

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

**LA INCONGRUENCIA ENTRE LA LEY DE ADOPCIONES Y EL CÓDIGO  
CIVIL CON RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA SER  
ADOPTADO**



**GUATEMALA, ABRIL DE 2010**

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

**LA INCONGRUENCIA ENTRE LA LEY DE ADOPCIONES Y EL CÓDIGO  
CIVIL CON RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA SER  
ADOPTADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**DIANA KARINA RODRIGUEZ BENAVIDES**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, abril de 2010

**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. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Gerardo Prado
Vocal:	Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez
Secretaria:	Licda. Aura Marina Chang Contreras

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno
Vocal :	Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario:	Licda. Eloisa Mazariegos Herrera

**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).

LIC. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS  
ABOGADO Y NOTARIO.  
3ª. AVENIDA 13-62 ZONA 1, CIUDAD  
TELEFONO: 57086848



Guatemala, 09 de Junio de 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.



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento del dictamen emanado de la Unidad de Tesis, bajo su digno cargo, de fecha 7 de mayo del año 2009, en la cual se me nombra Asesor del Trabajo de Tesis de la estudiante DIANA KARINA RODRIGUEZ BENAVIDES, carné No. 9521727, sobre el tema intitulado: "LA INCONGRUENCIA ENTRE LA LEY DE ADOPCIONES Y EL CÓDIGO CIVIL CON RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA SER ADOPTADO", procedo a emitir el siguiente dictamen:

El trabajo realizado, posee un excelente contenido técnico y científico, con una metodología basada en el uso del método científico, con técnicas de investigación de carácter documental, bibliográfico y estadístico, con entrevistas a funcionarios administrativos y a Jueces del Ramo de Familia, con una redacción clara, práctica y de fácil comprensión; y según mi punto de vista constituye una contribución científica para docentes y estudiantes, arribando a conclusiones y recomendaciones que deben ser tomadas en cuenta en el proceso de adopción vigente en Guatemala. El orden que se siguió en el desarrollo de la investigación es correcto y para su elaboración se utilizó bibliografía de conocidos civilistas.

Aunado a lo expuesto se pudo establecer que el referido trabajo de investigación efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado también el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en especial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad Rectora de la Educación Superior, en el presente dictamen se termina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el artículo treinta y dos (32) de dicho Reglamento.

Por las razones expuestas, el suscrito asesor aprueba y emite DICTAMEN



FAVORABLE, en el sentido de que el trabajo de grado de la autora, amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su Examen Público de Graduación, y poder optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos de Abogada y Notaria.

Respetuosamente:

Colegiado No. 7706

*Lic. Estuardo Castellanos Venegas*  
ABOGADO Y NOTARIO

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, dieciocho de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) WILFRIDO PORRAS ESCOBAR, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante DIANA KARINA RODRÍGUEZ BENAVIDES. Intitulado: "LA INCONGRUENCIA ENTRE LA LEY DE ADOPCIONES Y EL CÓDIGO CIVIL CON RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA SER ADOPTADO".

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



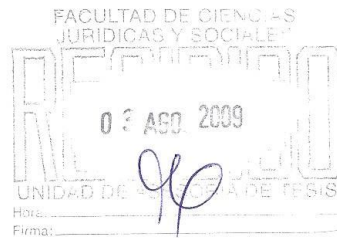
cc.Unidad de Tesis  
CMCM/mbbm.



LIC. WILFRIDO PORRAS ESCOBAR  
ABOGADO Y NOTARIO.  
21 calle 7-70 zona 1, 12 Nivel, Guatemala  
Teléfonos: 22487070 y 58551332

Guatemala, 03 de Agosto 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.



Licenciado Castro Monroy:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad, el día 18 de junio de 2009, en el que se dispone nombrar al suscrito como revisor de tesis de la Bachiller DIANA KARINA RODRIGUEZ BENAVIDES, a usted informo: El postulante presentó el tema de investigación intitulado: "LA INCONGRUENCIA ENTRE LA LEY DE ADOPCIONES Y EL CÓDIGO CIVIL CON RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA SER ADOPTADO".

De la revisión practicada, se establece que el trabajo útil contiene gran contribución técnica y científica, la metodología utilizada se basa principalmente en el uso del método científico; además las técnicas de investigación utilizadas fueron de carácter documental, bibliográfico, así como consulta de Derecho Comparado y Convenios Internacionales, tanto de derechos del niño como en materia de adopción de menores y entrevistas a funcionarios del Consejo Nacional de Adopciones.

La presente tesis constituye un aporte científico, principalmente para legisladores y estudiosos del derecho, se cumplió en su elaboración con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se manejó la metodología pertinente, con una redacción clara y práctica para la fácil comprensión del lector, en su elaboración se utilizó bibliografía de conocidos tratadistas del derecho civil; arribando a conclusiones y recomendaciones importantes y dignas de ser tomadas en cuenta para su aplicación dentro de la legislación guatemalteca.

Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis de la bachiller DIANA KARINA RODRIGUEZ BENAVIDES, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación de



teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como de academia, ello en atención a las normativas y presupuestos reglamentarios regulados para el efecto, así como a la norma referida, objeto de propuesta de reforma, resultando como punto relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.

Por lo considerado, como revisor, apruebo y emito DICTAMEN FAVORABLE para que el presente trabajo de tesis de la bachiller DIANA KARINA RODRIGUEZ BENAVIDES, sea aceptado para su discusión en el examen público de graduación.

Atentamente:

WILFRIDO PORRAS ESCOBAR  
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado No. 4340



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés de febrero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante DIANA KARINA RODRÍGUEZ BENAVIDES, Titulado LA INCONGRUENCIA ENTRE LA LEY DE ADOPCIONES Y EL CÓDIGO CIVIL CON RELACIÓN AL CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA SER ADOPTADO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh



## DEDICATORIA

A DIOS

Gracias por todas las bendiciones que he recibido, porque haz iluminado siempre mi camino.

A MIS PADRES

Por concederme la vida y darme su amor, gracias por el apoyo incondicional que me han brindado.

A MIS HIJOS

EMERSON Y MAURICIO, por ser la razón de mi vida y de mi esfuerzo. Los llevo siempre dentro de mi corazón.

A TODA MI FAMILIA:

Por su amor, respeto compañía y cariño que me han brindado.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA:

Por ser el centro de estudios en el cual pude formarme profesionalmente.

A TODOS MIS AMIGOS:

Por su cariño, amistad y por el apoyo en los momentos difíciles,

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i
 <b>CAPÍTULO I</b> 	
1. La adopción.....	1
1.1. Definición de adopción.....	1
1.2. Bosquejo histórico.....	4
1.3. Análisis doctrinario.....	10
1.4. Fines de la adopción.....	12
1.5. La adopción como institución social.....	13
1.6. Naturaleza jurídica.....	14
1.7. Clases de adopción.....	15
 <b>CAPÍTULO II</b> 	
2. La adopción en el derecho internacional.....	19
2.1. Regulación legal internacional y sus fines.....	19
2.2. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores.....	25
2.3. Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en en materia de adopción internacional.....	31
2.4. Convención sobre los derechos del niño.....	38
 <b>CAPÍTULO III</b> 	
3. Menores de edad y la incapacidad civil.....	41
3.1. La minoría de edad.....	41
3.2. Análisis jurídico doctrinario.....	44
3.3. Incapacidad civil y su clasificación.....	52

	<b>Pág.</b>
3.4 El consentimiento del menor para ser adoptado según otras legislaciones...	58

## **CAPÍTULO IV**

4. Análisis de la Ley de Adopciones.....	63
4.1 Parte general.....	63
4.2. Objeto de la adopción.....	69
4.3. Sujetos de la adopción.....	70
4.4. El Consejo Nacional de Adopciones.....	73
4.5. Entidades públicas y privadas dedicadas al cuidado de niños.....	81

## **CAPÍTULO V**

5. Incongruencia entre la Ley de Adopciones y el Código Civil.....	87
5.1. Antinomias normativas.....	87
5.2. El consentimiento.....	95
5.2.1. El consentimiento en la adopción.....	96
5.3. El consentimiento regulado en la ley de adopciones.....	98
5.4 Proyecto de Ley.....	103
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113

## INTRODUCCIÓN

En virtud de lo regulado en la Ley de Adopciones al establecer que el menor de edad debe dar su consentimiento para ser adoptado dentro del proceso de adopción, y que este consentimiento debe ser constatado por escrito, hace ineficiente el proceso de adopción, ya que el menor carece de capacidad civil para dar su consentimiento; de ahí, radica la importancia de que esta tesis aclare la antinomia existente entre la Ley de Adopciones y el Código Civil.

