y abandonados; además de resguardar la salud física, mental y moral de los menores de edad, y el derecho que tienen a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

Acerca del principio de igualdad, este cuerpo legal establece que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. A este respecto, en jurisprudencia la Corte de Constitucionalidad ha determinado que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma, pero que situaciones distintas sean atendidas desigualmente, conforme sus diferencias.

La postura que han adoptado algunos países, de modificar su legislación civil e introducir normas que permitan la celebración legal de matrimonios y uniones de parejas homosexuales y lesbianas, ligado al derecho a la adopción de menores de edad por parte de éstos, atenta contra la estabilidad social, moral y espiritual de la base fundamental de la sociedad de todo Estado, como lo es la institución de la familia.

En ese sentido, la legislación guatemalteca no contempla específicamente la prohibición de adopciones por homosexuales, pero si permite la adopción por personas solteras, sin hacer referencia de género, existiendo con ello una laguna legal, pues la norma aludida no restringe ese derecho a las personas referidas, lo que repercutirá en que éstas, en forma individual o por parejas, puedan solicitar el derecho a la adopción, y las autoridades competentes tendrán la obligación jurídica de resolver a favor de lo requerido, privando con ello, a los menores y adolescentes tanto de su desarrollo físico, psicológico, educativo, cultural, moral, espiritual y social.



En virtud de lo anteriormente expuesto, con esta investigación se pretende demostrar y fundamentar teórica, jurídica y doctrinariamente, la necesidad de reformar el Artículo 13 de la Ley de Adopciones, en el sentido de regular expresamente sobre la disposición de prohibir la adopción de menores y/o adolescentes por homosexuales y/o lesbianas. Esto en virtud, de los riesgos físicos, psicológicos, educativos, culturales, morales, espirituales y sociales a los que se expondrían los menores en esta situación.

Para tal efecto, se utilizaron los siguientes métodos de investigación científica: Desde el punto de vista de su naturaleza: el histórico, ya que a través del abordaje de diferentes textos y documentos, escritos por autores nacionales e internacionales sobre el tema, se obtuvo información para el análisis de la institución jurídica de la adopción basada en los orígenes de la misma, así como para conocer diferentes posturas y acontecimientos mundiales, todo sobre la base del estudio histórico, legal, jurisprudencial y moral de dicha institución, para conocer su finalidad desde sus orígenes hasta la actualidad; el jurídico, porque se tomó en consideración legislación nacional, internacional y jurisprudencia; el moral, porque a través de la investigación bibliográfica documental se tomó en cuenta la actitud legal actual en los diferentes Estados. Desde el punto de vista de su propósito: Aplicada, ya que el conocimiento derivado cumple su objetivo en la práctica dentro del campo jurídico guatemalteco. Además, se emplearon los métodos analítico, sintético e inductivo-deductivo, lo que permitió elaborar un tejido teórico entre la historia, la ley y la moral, propiciando con ello que en la estructuración del bosquejo preliminar de temas, se partiera de los principios generales del derecho a la realidad actual en el tema de la adopción.

Esta tesis se desarrolló y dividió en cuatro capítulos, así: El primer capítulo recopila y da a conocer a las instituciones jurídicas relacionadas con la familia y la adopción; el segundo capítulo trata sobre el desarrollo psicológico del niño; el tercer capítulo hace una exposición sobre los temas: homosexualismo y lesbianismo; y en el cuarto y último capítulo se analizan los diferentes cuerpos legales guatemaltecos e internacionales ratificados por Guatemala y su perspectiva respecto a la adopción por estas personas y la necesidad de legislar expresamente sobre dicha prohibición o limitación.

CAPÍTULO I



1. Instituciones jurídicas relacionadas con la familia y la adopción

Para comprender de mejor forma lo relacionado con la adopción, es importante tomar en consideración las instituciones que tienen relación con la familia; es por ello, que en el presente capítulo se aborda a grandes rasgos seis temas: la persona, el matrimonio, la familia, la paternidad, la patria potestad y la filiación, esto por su íntima relación y conexión con la institución analizada.

1.1. Persona

En este sentido, Espín Cánovas al hacer referencia al contenido del derecho civil, sostiene que: “El mismo está integrado por tres instituciones fundamentales: la persona, la familia y el patrimonio. En especial referencia a la persona humana, conviene señalar que su regulación jurídica, tradicionalmente dominio del derecho privado, trasciende ahora las fronteras de éste y se adentra en el derecho público, relevantemente en el Derecho Constitucional y en el Internacional.”¹

¹ Espín Cánovas, Diego, **Manual de derecho civil español**. Pág. 28.

1.1.1. Definición



Existen dos definiciones de persona, la común y la jurídica, la primera hace referencia a ella como sinónimo de ser humano, y afirma que el hombre y la mujer, de cualquier edad y situación, son seres humanos o personas; y la segunda, indica que ésta es considerada todo ser susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, clasificándola en individual, física o natural, tiene una existencia corpórea material o visible y jurídica, colectiva, moral, social, ideal, es por lo que se le cataloga el ente de existencia ideal, incorpórea, material e invisible, que deviene al mundo del derecho por la organización de un grupo de personas individuales o de un conjunto de bienes, con un fin determinado y que goza del reconocimiento del Estado.

Del término referido surge la personalidad, que según la legislación civil no es más que la investidura jurídica que confiere aptitud a la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones o de relaciones jurídicas. El Artículo uno del Código Civil indica que ésta: “Comienza con el nacimiento y termina con la muerte.”



La personalidad enviste de cualidades a la persona, las que se mencionan a continuación:

- La capacidad, que es atributo de aptitud de actuación jurídica;
- El estado civil, que es atributo de calificación;
- El nombre, que es atributo de individualización;
- El domicilio, que es atributo de radicación; y
- El patrimonio, que es atributo de satisfacción de necesidades.

1.1.2. Posición histórica

La mayoría de autores, haciendo referencia al origen etimológico de la palabra persona, expresan que ésta es un sustantivo derivado del verbo latino *persono* que significa sonar, la cual designaba, para los griegos, la máscara o mascarilla que los actores utilizaban para caracterizarse y dar más volumen a la voz. Después, se transformó en sinónimo de actor o personaje en las obras teatrales recientes, generalizando finalmente su uso para designar al ser humano como sujeto de derecho.



1.1.3. Posición jurídica guatemalteca

El Código Civil ocupa el libro primero para hablar acerca de las personas y de la familia, preceptuando dicha institución así:

- a. En el título I, capítulo I, Artículo cuatro, del mismo, al hacer referencia a la persona, dice que: “La persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados, o del de sus padres no casados que lo hubieren reconocido. Los hijos de madre soltera serán inscritos con los apellidos de ésta... y los hijos de padres desconocidos serán inscritos con el nombre que les dé la persona o institución que los inscriba.”

- b. El título I, capítulo II de dicho cuerpo legal, indica acerca de la persona jurídica, que es: “La colectividad de personas o conjunto de bienes que es organizado para la realización de un fin permanente, o bien el reconocimiento por parte del Estado como sujeto de derecho; para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, la persona jurídica cuenta con un representante legal, que es una persona individual.”



1.2. Matrimonio

Esta institución juega un papel importante en el origen, desarrollo y consolidación de las familias, ya que a partir de su celebración se da vida a ésta, la que es considerada como una de las más antiguas de la sociedad; la Santa Biblia, en el libro de San Marcos, Capítulo diez, versículos siete y ocho, el Señor Jesús al hacer referencia a la misma, expresa: “Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne; así que no son ya más dos, sino uno”, demostrando con ello la perfecta unidad que debe existir entre esposo y esposa.

1.2.1. Definición

Es la asociación legítima con carácter de permanencia, conformado por un hombre y una mujer, para la procreación y el mutuo auxilio.

1.2.2. Posición histórica

Püig Peña, al respecto sostiene el criterio siguiente: “Es casi general deducir la palabra matrimonio de las voces *matris* = madre y *munium* = carga o gravamen, dando a



entender que por esta institución se ponen de manifiesto la carga y cuidado que la madre ha de tener sobre sus hijos;² esta etimología quedó fijada por un texto de las Decretales (expresa que todo lo referente al matrimonio se proyecta sobre los deberes y cargas maternas, pues el niño se considera en el siguiente aspecto: “Es antes del parto, oneroso; doloroso en el parto y después del parto gravoso.”³ Así también, lo relacionado por algún derecho en particular, como la legislación de partidas.

El matrimonio es considerado como el fundamento del derecho familiar, como centro principal generador y coordinador de la familia. A través de la historia han existido diversas clasificaciones sobre este instituto:

- a. Promiscuidad primitiva;
- b. Matrimonio por grupos;
- c. Matrimonio por raptó;
- d. Matrimonio por compra; y
- e. Matrimonio consensual.

² Espín Cánovas, Diego. **Ob. Cit.** Pág. 25.

³ Espín Cánovas, Diego. **Ob. Cit.** Pág. 28.



Respecto a su naturaleza jurídica, existen múltiples criterios sobre la conceptualización del tema, los cuales se individualizan posteriormente:

- a. El matrimonio es un contrato: “La iglesia lo ve como un contrato especialísimo, en el que es un elemento básico el consentimiento”⁴; otros, en cambio, lo sitúan como un contrato de adhesión, toda vez que: “Los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la Ley...En el caso del matrimonio, se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.”⁵

- b. El matrimonio es un acto jurídico mixto: Gautama Fonseca afirma que se constituye por el consentimiento de los consortes y la intervención que tiene el Alcalde Municipal o funcionario público habilitado para tal fin, el notario.

- c. El matrimonio es una institución: La institución del matrimonio no constituye una persona jurídica del tipo institucional; la palabra institución se emplea, respecto al

⁴ Fonseca, Gautama. **Curso de derecho de familia**. Pág. 42.

⁵ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Pág. 273.

matrimonio, en el sentido de una situación o estado regido por un conjunto de reglas impuestas por el Estado.



La tesis del matrimonio como institución fue admitida por el Código Civil guatemalteco de 1933 y mantenida por el ahora vigente. La tesis contractual del matrimonio fue seguida por la legislación civil de 1877, al conceptuarlo expresamente como un contrato civil, solemne, por el cual un hombre y una mujer se unían indisolublemente (principio de la indisolubilidad del matrimonio, que fue suprimido por la Ley de divorcio contenida en el Decreto 484, de José María Reyna Barrios) y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

En la actualidad, con respecto a las formas de celebración del matrimonio, se puede establecer que se reconoce el matrimonio civil y el religioso, en ese orden.

1.2.3. Posición jurídica guatemalteca

El Código Civil, Artículo 78, lo define como: “Institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre si”.

Así también, el mismo cuerpo legal, en su Artículo 79 preceptúa: “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este Código para su validez.”



Existe una institución afín al matrimonio que es la unión de hecho, que al ser declarada legal conforme la Ley por autoridad competente, surte los mismos efectos para los contrayentes que los del matrimonio. Al respecto, el Código Civil, en su Artículo 173, indica que “La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o de un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por mas de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de su auxilio recíproco”. En el caso de los menores de edad, dicha ley, en su Artículo 177, regula que: “Los alcaldes o notarios no podrán aceptar declaración de unión de hecho de menores de edad, sin el consentimiento de los padres o del tutor o, en su caso, autorización del juez”.



1.3. Familia

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, así la familia se constituye en una institución definida de distintas maneras:

Se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social, la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo en su desarrollo.

1.3.1. Definición

Desde el punto de vista biológico: “La familia es el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación. La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.”⁶

⁶ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. **Derecho de familia y sucesiones**. Pág. 8.



Desde la perspectiva sociológica: “La familia es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.”⁷

Desde el punto de vista jurídico, este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la Ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros. “Es el grupo formado por la pareja (hombre – mujer), sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles, a los que el ordenamiento político impone deberes y otorga derechos jurídicos.”⁸ Además, se organiza para la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana.

Dentro de la familia se desarrollan relaciones familiares propiamente dichas (conyugales, paterno-filial) y relaciones cuasifamiliares (institución de la tutela, su constitución, contenido y extinción).

Tomando los conceptos de familia y de derecho, se integra lo que conceptualmente se define como Derecho de Familia, parte del Derecho Civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar, y el que, para Antonio Cicú: “Es un tercer

⁷ **Ibid.**

⁸ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. **Ob. Cit.** Pág. 8 y 9.



derecho, que lo ubica dentro del derecho social, exactamente entre el derecho público y el derecho privado, ya que la familia no es un ente público pero tampoco tiene completa autonomía que le de naturaleza privada. El derecho de familia se define como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación”.⁹

A partir del concepto de derecho de familia, es fácil observar que los hechos biosociales regulados por el derecho, son exclusivamente aquellos que se derivan de las instituciones –matrimonio, concubinato y filiación-, de aquí que se afirme que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del derecho de familia. Sin embargo, el contenido de este último no se agota en la regulación de esas tres instituciones, ya que la ausencia de descendientes de la pareja, origina otra figura jurídica por medio de la cual se há pretendido suplir el hecho biológico de la procreación al imitar a la filiación; la adopción se constituye así en otra de las fuentes de las relaciones familiares. “En general, se pueden señalar tres grandes conjuntos de fuentes:

- a. Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato;
- b. Las que implican a la procreación como la filiación, matrimonial y extramatrimonial, así como la adopción; y

⁹ *Ibid.* Pág. 10.



c. Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia, tutela y el patrimonio familiar.”¹⁰

1.3.2. Posición histórica

La familia, como término generalmente aceptado, la constituye un grupo de personas que se encuentran ligadas por razón de parentesco, ya sea a través de línea de consanguinidad o de afinidad. Es la institución social más antigua conocida; ésta ha tenido sus variantes con el transcurrir del tiempo.

Anteriormente, se anotó: “La familia, dice la Ley 6 del título 33 de la 7^a. Partida, se entiende *el señor della, e su muger, e todos los que biuen so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos, e los siuientes, e los otros criados. Ca Familia es dicha aquella, en que biuen mas de dos omes al mandamiento del señor, e dende en adelante; e non seria familia fazia suso*”. Y dice la glosa: “Vale lo mismo decir de la casa que de la familia, siendo sabido ya que el nombre casa (*domus*) se toma a veces por toda la parentela (*gens*) o simplemente por los parientes de agnación o más estrechamente por la sola familia.”¹¹

¹⁰ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. **Ob. Cit.** Pág. 10.

¹¹ Arias, José. **Derecho de familia.** Pág. 29.



1.3.3. Posición jurídica guatemalteca

El Código Civil guatemalteco ocupa el título II del libro I para tratar las instituciones íntimamente ligadas a la familia. En sus páginas contempla aspectos sobre:

- a. El matrimonio, que es la base principal sobre la que descansa la familia, derechos y obligaciones de las partes;
- b. La unión de hecho, que es la alternativa para la integración de la familia, que al ser declarada por autoridad competente surte los mismos efectos que el matrimonio.
- c. El parentesco;
- d. La paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial;
- e. La adopción;
- f. La patria potestad;
- g. La tutela; y
- h. El patrimonio familiar.

1.4. Paternidad

Esta institución, dentro del derecho de familia, es producto de lo que en el derecho Romano se conoció como patriarcado, que no es más que la autoridad que el papá



tiene sobre su familia, entendiéndose esta como la esposa, los hijos y los que habitan bajo su casa. La evolución del término, en el derecho civil, incluye a la madre, denotando con ello la autoridad que tienen los padres con sus hijos, por el acto de reconocimiento efectuado entre ambos.

1.4.1. Definición

Como una posición personal, paternidad es el nexo que une a los padres con sus hijos en virtud de haber sido engendrados (dentro o fuera del matrimonio) y reconocidos legalmente o legitimados a través del proceso de adopción.

1.4.2. Posición histórica

La figura de la paternidad data desde los inicios de la humanidad. La Biblia nos habla sobre ésta al decir: Abraham engendró a Isaac e Isaac engendró a Jacob. La paternidad tenía una línea directa en relación al padre para la conservación y perpetuación de su genealogía. Históricamente se manifestó el reconocimiento de la paternidad dentro y fuera del matrimonio (Abraham e Isaac: dentro del matrimonio; Abraham e Ismael: fuera del matrimonio) y la paternidad por adopción (David y Mefiboset hijo de Jonathan).



En Roma ésta fue una de las instituciones que propició la continuidad de la estirpe real, basada sobre el patriarcado.

1.4.3. Posición jurídica guatemalteca

El Código Civil no se detiene a reglar los principios para precisar el nexo que crea la maternidad, en vista que esta se trata de un hecho que llega a ser notorio en la mujer durante el embarazo.

Al referirse a la paternidad y filiación matrimonial, establece: “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”, Artículo 199 del cuerpo normativo citado.

Respecto a la paternidad y filiación extramatrimonial, el mismo cuerpo legal establece: “Los hijos procreados fuera de matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio” (Artículo 209). “Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a



la madre, del solo hecho del nacimiento; y, con respecto del padre, reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declara la paternidad” (Artículo 210).

1.5. Patria potestad

Al igual que las demás tratadas en el presente capítulo, esta tuvo su origen en el Derecho Romano, la cual consiste en la autoridad proveniente del padre sobre los hijos legalmente reconocidos. El Derecho Civil guatemalteco, al abordar el tema, da a conocer que dentro de la misma no solo se toma en cuenta el derecho que los padres tienen a ejercer dominio o autoridad sobre sus hijos, sino a las obligaciones de asistencia que tienen para con los mismos, y las implicaciones legales que sobrevienen del incumplimiento de dicha responsabilidad.

1.5.1. Definición

Del latín *patrius*, a lo relativo al padre, y *potestas*, potestad, dominio, autoridad. Es el derecho que tienen los padres, individual o conjuntamente según sea el caso y lo disponga la Ley, para ejercer dominio o autoridad sobre los hijos legalmente

reconocidos y sus bienes, hasta que éstos alcancen la mayoría de edad o durante el tiempo que les faculte la ley.