La controversia que genera la importancia del presente trabajo, radica en el hecho de que la Ley de Adopciones, a pesar de ser bien intencionada, requirió del menor su consentimiento, para que su adopción se perfeccione; requerimiento, que como ya se dijo, es bien intencionado, pero que simplemente persigue del menor una conducta que carece de respaldo legal; ese respaldo es la capacidad, que de acuerdo con el Código Civil, únicamente podría desarrollarla con la mayoría de edad. Lo que revela entonces que las normas en lugar de ser complementarias entre sí, se excluyen, ya que una requiere un consentimiento y la otra le impide ejercer por sí mismo ese consentimiento por razón de la edad.

La hipótesis establecida en el presente trabajo se refiere a que: no tiene validez legal el consentimiento de un menor para ser tomado en adopción, ya que así lo estipula el Código Civil al no regular la capacidad mencionada. Por lo tanto tendrán que dar su consentimiento los padres biológicos o el tutor, por lo que es necesario reformar los Artículos 35, numeral d) literal d.2 y 45 de la Ley de Adopciones. Al menor podrá pedírsele opinión mas no así su consentimiento debido que no tiene capacidad de conformidad con el Artículo 8 del Código Civil.

Los objetivos específicos de la investigación son: Establecer que el menor de edad no tiene la capacidad que establece el Código Civil para dar su consentimiento para que la adopción se perfeccione pero que, según el grado de madurez, pueda dar su opinión dentro del proceso de adopción. Estudiar la adopción como una institución donde prevalezca la plena voluntad de los padres y tutores para dar en adopción.

El trabajo esta contenido en cinco capítulos, que se refieren en su orden: el primero a la adopción, sus fines, naturaleza jurídica y las clases de adopción; el segundo a la adopción en el derecho internacional, los convenios internacionales relativos a la adopción de menores de edad; el tercero trata sobre los menores de edad y la incapacidad civil, el análisis jurídico doctrinario y al consentimiento del menor para ser adoptado según otras legislaciones; el cuarto menciona el análisis de la Ley de Adopciones, su parte general, al objeto de la adopción, los sujetos de la adopción, también lo relativo al Consejo Nacional de Adopciones; el quinto hace referencia a la Incongruencia entre la Ley de Adopciones y el Código Civil relacionado con el consentimiento del menor para ser adoptado, El consentimiento en la adopción, las antinomias normativas, y al proyecto de Ley.

Para la elaboración de este estudio, se utilizó el método de análisis, con la finalidad de descomponer en partes los datos de información recabados, a manera de poder estudiarlos por separado a cada uno de ellos y así descubrir la esencia de las instituciones tratadas en la presente investigación; se usaron las técnicas de investigación como la técnica documental, la de estudio y análisis de casos concretos para poder recabar de mejor manera la investigación realizada.

Es de gran importancia la reforma de la Ley de Adopciones, en virtud que los menores de edad susceptibles de adopción, sean totalmente protegidos, evitando el abuso de sus derechos, y con ello cumplir el fin primordial de la adopción, el que consiste en proveer de padres, a los menores que por alguna razón no pueden o no deben estar bajo la patria potestad, ni la guarda y custodia de sus padres biológicos, y con ello brindarles tanto formación emocional como económica y física.

## CAPÍTULO I

### 1. La adopción

Es una institución eminentemente social, cuyo propósito es brindar padres a los menores que por alguna razón carecen de padres naturales, o si los tienen, éstos no pueden hacerse cargo de ellos, con este fin el Estado de Guatemala, regula legalmente la adopción dentro de su territorio.

#### 1.1. Definición:

Adopción es el procedimiento legal que permite a un niño o niña convertirse en términos legales en el hijo o hija de otros padres, adoptivos, distintos de los naturales.

“Al margen de la legislación de un país determinado, la experiencia jurídica enseña que por adopción suele entenderse como aquel acto o negocio de derecho privado por virtud del cual entre adoptante o adoptantes y adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos, o, al menos, análogos a los que resultan de la procreación entre padres e hijos”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**. Pág. 31.

La adopción, es también: “El acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política, a quien no lo es por naturaleza; sin excluir el resquicio que esto consiente para legalizar ciertas ilegitimidades”<sup>2</sup>.

“Puede definirse la adopción como aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tiene lugar en la filiación legítima”<sup>3</sup>.

La adopción, denominada también ahijamiento o prohijamiento, constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad. Muy discutida, por contraria a la naturaleza humana, no todos los códigos la admiten, ni en todos los tiempos se ha considerado en igual forma. Recibir legalmente como hijo a quien en verdad no lo es, crea un problema de orden familiar que es regido con cuidado ante la situación que puede darse.

El objetivo primordial de la adopción actual es asegurar el bienestar a un niño cuando sus padres naturales son incapaces de educarle, alimentarle y formarle adecuadamente. De esta forma, permite a las parejas sin niños formar una familia.

Por adopción se entiende el consentimiento, la manifestación de voluntad, por medio de la cual una persona se pone de acuerdo con otra u otras. El consentimiento para la validez de un acto, debe ser libre y voluntario; se presume siempre voluntario y libre,

---

<sup>2</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 174.

<sup>3</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 475.



mientras no se pruebe lo contrario, es decir, que el consentimiento no debe haber sido dado por error, o arrancado con violencia, u obtenido por el dolo, engaño o ardid.

Carlos Larios Ochaíta, da la siguiente definición de adopción: “Es un acto de voluntad que coloca en una familia a un individuo a quien ni la naturaleza ni la ley habían hecho miembro de la misma. La adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que puede ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos legítimamente en matrimonio y sus hijos”<sup>4</sup>.

Hoy día, la adopción se lleva a cabo por razones altruistas, filantrópicos, de protección a la infancia abandonada y desamparada, ayuda y existencia social, integración familiar, etc. y además de que se trata de un acto en el que necesariamente interviene el Estado mediante sus órganos respectivos.

En derecho civil, adopción es el acto legal por el cual se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza. Según el Código Civil español, para poder adoptar es necesario tener una edad mínima de treinta años, dieciséis más que el adoptado, y, si el adoptante es casado, contar el consentimiento del consorte, entre otros requisitos”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> **Derecho internacional privado**. Pág. 155.

<sup>5</sup> Salvat Editores. **La enciclopedia**. Pág. 136.

La adopción adquiere importancia en el derecho internacional privado debido a que la mayoría de los Estados del mundo admiten lo que se ha dado en llamar la adopción internacional, es decir, adopciones en las cuales los adoptantes y el adoptado pertenecen a Estados diferentes.

En la actualidad, la adopción es una institución jurídica admitida y legislada en la mayoría de los Estados del mundo; es una institución de carácter casi universal, porque existen algunos Estados que no la aceptan.

En conclusión, la adopción es el acto jurídico voluntario, por el que una persona toma como hijo propio al que no lo es.

## 1.2. Bosquejo histórico

Según Carlos Larios Ochaíta: “La adopción es una institución muy antigua. Existió en la India, donde se establece su origen, existió entre los hebreos, Grecia, Egipto y Roma; las razones fueron de diversa naturaleza: sociales, religiosas, políticas, patrimoniales, de interés filantrópico, etc. Más tarde existió entre los germanos donde adquirió carácter de interés bélico, es decir, asegurar que las familias sin hijos biológicos pudieran colaborar al esfuerzo bélico; después pasó a Francia, inserta en el Código de Napoleón, que distinguió tres clases de adopción: voluntaria, la ordinaria conocida hoy en día, la remuneratoria, como premio por acciones extraordinarias y la testamentaria”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Larios Ochaíta Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 155.