1.5.2. Posición histórica

Salvo los gálatas (ciudadanos de Galacia), los romanos eran, según Gayo (personaje romano), entre los pueblos de la antigüedad, quienes daban modalidad particular a la patria potestad. La patria potestad caracteriza a la familia romana; en Grecia la institución no presentó rasgos particulares; España recibió la herencia romana y la reflejó en las partidas donde, como en su modelo, la patria potestad era un *officium virile*, absoluto y perpetuo. La tradición germánica establecía que la patria potestad debe terminar a la mayor edad del hijo. El Fuero Juzgo, de acentuada influencia goda, en una de sus Leyes prohíbe a los padres vender, donar o empeñar a los hijos, en otra, admite a la mujer en el ejercicio de la patria potestad. El derecho consuetudinario francés no imitó las reglas romanas, es sabido que, por dicha razón, Loysel decía que en Francia, no existía la patria potestad.

1.5.3. Posición jurídica guatemalteca

El Código Civil, en el Artículo 252 establece: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los

hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hay sido declarados en estado de interdicción.”



La misma ley, en su Artículo 253, preceptúa: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las Leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.”

1.6. Filiación

La filiación es el nexo que une a los hijos con los padres. Al igual que la institución de la paternidad, esta genera derechos y obligaciones entre ambos, los primeros protegidos por las leyes vigentes en relación a los hijos, y las otras de obediencia y sumisión que estos deben a sus padres, por el parentesco civil que los une.

1.6.1. Definición

Según el derecho de familia: “La filiación es, en sentido amplio, la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son



engendradas, pero en el sentido más limitado, se entiende por filiación la relación existente entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra. Esta filiación crea un estado civil, relaciones de familia y por consecuencia, derechos vinculados a ellos, sobre todo hereditarios.”¹² La diferencia entre paternidad y filiación, desde el punto de vista jurídico, estriba en que recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres (padres, madres) y de filiación cuando se enfoca desde al ángulo del hijo. “La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que, por paternidad y filiación jurídica se debe entender, la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la Ley atribuye derechos y deberes.”¹³

1.6.2. Posición histórica

Del matrimonio, unión sexual lícita, deriva una descendencia cuya filiación, desde luego, ha de llamarse legítima; las exigencias de la filiación legítima, y para que ella tenga tal carácter –legitimidad- necesita:

a. Que exista matrimonio;

¹² Arias, José. **Ob. Cit.** Pág. 271 y 272.

¹³ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. **Ob. Cit.** Pág. 179.



- b. Que la concepción se haya producido durante el matrimonio y en el tiempo que estipula la Ley después de haberse disuelto el mismo; y

- c. Que el hijo sea del marido.

También lo es, lógicamente, la que sea provocada por la adopción en los países que la admiten. No obstante, la procreación puede haber tenido lugar fuera del matrimonio y ella origina una filiación ilegítima.

1.6.3. Posición jurídica guatemalteca

El Código Civil guatemalteco, en el libro I capítulos IV y V, Artículos 199 a 227, hace referencia a la filiación matrimonial y extramatrimonial, derechos y deberes tanto de padres e hijos y todo lo relacionado a esta institución. Su declaración legal surte los mismos efectos de la patria potestad.



1.7. La adopción

Arias, al abordar este tema, indica que: “La adopción ha tenido un amplio desarrollo a través del tiempo y el espacio. Sus orígenes se remontan a antes del Derecho Romano, ya que se reguló en el Código de Hamurabi.”¹⁴

Por su parte, Flores Macedo dice que: “La adopción existió entre los egipcios, siendo el caso clásico el realizado por la hermana del Faraón con Moisés, cuando le rescató de las aguas del río Nilo. No fue extraña tampoco a los judíos: Esther fue adoptada por Mardoqueo (Libro de Esther, capítulo II y versículo 7).”¹⁵

Se ha dicho anteriormente, que la adopción *poiesis* o *thesis* fue conocida por los griegos y Solón la prohibió a quien tuviera hijos legítimos, ya que dicho procedimiento era específicamente para quienes no tenían hijos propios, producto de infertilidad de la madre o del padre, o algún otro problema que le imposibilitara a la pareja tener sus hijos propios.

¹⁴ Arias, José. **Ob. Cit.** Pág. 293 a 296.

¹⁵ **Ibid.**



“Existen en el derecho romano dos clases de adopciones, una denominada adrogación y la otra adopción.

- a. Son adrogados los que son independientes *sui iuris*; y
- b. Son adoptados los que son hijos de familia, los dependientes.”¹⁶

1.7.1. La Adrogatio o adrogación

Dentro del derecho Romano, este tema se abordó de la siguiente manera:

“La *adrogatio* o adrogación es la adopción de un *sui juris*, esto es, de una persona no sujeta a potestad. Es designada así, porque el que adroga es rogado, es decir, interrogado si quiere que la persona a la que va a adrogar sea para él un hijo según el derecho, y al que es adrogado, se le pregunta si consiente que así se haga. Exigía en el derecho antiguo, que se practicara una investigación previa (*inquisitio*) para comprobar las condiciones requeridas. En ella intervenían los pontífices.

¹⁶ Flores Macedo, Alfonso. **Derecho Romano**. Pág. 12 y 13.



Las condiciones eran las siguientes:

- a. Que el adrogante fuera mayor de sesenta años, pero podía prescindirse de este requisito en caso de que aquel sufriera enfermedad, o mala salud, o se tratara de la adrogación de un pariente;
- b. Que careciera de hijos;
- c. Que la *Adrogatio* tuviera una causa lícita; y
- d. Que el adrogado fuera púber.

En la adrogación se distinguen tres épocas:

- a. En la primera, el colegio de los pontífices debe estudiar el proyecto de la adrogación. Después, se aspiró y fue aprobado por los comicios por curias, ante las cuales se hacen tres preguntas o *rogationes*: una al adrogante: ¿Quiere tener al adrogado por *iustus filius*?. La segunda, al adrogado: ¿Consiente en que el adrogante adquiera sobre él la *patria potestas*?. La tercera *rogatio* se hacía al pueblo, para saber si consagraba la voluntad de las partes.



- b. En la segunda época, los comicios por curias estaban representados por *lictores* y es evidente que sólo la voluntad de los pontífices fue la que decidió.
- c. En la tercera, la voluntad del príncipe termina por imponerse y substituir a la de los pontífices, por potestad del emperador.

La adrogación de impúberes, autorizada por Antonino Pío, exige mayor severidad en la *inquisitio* y diversos compromisos del adrogante que aseguren ventajas económicas al adrogado. Posteriormente fue admitida la adrogación por testamento y por rescripto.

1.7.1.1. Efectos de la adrogación

El adrogado cae bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido *ex iustis nuptiis*, también pasan a la nueva familia, sus descendientes, y todos pierden los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando el nombre de la familia del adrogante; los bienes del adrogado pasan a poder del adrogante, posteriormente, Justiniano dispuso que sólo tuviera el usufructo de ellos, quedando la *nuda proprietas* para el adrogado. El adrogado queda obligado a las

cargas del municipio del adrogante. Si más tarde fuera emancipado, dejará de ser hijo del adrogante y ciudadano de aquella ciudad."¹⁷



1.7.2. La adopción

Flores Macedo, al abordar el tema, lo hace de la siguiente manera:

“La adopción es un acto solemne y personalísimo, que hace caer a un ciudadano romano bajo la potestad de otro, estableciendo entre ellos artificialmente, las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación *ex iustis nuptiis* (de matrimonio legítimo). La adopción fue prohibida a los padres respecto a sus hijos naturales y al tutor o curador hacerlo con el pupilo o curado, respectivamente, salvo una excepción para el hijastro, cuya adopción, por su padrastro-tutor se permite. El adoptante varón debe ser mayor de dieciocho años, diferencia mínima de edad que ha de mantener con el adoptado.

Variadas formas de adopción tuvieron los germanos, casi todas simbólicas *per pallium et indusium* (colocando al adoptado bajo la capa por entrega de armas, por corte de la

¹⁷ Flores Macedo, Alfonso. **Derecho Romano**. Pág. 12 y 13.

barba, etc.), sin embargo, el Fuero Juzgo la desconoce. Es reconocida por el Fuero Real y las Partidas, y la permiten al castrado, autorizándola respecto al hijo natural.



La historia refiere el caso de Sancho al Fuerte, rey de Navarra, y don Jaime, rey de Aragón, quienes se adoptaron o prohijaron mutuamente en el año 1231, declarándose herederos el uno al otro de la Corona; posteriormente, al año siguiente, se arrepintieron del acto realizado, producto de su ambición.

Varias legislaciones incluyeron dentro de su normativa civil esta institución. Francia la consagró en su Código Civil; la comisión encargada de preparar las reformas al Código Civil argentino, proyectó en su oportunidad la inclusión de la adopción en sus Leyes, tomando como base el Código de Brasil, Artículos 368 al 378, haciendo referencia a que el Código alemán, en sus Artículos 1741 al 1772, el suizo, Artículos 264 a 269 y el de México, Artículos 390 al 410, la establecen; el articulado proyectado tiende tan sólo a favorecer la adopción, en los casos en que no implique apartar al adoptante del matrimonio; solo se permite adoptar al que hubiere cumplido cincuenta años y careciere de descendencia legítima; la adopción debe hacerse por escritura pública o ante el Registro, y que no podrá sujetarse a condiciones o término; excepcionalmente se modifica la edad mínima, en los casos en que los adoptantes lo hicieren cuando hubieren transcurrido mas de diez años desde la celebración del matrimonio. La adopción, en consecuencia, es creada con énfasis para los matrimonios estériles, que deseen tener hijos.



La adopción produce la extinción de la *patria potestas* del padre natural y la creación de una nueva *patria potestas*. En la adrogación sólo se crea la *patria potestas*. Con Justiniano, para que la adopción fuera consumada, el padre natural declaraba su voluntad ante el magistrado en presencia del adoptante y del adoptado, debiéndose hacer constar en acta pública.

1.7.2.1. Efectos de la Adopción

El adoptado sólo cambiaba de familia y tomaba el nombre del adoptante, perdiendo su parentesco civil o de agnación con su anterior familia, aunque conservando con ella su calidad de cognado; el que ha sido adoptado...retiene la cognación...pero pierde los derechos de agnación.

Tanto para adrogar como para adoptar, es necesario tener la capacidad para obtener la *patria potestas*, de donde serán incapaces los esclavos, los hijos de familia y las mujeres; sin embargo, Diocleciano permitió que una madre pudiera adoptar en virtud de haber perdido a sus hijos.”¹⁸

¹⁸ Flores Macedo, Alfonso, **Ob. Cit.** Pág. 14, 15 y 16.

CAPÍTULO II



2. Desarrollo psicológico del niño

El niño por su condición física, moral e intelectual como tal, no posee un adecuado discernimiento sobre algunas situaciones, que por supuesto, por su edad no puede comprender, lo que en la mayoría de ocasiones puede repercutir en que éste tenga problemas de índole psicológica.

2.1. La psicología

El ser humano posee un componente importante dentro de su estructura física; el cerebro constituye el centro de las emociones de la persona y es el encargado de enviar todas las instrucciones para el adecuado funcionamiento de todo el cuerpo. Ésta es la rama de la ciencia que estudia la conducta del individuo, sea este hombre o mujer, es por ello la importancia que tiene el abordar este tema, y con mayor énfasis en los niños, por ser ellos quienes pueden verse afectados dentro de un trámite de adopción. Este tema se aborda de la siguiente manera:



2.1.1. “Definición

La Psicología es la ciencia que estudia las funciones psicológicas, como la atención, la percepción, la memoria, el pensamiento, la inteligencia, el lenguaje y el aprendizaje. También se ocupa de la afectividad, como las emociones y la sexualidad; de las etapas evolutivas del desarrollo humano, de la conducta, la personalidad, la vocación, el trabajo y los fenómenos sociales.

2.1.2. Ramas de la Psicología

Existen distintas segmentaciones de la psicología, cada una de las cuales incluyen un área específica como la clínica, la forense, la educacional, la social, la comunitaria y la laboral.”¹⁹

En ese sentido, para efectos del presente estudio, se toman en cuenta las definiciones siguientes:

¹⁹ www.psicología.laguia2000.com/general/definicion-de-psicologia (24 de marzo 2009).



2.1.2.1. “Psicología clínica

La Psicología Clínica es la rama de la ciencia psicológica que se ocupa de los trastornos emocionales y de conducta. Se encarga de la investigación de todos los factores, evaluación, diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación y prevención que afecten a la salud mental, no restringiéndose sólo a los llamados trastornos mentales, sino a todas las condiciones que puedan generar malestar y sufrimiento al individuo humano.

Prácticas centrales de esta disciplina son el asesoramiento psicológico y la psicoterapia, así como también la investigación, enseñanza, consulta, testimonio forense y desarrollo de programas y administración.

La psicología clínica tiene cuatro orientaciones teóricas primarias: Psicodinámica, Humanista, Cognitiva comportamental y Terapia familiar.

La psicología clínica puede ser confundida con la psiquiatría ya que generalmente tienen metas similares (por ejemplo, el alivio de trastornos mentales), pero la diferencia principal es que los psiquiatras, al ser médicos, están legalmente autorizados para prescribir medicamentos. En la práctica los psicólogos y psiquiatras trabajan juntos en



equipos multidisciplinarios junto a otros profesionales, como terapeutas ocupacionales y trabajadores sociales, para dar un enfoque multimodal a problemas complejos que afectan a los pacientes.

Dentro de la multitud de orientaciones y elementos que se desarrollan en la clínica, existen algunos que son principales como campos de estudio, los cuales se mencionan a continuación:

- a. Psicología Familia y Parejas;
- b. Psicología Clínica de Adultos;
- c. Psicología Clínica Infanto-Juvenil;
- d. Neuropsicología Clínica;
- e. Rehabilitación Neuropsicológica;
- f. Psicopatología;
- g. Evaluación Psicológica;
- h. Psicoterapia en sus diversas corrientes teóricas;
- i. Psicología de la Salud;
- j. Psicología Médica;
- k. Psicooncología; y
- l. Psiconeuroinmunología.²⁰

²⁰ www.psicología.laguia2000.com/general/Definicion-de-psicología-clinica (24 de marzo 2009)



2.1.2.2. “Psicología social

Rama de la psicología que se basa en el supuesto de que existen procesos psicológicos que determinan la dinámica en que funciona la sociedad y la forma en la que tiene lugar la interacción social. Estos procesos sociales son los que determinan las características de la psicología humana.

La psicología social se encarga del estudio de la determinación mutua entre el individuo y su entorno social. Así, esta ciencia analiza los aspectos sociales del comportamiento y el funcionamiento mental. Se dedica a investigar los distintos fenómenos que se producen en los grupos y brinda la información necesaria para aprender a relacionarse. Esta rama de la psicología puede aplicarse en investigaciones de mercado, encuestas, proyectos de inversión, entre otros.

Pueden mencionarse distintos enfoques dentro de la psicología social, como:

- a. El psicoanálisis;
- b. El conductismo;
- c. La psicología posmoderna; y
- d. La perspectiva de los grupos.



El psicoanálisis entiende la psicología social como el estudio de las pulsiones y represiones colectivas, que se originan en el interior del inconsciente individual para influir en lo colectivo y en lo social.

El conductismo considera a la psicología social como el estudio de la influencia social, por lo que centra sus esfuerzos en el comportamiento del individuo con respecto a la influencia del medio o de otros.

Para la psicología posmoderna, la psicología social consiste en el análisis de los componentes que forman la diversidad y la fragmentación social.

Por último, según la perspectiva de los grupos, cada conjunto de personas es una unidad de análisis con identidad propia. Por lo tanto, la psicología social estudia los grupos humanos como un punto intermedio entre lo social-despersonalizado y lo individual-particular.²¹

2.2. Psicología infantil

Los niños juegan un papel fundamental en la familia y en la sociedad. Son los sujetos más importantes dentro del tema de adopciones, y es el interés superior de ellos el que

²¹ www.psicología.laguia2000.com/general/definicion.de-psicología-social (24 de marzo 2009)



se debe considerar para resolver cualquier trámite al respecto. Es por ello que conviene considerar el tema de la psicología infantil, porque la misma analiza como es el desarrollo físico, motor, cognitivo, perceptivo, afectivo y social de ellos. El tema se aborda como sigue:

“La psicología infantil se encarga del estudio del comportamiento del niño, desde su nacimiento hasta su adolescencia. De esta forma, esta rama de la psicología se centra en el desarrollo físico, motor, cognitivo, perceptivo, afectivo y social. Así es como los psicólogos infantiles llevan adelante métodos para prever y resolver los problemas en la salud mental de los niños.

La psicología infantil atiende dos variables que pueden incidir en el desarrollo del niño: el factor ambiental, como la influencia de sus padres o de sus amigos, y el factor biológico, determinado por la genética.

En cuanto a sus principales teorías, la psicología infantil se fundamenta en la descripción de la personalidad y la percepción desarrollada por el austriaco Sigmund Freud, y en los conceptos del saber cognitivo propuestos por el suizo Jean Piaget.



Para la teoría freudiana, el desarrollo de una personalidad sana es imprescindible para satisfacer las necesidades instintivas del niño, para lo cual afirma que las tres etapas estructurales de la personalidad son el ello, la fuente de todos los instintos, el super-yo simboliza las reglas sociales y morales, y el yo, la fase intermedia entre el ello y el super-yo.

Piaget, por su parte, se concentra en el conocimiento innato del niño, que aparece desde el nacimiento y que permite el aprendizaje sin necesidad de estímulos externos.

Los trastornos psicológicos más comunes entre los menores son los vinculados al sueño, los terrores nocturnos, los miedos en general, la alimentación, la actividad hiperquinesia, tics y el lenguaje, tartamudeo, afasia y otros.”²²

2.3. La Autoestima

Este componente psicológico de los seres humanos influye en el desarrollo integral de las personas. Consiste en la apreciación personal que cada uno tiene de si mismo, la que se genera por el concurso de diversos factores ambientales, culturales, físicos, emocionales y económicos del individuo, desde su concepción hasta la muerte. En ese

²² www.psicología.laguia2000.com/general/definicion.de-psicología-infantil (24 de marzo 2009)



sentido, conviene tratar el tema, que en el presente estudio lo haremos de la manera siguiente:

“Todos desarrollan autoestima si reciben amor. No basta que los padres sientan amor por sus hijos. Deben saber comunicarlo y transmitirlo a ellos. Las edades más importantes para el desarrollo de la misma están ubicadas entre los tres y diez años. Durante este período, se concentran en los sentimientos que se tienen con respecto a ellos y su valor personal, ésta empieza a depender menos de cómo lo ven los demás y del afecto de éstos. Comienzan a influir más las ideas propias, los logros y otras fuentes sustitutivas de ella. En todo caso, la desarrollarán, si reciben afecto.”²³

2.3.1. “Autoestima en niños

La autoestima de un niño comienza durante el embarazo de su madre, si es un hijo deseado o no, porque el rechazo materno se intuye antes de nacer, según algunos estudios realizados en este sentido.

La aceptación del nacimiento de un niño, de su sexo, y de todas sus características y condiciones personales es un elemento muy importante para la futura autoestima. Los

²³ www.psicología.laquia2000.com/general/la-autoestima (26 de marzo 2009)



defectos físicos, las enfermedades, las discapacidades afectan la autoestima pero puede revertirse esta situación si es vivida con naturalidad, aceptando las carencias y dando relevancia a otros atributos que pueden compensar el desarrollo, muchas veces con creces.

El amor de los padres tiene que ser expresado con palabras para favorecer su autoestima ya que todo niño debe conocer su opinión con respecto a él y recibir su aprobación o desaprobación cuando corresponda.

El reconocimiento de los valores le permite a un niño construir su autoestima como un parámetro para juzgar sus propias actitudes y tener sentido de las prioridades.

Un niño es una esponja y absorbe todas las críticas familiares, sin posibilidades de reaccionar adecuadamente, llegando a convencerse de lo que piensan los demás alterando la imagen que tiene de si mismo.

La baja autoestima es una característica de la personalidad depresiva y es un síntoma de la depresión, enfermedad que puede llevar al suicidio.”²⁴

²⁴ www.psicología.laguia2000.com/general/psicologia-en-niños (26 de marzo 2009)



2.3.2. “Elementos para comunicar amor a los niños

a. Atención concentrada

Es estar con el niño realmente, con el pensamiento y el cuerpo en el mismo sitio, junto a él. Es mirarlo cuando él habla y que todo el cuerpo transmita el mensaje que se le está escuchando y poniendo la atención debida, pero globalmente hacerle sentir, que es importante lo que está transmitiendo; es decir, dedicarle el tiempo de buena calidad y hacerle sentir un niño amado. El distanciamiento en la interacción con los niños, el estar presente pero no en presencia, los hace sentir que no interesan o que no importan.

El verdadero encuentro hace que el padre transmita al hijo que él es importante y éste lo perciba, en consecuencia este último podrá afirmar lo mismo, ya que sus padres se toman tiempo para ocuparse de él.

Es significativo que el tiempo que se le dedique a un niño aunque sea corto, debe ser frecuente y positivo, que sea un verdadero encuentro de amor. Por el contrario, se considera contraproducente que la atención concentrada se reserve únicamente cuando el menor presente inadecuado comportamiento.



b. Comunicación congruente

Existen varios elementos importantes a considerar en la comunicación y relación entre padre e hijos, que en su globalidad, y si se manejan en forma adecuada, hacen que los padres transmitan al niño el que sientan que pueden contar con su apoyo, y que el niño perciba, para que esto pueda generar confianza y seguridad en él.

En primer lugar, los padres deben ser congruentes con su lenguaje verbal y corporal al momento de transmitir algo a sus hijos; es decir, un padre no debe prometer lo que no puede cumplir, pues esto transmitirá al niño irrespeto y desconfianza, lo cual repercutirá en consecuencias negativas en su comportamiento.

Abordando el tema específico del lenguaje, cabe señalar que hay palabras cuyo uso puede resultar impreciso cuando queremos decir algo a un niño, ya que debemos tener cuidado con su uso, porque pueden brindar mensajes poco claros y que lo confundan. Ejemplificando al respecto, se mencionan los siguientes casos:

- Pero, es una forma de decir si y no en la misma oración; ya que la segunda parte de la oración suele descalificar o desmentir a la primera, y quien lo escucha se siente molesto y confuso. Ejemplo: Yo te acepto pero me gustaría que no te vistieras



así. Lo conveniente es sustituir dicho término por una forma gramatical en la que se puedan tomar una u otra opción, y cambiar la situación de descalificación o reproche a un contexto de amor.

- Sí y no. Transmiten duda, inseguridad y el niño no sabe a qué atenerse.
- Siempre y nunca. El significado literal de estas palabras es muy pocas veces acertado, existen pocas cosas en la vida donde algo puede ser siempre o nunca, y las utilizamos para dar énfasis emocional más que para transmitir una verdad, pero hacen sentir que somos exagerados o injustos, no congruentes. Por ejemplo, ¡siempre me haces enojar!, sería más honesto decir, en este momento estoy enojado. Siempre y Nunca es conveniente sustituirlas por en este momento.
- Debería y tiene. Son otras palabras traicioneras con las cuales es fácil querer decir que hay algo malo en ti, que de alguna manera te has equivocado al valorar. A menudo el uso de ellas le señala implícitamente su desatino a alguien. Ejemplo: Debiste hacer las tareas temprano. Debiste haberlo conocido mejor.

c. Expresión y aceptación de sentimientos

Los padres deben aceptar y expresar sus sentimientos y permitir lo mismo a los hijos, de tal manera que transmita al niño su autenticidad.



Nos cuesta mucho expresar nuestros verdaderos sentimientos y entonces expresamos mezclados, utilizando, además, la incongruencia entre el lenguaje verbal y no verbal, proyectando deshonestidad, poca sinceridad e incoherencia ante lo que sentimos y lo que hacemos.

Nos cuesta exteriorizar los verdaderos sentimientos por imitación a otra persona, por temor a la desaprobación de los demás, al manejo de ciertas emociones, por no ponernos en contacto con los sentimientos reales o por considerar que la sinceridad hiera a los demás.”²⁵

2.4. Análisis de la adopción de menores y adolescentes por homosexuales, relacionada con el adecuado desarrollo psicológico de los menores y adolescentes

La totalidad de los estudios realizados hasta la actualidad, a nivel mundial, sobre la evolución de los niños criados por parejas de homosexuales, no demuestran nada relevante que pueda servir como un fundamento para que les sea permitido el acceso a la adopción. Casi todos ellos, incluyendo los realizados en España, carecen del mínimo rigor científico necesario para poder ser considerados como una investigación como tal, y por ello poder alcanzar conclusiones con un grado aceptable de validez. Entre éstos los fallos más habituales son:

²⁵ www.psicología.laguia2000.com/general/el-amor-y-la-autoestima (26 de marzo 2009)



- a. El tamaño de la muestra (normalmente demasiado pequeño);
- b. Su falta de aleatoriedad (las parejas homosexuales no son las seleccionadas aleatoriamente, sino que incluso son reclutadas por otros seleccionados o por asociaciones homosexuales); y
- c. El uso de grupos de control -parejas heterosexuales- inadecuados, así como comparar madres lesbianas solas, con madres heterosexuales divorciadas o separadas, con lo que los hijos de las madres heterosexuales tienen una desventaja debido al trauma del divorcio o separación.

De los pocos elementos a destacar de estos estudios, así como de otros rigurosos sobre temas conexos, se puede concluir que los niños que han sido adoptados por parejas de homosexuales, poseen ciertas situaciones que en general resultan desfavorables para ellos, de las cuales Mónica Fontana, hace referencia a los siguientes:

- a. “Son propensos a contraer enfermedades mentales, físicas y psicológicas: Los homosexuales presentan una salud en general más deteriorada.
 - Mayor tasa de enfermedades mentales.
 - Del orden de 4 veces más en relación a personas heterosexuales, presencia de casos de SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual.



- Mayor tendencia al suicidio.

b. Son más frecuentes los problemas psicológicos, y en particular:

- Autoestima baja;
- Estrés;
- Inseguridad respecto de su vida futura en pareja y tener hijos;
- Trastorno de Identidad sexual;
- Rechazo del compañero o compañera del progenitor homosexual como figura materna o paterna y preferencia por vivir con el otro progenitor.

c. Son más habituales los trastornos de conducta como:

- Drogodependencia;
- Disfunciones en la conducta alimentaria;
- Fracaso escolar: peores calificaciones y mal comportamiento en clase.

d. Es más corriente que sufran experiencias traumáticas:



- Ruptura de la pareja.
- Promiscuidad.
- Abusos sexuales paternos.

e. La presencia de conductas o identidades homosexuales es del orden de 8 veces más frecuente que la media.”²⁶

Evidentemente, cuando una persona adulta elige libremente esta conducta acepta conscientemente estas consecuencias, pero ese no es el caso de un niño que se ve expuesto involuntariamente a circunstancias que le hacen más proclive a correr estos riesgos, si se les concede en adopción a parejas homosexuales.

Se debe considerar que una de las variables que la psicología infantil determina para el adecuado desarrollo del niño es el factor ambiental, que comprende la influencia de sus padres y de sus amigos, y esta se verá grandemente afectada en todos aquellos menores que se concedan en adopción a estas personas; éstos no podrán contar con el adecuado desenvolvimiento de una personalidad sana, la cual es imprescindible para satisfacer las necesidades instintivas del niño.

²⁶ www.psicologia.laguia2000.com. Fontana, Mónica, **Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo, mayo 2005**. (18 de febrero 2009)



CAPÍTULO III



3. El Homosexualismo y Lesbianismo

Dentro del conglomerado mundial existen diversidad de preferencias de todo tipo, tanto de consumismo, de vertientes de pensamiento y por supuesto entre estas las sexuales. Los temas del homosexualismo y lesbianismo, en la antigüedad, eran considerados tabúes, producto de la formación moral y espiritual transmitidas de padres a hijos, de generación en generación. La sociedad actual, ha transformado la definición de dichos conceptos, encuadrándolos dentro de la escala de preferencias sexuales, al igual que la que existe entre hombres y mujeres. El respeto a las formas de pensamiento y comportamiento de las personas dentro una sociedad debe ser siempre regulada en la normativa de cualquier Estado, respetando el principio de igualdad de las personas. Sin embargo, dicho ente debe restringir algunos de ellos, haciendo imperar otros de carácter elemental cuando los derechos de la niñez se puedan ver afectados, restringidos o disminuidos.

Se hace importante, en consecuencia, analizar los temas en cuestión, para tener un panorama más claro que nos permita ser mas objetivos respecto al tema de las adopciones por dichas personas. Cada uno de los temas, se abordan de la siguiente manera:



3.1. “Aspectos importantes acerca del homosexualismo

3.1.1. Definición

La homosexualidad es una orientación sexual y se define como el comportamiento, la interacción sexual o atracción erótica hacia individuos del mismo sexo. Etimológicamente, la palabra homosexual es un híbrido del griego *homós* (que en realidad significa igual y no, como alguno creería, derivado del sustantivo latino homo, que quiere decir hombre) y del adjetivo latino *sexualis*, lo que sugiere una relación sexual y/o sentimental entre personas del mismo sexo, incluido el lesbianismo. Los términos: gay (que en inglés clásico significa alegre), y lesbiana, suelen utilizarse al referirse a hombres y mujeres homosexuales, respectivamente. Desde 1973 la Comunidad Científica Internacional considera que la homosexualidad no es una enfermedad. Sin embargo, la situación legal y social de la gente que se autodenomina homosexual, varía mucho de un país a otro y frecuentemente es objeto de polémicas.

3.1.2. Terminología

El sustantivo gay se refiere a personas homosexuales de ambos sexos, aunque generalmente se usa hablando de uno o varios hombres homosexuales. Muchos de los



conceptos relativos a la orientación sexual (heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad, transexualidad, etc.) se confunden a veces entre sí, sobre todo por falta de información y por exceso de prejuicios.

La terminación *ismo* se ve a veces como peyorativa, tal como sucede con la palabra *homosexualismo*. El sufijo *ismo* tiene múltiples definiciones, que van desde partidario de... hasta enfermedad de, como en el caso de *gigantismo*. Por ello, su uso definiría la idea de que el colectivo homosexual tendiese a la promoción de sus conductas, o incluso, de que la condición homosexual debiera entenderse como una deficiencia mental. Al irse apartando la sociedad de la creencia de que la homosexualidad es una enfermedad, se fue imponiendo el término *homosexualidad*, ya que la terminación *idad* sólo implica calidad de. Actualmente, el diccionario de la Real Academia Española sólo recoge esta última.²⁷

3.1.3. "Historia

Varios estudios han demostrado que la homosexualidad ha existido desde el principio de la humanidad, en todas las razas, en ambos sexos, en cualquier nivel social. La homosexualidad se ha confirmado en muchas especies animales, incluidos los primates superiores.

²⁷ www.es.wikipedia.org/wiki/Homosexualismo (17 febrero 2009)



La palabra homosexualidad fue creada en 1869 por Karl Maria Kertbeny en un artículo anónimo que apoyaba la revocación de las Leyes contra la sodomía en Prusia. Fue incluida en el libro Psychopathia Sexualis de Richard Freiherr von Krafft-Ebing (1886), que contenía un estudio acerca de lo que en esa época se consideraba una desviación sexual, y por medio de este libro se popularizó el concepto. Desde entonces, la homosexualidad se ha convertido en objeto de intenso estudio y debate: inicialmente se catalogó como una enfermedad, trastorno o patología que había que curar, pero actualmente se entiende como parte integral, necesaria para comprender la biología, psicología, política, genética, historia y variaciones culturales de las identidades y prácticas sexuales de los seres humanos.

- En Grecia y Roma

En la Grecia antigua, se consideraba normal que un muchacho (entre la pubertad y el crecimiento de la barba) fuera el amante de un hombre mayor, el cual se ocupaba de la educación política, social, científica y moral del amado. Pero se consideraba más extraño que dos hombres adultos mantuviesen una relación amorosa (aunque se veía normal la relación entre Aquiles y Patroclo, o en las parejas de soldados tebanos y hasta en la relación entre Alejandro Magno y Hefestión).



En la antigua Roma, si bien algunos autores como Tácito o Suetonio contemplaban la homosexualidad como un signo de degeneración moral e incluso de decadencia cívica, era frecuente que un hombre penetrara a un esclavo o a un joven, mientras que lo contrario era considerado una desgracia.

- La Inquisición

La persecución de la homosexualidad por la iglesia católica fue constante a lo largo de la Edad Media, si bien la sodomía era una acusación útil que a veces se unía, y no siempre se distinguía de la de herejía, lo que hacía francamente difícil cualquier análisis. Los procesos más sonados, como el ataque contra los templarios, acusados de entregarse a prácticas homosexuales y heréticas, son todos sospechosos y promovidos por razones políticas. En circunstancias normales, los nobles y privilegiados rara vez eran acusados de esta clase de delitos, que recaían casi enteramente sobre personas poco importantes y de las que se tienen pocos datos.

Durante los siglos V al XVIII, la tortura y la pena capital, generalmente en la hoguera, eran los suplicios a los que se condenaba a los homosexuales en la mayor parte de Europa. La Santa Inquisición de la Iglesia Católica no se diferencia mucho en su persecución de la homosexualidad, de lo que era corriente en casi todas partes, y es



culpable de la tortura y muerte de innumerables personas acusadas del denominado pecado nefando.

- Persecución nazi de los homosexuales

Durante la época nazi, se consideró a la homosexualidad una inferioridad y un defecto genético, por lo que se aplicó un Artículo del Código Penal alemán de 1871. Se trataba del párrafo 175 que decía: Un acto sexual antinatural cometido entre personas de sexo masculino o de humanos con animales es punible con prisión. También se puede disponer la pérdida de sus derechos civiles. Con la llegada del nazismo, los alemanes considerados homosexuales fueron apresados o internados en campos de concentración, donde muchos fueron asesinados. Los prisioneros considerados homosexuales, dentro de los campos de concentración eran identificados con un triángulo invertido de color rosa. A aquellos homosexuales que además eran judíos se les obligaba a usar una estrella de David, cuyo triángulo invertido era rosa.

Este símbolo, en memoria del exterminio en los campos de concentración, es usado en la actualidad por asociaciones que luchan contra la discriminación por motivos de orientación sexual.”²⁸

²⁸ www.es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad (17 febrero 2009)



3.2. “Aspectos importantes acerca del lesbianismo”

3.2.1. Definición

Lesbiana es toda mujer que se siente atraída sexualmente por otra, que además tiene un vínculo de amor, de afecto, de cariño y que se siente atraída sexualmente hacia ella.

3.2.2. Terminología

En la *Ilíada* aparece por primera vez el término mujeres de Lesbos y hace referencia a las féminas que mejor practicaban la felación, ya que el verbo griego *lesbiázein* significa felar. De hecho, en la Grecia clásica, la isla de Lesbos era famosa por la destreza y tendencia de sus habitantes a realizar esta práctica. La desviación del significado de este término se debió al uso que le dieron posteriormente los cristianos y a la procedencia de la poetisa Safo. Sin embargo, el vocablo que se utilizaba en la antigua Grecia para referirse a las lesbianas era *tríbada*, del griego *tribo* (frotar).



3.2.3. Historia

El lesbianismo en la historia se ha hecho presente desde tiempos muy antiguos. La identidad lésbica concebida como tal a través del tiempo, surgió más tarde que la masculina, ya que el desarrollo subcultural ha sido más lento debido al pensamiento de Occidente, la moral, las barreras religiosas, las creencias de la época y los miedos. Esta identidad sexual, considerada por gran parte del mundo durante muchos años como minoría, ha recibido diferentes tratamientos a lo largo de la historia.

Teniendo en cuenta el rol que el hombre ha ocupado históricamente, el lesbianismo ha sido menos difundido públicamente que la homosexualidad masculina. Aún existiendo durante toda la historia humana en la mayoría de las culturas antiguas, la presencia lésbica ha sido considerada como inexistente o desvalorizada, a diferencia de la homosexualidad masculina, que si bien no era aceptada, sí fue reconocida. Recientes estudios realizados en Estados Unidos demuestran que las relaciones femeninas han destacado la fuerza y la consistencia de lazos existentes entre mujeres, en donde la relación sexual puede o no haber desempeñado un papel importante.