En la antigüedad y durante el Medioevo se consideraba verdadera aflicción familiar la del matrimonio carente de hijos, por no haberlos tenido, por no poderlos tener o por haberlos perdido. No resultó difícil encontrar el medio sustitutivo, consistente en recibir como propio a uno ajeno, sobre todo desde edad temprana, para mayor afirmación del afecto.

Marco Aurelio, cuyo nombre original era Marco Annio Vero, nació en Roma el 20 de abril del año 121, sobrino por matrimonio de Antonino Pío, más tarde emperador. Después de que este último accediera al poder, adoptó a su sobrino, le casó con su hija y le asoció al poder 145 A.C. Marco Aurelio llegó a ser emperador a la muerte de aquél, en el año 161, año en el que asoció al trono a su hermano por adopción Lucio Aurelio Vero (fallecido en el año 169).

La adopción era habitual en las antiguas Grecia y Roma, ya que permitía la continuación de la línea sucesoria de una familia en ausencia de herederos naturales. Así, por ejemplo, Cayo Julio César adoptó a Cayo Julio César Octavio Augusto, quien luego se convirtió en el primer emperador de Roma Cayo Julio César Calígula, emperador romano 37-41 D.C., famoso por su crueldad y por su extravagancia, nacido en Antium, ahora Anzio, en Italia, era el hijo más joven del general romano Julio César Germánico y de Agripina la Mayor, y nieto por adopción del emperador Tiberio. Su

---

juventud en los campamentos militares le hicieron merecedor del sobrenombre de Calígula (en latín, diminutivo del calzado militar romano), debido a los pequeños zapatos militares que usaba. Tiberio le nombró, junto con su nieto, Tiberio Gemelo, coheredero al trono. Tiberio adoptó a Gemelo como hijo, pero más tarde ordenó su asesinato. Fue un dirigente clemente durante los seis primeros meses, pero se convirtió en un tirano depravado después de una enfermedad mental.

Los romanos declararon la *adoptio imago naturae*, la adopción es imagen de la naturaleza, considerando que por medio de la adopción se producía un vínculo de filiación entre adoptado y adoptante. Además manifestaban que la adopción tanto quiere decir como prolijamiento; que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente.

“En el derecho romano, la adopción era el acto legal mediante el cual un ciudadano romano, gozando de plenos derechos o estando legalmente subordinado a otro, entraba en la familia de otro ciudadano y quedaba bajo su *patria potestas*. La *adoptio*, ejercida por los emperadores, se convirtió en un sistema normal de sucesión en el imperio”<sup>7</sup>.

La *Adoptio imago naturae*, tuvo una amplísima difusión, pues hasta los emperadores hicieron uso de ella, recurriendo a la adopción para asegurarse sucesores de su afecto y confianza. Se consideraba necesario para esos fines:

---

<sup>7</sup> Salvat Editores. **Ob. Cit.** Pág. 136.

- Continuar el culto doméstico;
- Perpetuar el nombre;
- Obtener beneficios, en razón a los concedidos por el número de hijos que se tenían;
- Legitimar a los hijos ilegítimos.

Los romanos distinguían dos clases de adopción, la propiamente dicha y la errogación. La primera recaía sobre las personas, *Alieni Juris*, de derecho ajeno; y la segunda, sobre las personas, *sui juris*, de derecho suyo.

La *Alieni Juris*, era el sometimiento al poder o potestad de otro, por ejemplo los esclavos y los hijos, y las mujeres en general. Estos carecían de capacidad jurídica como capacidad de obrar en derecho. Estaban sometidos a la patria potestad del pater familias, a la tutela del respectivo tutor o a la **manu** del marido. Se era *alieni juris* por nacimiento, como los hijos y los esclavos, por matrimonio, tanto la mujer, si dependía de la manu marital, como la nuera, en caso de estar su marido sujeto a un jefe de familia, por compraventa, como el hombre libre adquirido por *mancipatio*, o el esclavo, negociado como mercadería, por voluntad, en la adopción y en la adrogación.

Por su parte, la *sui juris*, era el hecho de que la persona tenía plena capacidad jurídica de obrar, quien no estaba sometido a ninguna potestad doméstica. Era la contraposición de la *alieni juris*.

Era, en efecto, la adopción, en los pueblos primitivos, un recurso ofrecido por la religión y por las leyes a aquellas personas que carecían de heredero para la continuación de la estirpe y para la supervivencia del culto doméstico, cuya extinción significa, según las creencias antiguas vigentes en el mundo romano, una catástrofe que, a toda costa, era preciso evitar. Por eso, cuando la naturaleza negaba descendencia natural, se acudía a la adopción como medio de continuar el grupo.

En los pueblos orientales, la adopción está plenamente arraigada por un derecho consuetudinario y también por los mismos conceptos filosófico-religiosos que conforman su cultura. Así, en el mundo judeocristiano, la adopción tiene una trascendencia espiritual, divina. Con la influencia que el cristianismo empezó a ejercer sobre el Imperio Romano, la adopción cobró auge no sólo como un acto de protección, de misericordia y amor al prójimo, sino como un acto de justicia social toda vez que la Roma Imperial tenía un alto costo de vidas humanas en cada conquista de territorios nuevos.

“En la Edad Moderna, la adopción fue incluida en el Código Civil francés, por instigación de Napoleón. Sin duda, aun cuando no se haya observado, en el ánimo del cónsul ya e inminente emperador, debió de pesar el llevar seis o siete años casado con Josefina y sin descendencia. La señalaba como institución filantrópica destinada a ser el consuelo de los matrimonios estériles y una gran protección para socorrer a los niños pobres “<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 174.

La adopción regulada en el Código de Napoleón pasó a los códigos modernos inspirados en éste, la mayoría de los cuales eliminó la adopción remuneratoria, conservando en algunos casos tanto la voluntaria como la testamentaria, y en la mayoría conservando solamente la voluntaria.

“En la actualidad bien puede hablarse de una edad de oro de la adopción, al margen del derecho codificado, por obra de sucesivas leyes especiales que en casi todos los países occidentales tienden a formar un derecho europeo uniforme en la materia”<sup>9</sup>.

Las legislaciones actuales, con muy pocas excepciones, han legislado para la adopción nacional, aquella adopción en la cual tanto el adoptado como el adoptante pertenecen a un mismo país; no así las adopciones internacionales, donde el adoptado y el adoptante pertenecen a diferentes países.

Orígenes de la adopción en el derecho guatemalteco: Como todas las instituciones jurídicas en general, la figura de la institución conocida como la adopción, tiene sus más profundas raíces históricas en el derecho romano que influyó al napoleónico y de éste pasó a los códigos civiles latinoamericanos y de muchos otros países entre otros, a Guatemala.

Concretamente, en este país, la primera noticia que se tiene acerca de la adopción, se encuentra en el Decreto gubernativo 176, del 8 de marzo de 1877, producto de la

---

<sup>9</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 473

revolución liberal de 1871. Más tarde, el 13 de mayo de 1933, la Asamblea Nacional Legislativa, aprueba en sus sesiones ordinarias el proyecto presentado por una comisión de jurisconsultos que fuera convocada exclusivamente para acomodar el código de la época liberal a las ideas y principios cambiantes, realizándose así una fusión en un solo tomo de la parte vigente del Código Civil de 1877 con las nuevas reformas comprendidas en el Código Civil de 1933, Decreto Legislativo 1932.

El Congreso de la República emite el Decreto 375 o Ley de Adopción, en el cual por vez primera se tutela jurídicamente a dicha institución, la que en 1963, es derogada por el Decreto Ley No. 106, del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdía, el cual dedica un apartado específico a la adopción, tutelándose en el Capítulo VI, en los Artículos del 228 al 251 con una sistemática y técnica jurídica muy completa y ajustada a la época de su promulgación.

### 1.3. Análisis doctrinario

Como principios fundamentales de la adopción se puede considerar los siguientes:

- Configurar la adopción como un instrumento de integración familiar, de donde deriva la mayor amplitud con que se regula el acogimiento de menores, una de cuyas situaciones finales, aunque no la única, puede ser precisamente la adopción; ello ha conducido también a velar por el régimen de la tutela.