Según la filósofa americana Judith Butler, la exclusión opera mediante la creación de un dominio de sujetos desautorizados, presujetos, de poblaciones borradas del panorama visual; y las lesbianas han ocupado ese dominio de sujetas borradas de lo posible de



imaginar. Otra de las causas del poco conocimiento público sobre el lesbianismo es en la errónea concepción social del mismo. Lillian Faderman asegura que hasta fines del siglo XIX, la sociedad no solo toleraba sino que fomentaba el amor entre mujeres (lo que entonces se conocía como amistad romántica, a menos que esa relación pasara a un plano sexual o alguna de ellas intentara usurpar el rol masculino.

- Grecia Antigua

Las referencias escritas más antiguas de amor entre mujeres datan de la Grecia antigua. Safo, poetisa originaria de la isla de Lesbos, representa uno de los principales íconos lésbicos de la historia. Compuso poemas en los cuales expresaba su atracción sexual hacia otras mujeres, pero algunos escritos también la describen como una persona que mantuvo relaciones con hombres. Máximo de Tiro, escribió que las relaciones de Safo con otras mujeres, en su escuela, eran platónicas. Los estudiosos modernos sugieren un paralelo con las concepciones del amor entre hombres y jóvenes en la antigua Grecia y las amistades entre Safo y sus estudiantes, en las cuales tanto la pedagogía como la pederastia pueden haber tenido sus roles en el hecho. De cualquier manera, la importancia de la obra y los intereses personales de la poetisa han sido tales que el término safismo se ha convertido en sinónimo de lesbianismo desde la época victoriana.



- Oriente

En el Código de Hammurabi existen datos que comprueban la presencia de mujeres con inclinaciones lésbicas. Se reconoce un tipo aparte de mujer llamada *salzikrum*, palabra que significa hija hombre. Poseía muchos más derechos hereditarios que mujeres comunes y, tal como una sacerdotisa, podía heredar gran parte de los bienes paternos, mientras que una mujer común no lo hacía. Esto podía ofrecer la posibilidad de que ella tuviera la oportunidad de comenzar una familia con una o varias esposas.

- China

En la antigua China, se ha tenido una cierta tolerancia hacia el lesbianismo. Una de las razones más importantes es que las mujeres aportan el Ying (substancia o energía necesaria para el cuerpo), por lo que la idea de la masturbación femenina, según este tren de pensamiento, era la de un acto inofensivo. Algunos historiadores, como John Boswell, han descubierto ciertos elementos que denotan la existencia de relaciones homosexuales femeninas. Un ejemplo de esto figura en las palabras pronunciadas por Ying Shao (140–206), cuando dos mujeres se relacionan entre sí como marido y mujer, se denomina esa situación como *dui shi*.



La palabra mojinzi, espejos frotándose, se utilizó para describir las actividades lésbicas, tomando como idea a dos espejos frotándose uno contra el otro (o sea, formas similares sin protuberancias) representando a los órganos sexuales femeninos.

Se han encontrado también casos de la Corte en donde se realizaban casamientos grupales de lesbianas y las denominadas Asociaciones de la Orquídea Dorada, cuyas zonas más activas se hallaban en Shunte, Fanyu y Sajiao. La membresía para tal grupo era exclusivamente femenina y hubo quienes vivieron en pareja durante toda su vida. Algunos se casaban con hombres pero continuaban manteniendo relaciones lésbicas después del matrimonio, evitando los hogares junto a sus maridos lo máximo posible, y aquellas que eran forzadas a quedarse en sus casas con sus maridos, se suicidaban. Estas agrupaciones sobrevivieron hasta el siglo XX e incluían ceremonias de casamiento e intercambio de presentes entre esposa y marido. Dichas mujeres tenían la posibilidad incluso adoptar niñas, que a su vez podían heredar de sus adoptantes.

- Edad Media

En la Edad Media europea, siglo V al XIV, la condición homosexual fue reprimida y ocultada. Por lo tanto es difícil encontrar casos y datos con referencias históricas sobre relaciones erótico-amorosas entre mujeres. Las principales fuentes son los archivos

eclesiásticos (sermones, homilías, encíclicas, concilios, catecismos) y jurídicos (procesos judiciales, denuncias, sentencias).



Los Concilios de París (1212) y Ruán (1214) prohibían a las monjas, a fin de evitar la tentación, dormir juntas, y se exigía que una lámpara ardiese toda la noche en los dormitorios. En los siglos subsiguientes (XVI, XVII y XVIII), las relaciones sexuales entre monjas eran un tema recurrente en la literatura de la época, sobre todo en los países protestantes y círculos católicos. Existen novelas cortas y poemas que de alguna forma documentan sobre estas relaciones sexuales entre monjas dentro de los conventos.

- Legislación medieval

Hasta época reciente se creía que el lesbianismo había sido ignorado por las Leyes civiles. Estudios más modernos tienden a desmentir el hecho, a pesar de que todavía es necesaria mucha más investigación. La primera Ley civil que condenaba el lesbianismo fue el Código de Orléans, el Li Livres de jostice et de plet (1260). La Ley condenaba a los sodomitas masculinos a la pérdida de los testículos a la primera ofensa, del miembro en la segunda y a la quema en la hoguera a la tercera. La Ley fue ampliada para incluir a las mujeres:



Feme qui le fet doit à chescune foiz perdre membre, et la tierce doit estre brusee.

Mujer que lo hace debe perder cada vez un miembro y a la tercera deber ser quemada.

No está claro que significa exactamente perder cada vez un miembro.

Sin embargo, sería Cino Da Pistoia quien en 1314, con la publicación de su Comentario, interpretaría por primera vez el Derecho Romano de forma condenatoria para el lesbianismo. Da Pistoia interpretó una oscura Ley de Diocleciano y Maximiano, la *Lex foedissiman* de 287 d. C., que condenaba la prostitución y las mujeres libertinas, para condenar a las que tienen relaciones con otras. En 1400, Bartholomeo de Saliceto retoma esta interpretación de la *Lex foedissiman* para condenar el lesbianismo a la pena de muerte. Las Lecturas de Saliceto se convertirían en una referencia para toda Europa, cuya legislación se basaba en la romana, hasta el siglo XVIII.

- En el Cristianismo

Las referencias que se hacen al lesbianismo en la Biblia están presentes y abiertas a distintas interpretaciones, y son pruebas evidentes de que había conocimiento sobre relaciones entre mujeres.



Existe una historia bíblica, en el libro de Ruth capítulo uno y versículos 16 y 17 que puede ser considerada como la más temprana en términos lésbicos: el amor entre Nohemí y Ruth. Aunque trataba de amor familiar, también puede ser interpretado como una viva declaración de amor en sentido más explícito: Ruth, al dirigirse a Nohemí le decía: No insistas más en que me separe de ti. Donde tú vayas, yo iré; donde tú vivas, yo viviré; tu pueblo es mi pueblo, y tu Dios es mi Dios; donde tú mueras, yo moriré y allí me enterrarán. Juro hoy solemnemente ante Dios que sólo la muerte nos ha de separar.

Aun así, el cristianismo ha concebido al lesbianismo como un acto contranatural para las relaciones entre mujeres. En el año 1073, todas las copias de los poemas de Safo fueron quemadas en Roma y Constantinopla por orden de la iglesia católica.

En el siglo XIII, Gregorio López, en su comentario titulado Omes en la Setena Partida escribía que: aunque dice la Ley hombres, se incluye también a las mujeres tanto cuando una con otra haga contra natura como cuando varón con hembra haga el coito contra natura, así pues el pecado femenino es posible y ha de ser castigado. A pesar de esto, la Ley divina o la secular no castigaba el coito entre dos mujeres pero recibirían una pena menos severa que la hoguera, a menos que se utilizara algún elemento para emular un miembro reproductor masculino durante el sexo. Hasta 1560, el Tribunal Supremo Inquisitorial de Madrid no reconocía casos de lesbianismo sin el uso del mencionado instrumento, a pesar de acusaciones al contrario. En la primera década del siglo XVI, es conocido el caso de Catalina de Belunza y Mariche, en el cual el Fiscal



General de San Sebastián acusa de penetrarse entre sí como lo harían un hombre y una mujer desnudos, en la cama, tocándose y besándose, la una encima del vientre o la panza de la otra, un crimen que habían perpetrado en numerosas y diversas ocasiones. Tras apelación, el Tribunal Supremo terminó retirando todos los cargos.

- América

Tras el primer encuentro de los conquistadores europeos con el continente americano, se comienza un registro a modo de crónica sobre el comportamiento de los nativos, siendo la sexualidad uno de los aspectos que más escandaliza. En estos textos se menciona la sodomia foeminarum, lo cual representa una prueba fehaciente de la existencia de prácticas homosexuales en varias etnias del continente americano.

Puntualmente, el jesuita Péro Correa, en 1551, escribe:

Hay aquí muchas mujeres que realizan oficios de hombres y tienen otras mujeres con las que están casadas.

Hacia 1576, Péro de Magalhães de Gândavo se refiere a relaciones homosexuales de mujeres tupinambás:



Algunas indias de esta región juran y prometen castidad y así no se casan ni conocen hombre de ninguna calidad, ni lo consentirán aunque por eso las maten. Estas dejan todas las actividades de mujeres e imitan a los hombres y realizan sus oficios como si no fuesen mujeres. Traen el cabello cortado como los machos, van a la guerra y de cacería con arcos y flechas y cada una tiene una mujer a su servicio y que le hace de comer como si estuviesen casadas.

Durante el siglo XVIII otros europeos, misioneros y exploradores describían a personas del tercer sexo como berdaches, tanto en los casos femeninos como masculinos. Para las mujeres específicamente, se relata que vestían ropas de hombre y participaban en actividades guerreras, de caza y otras que su cultura consideraba masculinas, como la confección de armas; pero además tenían esposas o compañeras duraderas.

Según investigaciones del ensayista argentino Jorge Salessi, la representación de la homosexualidad femenina en Argentina a principios del siglo XX, dentro de la política constitucional y la higiene, se basó en la propagación de un pánico homosexual, ansiedad cultural producida, promovida y utilizada para controlar a la población, siendo



las prácticas lésbicas consideradas como peligrosas por la cultura patriarcal y burguesa hegemónica.

- Durante el Nazismo

Con penas más leves que para los homosexuales, en Alemania, las mujeres lesbianas debían llevar sobre su pecho la insignia del triángulo negro, dentro de los campos de concentración nazi. En 1935 un juez rehusó incluir una pena a lesbianas, ya que según su argumento, eran más difíciles de detectar. Durante el régimen de Hitler, cualquier marido podía denunciar a su mujer y a otras por conductas homosexuales. Ana Frank, incluso, en su diario escribe sobre sus deseos con otras mujeres y su atracción por ellas.

- Era contemporánea

La palabra lesbiana no existía hasta principios de los años setenta y se instituyó en 1975, durante la conferencia del Año Internacional de la Mujer, por influencia feminista. El periódico Excélsior (México) informa en primera plana el 24 de julio: Defendían chicas de E.U. el homosexualismo, y más adelante precisa: Un grupo de escritoras mexicanas pidió a la Tribuna del Año Internacional de la Mujer que se trataran asuntos



realmente trascendentes para que la Asamblea no se convirtiera, a base de temas banales, en un show. La palabra Lesbianismo aparece luego en páginas interiores.

- Asia

En 2005, Kanako Otsuji, una ex miembro de la Asamblea de Osaka, hizo público su lesbianismo tras la publicación de su libro, acto que le impulsó a trabajar por los derechos de la comunidad lésbico-gay-bisexual-transgénero -LGBT- en su país.

Recientemente en China, el lesbianismo ha adoptado los roles de hombre y mujer al estilo de butch y femme, originario de Estados Unidos. Los roles de pasivo y activo son seriamente respetados, a tal punto de crear un sistema social dentro del grupo.

En el año 2006, también en China, se creó la primera asociación de lesbianas y homosexuales y se inauguró una línea telefónica de ayuda para lesbianas, inédito en aquél país. Según datos, la mayoría de las lesbianas chinas no hacen pública su orientación sexual y muchas veces caen en la prostitución o en situaciones en las que es fácil contraer el virus del sida o enfermedades de transmisión sexual.²⁹

²⁹ www.es.wikipedia.org/wiki/Lesbianismo (17 febrero 2009)



3.3. “Situación legal de la homosexualidad en el mundo

La homosexualidad es contemplada de diversas maneras por los diferentes ordenamientos jurídicos: como primera diferencia, existen países donde el comportamiento homosexual está penado, y otros donde no lo está.

3.3.1. Países donde la homosexualidad es legal

Generalmente los gobiernos trabajan con el objetivo de reducir la homofobia de la sociedad y otorgar nuevos derechos, siendo el mayor de ellos el matrimonio homosexual y la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten menores (caso de España). Entre éstos derechos también se encuentran, además del matrimonio y la adopción, las uniones civiles u otro tipo de reconocimientos de estas uniones.

3.3.2. Países donde la homosexualidad es ilegal

Ésta se castiga con penas que pueden llegar a la de muerte (caso de Irán y de Arabia Saudita), o por lo menos con sanciones económicas o la cárcel.



3.4. Equiparación de derechos de los homosexuales con los heterosexuales

3.4.1. Unión civil

La unión civil es uno de los varios términos (en México existen, desde el 9 de noviembre del 2006, las denominadas sociedades de convivencia, concepto que se aplica no sólo a parejas hombre-hombre y mujer-mujer, sino a cualquier otro par de personas que, por razones incluso no relacionadas con su preferencia sexual, viven juntas) usados para un estado civil similar al matrimonio, creados sobre todo para permitir el acceso de las parejas homosexuales a las ventajas de las que gozan los matrimonios heterosexuales. En algunos lugares se dispone también de uniones civiles para los heterosexuales que no desean formalizar su relación en un matrimonio. Estas uniones heterosexuales reciben el nombre legal de unión libre, llegando a ser, en algunos Estados, idénticas al matrimonio, del que sólo se diferencian en el nombre. Las uniones civiles están reguladas en Dinamarca, Noruega, Israel, Suecia, Islandia, Hungría, Francia, Finlandia, Alemania, Portugal, Croacia, Luxemburgo, Reino Unido, Andorra, Nueva Zelandia, República Checa, Colombia, en algunos estados de Estados Unidos (Hawái, California, Vermont, Distrito de Columbia, Maine, Nueva Jersey y Connecticut), en algunas regiones de Italia (Campania, Emilia-Romaña, Toscana, Umbría, Abruzos, Lacio, Liguria, Apulia y Véneto), en partes de Suiza (ciudad y región de Zúrich), en parte de Argentina (ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Río Negro),

en parte de Australia (estado de Tasmania), en parte de México (Ciudad de México y el estado de Coahuila) y en parte de Brasil (estado de Río Grande do Sul).



3.4.2. Matrimonio homosexual

El matrimonio homosexual es el reconocimiento social, cultural y jurídico, que regula la relación y convivencia de dos personas del mismo sexo, con iguales requisitos y efectos que los existentes para los matrimonios entre personas de distinto sexo. Éste es el paso más avanzado para el total equiparamiento de derechos y deberes entre los ciudadanos homosexuales y heterosexuales, y sólo se ha aprobado en los Países Bajos (2001), en Bélgica (2002), en España (2005), en Canadá (2005), en Sudáfrica (2006) y, como ya se mencionó en la sección previa, en México existe, también desde 2006, la llamada Ley de Sociedad de Convivencia. En otros estados el asunto está en debate y, según un estudio de opinión europeo, más de la mitad de los ciudadanos de Suecia, Dinamarca, Luxemburgo, Andorra, Alemania y la República Checa, están a favor de su regularización en sus Estados; los defensores de esta reforma representan más del 45 por ciento en Austria, Francia, Reino Unido y Finlandia.

Pero no sólo en Europa se ha debatido sobre este asunto, sino que éste es un tema vigente en el resto de los países occidentales, como Estados Unidos de Norteamérica; habitualmente suelen estar a favor los sectores progresistas de la sociedad, es decir,



aquellas organizaciones que están en pro de los derechos de la comunidad lesbiana, gay, bisexual-transgénero (LGBT) y los partidos políticos progresistas (lo cual no es sinónimo de izquierdas, necesariamente), entre los cuales se encuentran mayoritariamente los socialdemócratas, los ecologistas, los centristas y los liberales. En contra del planteamiento de cambios en la legislación, se hallan los sectores conservadores de la sociedad (la iglesia, tanto católica como protestante y ortodoxa, principalmente), así como de los partidos políticos que defienden sus ideales y/o los modos de vida tradicionales (los de ideologías conservadoras, nacionalistas o de extrema derecha) y organizaciones del mismo entorno.

a. **Argumentos a favor:** principalmente, quienes tienen una postura a favor de la reforma, alegan que regularizando el matrimonio homosexual se conceden nuevos derechos a un grupo de ciudadanos (los homosexuales y bisexuales) que hasta este momento no tienen/tenían, incumpliendo de esta manera, en algunos casos, la Constitución o la legislación vigente (al condenar la desigualdad y la discriminación, mientras que algunos de los ciudadanos no se pueden casar con la persona que quieren, otra parte sí lo puede hacer). Con esta extensión de derechos, argumentan, no se ven afectadas las libertades de otros ciudadanos.

b. **Argumentos en contra:** suelen afirmar que existe única y exclusivamente un tipo de familia y no varios y su definición (de familia) dice que se trata de una unidad destinada a la procreación, y dado que una pareja de hombres, lo mismo que una



pareja de mujeres, no pueden procrear a través de los medios naturales (ni los tradicionales), por consiguiente, la familia queda restringida a la unión de un hombre con una mujer.

Otro argumento puesto en la palestra durante estos debates es la raíz etimológica de la palabra matrimonio, que proviene del latín, *matri-monium*, que significa unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales; está especialmente orientado en no aceptar que estas uniones sean llamadas matrimonio, sino más bien, de otra manera, manteniendo sin embargo, la mayor parte de los derechos que eso implica.

3.4.3. Adopción de hijos por parte de parejas homosexuales

La adopción de hijos por parte de parejas homosexuales está autorizada por Ley en un reducido número de territorios europeos y norteamericanos, y da la oportunidad a las parejas de homosexuales de tener hijos, reconociéndoles a ambos, como padres o madres legales. Esto no suele tener tanto apoyo popular como otras medidas de ampliación de derechos a los miembros de este colectivo (tales como el matrimonio homosexual), a pesar de lo cual, más del 50 por ciento de la población de Suecia y de los Países Bajos está de acuerdo con esta medida. La opinión médica está algo dividida al respecto: por ejemplo, algunos consideran que lo importante para un correcto



crecimiento de los menores no es el sexo de los padres, sino el cariño dado a sus hijos. Importantes instituciones de especialistas, como la Asociación Estadounidense de Pediatría o el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, se muestran a favor, y diversos estudios científicos al respecto, no han encontrado que haya ninguna desventaja ni deterioro en el desarrollo psicológico (ni intelectual, ni emocional) en los niños o niñas criados por una pareja de hombres o de mujeres. Sin embargo, personas como Dale O'Leary, escritora e investigadora de la Asociación Médica Católica de Estados Unidos, ha expuesto los diversos riesgos que implica para un niño el ser adoptado por parejas homosexuales.

3.4.4. Educación sobre la homosexualidad

Centros escolares infantiles como las escuelas de Massachussets y otras áreas de los Estados Unidos, están ya enseñando a los niños de la escuela elemental o primaria, a equiparar las relaciones homosexuales a las del matrimonio entre un hombre y una mujer. Más aún, en nombre de la tolerancia (que significa no únicamente tolerar, sino una consideración profunda, a través de la reflexión, de las diferencias humanas) y de la no discriminación, se han elaborado cuentos infantiles con temática homosexual, con el propósito de que, desde temprana edad, los niños perciban que la homosexualidad es una variable natural más en la diversidad de los miembros individuales de toda sociedad. Esto sitúa a muchos padres ante una posición intolerable para ellos, pues no desean entrar en particularidades sobre la homosexualidad con un niño pequeño,

siendo la única solución para muchos de estos padres, retirar a sus hijos de esas escuelas públicas y buscar otras opciones.»³⁰



³⁰ [www.es.wikipedia.org/wiki. Derechos del colectivo LGBT.](http://www.es.wikipedia.org/wiki/Derechos_del_colectivo_LGBT) (02 de mayo 2009).



CAPÍTULO IV



4. Inexistencia de legislación guatemalteca sobre el tema de la no adopción de menores y/o adolescentes por homosexuales y lesbianas

Guatemala, dentro de su ordenamiento jurídico, cuenta con diversas leyes que regulan los diferentes aspectos civiles de sus habitantes; además, ha ratificado diferentes tratados y convenios internacionales, los cuales son aplicables en el país.

Respecto al tema de la adopción, la Constitución Política de la República contempla la protección de los menores, como un derecho, y la obligación del Estado a promover dicha Institución para salvaguardar los intereses de los niños, niñas y adolescentes, a contar con una familia digna que le permita su adecuado desarrollo.

En este sentido, en el desarrollo del presente estudio, se analizan trece cuerpos legales nacionales e internacionales ratificados por Guatemala, para determinar el abordaje que las mismas hacen a la institución de la adopción. El presente capítulo se trata de la siguiente manera:



4.1. Legislación nacional e internacional sobre el tema de la adopción, ratificada por Guatemala

4.1.1. Código Civil

4.1.1.1. Contenido

El Código Civil guatemalteco regulaba, antes de la vigencia de la Ley de Adopciones, todo lo que concierne al tema de la adopción, quedando vigente, por disposición de la referida Ley, el Artículo 228 que establece que “todos los aspectos relativos a la adopción se regirán por la Ley de Adopciones. No obstante lo anterior, es importante hacer referencia a la definición que ese cuerpo legal determinaba en el Artículo 228, primer párrafo, sobre la adopción:

Artículo 228 primer párrafo: 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.

Para efecto de la presentación de la solicitud de adopción ante el Órgano Jurisdiccional competente, el Artículo 240, de dicho cuerpo legal, establecía:



Artículo 240: La solicitud de adopción debe presentarse al juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante. Se acompañará a la solicitud la partida de nacimiento del menor y se propondrá el testimonio de dos personas honorables para acreditar las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral para cumplir las obligaciones que la adopción impone.

4.1.1.2. Comentario

Es importante hacer notar que el Código Civil guatemalteco determinaba que el Juez de Primera Instancia, para darle trámite a la solicitud de adopción, estaba en la obligación de considerar el testimonio de dos personas honorables, quienes debían acreditar que el adoptante era poseedor de buenas costumbres, posibilidad económica y moral, para cumplir, no solo con las obligaciones que la adopción impone, sino que también con el derecho superior del niño a contar con una familia digna que le propicie el completo desarrollo.



4.1.2. Código de la Niñez y la Juventud

4.1.2.1. Contenido.

El Código de la Niñez y la Juventud, haciendo referencia al tema, establece:

Artículo 1: El presente Código es un instrumento jurídico de promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y la juventud guatemalteca, dentro de un marco democrático y de irrestricto respeto a los derechos humanos.

Artículo 2: Se considera niño o niña, para los efectos de esta Ley, a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

Artículo 3: Los niños, niñas y jóvenes son sujetos de derecho y gozarán de todos los derechos y obligaciones propios de la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata este Código, asegurándoles, por Ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facilitarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual, cultural y social, en condiciones de libertad y dignidad.



Artículo 4: Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del Estado para con el niño, niña y joven: asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referentes a la vida, seguridad e integridad, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria.

Artículo 5: El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en el presente Código, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado adoptará esas medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional. En todas las medidas que se adopten en relación a los niños, niñas y jóvenes se tomará en consideración su interés superior. Para los efectos de este Código, se entiende por interés superior del niño, niña y joven a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer su desarrollo físico, psicológico, educativo, cultural, moral, espiritual y social, para lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad.

Artículo 7: Ningún niño, niña o joven será objeto de cualquier forma de negligencia, discriminación, marginación, explotación, violencia, crueldad y opresión, punibles por la Ley, ya sea por acción u omisión a sus derechos fundamentales.



Artículo 8: Los derechos y garantías que otorga el presente Código, no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en él, son inherentes a los niños, niñas y jóvenes como personas. La interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Ley deberán hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución, los Tratados, Convenciones, Pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Guatemala. Además deberá tenerse en cuenta la condición de género y lo establecido en los Acuerdos de Paz. Las disposiciones del presente Código son de orden público y de carácter irrenunciable de la persona humana.

Artículo 9: Los niños, niñas y jóvenes tienen derecho fundamental a la vida. Es obligación del Estado garantizar su supervivencia, seguridad y desarrollo. Los niños, niñas y jóvenes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia para lograr un adecuado desarrollo físico, mental y social. Estos derechos se reconocen desde su concepción.

Artículo 14, segundo párrafo: Los niños, niñas y jóvenes tienen el derecho de no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la Ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos.



Artículo 15: El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica y moral del niño, niña y joven, abarcando la preservación de la imagen, de la identidad, de la autonomía, de los valores, ideas y creencias, de los espacios y objetos personales.

Artículo 18: Todo niño, niña y joven tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

Artículo 19: El Estado deberá fomentar por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia como base de la sociedad y asegurarle al niño, niña y joven, la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano, libre de injerencias que puedan afectar su desarrollo integral por parte de sus progenitores o de quienes lo asisten, protegen, cuidan o conviven con él.

Artículo 22: El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y jóvenes debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior.



Artículo 23: Solamente las autoridades competentes deberán determinar con apego a las Leyes, procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible. La Ley de la materia regulará lo relativo a la adopción.

Artículo 24: El Estado velará porque los niños, niñas y jóvenes que hay de ser adoptados en otro país, gocen por lo menos de los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes, respecto de la adopción en el país de origen y sujeto a los procedimientos establecidos en la Ley de la materia.

Artículo 77: Para los efectos del presente Código, se consideran amenaza o violación a los derechos humanos de los niños, niñas y jóvenes a todo aquello producido por:

- a. Acción u omisión de la sociedad o del Estado.
- b. Falta, omisión o abuso de los padres, tutores o responsables.
- c. Acciones u omisiones contra si mismos.

4.1.2.2. Comentario



El Código hace una breve exposición sobre el significado de niño, niña y adolescente, indicando que son sujetos de derecho y que gozarán de todos los derechos y obligaciones propios de la persona humana y de la protección integral de que trata este cuerpo legal, propiciando con ello el adecuado desarrollo físico, mental, moral, espiritual, cultural y social, en condiciones de libertad y dignidad.

El Estado y los miembros de la sociedad (familia, comunidad y sociedad en general), están en la obligación de promover todas aquellas acciones tendientes a asegurar que los niños, niñas y adolescentes disfruten de los derechos humanos que les corresponden como seres humanos y como grupo de especial consideración legal. En este sentido, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos legalmente para este grupo de personas, para favorecer el desarrollo físico, psicológico, educativo, cultural, moral, espiritual y social de menores y adolescentes.

Respecto al derecho que los niños, niñas y adolescentes tienen de contar con una familia, este Código establece que todo niño, niña y joven tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta,

asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en un ambiente sano, injerencias que puedan afectar su desarrollo integral por parte de sus progenitores quienes lo asisten, protegen, cuidan o conviven con él.



La adopción es un paliativo para subsanar la deficiencia de una familia para los menores y adolescentes que carecen de ella, por ello este Código hace referencia a que el Estado reconoce esta institución, enfatizando que la misma debe garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente al interés superior del adoptado. La adopción no procede sino con la aprobación judicial de las autoridades competentes, quienes con apego a la Ley determinan que la adopción conviene a los intereses del adoptado. La no observancia de todos los aspectos legales en los procesos de adopción se consideran amenaza o violación a los derechos humanos de los menores y adolescentes adoptados; también se puede considerar como amenaza o violación a los derechos humanos de los menores y adolescentes la falta de legislación específica que favorezca la adopción a personas que no llenen los requisitos necesarios para el adecuado desarrollo, en todo sentido, de este grupo humano.



4.1.3. Ley de Adopciones

4.1.3.1. Contenido

Este cuerpo legal, al referirse al tema descrito, manifiesta:

Artículo 2 inciso a): Adopción: 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.

La adopción podrá ser nacional e internacional definiéndose:

Artículo 2 inciso c): Adopción Nacional: aquella en la que adoptante y adoptado son residentes legales habituales en Guatemala.

Artículo 2 inciso b): Adopción Internacional: aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción.



Artículo 2 inciso d): Adoptabilidad: Declaración judicial, dictada por juez de la niñez y la adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño.

Artículo 4: El interés superior del niño, en esta Ley, es el principio que persigue asegurar la protección y desarrollo del niño, en el seno de su familia biológica o en caso de no ser esto posible en otro medio familiar permanente.

Artículo 3: Corresponderá al Estado de Guatemala, la obligación de proteger y tutelar a los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción para garantizar el pleno goce de sus derechos y especialmente para evitar su sustracción, venta y tráfico, así como cualquier otra forma de explotación o abuso.

Artículo 2 inciso e): Adoptante: Es la persona que por medio de los procedimientos legales adopta una persona hijo de otra, con la finalidad de otorgarle -al adoptado-³¹ todos los derechos y beneficios que nuestra Constitución Política otorga a los hijos biológicos.

³¹ Anotación propia del autor.



Artículo 12: Podrán ser adoptados:

- a. El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado.
- b. El niño, niña o adolescentes que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia.
- c. Los niños, niñas y adolescentes cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían.
- d. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción.
- e. El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán presentar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad.
- 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 quien ejerza sobre él la patria potestad o la tutela.

Artículo 13: Podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado. Podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño. Cuando el adoptante sea el tutor del adoptado, únicamente procederá la adopción cuando hayan sido aprobadas las



cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en esta Ley.

Artículo 14: Los sujetos que de conformidad con el Artículo anterior soliciten adoptar a un niño, niña o adolescente, deberán tener una diferencia de edad con el adoptado no menor de veinte años, poseer las calidades de Ley y cualidades morales y socioculturales³²; así como aptitudes que permitan el desarrollo pleno del adoptado. La idoneidad es la declaratoria por medio de la cual se certifica que los futuros padres adoptantes son considerados capaces e idóneos para asegurar de un modo permanente y satisfactorio el cuidado, respeto y desarrollo integral del niño. La idoneidad se establece mediante un proceso de valoración que incluye un estudio psicosocial que abarca aspectos legales, económicos, psicológicos, médicos, sociales y personales para comprobar no solo que la futura familia adoptante es idónea sino también sus motivaciones y expectativas al desear adoptar.

Artículo 16: Impedimentos para adoptar:

- a. Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y de la personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del niño, niña o adolescente.

³² Subrayado propio del autor.



- b. Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva.

4.1.3.2. Comentario

La Ley de Adopciones da a conocer que la adopción es la Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, que tiene como objetivo primordial la restitución del derecho del adoptado a una familia y el desarrollo integral de éste, haciendo especial énfasis en que es el interés superior del niño el principio que persigue asegurar la protección y desarrollo del mismo, en el seno de su familia biológica o en otro medio familiar permanente. En este sentido, el adoptante, tiene la obligación de garantizar que el adoptado gozará –al ser concedida la adopción- de todos los derechos y beneficios que la Constitución Política de Guatemala otorga a los hijos biológicos, incluyendo el de contar con el desarrollo psico-social que le permita crecer en un ambiente adecuado.

El Estado de Guatemala, por su parte, tiene la obligación constitucional de proteger y tutelar a los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción, sea nacional o internacional, para garantizar el pleno goce de sus derechos y especialmente para evitar su sustracción, venta y tráfico, así como cualquier otra forma de explotación o abuso.



Con respecto a las personas que pueden adoptar, la referida Ley ha ampliado el derecho a personas solteras (en forma individual), observando siempre que se vea por el interés superior del adoptado.

Considerando el requisito de idoneidad del adoptante para poder calificar para la adopción (establecido mediante el estudio de aspectos legales, económicos, psicológicos, médicos, sociales y personales del adoptante que comprueban su idoneidad y motivaciones y expectativas al desear adoptar), es importante hacer notar que éste se certifica a través de la declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el Juez de la Niñez y la Adolescencia, quien declara que el o los adoptantes son considerados capaces e idóneos para asegurar de un modo permanente y satisfactorio el cuidado, respeto y desarrollo integral del niño.

4.1.4. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

4.1.4.1. Contenido

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, específicamente sobre el tema descrito, expresa:



Artículo 1: La presente Ley es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos.

Artículo 2: Para los efectos de esta Ley 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.

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



Artículo 6: Tutelaridad: El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de carácter irrenunciable.

Artículo 8: Los derechos y garantías que otorga la presente Ley, no excluye otros, que aunque no figuren expresamente en él, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes. La interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Ley deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, los Tratados, Convenios, Pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

Artículo 18: Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.

Artículo 19: El Estado deberá fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad, creando las condiciones para asegurarle al

niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente propicio para su desarrollo integral.



Artículo 22: El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y adolescentes, debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior y conforme a los Tratados, Convenios, Pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala.

Artículo 23: Solamente las autoridades competentes deberán determinar con apego a las Leyes, procedimiento aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible. La Ley de la materia regulará lo relativo a la adopción.

4.1.4.2. Comentario

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia inicia su exposición diciendo que (ella) persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos; que es el interés superior del niño el que se aplicará en toda decisión que se



adopte con relación a la niñez y la adolescencia y que su aplicación no disminuya, tergiversa o restringe 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.

El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, irrenunciable, que el Estado tiene la obligación de proteger, otorgándoles una protección jurídica preferente.

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral.

Respecto a la adopción, el Estado reconoce dicha institución y garantiza que en el ejercicio de ésta se atienda el interés superior del adoptado conforme a los Tratados, Convenios, Pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala. Las autoridades competentes son los responsables de admitir la adopción, tomando en cuenta las Leyes vigentes, procedimientos aplicables y toda información pertinente y fidedigna, tanto de adoptante como de adoptado.



4.1.5. Ley del Organismo Ejecutivo

4.1.5.1. Contenido

La Ley del Organismo Ejecutivo, relacionado al tema de adopciones en cuestión, establece:

Artículo 6 primer párrafo: La autoridad administrativa superior del Organismo Ejecutivo es el Presidente de la República.

Artículo 7: Además de las que les atribuyen la Constitución Política y otras Leyes, el Presidente de la República debe velar porque la administración pública se desarrolle en armonía con los principios que la orientan, y porque el régimen jurídico administrativo del Estado propicie la eficiencia y eficacia. A tales efectos, deberá ejercitar sus facultades de iniciativa de Ley para proponer al Congreso de la República las Leyes o reformas legislativas que parezcan necesarias.

La Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde 1986, al desarrollar las funciones del Presidente de la República, expresa:



Artículo 182 primer párrafo: El Presidente de la República es el Jefe del Estado de Guatemala y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo.

Artículo 183: Son funciones del Presidente de la República:

- a) Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes.
- g) Presentar iniciativas de Ley al Congreso de la República.

4.1.5.2. Comentario

Tanto la Constitución Política de la República de Guatemala, como la Ley del Organismo Ejecutivo, sitúan al Presidente de la República como la autoridad administrativa superior del Organismo Ejecutivo, y por ende, del Estado, con la responsabilidad de velar porque la administración pública se desarrolle en armonía con los principios que la orientan y porque el régimen jurídico administrativo del Estado propicie la eficiencia y eficacia.

En el ejercicio de sus funciones debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes –derecho vigente- y presentar iniciativas de Ley al Congreso de la República,

tendientes a promover el cumplimiento del orden jurídico guatemalteco e internacional ratificado por Guatemala, incluyendo las relacionadas con las adopciones.



4.1.6. Ley del Organismo Legislativo

4.1.6.1. Contenido

La Ley Orgánica del Organismo legislativo, relacionado con el tema de la protección a niños, niñas y adolescentes, establece:

Artículo 1. Objetivo y Potestad Legislativa. La presente Ley tiene por objeto normar las funciones, las atribuciones y el procedimiento parlamentario del Organismo-Legislativo. La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, integrado por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal, por el sistema de lista nacional y de distritos electorales.