- La primacía del interés del menor para lograr una relación familia, lo cual se consagra una completa relación que el adoptado mantiene como una situación familiar, creándose una relación de filiación.
- Secundariamente cabe destacar la laudable simplificación del procedimiento opcional, que sigue siendo judicial en el proceso voluntario, aunque también puede ser de tramitación notarial.

El objetivo primordial de la adopción actual es asegurar el bienestar a un niño cuando sus padres naturales son incapaces de educarle. De esta forma, permite a las parejas sin niños formar una familia.

“La adopción es una figura que tuvo en la vida de los pueblos primitivos una significación totalmente distinta de la que hoy tiene; y así, en tanto en las primeras etapas de la civilización predomina en ella el interés objetivo de la familia, el interés de la continuación de la estirpe para la supervivencia del culto de los antecesores, acusa en las más recientes legislaciones un profundo aspecto sentimental, llamado a proporcionar los beneficios de la filiación y la paternidad a personas que, por la naturaleza carecían de ellos, a la par de su aspecto benéfico, resolviendo agudos problemas materiales, ya que constituye el medio más adecuado para paliar la suerte de los niños huérfanos”<sup>10</sup>.

La adopción atribuye al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Uno y otro se deben recíprocamente alimentos. Reconocidos en la escritura de

---

<sup>10</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 473.

adopción, los derechos sucesorios del adoptado son irrevocables, aunque no podrán atentar contra derechos legitimarios mortis causa. El adoptado conserva sus derechos sucesorios en la familia de origen.

#### 1.4. Fines de la adopción

El fin principal de la adopción es hacer de una persona desconocida que sea tomada como hijo propio con las reglas estipuladas en la ley. Además, se crean vínculos paternales con las ventajas que pueda tener cualquier hijo biológico del adoptante, en relación a la manutención y el derecho a la herencia, según las regulaciones de la ley cuando así se estipula.

La adopción atribuye al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad, produciendo lazos de parentesco en el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra parte. Uno y otro se deben recíprocamente alimentos por lo que crea una obligación alimentaria, regulado en los Artículos 229, 230 y 231 del Código Civil.

Además, la adopción puede llevar implícitas cuestiones sociales de protección al menor, cuando el adoptante toma como su hijo a una persona que está descuidada o que no tiene padres, ya que hayan muerto o que lo hayan abandonado.

Otro efecto de la adopción es que causa impedimento para contraer matrimonio. El Artículo 89 del Código Civil en su inciso séptimo establece una prohibición expresa a autorizar el matrimonio del adoptante con el adoptado mientras dure la adopción.

#### 1.5. La adopción como institución social

La adopción constituye una institución social desde el momento que el adoptado pasa a ser integrante de un nuevo grupo familiar con las mismas alternativas que tiene el hijo dentro de su familia con relación a los padres.

Siendo probablemente una de las instituciones familiares más contingente, y, en consecuencia, más moldeable por el legislador, está basada, sin embargo, en la naturaleza de las cosas, pues responde, en principio a la idea de dar un hogar a los menores que de él carecen mientras que se cumple el deseo de paternidad de los matrimonios infértiles. Ha satisfecho, a lo largo de la historia, intereses muy variados y ha pasado por alternativas de esplendor y de ocaso.

El Artículo 228 del Código Civil, le da a la adopción un carácter jurídico y social, por medio del cual el adoptante toma como hijo a un menor que no lo es biológicamente.

## 1.6. Naturaleza jurídica

La adopción establece relaciones civiles de paternidad filiación entre dos personas extrañas, las cuales son semejantes a la filiación legítima, deduciéndose de la misma las siguientes consecuencias:

- La adopción es una institución: Es cierto que esta institución tiene una base legal, pero el negocio jurídico de la adopción no es más que uno de los elementos sobre los que se asienta el instituto de la adopción, ésta negociación será el presupuesto de la voluntad acorde para entrar en adopción, y , además, la base para determinar la intensidad y eficacia de algunos de los efectos que produce; pero otros están predeterminados en la ley, independientemente del negocio, y quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes.
- Por la adopción se establece entre dos personas extrañas, relaciones de paternidad y filiación: la adopción es uno de los modos de adquirir la patria potestad y así lo reconoce expresamente la ley, en cuanto se preceptúa que la adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto al adoptado menor de edad, si bien no pierde el adoptado completamente su conexión con la familia natural, puesto que conservará los derechos sucesorios que en ella le correspondan y los derivados de la deuda alimenticia.
- La adopción imita la naturaleza: de aquí se desprenden los requisitos legales de la adopción, en orden a la edad del adoptante; a la diferencia de edad entre uno y otro, el cual ninguno puede ser adoptado por más de una persona, a excepción del caso que sean cónyuges de los adoptantes.

## 1.7 Clases de adopción

- Adopción de expósitos: El prohijamiento simplificado relativo a los desventurados niños que, desamparados por sus padres, son recogidos y educados en las inclusas u hospicios.
- Adopción de hecho: Por obstáculos legales, al no reunirse ciertos requisitos (de edad o estado, especialmente), por desidia o por desconocimiento de los trámites y a veces por no dar carácter de definitivo al nexo así sujeto a permanente revocación, no siempre los recibidos, recogidos o tratados en hogar ajeno con afecto y cuidados filiales son adoptados regularmente. Se está así ante situaciones que cabe calificar de adopción de hecho, por el trato que los "adoptantes" dan a los incorporados de tal forma a la familia.
- Adopción fraudulenta: Con las mejores intenciones por parte de los adoptantes, algunos matrimonios pretenden aparecer ante el mundo y sobre todo ante ese hijo como padres verdaderos. Con tal finalidad se simula el parto frente al Registro Civil, con la cooperación casi siempre lucrativa, de parteras o personas relacionadas con maternidades y clínicas de partos.
- Adopción legitimadora: Adoptar, ocultando en lo posible su condición, a los que son hijos naturales o adulterinos, para poder convivir con ellos en el hogar, darles el apellido y que posean los máximos derechos inter vivos y mortis causa.
- Adopción menos plena o simple: Se refiere a la adopción, por uno de los cónyuges, del hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte. El adoptado,

sometido a la patria potestad de ambos esposos, puede usar el apellido del adoptante, pero sólo tendrá en la herencia de éste, los derechos de los hijos naturales reconocidos.

- Adopción plena: Produce los máximos efectos de la institución. El adoptado llevará en lo sucesivo como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes; queda sometido a la patria potestad del adoptante. Ocupa en la sucesión de los padres adoptivos la misma posesión que los hijos legítimos.

Entre los aspectos jurídicos de la adopción están los lineamientos institucionales modernos, cabe indicar que el adoptante ha de ser bastante mayor que el adoptado, precisamente para que la diferencia de edad coopere al brote del afecto cuasifilial. No se permite la adopción del tutor con respecto al pupilo, hasta aprobarse las cuentas de la tutela; ni a un cónyuge sin el consentimiento del otro. Marido y mujer pueden adoptar conjuntamente; fuera de ellos, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

La adopción atribuye al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Uno y otro se deben recíprocamente alimentos.

El adoptado conserva sus derechos sucesorios en la familia de origen.

La adopción produce parentesco entre el adoptante de una parte y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra parte.

En énfasis, la adopción brinda al menor adoptado todos los derechos y beneficios que tienen los hijos naturales, con esto, los protegen de cualquier maltrato, abuso o explotación que pudiere suscitarse, en virtud de la vulnerabilidad que tienen los menores de edad.





## CAPÍTULO II

### 2. La adopción en el derecho internacional

El derecho internacional privado al tiempo de procurar crear espacios jurídicos unificados a través de fuentes convencionales internacionales, se ha encontrado con zonas áridas de compleja armonización. La adopción suscitó cuestiones de duro tratamiento, pero que en verdad la problemática se reduce a puntuales supuestos frente a los cuales cada ordenamiento nacional expone su parecer, desde la órbita interna y de allí a la internacional precisamente.