Artículo 6. Órganos. Son órganos del Congreso de la República, mediante los cuales se ejerce la función legislativa:



- a) El Pleno.
- b) La Junta Directiva.
- c) La Presidencia.
- d) La Comisión Permanente.
- e) La Comisión de Derechos Humanos.
- f) Las Comisiones de Trabajo.
- g) Las Comisiones Extraordinarias y las Específicas.
- h) La Junta de Jefes de Bloque.

Artículo 25. La Comisión de Derechos Humanos se forma por un diputado de cada partido político representado en el correspondiente período legislativo, electo a propuesta de sus respectivos partidos políticos. En caso de renuncia justificada o ausencia definitiva de alguno de los miembros de la Comisión, el Congreso nombrará al sustituto el que debe pertenecer al mismo partido político del sustituido.

Artículo 26. Atribuciones. Son atribuciones de la Comisión:

- b) Realizar los estudios de la legislación vigente, con el objeto de proponer iniciativas de Ley al Pleno del Congreso, tendentes a adecuar la existencia de estas a los preceptos constitucionales, relativos a los derechos humanos y a los Tratados y Convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.



f) Formular recomendaciones a los Organismos del Estado para que adopten medidas en favor de los derechos humanos y solicitarles los informes respectivos.

i) Realizar cualquier otra función que le corresponda por su propia naturaleza, incluyendo la fiscalización del cumplimiento administrativo de las normas jurídicas atinentes a los derechos humanos.

Artículo 31. Comisiones ordinarias. Las Comisiones ordinarias se integrarán anualmente al inicio de cada período y son:

10. De Derechos Humanos.

32. Del Menor y de la Familia.

4.1.6.2. Comentario

El Congreso de la República es el órgano encargado de formular, promover y aprobar, mediante la función legislativa, los diferentes Cuerpos Normativos de aplicación general.



Sobresale, para el tema de la adopción, que el Congreso de la República cuenta con una comisión de Derechos Humanos, integrada por un diputado de cada partido político representado en el correspondiente período legislativo, que tiene como atribuciones importantes, entre otras, el de realizar los estudios de la legislación vigente, con el objeto de proponer iniciativas de Ley al Pleno del Congreso, tendentes a adecuar la existencia de estas a los preceptos constitucionales, relativos a los derechos humanos y a los Tratados y Convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, recomendar a los Organismos del Estado para que adopten medidas en favor de los derechos humanos y fiscalizar el cumplimiento administrativo de las normas jurídicas atinentes a los derechos humanos.

4.1.7. Ley del Organismo Judicial

4.1.7.1. Contenido

La Ley del Organismo Judicial, vigente desde el 31 de diciembre 1990, con relación al tema que se trata, establece:

Artículo 1: Los preceptos fundamentales de esta Ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.



Artículo 2: La Ley es fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de Ley aplicable o por delegación de la Ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Artículo 3: Contra la observancia de la Ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre práctica en contrario.

Artículo 4: Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a el, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere Tratado de eludir.

Artículo 9: Los tribunales observarán siempre el principio de la jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier Ley o Tratado, salvo los Tratados o Convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las Leyes o Tratados prevalecen sobre los Reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.



Artículo 10: Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una Ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una Ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

- a. A la finalidad y al espíritu de la misma.
- b. A la historia fidedigna de su institución.
- c. A las disposiciones de otras Leyes sobre casos o situaciones análogas.
- d. Al modo que parezca mas conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

4.1.7.2. Comentario

La Ley del Organismo Judicial regula la función de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones; es importante enfatizar que los preceptos fundamentales de esta Ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.

En el ejercicio de sus funciones, los tribunales observarán siempre el principio de la jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier Ley o Tratado, salvo los Tratados o Convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.



Respecto a la forma como se interpretan las normas jurídicas, esta Ley expresa que se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales; el conjunto de una Ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo a la finalidad y al espíritu de la misma, a la historia fidedigna de su institución, a las disposiciones de otras Leyes sobre casos o situaciones análogas y/o al modo que parezca mas conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.



4.1.8. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos

4.1.8.1. Contenido

La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, vigente desde 1986, establece:

Primer considerando: Que la Constitución Política de la República afirma y reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social.

Segundo considerando: Que es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la nación, en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza; y que dicha Ley Fundamental de la República ha previsto instrumentos y mecanismos de supervisión y control que es necesario desarrollar a través de legislación específica con el propósito de hacer efectivo el ejercicio de dichos derechos.

Tercer considerando: Que se hace necesario reafirmar en Guatemala el absoluto respeto de los Derechos Humanos, y que acorde a lo dispuesto en la dispuesto en la



Constitución Política de la República, se debe regular el funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos y el del Procurador de los Derechos Humanos, a efecto de que ambos puedan cumplir una función efectivamente protectora de los mencionados derechos.

Artículo 1. La Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, en adelante denominada la Comisión, es un órgano pluralista que tiene la función de promover el estudio y actualización de la legislación sobre derechos humanos en el país, conociendo con especialidad, Leyes, Convenios, Tratados, disposiciones y recomendaciones para la defensa, divulgación, promoción y vigencia de los derechos fundamentales inherentes a la persona, su dignidad, integridad física psíquica y el mejoramiento de la calidad de vida, así como el logro del bien común y la convivencia pacífica en Guatemala.

Artículo 4. Son atribuciones de la Comisión:

- b) Realizar estudios de la legislación vigente, con el objeto de proponer iniciativas de Ley al Pleno del Congreso, tendientes a adecuar la existencia a los preceptos constitucionales, relativos a los derechos humanos y a los Tratados y Convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

- f) Formular recomendaciones a los Organismos del Estado para que adopten medidas a favor de los derechos humanos y solicitarles los informes respectivos.



Artículo 8: Procurador del los Derechos Humanos en adelante denominado: El procurador, es un Comisionado del Congreso de la República para la Defensa de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y Convenciones Internacionales aceptados y ratificados por Guatemala. El Procurador para el cumplimiento de las atribuciones que la Constitución Política de la República de Guatemala y esta Ley establecen, no está supeditado a organismo institución o funcionario alguno, y actuará con absoluta independencia.

Artículo 21. Derechos tutelados. El Procurador protegerá los derechos individuales, sociales, cívicos y políticos, comprendidos en el título II de la Constitución Política de la República de manera fundamental la vida, la libertad, la justicia, la paz, la dignidad y la igualdad de la persona humana, así como los definidos en Tratados o Convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.



4.1.8.2. Comentario

La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos hace alusión a la figura protagónica del Procurador de los Derechos Humanos, como el actor principal en procura de la defensa de los Derechos Humanos de los guatemaltecos, incluyendo a niños, niñas y/o adolescentes.

El Procurador de los Derechos Humanos es un Comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y Convenciones Internacionales aceptados y ratificados por Guatemala. Es la persona encargada de proteger los derechos individuales, sociales, cívicos y políticos de los guatemaltecos, comprendidos en el título II de la Constitución Política de la República de manera fundamental la vida, la libertad, la justicia, la paz, la dignidad y la igualdad de la persona humana, así como los definidos en Tratados o Convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala. No está supeditado a organismo, institución o funcionario alguno, y actúa con absoluta independencia. Es electo para el cargo por el Pleno del Congreso para un período improrrogable de 5 años y debe reunir las mismas calidades que se requieren para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, gozando de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. Para el cumplimiento de sus funciones,



cuenta con el auxilio de dos Procuradores adjuntos. Estos le pueden sustituir, por orden de nombramiento, en caso de impedimento o de ausencia temporal y ocuparán el cargo en caso quede vacante, en tanto se elige al nuevo titular. Estos Procuradores adjuntos deben reunir las mismas calidades requeridas para el cargo de Procurador y son designados directamente por éste.

La Procuraduría de los Derechos Humanos cuenta con la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, quien todas las denuncias presentadas por violación a los derechos de los menores de edad. La Defensoría cuenta con abogados, psicólogos, sociólogos y pedagogos que se encargan de atender a este amplio sector de la población y de estudiar, proteger y divulgar las garantías fundamentales de los niños y otros miembros vulnerables de la familia. También, participa junto a otras instancias en las propuestas de Ley que eliminen las prácticas administrativas que propician y legitiman hechos violatorios a los derechos de los infantes.

La Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, por su parte, es un órgano pluralista que tiene la función de:

- a. Promover el estudio y actualización de la legislación sobre derechos humanos en el país, conociendo con especialidad, Leyes, Convenios, Tratados, disposiciones y recomendaciones para la defensa, divulgación, promoción y vigencia de los



derechos fundamentales inherentes a la persona, su dignidad, integridad física y psíquica y el mejoramiento de la calidad de vida, así como el logro del bien común y la convivencia pacífica en Guatemala.

- b. Formular recomendaciones a los Organismos del Estado para que adopten medidas a favor de los derechos humanos y solicitarles los informes respectivos.

4.1.9. Ley de la Procuraduría General de la Nación

4.1.9.1. Contenido

La Ley de la Procuraduría General de la Nación, respecto al tema tratado, establece:

Artículo 1. El Ministerio Público es una institución auxiliar de los Tribunales y de la Administración Pública, que tiene a su cargo:

1. Ejercer la personería de la Nación conforme lo dispone el Artículo 13.



2. Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tengan personero legítimo conforme el Código Civil y demás Leyes.
3. Intervenir ante los Tribunales de Justicia en todos aquellos asuntos en que esté llamado a hacerlo por ministerio de la Ley.
4. Promover las gestiones necesarias para obtener la recta y pronta administración de justicia.
5. Asesorar jurídicamente a la Administración Pública en todos los casos en que aquélla consulte.
6. Intervenir en todos los demás negocios que las Leyes determinen.

Artículo 2. Reformado por el Artículo 1 del Decreto No. 55-2000, del Congreso, vigente desde el 06 de septiembre de 2000, el cual queda así: El Procurador General de la Nación es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación, dirige la institución y tiene a su cargo la facultad a que se refiere el inciso 1o. del Artículo anterior. En casos específicos:

- a. El Procurador General de la Nación, a propuesta del Presidente de la República, delegará en uno o más abogados colegiados activos la representación del Estado para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas específicas que deban ser atendidas de manera especiales y bajo la coordinación y supervisión directa del Presidente de la República;

- b. Podrá delegar dicha facultad en otros funcionarios de la institución u otorgar poderes para asuntos determinados cuando las circunstancias lo requieran.



Artículo 3. Las funciones del Ministerio Público son autónomas, salvo en los casos en que, conforme a la Ley, deba atender instrucciones especiales. Los funcionarios auxiliares del Ministerio Público dependerán administrativamente del respectivo organismo a que pertenezcan; pero en lo relativo al servicio de la institución coordinarán sus funciones bajo la dirección del Procurador General.

Artículo 5. (Párrafo segundo, Artículo 221 de la Constitución de la República 1965). El Procurador General será nombrado por el Presidente de la República escogiéndolo de terna que le proponga el Consejo de Estado. Deberá ser abogado colegiado, con no menos de diez años de ejercicio profesional o de servicios en el Organismo Judicial y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los ministros de Estado. Su remoción compete al Presidente, previa audiencia al Consejo de Estado.

Artículo 11. El Procurador General podrá ser removido por el Congreso por notoria mala conducta, negligencia o ineptitud, debidamente declarada por la Corte Suprema de Justicia, y en el caso de los agentes, por el propio Procurador General, conforme a lo que dispone el Artículo 50 de esta Ley.



Artículo 12. La Sección de Procuraduría tendrá a su cargo la personería de la Nación y la representación y defensa de las personas a que se refiere el inciso 2o. del Artículo 1o.

Artículo 13. El ejercicio de la personería de la Nación comprende las siguientes funciones:

3. Cumplir los deberes que, en relación con esta materia, señalan otras Leyes al Ministerio Público o al Procurador General de la Nación.

Artículo 20. La representación y defensa de ausentes, menores e incapaces la ejercerá en la capital el Jefe de la Sección de Procuraduría, y en los departamentos el procurador de la respectiva Sala jurisdiccional. Si hubiere en el lugar agente titular del Ministerio Público, éste tendrá la representación. El Jefe de la Sección de Procuraduría podrá encargar determinados casos a la gestión de los procuradores de Sala con sede en la capital.

Artículo 21. La gestión del Ministerio Público en estos casos debe limitarse a proveer de representación a los ausentes, menores o incapaces; a gestionar las medidas necesarias y urgentes para la salvaguardia de sus bienes o de sus personas, así como



velar en los casos de exposición o abandono de menores o incapaces para que sean debidamente amparados por las instituciones o asilos correspondientes. En ningún caso podrá contestar demandas, pero sí interponerlas.

4.1.9.2. Comentario

La Procuraduría General de la Nación ejerce la personería del Estado de Guatemala, conforme lo dispone el Artículo 13 del presente Decreto, cuyas actividades están orientadas a representarlo en todas las instancias que sean determinadas por la Ley, así como servir de ente asesor a los órganos y entidades del Sector Público en las áreas de consultoría y asesoría. Es una institución auxiliar de los Tribunales y de la Administración Pública, y está a cargo del Procurador General de la Nación, quien es nombrado por el Presidente de la República escogiéndolo de terna que le proponga el Consejo de Estado. Debe ser abogado colegiado, con no menos de diez años de ejercicio profesional o de servicios en el Organismo Judicial y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los ministros de Estado. Podrá ser removido por el Congreso por notoria mala conducta, negligencia o ineptitud, debidamente declarada por la Corte Suprema de Justicia. Dentro de las atribuciones que competen a la Procuraduría General de la Nación está la de ejercer la representación y defensa de ausentes, menores e incapaces, gestionar las medidas necesarias y urgentes para la salvaguardia de sus bienes o de sus personas, así como velar en los casos de

exposición o abandono para que sean debidamente amparados por las instituciones o asilos correspondientes.



En dicha Procuraduría desempeña sus funciones el Procurador de la Niñez y Adolescencia, quien actúa por delegación conferida por el Señor Procurador General de la Nación, debiendo tener las calidades de abogado y notario, teniendo a su cargo la jefatura de las distintas unidades de la niñez, por lo que debe ser especializado en la materia; coordina, delega y ejecuta todas las acciones pertinentes para el cumplimiento de lo preceptuado por la Constitución Política de la República de Guatemala, las Leyes de protección de la niñez y la adolescencia, que incluye lo relativo a adopciones, así como todos aquellos Convenios internacionales ratificados por Guatemala, sobre la materia; funciona bajo su jurisdicción la Unidad de Trabajo Social, que se encarga de realizar los estudios para establecer la situación socioeconómica en que se encuentran las familias involucradas en procesos de medidas de protección, estableciendo si los niños se encontrarían en mejores condiciones con sus familias o bien en hogares temporales.



4.1.10. Declaración Universal de los Derechos Humanos

4.1.10.1. Contenido

La Declaración Universal de Derechos Humanos, haciendo referencia al tema que se trata, establece:

Artículo 7: Todos son iguales ante la Ley y tiene, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley, todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

Artículo 16: Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el

matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.



4.1.10.2. Comentario

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Artículos que considero fundamentales para el presente tema, hacen referencia a la igualdad que todos los seres humanos tenemos ante la Ley, sin distinción alguna (de raza, nacionalidad, religión, edad y condición económica, entre otras), siendo responsabilidad de las autoridades competentes y del Estado proteger los derechos de esta declaración y los reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala y por la Ley.

4.1.11. Convención Americana sobre Derechos Humanos

4.1.11.1. Contenido

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece:



Artículo 17: Protección a la familia. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Artículo 19: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la Ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección a la Ley.

Artículo 25: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o Tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea concedida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 41: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.



4.1.11.2. Comentario

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo que al presente tema se refiere, determina que los niños, niñas y adolescentes, como parte de la familia, tienen el derecho a gozar de la protección de la sociedad y el Estado; dicha protección se extiende a aquellos actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea concedida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, entre los que se incluyen los derechos de los niños, niñas y adolescentes a gozar de una familia adecuada que les permite el completo desarrollo integral.

4.1.12. Convención Internacional sobre los derechos del Niño

4.1.12.1. Contenido

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, establece:



Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 21: Los Estados Partes que reconocen o permite el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y,

- a) Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las Leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.



4.1.12.2. Comentario

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, hace referencia, en lo que al tema respecta, a quienes se consideran niños, para efectos de la presente Convención, enfatizando que el actuar de las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, en todos los casos y específicamente en el de la adopción, debe ser en apego al interés superior del niño, velando porque se respeten sus derechos legalmente constituidos.

4.1.13. Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional

4.1.13.1. Contenido

El Convenio de La Haya, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, establece:



Los Estados signatarios del presente Convenio, reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.

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

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

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



Han acordado las disposiciones siguientes:

Artículo 1: El presente Convenio tiene por objeto: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción la venta o el tráfico de niños; c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Artículo 2: 1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. 2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

Artículo 4: Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: a) han establecido que el niño es adoptable; b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente



las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño; c) se han asegurado de que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen, 2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que, 1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario, 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño, 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Artículo 5: Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción: a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; b) se han asegurado



de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

Artículo 7: 1. Las Autoridades centrales deberán cooperar entre ellas promover una colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio. 2. Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para: a) proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios; b) informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

Artículo 14: Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual este en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual.

Artículo 15: 1. Si la Autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para



asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estar condiciones de tomar a su cargo. 2. Esta Autoridad central transmitirá el informe a la Autoridad central del Estado de origen.

Artículo 16: 1. Si la Autoridad central del Estado de origen considera que el niño es adoptable, a) preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares; b) se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del ni como su origen étnico, religioso y cultural; c) se asegurará de que se han obtenido consentimientos previstos en el Artículo 4; y d) constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño. 2. Esta Autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

Artículo 17: En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si a) la Autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo; b) la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la Ley de dicho Estado



o la Autoridad Central del Estado de origen; c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y d) se ha constatado, de acuerdo con el Artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Artículo 18: Las Autoridades centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción.

Artículo 21: 1. si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta autoridad central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para: a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional; b) en consulta con la Autoridad central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño solo podrá tener lugar si la Autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos; c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés. 2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se



obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente

Artículo.