#### 2.1. Regulación legal internacional y sus fines

La importancia de la adopción en el derecho internacional privado se basa en que la mayoría de Estados del mundo admiten la adopción internacional, que se da entre adoptado y adoptante pertenecientes a diferentes Estados.

La adopción se ha convertido en un acto jurídico aceptado por la mayoría de Estados, regulándose la misma a efecto que no contraría las leyes de otros países entre sí.

Las adopciones internacionales se han extendido y en números existen más adopciones internacionales que nacionales, es decir, que es más frecuente que personas de países extranjeros adopten a personas o niños nacionales.

La Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su preámbulo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de su familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, es decir, que como prioridad el niño debe ser cuidado por sus propios padres. Por ello la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, señala que todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia del niño y que el bienestar del niño depende del bienestar de la familia.

Además, es más frecuente que personas de países desarrollados adopten a niños de países subdesarrollados, en virtud que la tasa de natalidad en éstos países ha bajado, mientras que en los países en vías de desarrollo crece la tasa de natalidad.

Sin embargo, cuando los padres no pueden ocuparse del niño o sus cuidados sean inapropiados debe considerarse la posibilidad de que otra persona o institución se haga cargo de su atención. De esta forma, siempre se favorecerá la integridad y la unidad de la familia y en los casos en que ello contraría el interés superior del niño, se recurrirá a otros cuidados.

El hecho de que baje la tasa de natalidad en países desarrollados es en unos casos por infertilidad de las parejas, matrimonios tardíos, el uso de anticonceptivos, uso de drogas, que en muchos casos dejan estéril al consumidor, por costumbres.

Mientras tanto, en los países subdesarrollados la tasa de natalidad crece debido a la reproducción de hijos ilegítimos, niños abandonados, huérfanos por desastres naturales, y niños abandonados y huérfanos a causa de las guerras internas, guerras civiles y masacres a poblaciones o simplemente el bajo nivel de educación en el tema reproductivo, esto conlleva a que muchas mujeres procreen mas de cinco hijos sobre todo en las áreas rurales.

Las adopciones internacionales ofrecen la oportunidad al hijo adoptivo a tener un mejor futuro y mejores oportunidades de vida, así como satisfacer las necesidades de estudio, vestuario y alimentación; pero hay que tener en cuenta que al mismo tiempo se dan problemas de lucro, robo de niños, secuestro, venta de niños y en algunos casos la sospecha que los mismos sean utilizados para extraer sus órganos, aunque esto nunca ha sido probado.

Aunque no existe una regulación internacional legal, los diferentes países se han regido por sus propias leyes para llevar a cabo la adopción cuando el adoptante es extranjero, existiendo únicamente la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

En virtud de no existir una ley internacional general de adopciones, cada país ha tenido como norma aplicar sus propias leyes, teniendo como fin primordial la seguridad, beneficio y protección del adoptado.

“La forma de legalizar la adopción que rige por la *lex fori*, es decir, la ley del órgano jurisdiccional ante quien se pide rige el procedimiento. Sin embargo, en el campo de la adopción internacional generalmente la adopción se legaliza en el país del adoptado; la resolución, auto o sentencia que aprueba la adopción debe todavía ejecutarse en el país de los adoptantes con el objeto de obtener para el adoptado todos los derechos, incluyendo la nacionalidad, que le otorga la ley a los mismos. Algunos han pretendido que basta legalizar la adopción en el país de los adoptantes, pero olvidan que el adoptado en su país de origen tiene una partida de nacimiento asentada y por consiguiente una nacionalidad con todos los derechos y obligaciones que ésta conlleva; y en último caso, aún así, para que la partida de nacimiento original sea razonada sería necesario ejecutar la resolución, auto o sentencia obtenida, y ello sería hacer el mismo caminos al revés”<sup>11</sup>.

En Europa no existe ley internacional de adopción, por lo que cada Estado aplica los principios generales de sus disposiciones sobre extranjería y se reserva el derecho sobre los adoptantes para controlar si los mismos califican en sus pretensiones, observando la capacidad económica, formalidades y efectos de la tramitación.

“El caso de Francia es ilustrativo a este respecto. En este país hasta 1923, fecha en que la ley abre la posibilidad de adoptar menores, no se concibe la adopción sino como una manera de transmitir un patrimonio a un hombre. Hasta 1958 la edad límite para ser adoptado era de 7 años, y en 1966 se aumentó a los 15 años. En Francia, para la

---

<sup>11</sup> Larios Ochaíta, Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 158.

adopción de niños extranjeros, los tribunales franceses aplican la mayoría de las veces la ley francesa; es esta ley la que rige las condiciones; si existe una diferencia entre la ley del país de origen del niño. Así, por ejemplo, si el país de origen del niño ignora la adopción plena, como musulmán, aplicando la ley francesa se aplica la adopción plena y el niño adquiere automáticamente la nacionalidad francesa; mientras que si se le aplicara la adopción simple el niño solamente devendría francés si así lo solicitara cuando llegase a su mayoría de edad”<sup>12</sup>.

En América existe la preocupación sobre el problema que presentan las adopciones internacionales, dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA), se ha constituido un organismo especializado con el nombre de Instituto Interamericano del Niño, institución que ha presentado varios proyectos de convención sobre el conflicto de las leyes en materia de adopción de menores, logrando la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

En materia de adopciones internacionales han regidos los Artículos 73 y 74 del Código de Derecho Internacional Privado, que establecen lo siguiente:

a. Se rigen por la ley personal del adoptado:

- La capacidad para ser adoptado.
- Las condiciones para ser adoptado.
- Las limitaciones para ser adoptado.

---

<sup>12</sup> **Ibid.**

- Los efectos de la adopción en cuanto a la sucesión del adoptado por parte del adoptante.
- El derecho al apellido del adoptante para ser adoptado.
- La conservación de derecho y deberes de parte del adoptado con relación a su familia natural;
- La posibilidad de impugnar la adopción.

b. Se rigen por la ley personal del adoptante:

- La capacidad para adoptar.
- Las condiciones para adoptar.
- Las limitaciones para adoptar.
- Los efectos de la adopción en cuanto a la sucesión del adoptante para ser adoptado.

c. Se consideran de orden público internacional las disposiciones o normas legales que establecen el derecho a alimentos por parte del adoptado así como las disposiciones que establecen para formalizar la adopción.

Los fines que se enmarcan dentro de la adopción internacional varían, desde fines sociales hasta fines jurídicos, y menciono los siguientes:

- Proporcionarle una familia al adoptado: En este caso los padres adoptivos serán la nueva familia del adoptado, pues en muchos casos los menores son abandonados por sus padres biológicos, o han quedado huérfanos por diferentes circunstancias,

por lo que la adopción será un camino para que éste pueda penetrar dentro de la familia adoptante.

- Adquirir un apellido: al momento de quedar firme la adopción el adoptante da su apellido al adoptado para los actos jurídicos en su vida.
- Protección al menor: Desde el momento que queda firme la adopción el adoptante está obligado a proteger al menor como a darle alimentación, vestuario y educación.
- Darle nueva nacionalidad al menor: Con la adopción va aparejada la nacionalidad del adoptado, quien adquiere la nacionalidad a la que pertenezca el adoptante, adquiriendo obligaciones y derechos del país donde radique.

En tal sentido, la legislación internacional se ha enmarcado, en lo posible, de normas las adopciones mediante convenios y tratados que deben ser ratificados por los Estados que así lo consientan.

## 2.2. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores

En el contexto de la Organización de los Estados Americanos, durante la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en la Paz, Bolivia, del 15 al 24 de mayo de 1984, se adoptó la Comisión Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, estableciéndose ventajas y formalidades para poner en práctica lo estipulado, por lo que es necesario señalar lo más importante de lo establecido en dicha Convención:

El Artículo primero establece que la convención sólo se aplicará a la adopción de menores cuando el adoptante tenga su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte.

El Artículo tres, establece que: La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado así como cuáles son los procedimientos y formalidades intrínsecas necesarias para la constitución del vínculo.

La ley del domicilio del adoptante o adoptantes, regirá distributivamente:

- La capacidad del adoptante o adoptantes.
- Los requisitos de edad y estado civil del adoptante o adoptantes.
- El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso.
- Los requisitos para ser adoptante o adoptantes.

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

Las adopciones que se ajusten a la presente convención surtirán sus efecto de pleno o derecho, en los Estados partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida.



Los requisitos de publicidad y registro de la adopción quedan sometidos a la ley del Estado donde deben ser cumplidos. En el asiento registral, se expresaría la modalidad y características de la adopción.

El Artículo siete, establece que: “Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se les conociere sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación”.

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

En caso de adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines:

- Las relaciones entre adoptante o adoptantes, y adoptado inclusive las alimentarias y las del adoptado con la familia del adoptante o adoptantes, se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con la familia legítima.

- Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

En caso de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines, las relaciones entre adoptante o adoptantes, se rigen por la ley del domicilio del adoptante o adoptantes. Las relaciones del adoptado con su familia de origen, se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción.

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

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

La conversión de la adopción simple en adopción plena, legitimación adoptiva, o instituciones afines, cuando ésta sea posible se regirá a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la

conversión. Si el adoptado tuviere más de 14 años de edad, será necesario su consentimiento.

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

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

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

Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste y viceversa los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituye domicilio propio. A partir

del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante.

Las autoridades de los Estados partes podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta convención cuando sus disposiciones sean manifiestamente contrarias a su orden público.

Las leyes aplicables según al presente convención y los términos de ésta se interpretarán armónicamente en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

Cualquiera de los Estados partes podrán en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en ellos por personas con residencia habitual en el Estado donde tenga su residencia habitual el menor cuando las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro. Estado después de constituida la adopción. La presente convención está abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

La presente convención está sujeta a ratificaciones. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas.

Las disposiciones otorgadas conforme a derecho interno, cuando el adoptante o el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo país, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes, sin perjuicio de tales efectos.

### 2.3 Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional

Este convenio reconoce la adopción internacional como una ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen ya sea por la imposibilidad de sus padres biológicos o por que se encuentran en la orfandad.

Guatemala adoptó en la décimo séptima sesión de los Estados miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, con fecha 29 de mayo de 1993, teniendo como objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional, asegurando el respeto de dichas garantías.

Este convenio fue aprobado por el Congreso de la República mediante Decreto número 50-2002 de fecha 13 de agosto del año 2002. Con el cual se pretende establecer una normativa en materia internacional en lo que respecta a las adopciones internacionales, debido a la problemática que recientemente sucede en Guatemala en lo que concierne a adopciones internacionales ilegales, esto quiere decir que se han vulnerado procedimientos para que menores salgan del país supuestamente adoptados, sin asegurar el futuro del niño y mucho menos llevar un control a la familia adoptante a cambio de pago o de alguna clase de transacción.

Otro de los objetivos del convenio es instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto de dichas garantías y en consecuencia prevenir la sustracción, la venta y el tráfico de niños. Así también, asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las disposiciones realizadas de acuerdo con el convenio.

El Artículo 4 establece: “Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

- a) han establecido que el niño es adoptable;
- b) ha constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño.
- c) se han asegurado de que:

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

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

Artículo 15. 1. Si la Autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

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



Artículo 16. 1. Si la autoridad central del Estado de origen considera que el niño es adoptable:

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

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

Artículo 17. En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:

- a) la autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;
- b) la autoridad central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad central del Estado de origen;

- c) Las autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y
- d) Se ha constatado, de acuerdo con el Artículo 5 que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

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

Artículo 19.

- 1) Solo se podrá desplazar al niño al Estado de recepción si se han observado las exigencias del Artículo 17.
- 2) Las autoridades centrales de ambos Estados se asegurarán de que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.
- 3) Si se produce el desplazamiento del niño, los informes a los que se refieren los Artículos 15 y 16 serán devueltos a las autoridades que los hayan expedido.

Artículo 20. Las autoridades centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido.

Artículo 21. 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 su 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.

#### 2.4 Convención sobre los derechos del niño

Se hace referencia de algunos Artículos importante en el tema de la Adopción dentro de la Convención sobre derechos del niño como por ejemplo;

#### 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 la mayoría de edad.

#### Artículo 2,

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

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

#### Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los

órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

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

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

Así también se puede citar el Artículo 12 el cual establece:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Cuando no sea posible o recomendable dar en adopción un niño o niña a solicitantes nacionales, como alternativa puede permitirse la adopción a personas radicadas en un Estado extranjero, siempre que se sigan los trámites especiales que garanticen la mayor protección del menor.

La proliferación de tratados y convenios internacionales referidos a la protección de menores, hace meditar que la globalización del mundo actual, no se limita a las transacciones comerciales ni a los acuerdos políticos, por el contrario, los aspectos privados de las personas, entre ellos, las relaciones de familia también han sufrido cambios con la internacionalización. El aumento de adopciones internacionales de menores es una muestra de los cambios producidos en ese nivel privado, las cuales buscan establecer para el niño que va ser adoptado por ciudadanos de otro país, una salvaguardia y, por lo menos, normas equivalentes a los existentes respecto de la adopción el país de origen.

## CAPÍTULO III

### 3. Menores de edad y la incapacidad civil

En virtud que el derecho civil guatemalteco, establece que para que una persona tenga capacidad, es necesario que haya alcanzado la mayoría de edad o sea a partir de los dieciocho años; así mismo establece que los menores de edad tendrán capacidad para algunos actos determinados por la ley, entre ellos en ningún momento comprende el consentimiento por escrito en el proceso de adopción, por lo tanto la incapacidad de los menores para este acto, es evidente.

#### 3.1. La minoría de edad

El menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada, pues aunque hay actos que la ley puede permitirle celebrar por sí sólo, la regla general es que el menor de edad se encuentre bajo la patria potestad de sus padres o, en su defecto la guarda de un tutor. Unos u otros le representarán para todos los actos que la ley no le permite llevar a cabo por sí mismo.

“Minoría de edad, situación en la que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Microsoft Corporation. Diccionario encarta 2004. **La minoría de edad.**

“Menor de edad es quien no ha cumplido todavía los años que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres o tutores. Por analogía, el que no ha alcanzado el límite de edad determinada para realizar algún acto por su iniciativa; como los 18 años para trabajar con total independencia y percibir su salario”<sup>14</sup>.

En sentido general, tener menos años, meses, días e incluso segundos que otro lo cual puede determinar situaciones tan importantes como la primogenitura, que cede a favor del de más edad o adquirir algún otro derecho dependiente del hecho del nacimiento.

“Estrictamente, la situación de incapacidad jurídica plena o atenuada en que se encuentran todas las personas desde el nacimiento hasta llegar a la mayoría de edad. Es decir, la condición del hijo de familia sometido a la patria potestad o la del pupilo sujeto a la autoridad del tutor y de los demás órganos tutelares”<sup>15</sup>.

Hugo D´ Antonio, se refiere al estado de minoridad al decir que “el estado de la persona natural constituye uno de sus atributos caracterizadores del cual carece la persona jurídica, y se lo define como el conjunto de cualidades que la ley toma en cuenta para atribuirle efectos jurídicos, o bien la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades. En la realidad jurídica actual se han visto superadas distinciones que, anteriormente, diferenciaban a la persona por su condición social, por la religión o con motivo del sexo. Prerrogativas y consiguientes

---

<sup>14</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.**, Pág. 384.

<sup>15</sup> **Ibid.**, Pág. 386.



menoscabos, discriminaciones que resultan ahora totalmente inaceptables, como las referidas a las personas libres o esclavas; ciudadanos o extranjeros, religiosos, varones o mujeres y otras que rigieron durante siglos, han desaparecido para dejar como principio rector de orden general la igualdad de derechos, cualquiera que sea la condición personal. Pero pese a esta evolución del derecho encuentra culminación en la mencionada igualdad, persiste y habrá de perdurar una diferenciación que se basa en sustentos naturales y que se justifica por la particular orientación que deben tener las normas. La regulación jurídica de los menores de edad, en efecto, debe distinguirse de la destinada a la persona adulta porque los principios tutelares y pedagógicos a que debe responder imponen la separación<sup>16</sup>.