Artículo 23: 1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

Artículo 24: Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Artículo 26: 1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo; c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar. 2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados. 3. Los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.



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

4.1.13.2. Comentario

El Convenio de La Haya, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hace énfasis en que, para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión, pudiendo la adopción Internacional, cuando el caso lo amerite, dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen, observando dicha adopción el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional. Las autoridades competentes del Estado de origen y de recepción deben velar porque se cumplan con todos los procedimientos establecidos, constatando que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar, conforme al interés superior del niño a gozar de una familia adecuada para su desarrollo, y que el niño gozará de las garantías necesarias que como ser humano le corresponden, para vivir en el país de recepción sin limitación alguna.



4.2. Necesidad de legislar expresamente sobre la no adopción de menores adolescentes por homosexuales y/o lesbianas

4.2.1. Realidad de la legislación nacional e internacional guatemalteca.

En el apartado anterior se hizo una reseña general sobre lo que regula la legislación nacional e internacional ratificada por Guatemala, sobre el tema de la adopción. En resumen, la misma incluye cuatro aspectos importantes:

- a. La definición de adopción, entendiéndose la misma, por un lado, como la institución social de protección y de orden pública, tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona y, por el otro, como el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a uno que no lo es.
- b. Que los sujetos de la adopción son el adoptante, quien es la persona, que reúne las calidades para ser sujeto en la adopción, y que, conforme a la Ley y al procedimiento establecido, toma como hijo a uno que biológicamente no lo es, para criarlo, educarlo y promover su desarrollo integral, y el adoptado, que es el menor de

edad y/o adolescente, a quien el Estado declara apto para ser concedido en adopción, conforme a su interés superior.



- c. Que existe una normativa nacional e internacional que regula todo lo concerniente a la adopción.

- d. Que las autoridades competentes, deben observar en la tramitación de los expedientes de adopción que se les presenten, el apego a la normativa nacional e internacional vigente.

Se puede observar a través de los trece cuerpos legales analizados, que se incluyen todos los aspectos que las autoridades deberán tomar en cuenta para autorizar o denegar la adopción a los requirentes.

Respecto al tema de la adopción por homosexuales, se puede observar que dicha legislación no incluye expresamente la autorización ni la prohibición para que dichas personas puedan ser sujetos en la adopción, no obstante lo anterior, al no regularse la prohibición, tácitamente se está permitiendo que dichas personas puedan optar a la adopción.



El Código Civil, que regulaba el tema de la adopción hasta la entrada en vigencia de la Ley de adopciones, establecía que ésta era posible dentro del seno familiar, ya fuera en forma conjunta -marido y mujer- o que uno de los dos adoptara al hijo del otro (Artículo 234). La Ley de adopciones vino a ampliar, en este sentido, a los sujetos que pueden optar a la adopción, estableciendo que podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño (Artículo 13).

Respecto al interés superior del niño, éste es un tema demasiado complejo, subjetivo, que en la realidad actual se convierte en idealismo; El Código de la niñez y la juventud, haciendo referencia al tema, establece:

Artículo 5: En todas las medidas que se adopten en relación a los niños, niñas y jóvenes se tomará en consideración su interés superior. Para los efectos de este Código, se entiende por interés superior del niño, niña y joven a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer su desarrollo físico, psicológico, educativo, cultural, moral, espiritual y social, para lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad.

En una sociedad tan convulsionada, donde impera la pobreza, la falta de oportunidades, la violencia y la desigualdad, es imposible considerar que se pueda contar con las condiciones favorables que nos permitan pensar que se pueda cumplir con responder al interés superior del niño en los procesos de adopción. Cada uno de



los aspectos que contempla el Artículo 5, son aspectos subjetivos que tienen diferente apreciación, dependiendo del lente con que se esté viendo, por ejemplo analizando los aspectos físico, psicológico, educativo y espiritual, los más relevantes, podemos decir:

- a) Desarrollo físico: mientras que para unos el desarrollo físico comprende que el adoptado tenga acceso a alimentos balanceados, nutritivos y en cantidades abundantes, así como a micronutrientes que complementen la alimentación del niño, para otros el mismo desarrollo físico puede ser determinado porque el menor pueda crecer en condiciones mínimas, acorde a las posibilidades de los padres.

- b) Desarrollo psicológico: mientras que para unos el desarrollo psicológico del niño comprenda que tenga acceso al dinero, a una buena casa, a comodidades, a buenos amigos, una buena educación en un buen colegio o establecimiento de reconocimiento social, acceso a la cultura, adecuado roce social y acceso a una buena iglesia, no importando la religión que profese, para otros el mismo desarrollo físico es que tenga condiciones mínimas para vivir, una casita sencilla, que estudie en la escuelita del pueblo, tener como amigos a los amiguitos del barrio y asistir a la iglesita comunitaria.

- c) Desarrollo educativo: como lo exprese en el inciso anterior, para unos un buen desarrollo educativo se logra estudiando en buenos colegios y Universidad privada,

preferentemente extranjera, y para otros, estudiando en los establecimientos nacionales, y, siendo privilegiados, estudiar hasta el nivel medio.



- d) Desarrollo espiritual: igualmente, para unos un buen desarrollo espiritual es asistir a una buena iglesia, reconocida socialmente, a donde asiste la gente mas importante de la ciudad, mientras que para otros, este comprende asistir a la Iglesiasita del pueblo y recibir la instrucción de sus padres, acorde a sus posibilidades de conocimiento doctrinal mínimas.

Lo anterior nos confirma que, el interés superior del niño es un aspecto relativo que sitúa en condiciones de desigualdad a personas con posición económica y social óptima en relación a otras personas.

Por otro lado, pudiera darse el caso que personas homosexuales puedan reunir la mayor parte de los aspectos que contempla el interés superior del niño, en base a su posición económica y social, que pueda colocar a los encargados de la tramitación de expedientes de adopción en una situación incómoda, y debido a que no existe la limitación expresamente regulada, decidir sobre concederles la adopción.



4.2.2. Situación de la adopción por homosexuales en el mundo.

“Entre los derechos reclamados por la comunidad homosexual, a nivel mundial, la adopción constituye un derecho del colectivo homosexual que consiste en que un niño pueda ser adoptado, y, por tanto, ser legalmente hijo de los dos miembros de una pareja compuesta por dos personas del mismo sexo.”³³

En la actualidad, éste derecho otorgado legalmente a los homosexuales en varios países, es el que más debate y oposición ha suscitado. “La comunidad científica se encuentra dividida en este asunto. Por un lado, importantes asociaciones de especialistas, como la Asociación Estadounidense de Pediatría o el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España, que se marcan a favor de la adopción y matrimonio por parte de homosexuales, consideran:

- a. Lo importante para un correcto crecimiento de los menores no es el sexo de los padres sino el cariño dado a sus hijos.

- b. Lo importante de un hogar no es su forma externa, si está construido de piedra o de madera, si tiene una o dos plantas o si tiene tejado o azotea. Lo importante,

³³ www.es.wikipedia.org/wiki/Adopci%C3%B3n_por_parejas_homosexuales (17 de febrero 2009)



realmente, es que sirva para las funciones de acomodo y protección que debe ejercer”³⁴

“La comunidad gay a nivel mundial, por su parte, respecto al tema de la adopción por homosexuales, manifiesta:

- a. Lo que importa en una familia no es la manera de constituirla, sino que en ésta haya cariño y la educación sea correcta. Y eso, lo mismo lo pueden hacer padre y madre, que dos padres o dos madres.

- b. Todos los estudios sobre la convivencia de familias homoparentales con niños coinciden en lo mismo: no hay diferencia entre hijos de familias de heterosexuales y entre niños que viven con parejas del mismo sexo. Si acaso, se ha observado que los que vivían con homosexuales eran más tolerantes con la diversidad sexual. Pero una familia así, en contra de lo que muchos puedan pensar, no supone un trauma para el acogido. Ningún estudio ha confirmado o alegado que así sea. Por lo tanto, no hay excusa para no permitir la adopción para parejas del mismo sexo”³⁵

³⁴ María Sainz (1 de octubre de 2004). **Los expertos, divididos ante la adopción por parejas homosexuales** (27 de agosto de 2007)

³⁵ www.adopciongay.com (17 de febrero 2009)



Otros médicos que están en contra de la adopción por homosexuales, creen necesario crear la figura de un padre y una madre, para que los niños dispongan de un modelo masculino y femenino y así desarrollarse por completo. El doctor Carlos Marina, médico especialista en Pediatría y ex presidente de la Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla La Mancha, y profesor en la Universidad Europea de Madrid, España, expresa: “dada la inmadurez y consiguiente vulnerabilidad del niño, este **–concedido en adopción a homosexuales–** está expuesto a crecer y desarrollarse en un ambiente totalmente anómalo”³⁶.

“Como reseña significativa hay que destacar que la mayoría de los que se oponen están influenciados por sus referentes religiosos, y de los que están a favor por la visión de una supuesta sociedad ideal.”³⁷

4.2.2.1. Encuesta de opinión realizada en países europeos

Recientemente, en varios estados europeos se realizó una consulta de opinión pública respecto a la posición de la sociedad sobre los derechos que tienen los homosexuales a la adopción, cuyos resultados se presentan en el siguiente “cuadro”³⁸:

³⁶ María Sainz (1 de octubre de 2004). **Los expertos, divididos ante la adopción por parejas homosexuales** (27 de agosto de 2007)

³⁷ Ibid.

³⁸ www.felesai.es/portalgayespañolparamujeres. **Datos del Eurobarómetro septiembre-octubre de 2006**. (22 enero 2008)



ESTADO	A FAVOR DE LA ADOPCIÓN
Países bajos.	69%
Suecia	51%
Dinamarca	44%
Austria	44%
Bélgica	43%
España	43%
Alemania	42%
Luxemburgo	39%
Francia	35%
Reino Unido	33%
Irlanda	30%
República Checa	24%
Finlandia	24%
Italia	24%
Portugal	19%
Eslovenia	17%
Estonia	14%
Hungría	13%
Eslovaquia	12%
Lituania	12%
Bulgaria	12%
Grecia	11%



Chipre	10%
Letonia	8%
Rumania	8%
Polonia	7%
Malta	7%

Los datos reflejan que las adopciones por parte de parejas homosexuales sólo son aceptadas por más de la mitad de la población en 2 estados (Países Bajos y Suecia), y hay 4 estados donde menos del 10% de la población está a favor.

4.2.2.2. Países que permiten la adopción por parejas homosexuales

Por otro lado, en el panorama mundial se presentan los países que permiten la adopción por parejas de homosexuales, siendo estos:

Continente americano.

1. **Canadá:** desde hace poco tiempo se adoptó en este país la decisión de autorizar la adopción por parte de homosexuales.



2. **Estados Unidos:** En Nueva Jersey, desde fines del año 1997, se les permite a los homosexuales adoptar niños.
3. **Uruguay:** El Senado de ese país, con 17 votos a favor de 25 legisladores presentes en ese momento, ha aprobado un proyecto de Ley que incluye la adopción de niños por parte de parejas gays, modificando el Código de la Niñez y la Adolescencia. Antes de su aprobación, el Senado rechazó una propuesta del Partido Nacional, que intentaba impedir la adopción de parejas gays. Tras la aprobación, el proyecto tiene que pasar a la Cámara de Diputados.

Continente europeo

1. **Bélgica.**
2. **Noruega.**
3. **Islandia.**
4. **Finlandia.**
5. **Inglaterra.**
6. **Francia:** la Ley francesa permite adoptar a las personas solteras; ésta autorización, a criterio de La Gran Sala del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, abre la puerta a la adopción por parte de una persona homosexual soltera.
7. **Holanda:** Holanda fue el primer país que reconoció el derecho al matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo en torno al 20 de diciembre de 2000. fue el primer Estado que ha permitido que las parejas homosexuales adoptaran un niño,



- con las mismas condiciones que se les exige a una pareja de heterosexuals, por ejemplo convivir juntos por lo menos por tres años. En el 2001 se adoptó una Ley en la que establece que los niños deben tener la nacionalidad holandesa para poder así evitar futuros conflictos legales con países extranjeros, que no adoptan esta postura.
8. **Alemania:** En Alemania esto no se permitía, pero desde 2001, desde la vigencia del “Contrato de Vida en común”, se les permite a las parejas de homosexuales a adoptar un niño, aunque viviendo con su pareja.
 9. **Suecia:** En Suecia, desde comienzos de 2003, se ha permitido que las parejas de homosexuales que tengan derecho a adoptar niños. También pueden ser niños extranjeros, en especial, niños de los países de Corea del Sur, Colombia y China.
 10. **Gran Bretaña:** En Gran Bretaña, la decisión de que los homosexuales adopten a un niño, es legal desde fines del 2002. En marzo de 2007 la Cámara de los Lores aprobó una Ley por la cual las agencias cristianas que tramitan las adopciones en ese país no podrán negarse a dar en adopción a menores a homosexuales.
 11. **España:** El Código Civil permite desde 2005 el matrimonio gay y la adopción por parte de una pareja del mismo sexo.
 12. **Dinamarca:** El parlamento de este país nórdico, por 62 votos a favor y 53 en contra, aprobó el 17 de marzo del 2009 una Ley presentada por la oposición de centro izquierda por la que se legaliza la adopción de niños por parejas gays. La Ley ya aprobada, fue impulsada por el partido Centro Civil, y apoyada por los demás grupos de la oposición, además de 6 diputados del gobernante Partido Liberal, que había dado libertad a sus diputados para votar en conciencia. En contra, votaron todos los diputados del Partido Conservador, la mayor parte de los diputados del Partido Liberal, que conforman la coalición de Gobierno, y la de los diputados del Partido



Popular Danés, un partido que aunque no forma parte del Gobierno, lo apoya de forma externa. La aprobación fue calificada como un paso hacia la igualdad. Sin duda eso se convierte en una clara muestra de modernidad y progreso en materia de derechos civiles. Pasos como éstos contribuyen notablemente a la modernización social de la UE."

Continente Asiático

1. Israel.

Continente Africano

1. **Sudáfrica:** desde 2002 se ha reconocido en este país, el derecho a las parejas de homosexuales de adoptar niños.

Continente Oceánico



Aunque no se incluye información expresa sobre el tema, se deduce que también en este continente las legislaciones ya contemplan las adopciones por homosexuales, dado el caso que ya se reconocen las uniones homosexuales que reciben el nombre legal de unión libre, con características idénticas al matrimonio, del que sólo se diferencian en el nombre, tal es el caso del estado de **Tasmania, en Australia.**

4.2.3. Caso concreto que sienta jurisprudencia respecto al tema

Respecto al tema de la adopción por homosexuales, es importante incorporar al presente, la información respecto a la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, de fecha 22 de enero del 2008, en donde se condenó a Francia por discriminación en un caso concreto de solicitud de adopción; la misma se consigna de la siguiente manera:

“El 22 de enero del 2008, **la Gran Sala del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo**, en el continente europeo, **condenó a Francia** por discriminar a una lesbiana al tener en cuenta su orientación sexual al resolver desfavorable la demanda de adopción solicitada por la demandante.



E. B., como se conoce a la demandante, francesa de 45 años y profesora guardería en su país, quien vivía desde 1990 con su pareja, también mujer, declaró a los servicios de adopción su orientación sexual durante el proceso.

La comisión francesa encargada de revisar las demandas de adopción rechazó la petición de E. B. siguiendo un dictamen psicológico que indicó que la falta de imagen paterna perjudicaría al menor.

10 jueces contra 7, miembros del referido tribunal, consideraron que hubo violación del Artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el que prohíbe la discriminación y declaró que se vulneró el derecho a la igualdad en relación con el derecho a la intimidad, reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Los jueces indican en la sentencia que el Código Civil no se pronuncia sobre la necesidad de un referente de otro sexo; la falta de una figura paterna" sirvió de pretexto para ocultar la verdadera razón del rechazo de la solicitud de adopción, es decir la homosexualidad de E. B.; la sentencia expresa que las autoridades francesas sólo podrían haber rechazado la solicitud de adopción, en el caso de que hubieran problemas, especialmente serios y convincentes, en relación con la vida privada del futuro padre o madre, y en este caso, -consideran los jueces- no se daban estos motivos, porque **la Ley francesa permite adoptar a las personas solteras**, abriendo la puerta a la adopción por parte de una mujer soltera homosexual; los jueces consideraron que la demandante posee "cualidades personales indudables y aptitudes



para educar a un niño". La sentencia, la primera del Tribunal en la que se condena a un país por discriminar a un homosexual en un proceso de adopción, sienta además jurisprudencia. Francia tendrá que pagar 10.000 euros a la demandante, además de pagar las costas judiciales que ascienden a 14.528 euros.

La sentencia es vinculante tanto para Francia como para cualquiera de los países que han suscrito la Convención Europea de Derechos Humanos. **Caroline Mecary**, abogada de la demandante, anunció a los periodistas que las consecuencias de esta decisión serán muy importantes, declarando que a partir de ahora, Francia no podrá rechazar las demandas de adopción de personas que no estén casadas porque sean homosexuales, estimando además, que la resolución del Tribunal de Estrasburgo será aplicable a todos aquellos países que permiten la adopción a personas que no estén casadas y estimó que la decisión supone "una victoria sobre el miedo, los prejuicios y la ignorancia".

Una portavoz del Tribunal de Estrasburgo aclaró que la sentencia no implica que Francia tenga ahora que modificar su legislación, sino que simplemente tiene que aplicar la existente -la que permite adoptar a mujeres y hombres solteros- sin que se produzcan discriminaciones por razón de la orientación sexual.



Argelia Queralt, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, España, al comentar sobre la sentencia ya tratada, expresa que desde hoy, ningún estado contratante podrá negar la autorización de adoptar un hijo a una persona por la única razón de no ser heterosexual.”³⁹

4.3. Importancia de ampliar la normativa nacional vigente sobre la no adopción por homosexuales.

A través del presente estudio se constató que la normativa nacional e internacional ratificada por Guatemala, respecto al tema de la adopción, no impone ninguna limitación expresa a los homosexuales para ser favorecidos por las autoridades con concederles adoptar a un menor de edad y/o adolescente; por el contrario, la Ley de adopciones, vigente desde diciembre del 2007, en su Artículo 13, indica que “podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño”, sin hacer mención a un referente sexual.