La minoría de edad no constituye sino una restricción de la personalidad jurídica. Los que se hallen en ese estado son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones, cuando estas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del menor y un tercero.

La palabra menor proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo que, referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciando, de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud

---

<sup>16</sup> **Derecho de menores**, Pág. 40.

existencial. Etapas de la vida que están caracterizadas por una situación de heteronomía, frente a esa otra situación de autonomía que es consustancial a quienes, va normalmente desarrolladas, alcanzaron la necesaria madurez de su personalidad para regir su propio destino. Se es así menor en comparación con la persona que ya es mayor y, de este modo, el adjetivo comparativo qua al ser recogido por el derecho, determina una situación concreta de la vida humana a la que se denomina minoría de edad.

### 3.2. Análisis jurídico doctrinario

El Artículo 8 del Código Civil, estipula: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad.

Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años”.

Los menores de edad que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

A pesar de su situación, la ley no ignora que el menor, según su edad y condiciones de madurez, puede realizar actos eficaces en el ámbito jurídico. Así, puede aceptar donaciones puras, que no impliquen obligaciones por su parte o estén sometidas a condición, ejercitar derechos de la personalidad, firmar una obra literaria o una partitura musical de las que sea autor, adquirir la posesión de los bienes o reconocer hijos. En no pocos supuestos de crisis matrimonial de sus padres, la situación de persona

necesitada de una especial protección da derecho al menor a ser oído en las cuestiones que le puedan afectar.

Varias legislaciones le permiten también otorgar testamento o contraer matrimonio a partir de una determinada edad, o hacerlo si se les dispensa el impedimento de edad por la autoridad competente, ser testigos en un contrato o administrar los bienes que adquieran con su trabajo o industria.

Los actos que lleve a cabo un menor de edad, sin tener capacidad para ello, son impugnables por sus representantes legales o por él mismo cuando alcance la mayoría de edad. Pero no son radicalmente nulos, pues mientras no sean impugnados, son considerados válidos por el derecho.

El menor de edad puede ser emancipado por decisión de quienes ejerzan la patria potestad o por decisión judicial. En tal caso, será considerado mayor para actuar en la vida, pero seguirá requiriendo la actuación de sus representantes legales para llevar a cabo algunos actos señalados por la ley, y que pueden entrañar riesgo, por ejemplo, vender un bien inmueble.

Desde el punto de vista político, en las monarquías, cuando fallece el rey y su sucesor es aún menor, se articula la institución de la Regencia, al tiempo que se provee el sistema de tutela del rey menor de edad.

La minoría de edad comprende un período de la vida del hombre y este período no es, como pudiera deducirse del hecho cronológico que jurídicamente le ha servido de fundamento, exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las regula. Si bien el hombre, por el sólo hecho de su existencia, es persona, y como tal, sujeto de derechos y obligaciones, hubo una época en la historia en que los hombres también fueron cosas, objeto del tráfico jurídico por desconocerse u olvidarse de su dignidad natural.

“El hombre, desde su nacimiento, tiene potencialmente capacidad jurídica, pero en los primeros estadios de su existencia, cuando ya desprendido de seno materno goza de vida propia, carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente, condicionantes que en todo ser constituido normalmente se irán desarrollando con el mero transcurso del tiempo, acabarán por desarrollarse de forma progresiva y continuada hasta culminar en su plenitud, la cual es consecuencia directa de aquél desarrollo de la personalidad y, de ahí, el principio de que la capacidad jurídica de obrar y la plena responsabilidad o imputabilidad del sujeto por los actos que ejecute, están directamente relacionadas con el desarrollo físico, moral, emocional, intelectual y social de su personalidad”<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Mendizabal Oses, L., **Derecho de menores, teoría general**, Pág. 43.

La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los postulados de la nueva ciencia jurídica de menores, en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre.

Consecuentemente, la concepción clásica de la capacidad jurídica y de obrar, en cuanto que establecía entre ambas una distinción tajante y que subdistinguía, asimismo, la capacidad de obrar en capacidad contractual y delictual, y capacidad para el ejercicio de derecho, se sustituye por una concepción unitaria del problema, ya que si el poder tener derechos es consecuencia de valor que la personalidad humana ostenta, incluso durante la minoría de edad y la capacidad de obrar es el resultado de la capacidad jurídica, ésta, a su vez, directamente deriva del valor que se atribuye a la personalidad.

Las características de la minoría de edad son:

- Relatividad, como podría parecer en una consideración simplista, no puede caracterizarse el menor de edad contraponiéndose sin más al mayor de edad; pues, aunque entre ellos existen fronteras tan decisivas como la de la patria potestad o la tutela que alcanzan a los menores, éstos según sus años, ofrecen una graduación progresiva de capacidad. En efecto, después de los 14 años, la menor puede contraer matrimonio, Artículo 81 del Código Civil; a los 14 está en las mismas condiciones el varón; a los 18 pueden ya contratar sus servicios laborales, comerciar y contraer obligaciones.

- Capacidad mínima. El menor de edad es un incapaz jurídico, absoluto en principio; pero atenuado por muchos preceptos legales, como los transcritos, y en la práctica, aunque los textos legales se resistan a admitirlo. El menor es un elemento muy activo en las relaciones jurídicas. A diario se ven jóvenes y niños, en todos los países, que viajan solos y pagan sus pasajes, contrato de transporte, que compran toda serie de artículos para sí y tal vez por presunto mandato de sus padres o mayores, compraventa, dan y reciben cosas en préstamo, forman parte de asociaciones, que responden de la custodia de sus útiles escolares, depósito, que alquilan bicicletas u otras cosas, arrendamiento, disponen de ciertos objetos con absoluto carácter de dominio, propiedad, permutan esos mismos bienes con frecuencia; efectúan operaciones pignorticias como libros relojes y otros objetos, negociaciones rara vez impugnadas por falta de capacidad en el menor; entre otras múltiples actividades que demuestran cuán distante está la apariencia legal de la realidad de la vida en esta materia.

Cabe advertir en la síntesis precedente que, no obstante inequívocas restricciones en cuanto a la capacidad del menor, dispone éste de potestad jurídica trascendente por dos facultades; la de casarse, que es disponer de la propia vida para toda la vida.

- Aspecto personal. La situación jurídica del menor de edad se transforma por completo al llegar a la mayoría, y al anticiparse ésta en una forma más o menos absoluta, leal y definitiva, con la emancipación o con la habilitación de edad, sometido a la tutela, el menor de edad puede concurrir a las reuniones del consejo de familia.

- El menor es representado por el tutor en todos los actos civiles, sin otras excepciones que las legales; y aquél debe a éste respeto y obediencia; y demás queda sometido a la moderada corrección, eufemismo legal para recíprocas entre el tutor y el menor se extinguen a los 5 años de concluida la tutela, cuando del ejercicio de ella proceda, según preceptúa el Artículo 351 del Código Civil. En materia matrimonial, el menor, mayor de 16 años, o 14 si se trata de mujer, pueden casarse. Puede también otorgar capitulaciones matrimoniales, con la concurrencia de las personas que deban aprobar el casamiento. Por el solo hecho del nacimiento de encuentran los menores sujetos a la patria potestad; aun cuando se vayan emancipando de ella paralelamente a su desarrollo y se adopten precauciones para preservarlos de la antinatural, pero posible, oposición con los padres, e incluso para separarlos de ellos por los malos ejemplos o peores tratos que los menores reciban de sus progenitores.
- Reconocimiento. Para el de un hijo natural y menor se precisa aun en acta de nacimiento, y los mismos si es por testamento, la aprobación judicial. Para la adopción de un menor se necesita también el consentimiento de los que deban dar su licencia para el matrimonio del mismo.
- En lo hereditario. En el derecho sucesorio, le está prohibido terminadamente ser albacea, ni con permiso paterno; sin duda por la enorme complicación que implican las opciones sucesorias a cargo de los testamentarios. No puede el menor testar a favor de su tutor, de no ser ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge; hasta que se haya aprobado la cuenta tutelar.