La Ley de adopciones guatemalteca, si bien es cierto está a tono con la modernidad jurídica mundial, dá espacio para que los homosexuales tengan acceso a la adopción en nuestro país, atentando con ello a la cada vez mas eliminación de los valores

³⁹ www.felesai.es/portalgayespañolparamujeres. **Histórica sentencia a favor de la adopción por los homosexuales. 22 de enero 2008.** (17 de febrero 2009)

morales inculcados desde los inicios, violentando con ello a una Institución tan noble como lo es la adopción.



Es importante recordar, que en la sentencia del 22 de enero del 2008, la Gran Sala del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, condenó a Francia por discriminar a una lesbiana al tener en cuenta su orientación sexual al resolver desfavorable la demanda de adopción solicitada por la demandante, no obstante la comisión francesa encargada de revisar las demandas de adopción rechazó la petición en base a un dictamen psicológico que indicó que la falta de imagen paterna perjudicaría al menor; el tribunal consideró que hubo violación del Artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el que prohíbe la discriminación y declaró que se vulneró el derecho a la igualdad en relación con el derecho a la intimidad, reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Los jueces indicaron que el Código Civil de Francia no se pronuncia sobre la necesidad de un referente de otro sexo y que la falta de una figura paterna sirvió de pretexto para ocultar la verdadera razón del rechazo de la solicitud de adopción, es decir la homosexualidad de la solicitante; la sentencia expresa que **la Ley francesa permite adoptar a las personas solteras**, abriendo la puerta a la adopción por parte de una mujer soltera homosexual, y además, expresaron que la demandante posee "cualidades personales indudables y aptitudes para educar a un niño".



Caroline Mecary, abogada de la demandante, anunció a los periodistas que Francia no podrá rechazar las demandas de adopción de personas que no estén casadas porque sean homosexuales, y expresó además que la resolución del Tribunal de Estrasburgo será aplicable a todos aquellos países que permiten la adopción a personas que no estén casadas, pudiendo, a partir de la fecha, permitirse la adopción a mujeres y hombres solteros- sin que se produzcan discriminaciones por razón de la orientación sexual.

Argelia Queralt, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, España, comentando al respecto sobre la sentencia ya tratada, expresa que desde hoy, ningún país –con iguales características en su Ley a la de Francia- podrá negar la autorización de adoptar un hijo a una persona por la única razón de no ser heterosexual.

Es urgente retomar el espíritu de la institución de la adopción y promover, por parte de las autoridades competentes, la modificación inmediata del Artículo 13 de la Ley de adopciones vigente, en el sentido que solo se permita la adopción por parte de parejas, hombre y mujer, unidos en matrimonio o unión de hecho, y dentro de la familia reconocida en la legislación guatemalteca, adicionando además, todos aquellos Artículos que fueren necesarios y que conduzcan a la limitación a los homosexuales para optar a la adopción, tomando en cuenta que los adoptandos tienen el derecho a vivir en una verdadera familia, y el Estado de Guatemala tiene la obligación de



garantiza este y otros derechos inherentes a la persona humana. La institución de la adopción tiene como finalidad darle una familia, en todo el sentido de la palabra, a un menor que no la tiene y no, como se pretende a través de las adopciones por homosexuales, darle un hijo a personas que biológicamente no los puedan tener.

4.4. Argumentos por los que no se debe permitir la adopción por homosexuales y/o lesbianas

La adopción es una actitud de extraordinaria responsabilidad; es creación legal inicialmente regulada en el Código Civil, actualmente normada en la Ley de Adopciones vigente desde diciembre de 2007 y desarrollada en los diferentes Cuerpos Normativos nacionales e internacionales vigentes; según el Convenio Internacional de la Haya, debe tener como principio básico respetar el interés superior del niño y como finalidad encontrar una familia para un niño –que carece de ella- y no un niño para una pareja, se considera entonces que una familia sustituta podrá tomar el lugar de la que el menor perdió o nunca tuvo. La adopción, implica un emplazamiento en el estado de familia de padre y de hijo. Implica la ruptura de todos los vínculos del menor de edad y/o adolescentes con sus progenitores de sangre, es irrevocable y establece un nuevo vínculo paterno-filial, que es obviamente una simulación legal paliativa (buena parte de la doctrina jurídica y psicológica considera conveniente no comunicar en lo posible al niño que es adoptado). Desde siempre la legislación ha recalcado que la adopción se debe realizar dentro de la familia, entendida esta como la base de la sociedad, la cual



se forma sobre la base del matrimonio y/o unión de hecho, ya que el fin de la misma es brindar un hogar estable al menor de edad y/o adolescente que no lo tiene, y en el cual se pueda desarrollar íntegramente.

Convenido que la adopción es un emplazamiento en el estado familiar de hijo, ello presupone una institución familiar valorada como la unidad reproductiva eficiente. No es la menor incongruencia del ideologismo igualitarista monosexual, que quienes subestiman o directamente menosprecian la familia heterosexual con una batería argumentos diversos quieran injertarse ahora en una figura legal imitativa de la relación paterno-filial.

Respecto a los roles tomados por los homosexuales, existe un mito popular que dice que en las parejas uno de los hombres adopta el rol de varón y el otro el rol de mujer. De esta manera, el hombre más "varonil" es el considerado activo (el que penetra analmente al otro y nunca es penetrado), mientras que aquél que prefiere ser penetrado es considerado pasivo y, por consiguiente, más femenino o más "afeminado". Este mismo mito también se aplica a las mujeres lesbianas: una de ellas tendría facciones, musculatura, actitud y ropas más "masculinas" (la considerada "activa"), mientras que la otra sería más "femenina" (la considerada "pasiva"). En realidad sucede que, en la mayor parte de los casos, ninguna persona homosexual o lesbiana es exclusivamente activa ni pasiva durante toda su vida, y también que, en una misma relación de pareja, los roles son dinámicos, es decir, se van modificando con el tiempo.

Por lo anterior, a continuación se presentan veintidos inconvenientes, por lo que se debe declarar como bienes, sobre la adopción de menores de edad y/o adolescentes por homosexuales:



4.4.1. Inconvenientes de orden General

1. Se transgrede el principio II de la Declaración Universal de los Derechos del Niño en cuanto establece que al dictar Leyes que atañen al niño se tomará exclusivamente el interés de éste como objetivo. El interés sobre el tema responde en cambio al deseo de algunos homosexuales en ser consolados respecto a la imposibilidad biológica de ser padres entre sí y que no satisface ninguna necesidad de la infancia abandonada.
2. El Estado de Guatemala dejaría de cumplir con la obligación Constitucional de proteger y tutelar a la niñez y adolescencia, de otorgarles una protección jurídica preferente y de dar efectividad a todos sus derechos reconocidos legalmente, impidiendo con ello el adecuado desarrollo físico, psicológico, educativo, cultural, moral, espiritual y social de dichas personas.
3. Permitir la adopción por parejas homosexuales sería incurrir en una grave confusión moral, social y legal.



4.4.2. Inconvenientes para los homosexuales

4. Se crea un problema, en el que el momentáneo alivio psicológico que se deriva de la aceptación del concepto hijos, aplicado a parejas homosexuales, no se compensa con los perjuicios que la reacción adversa heterosexual va a provocar una vez se vayan conociendo en su plenitud, lamentablemente proceso a largo plazo.
5. La adopción exige la mayor estabilidad (emocional, psicológica y social, entre otras) posible en los adoptantes. Es evidente que entre las características de las parejas homosexuales, no figura precisamente dicha estabilidad.

4.4.3. Inconvenientes para los Niños

6. Se violan los derechos humanos de los menores y adolescentes concedidos en adopción por permitirse esta a personas que no llenan los requisitos necesarios para el adecuado desarrollo, en todo sentido, de este grupo humano.
7. Se priva al adoptando de su derecho humano a contar con una familia digna que le permita ser criado y educado y le asegure la convivencia familiar y comunitaria, en un ambiente sano, libre de injerencias que puedan afectar su desarrollo integral por



parte de sus progenitores o de quienes lo asisten, protegen, cuidan o conviven con él.

8. Se le priva deliberadamente al niño del enriquecedor aporte de la diversidad femenino-masculino de la pareja heterosexual y la adjudicación de roles que de ella deriva: autoridad (padre), afecto (madre). Los niños adoptados por parejas homosexuales no tienen los referentes de los dos grandes componentes del ser humano: la masculinidad y la feminidad, y tienen más posibilidades de desarrollar en el futuro una tendencia homosexual. Un núcleo familiar con dos padres o dos madres -o con un padre o madre de sexo distinto al correspondiente a su rol- es, desde el punto de vista pedagógico y pediátrico, claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño.
9. Se priva a los adoptandos de la protección integral a que hace referencia la legislación nacional e internacional ratificada por Guatemala, propiciando con ello un inadecuado desarrollo físico, mental, moral, espiritual, cultural y social, en condiciones de libertad y dignidad.
10. Los principales riesgos que corren los niños adoptados por parejas homosexuales son los siguientes: trastornos en la identidad sexual, mayor incidencia de comportamientos homosexuales al llegar a la adolescencia, una tendencia significativamente mayor a la confusión y promiscuidad sexual, trastornos de conducta, depresión, comportamientos agresivos, ansiedad, hiperactividad e insomnio.



11. El niño adoptado por una pareja homosexual entrará necesariamente en conflicto en sus relaciones con otros niños, teniendo que luchar con su entorno, pudiendo verse envuelto en tensiones psicológicas, frustraciones, agresividad, cierta discriminación... y todo esto desde muy temprana edad, lo que puede irle llevando a tener un desajuste de su mundo emocional y un trastorno de la personalidad; psicológicamente será un niño en lucha constante con su ambiente cercano en el que se desarrolla y con los demás.
12. Crea inmediatos problemas de socialización respecto a los niños que mayoritariamente tienen padres y madres de distinto sexo, utilizándose así a los menores como campo de pruebas, en contra de su propio bienestar.
13. Se ponen en riesgo a los menores y adolescentes concedidos en adopción de contraer enfermedades mentales, físicas y psicológicas y a padecer de problemas psicológicos (autoestima baja, estrés, inseguridad respecto de su vida futura en pareja y tener hijos, trastorno de identidad sexual, rechazo del compañero o compañera del progenitor homosexual como figura materna o paterna y preferencia por vivir con el otro progenitor) y trastornos de conducta (drogodependencia, disfunciones en la conducta alimentaria, fracaso escolar)
14. Se predispone el menor y adolescente adoptado a sufrir experiencias traumáticas como ruptura de la pareja, promiscuidad y abusos sexuales paternos, entre otros, que les marcará para toda la vida.



15. Se condena al adoptado a vivir en un ambiente viciado que le provoque un inadecuado desenvolvimiento de una personalidad sana.
16. Eliminará cualquier posibilidad práctica de que el niño no sepa que es adoptado o que recién lo sepa a edad conveniente, conforme lo aconseja una buena parte de la doctrina psicológica y legal.
17. Introduce prematuramente en el niño el interrogante respecto a sí, a pesar de su sexo, el destino le deparará unir su vida a un individuo del sexo opuesto y tener hijos biológicos o si por el contrario deberá amar a alguien del mismo sexo y no poder tener hijos biológicos.
18. Conceder la adopción por homosexuales supone discriminar a unos niños sobre otros.
19. La formación de la personalidad en los primeros años es fundamental. El niño es como una esponja, que chupa todo lo que va recibiendo en esas cuatro vertientes básicas de cualquier ser humano: física (desde los vestidos, modales, etc.), psicológica (todo lo que es el patrimonio psíquico), social y cultural. Si los dos son del mismo sexo, esa formación va a ser incompleta, parcial, sesgada... con todo lo que ello significa. Se pueden producir graves daños en el desarrollo del niño y por tanto, no contribuirá al bien común de nuestra sociedad.



20. Anteponer el derecho de los homosexuales a la adopción antes que el derecho del niño a disfrutar de una familia donde pueda desarrollarse en condiciones óptimas, justificándolo con presupuestos ideológicos discutibles, supondría incidir en otra posible forma de explotación de la infancia.
21. Siendo las parejas homosexuales menos estables y firmes que las heterosexuales también se le privará al niño del aparente amparo biparental que se pretende establecer.
22. Incrementará el tráfico ilegal de niños por aumento de la demanda proveniente de las nuevas parejas homosexuales deseosas de adoptar.



CONCLUSIONES



1. **Los homosexuales y lesbianas**, por su preferencia sexual, no reúnen las calidades morales para ser sujetos en la adopción.
2. **Los adoptandos** tienen derecho a disfrutar de una familia, socialmente reconocida, que les brinde un adecuado desarrollo, y esto excluye a los homosexuales y lesbianas, por su preferencia sexual y las implicaciones que esto representa.
3. **La legislación nacional e internacional, ratificada por Guatemala, respecto a la adopción por homosexuales**, no establece prohibición expresa para que dichas personas requieran y se les pueda aprobar dichos trámites.
4. **La Ley de adopciones de Guatemala**, con la inclusión de personas solteras (sin referente sexual) como sujetos en la adopción, abre la puerta tácitamente a los homosexuales para que puedan solicitar se les autorice la adopción.
5. **La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, dictada el 22 de enero del 2008**, en la que se condenó a Francia por

discriminar a una lesbiana al tener en cuenta su orientación sexual al resolver la demanda de adopción solicitada por la demandante, causó jurisprudencia para todos los países que permitan dentro de su legislación la adopción por personas solteras (sin hacer referencia a género), toda vez que dicha resolución se dictó tomando en cuenta que en las leyes francesas se permite la adopción por personas solteras.



RECOMENDACIONES



1. **Que las instituciones encargadas de promover la protección de los derechos humanos**, incluyendo la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, realicen estudios de la legislación vigente, específicamente la relacionada con el tema de las adopciones, con el objeto de proponer iniciativas de Ley al Pleno del Congreso, tendientes a legislar expresamente sobre las adopciones por homosexuales y lesbianas, en favor del interés superior del niño.
2. **Que el Congreso de la República**, con base a lo planteado por la Comisión de Derechos Humanos de dicho Órgano, promueva de forma inmediata la modificación y ampliación del artículo 13 de la Ley de Adopciones vigente, en el sentido de que se limite expresamente a los homosexuales y lesbianas ser sujetos en la adopción.
3. **Que las instancias que tienen a su cargo la tramitación de los procesos de adopción**, específicamente la Procuraduría General de la Nación, promueva, con base en las modificaciones y ampliaciones realizadas a la Ley de Adopciones, la inclusión de normas específicas que prohíban conceder adopciones a los homosexuales y lesbianas, tomando como base fundamental el interés superior del niño a contar con una familia que promueva su adecuado desarrollo.



BIBLIOGRAFIA



ARIAS, José. **Derecho de familia**; 1t.; Buenos Aires, Argentina: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1943.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. **Derecho de familia y sucesiones**; Oxford University Press: Programas Educativos, S.A. de C.V. México, D.F., 2002.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, **Manual de Derecho Civil Español**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

FONSECA, Gautama, **Curso de derecho de familia**. (Tegucigalpa, Imprenta López y Cía., s.f.).

ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Derecho Civil mexicano** (antigua Librería Robredo, México, D.F. 1959), t. II, vol. I.

www.es.wikipedia.org/wiki. **Adopción por parejas homosexuales**. Wikipedia, la enciclopedia libre. 2-5-2009.

www.es.wikipedia.org/wiki. **Derechos del colectivo LGBT**. (02 de mayo 2009)

www.es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad (17 febrero 2009)



www.es.wikipedia.org/wiki/Homosexualismo (17 febrero 2009)

www.es.wikipedia.org/wiki/Lesbianismo (17 febrero 2009)

www.felesai.es/portalgayespañolparamujeres. **Datos del Eurobarómetro septiembre-octubre de 2006**. 22.01.2008.

www.felesai.es/portalgayespañolparamujeres. **Histórica sentencia a favor de la adopción por los homosexuales. 22 de enero 2008**. (17 de febrero 2009)

www.psicología.laguia2000.com/general/definicion-de-psicologia (24 de marzo 2009)

www.psicología.laguia2000.com/general/Definicion-de-psicología-clinica (24 de marzo 2009)

www.psicología.laguia2000.com/general/definicion.de-psicología-infantil (24 de marzo 2009)

www.psicología.laguia2000.com/general/definicion.de-psicología-social (24 de marzo 2009)

www.psicología.laguia2000.com/general/el-amor-y-la-autoestima (26 de marzo 2009)



www.psicologia.laguia2000.com. Fontana, Mónica, **Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo, mayo 2005.** (18 de febrero 2009)

www.psicología.laguia2000.com/general/**la-autoestima** (26 de marzo 2009)

www.psicología.laguia2000.com/general/**psicologia-en-niños** (26 de marzo 2009)

www.psicologia.laguia2000.com. Sainz, María (1 de octubre de 2004). **Los expertos, divididos ante la adopción por parejas homosexuales. En español.** (27 de agosto de 2007)

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, año 1986.

Ley de Adopciones, Decreto No. 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, vigente desde el 31 de diciembre 2007

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto No. 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, vigente desde julio 2003.

Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto No. 114-97 del Congreso de la República de Guatemala



Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala

Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del procurador de los Derechos Humanos, Decreto No. 54-86 del Congreso de la República de Guatemala, vigente desde octubre 1986.

Ley de la Procuraduría General de la Nación, Decreto No. 512 del Congreso de la República de Guatemala del 25 de mayo de 1948, modificado según Decreto No. 55-2000 del Congreso de la República.

Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto No. 63-94 del Congreso de la República de Guatemala, vigente desde del 21 de diciembre de 1994.

Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 de Enrique Peralta Azurdía, Jefe del gobierno de la República de Guatemala, vigente desde el 1º. de julio de 1964.

Código de la niñez y la juventud, Decreto No. 78-96, vigente desde el año 1997

Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde el 18 de julio de 1978.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, vigente desde el año 1990.

Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de Mayo de 1993



Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.