- Responsabilidad sui géneris. El padre y, por su muerte o incapacidad, la madre responde de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía; aun así, la responsabilidad cesa si las personas que los guardan prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, en cuanto a la reparación del daño e indemnización del perjuicio, y que asimismo acepta la exención de no haber existido culpa ni negligencia de los padres o tutores.
- En derecho penal. El menor es juzgado, en caso de delinquir, por el tribunal de menores. Si es mayor de 16 años pero no ha cumplido los 18, goza de una atenuante automática. Por el contrario, los menores pueden ser víctimas de numerosos delitos.
- En derecho laboral. En el marco de esta rama jurídica, los menores de 14 años tienen por lo general prohibido el trabajo, Artículo 31 del Código de Trabajo, pero pueden celebrar contrato de trabajo con los representantes legales de éstos, y en su defecto necesitan autorización de la Inspección General de Trabajo, Artículo 32 del Código de Trabajo.

La circunstancia de ser menor de edad es una eximente, causa de inimputabilidad establecida en el Código Penal, Artículo 23, inciso 1º. del Código Penal.

Para determinar la inimputabilidad de un sujeto conforme al mismo, deberá establecer su edad en el momento de la comisión del acto.



Cuando el menor que no haya cumplido la mayoría de edad ejecute un hecho penado por la ley será confiado a los tribunales de menores.

La responsabilidad criminal declarada no comprende de la responsabilidad civil, la cual será efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

- De los que los hechos que ejecutaren los menores serán responsables civilmente los que tengan bajo su potestad o guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del que cometió el hecho, Artículo 116 del Código Penal.

Los menores, en el caso de responsabilidad civil, responderán con sus bienes por los daños causados. Si fueren insolventes responderán subsidiariamente quienes tengan su patria potestad o guarda legal.

En todo caso, cuando no fuere posible averiguar en el Registro Civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partidas; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, se suplirá el documento acerca de la edad del procesado y previo su examen físico diere los médicos o forenses a los nombrados por el juez.

En resumen, existe un verdadero estado de minoridad, ya que se tiene que tomar en cuenta la condición de menor para consagrar un cuerpo normativo de índole protector,

en tanto así lo requiere la especificidad del sujeto. No debe confundirse esta verdadera diferencia de situación jurídica con lo concerniente a la regulación de la capacidad.

Esta, constituye uno de los atributos de la persona en general y la consagración de la incapacidad del menor tipifica uno de los elementos protectorios a los que recurre el derecho de menores, los elementos e instituciones de protección jurídica al menor tienen como fundamento su condición de ser en formación, cuyo incompleto desarrollo requiere el resguardo por parte de los responsables directos o por medio de la intervención concurrente o supletoria de los organismos del Estado señalados a tal fin.

### 3.3. Incapacidad civil y su clasificación

Incapacidad, es toda anomalía física o psíquica persistente que impide a la persona gobernarse por sí misma, esquizofrenia, oligofrenia, sordomudez del que no sabe leer ni escribir, entre otros supuestos. Quien se encuentre en un estado de incapacidad puede ser sometido a un juicio de inhabilitación, que desembocará en una sentencia de invalidez o ineptitud. Serán los parientes más próximos, el cónyuge, e incluso el la Procuraduría General de la Nación quienes tengan que instar el procedimiento, como lo establece el Artículo 12 del código Civil: “La interdicción puede solicitarla indistintamente la Procuraduría General de la Nación, los parientes del incapacitado o las personas que tengan contra él alguna acción que deducir; y termina cuando cesa la causal que la motivó y así lo declare la autoridad judicial a instancia de quienes tienen derecho a pedirla o del mismo declarado incapaz”. A lo largo del mismo, el juez puede,

en los casos graves, determinar el internamiento del incapaz en un centro asistencial de carácter psiquiátrico.

Una vez pronunciada la sentencia de incapacitación, el incapaz adquiere un nuevo estado civil, muy semejante en numerosos puntos al que tiene el menor de edad, pues, si el menor de edad se encuentra sometido a la patria potestad de sus padres, y, en su defecto, a la guarda legal de su tutor, de modo que unos y otros son sus representantes legales para todos aquellos actos que el menor no puede realizar por sí sólo, el incapacitado es colocado por la sentencia bajo la representación y guarda de un tutor.

La diferencia suele radicar en que el estado del menor de edad es descrito por la ley de modo común para todo menor, mientras que el estado de incapacitación puede ser regulado por la sentencia de incapacitación, que, en atención al grado de discernimiento del incapacitado, dirá qué actos puede realizar éste por sí mismo, cuáles son los que requieren ser llevados a cabo por el representante y cuáles precisan mera asistencia del guardador.

De los daños que cause el incapacitado a terceras personas responde el tutor legal si hubo por su parte culpa o negligencia en el cuidado de la persona, lo mismo que de los daños que causan los menores de edad responden sus padres o tutores. En cuanto a los actos y contratos que no pueda llevar a cabo por sí sólo, bien porque lo prohíbe la sentencia de incapacitación, bien porque es la ley quien no lo permite, pueden ser anulados. Si se trata de contratos, sólo el representante del incapaz, o él mismo cuando

recupere la capacidad, pueden impugnar el contrato, pero nunca la persona que contrató con él.

“La incapacidad es defecto o falta de capacidad, la carencia legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. Siempre que haya causa que restrinja o modifique la capacidad de obrar, existe incapacidad”<sup>18</sup>.

Las incapacidades provienen de la naturaleza (la locura, la sordomudez, etc.) o de la ley, la interdicción civil, o de ambas.

Tanto la capacidad como la incapacidad de las personas de existencia visible, los hombres, y de las de existencia ideal, las jurídicas, nacen de la facultad que en cada caso les concede o niega la ley.

“La incapacidad es el acto judicial por el que se modifica el estado civil de la persona por alguna de las causas que la ley enumera, sometiéndola a un especial régimen de protección”<sup>19</sup>.

### 3.3.1. Clases de incapacidad

Jurídicamente las incapacidades pueden ser:

---

<sup>18</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 675.

<sup>19</sup> Fundación Tomás Moro. **Ob.Cit.** Pág. 509.

1. Absoluta.
2. Civil.
3. De derecho.
4. De ejercicio.
5. De goce.
6. De hecho.
7. Legal.
8. Natural.
9. Política.
10. Procesal.
11. Relativa.

1) Absoluta:

Es la ineptitud total para los actos jurídicos. Se encuentra en situación de incapacidad absoluta: la persona por nacer, los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, los ausentes declarados en juicio.

Los incapaces absolutos son representados por sus padres o tutores, según sean menores de edad o mayores.

2) Civil:

Es la declarada expresamente por la ley o establecida por sentencia judicial, y de manera absoluta o relativa; impide ejercer derechos, contraer deberes e intervenir en negocios jurídicos.

3) De derecho:

Es la ineptitud legal para el goce de uno o más derechos; pero no puede extenderse a la totalidad de los mismos, por haber desaparecido la muerte civil de las legislaciones.

Por incapaz que se suponga a un individuo, cuenta con derechos: el recién nacido los tiene a los alimentos de sus progenitores y al cuidado de éstos; incluso el condenado a muerte tiene el de ser ejecutado conforme la ley, y el de no ser antes maltratado inútilmente.

4) De ejercicio:

Es la imposibilidad jurídica de actuar directamente el derecho del cual se es titular, que requiere para su efectividad un representante legal o la asistencia de determinada persona.

5) De goce:

Es la prohibición legal o la ineptitud personal que priva de poder ser titular de determinado derecho. Así, la indignidad constituye incapacidad para gozar de la sucesión.

6) De hecho:

Es la imposibilidad o prohibición de ejercitar los derechos que se tienen. Equivale a la incapacidad de ejercicio y se contrapone a la incapacidad de derecho. La incapacidad de hecho puede referirse a la totalidad de los derechos y a determinada clase de ellos; en el primer caso se habla de incapacidad absoluta y en el segundo de incapacidad relativa.

7) Legal:

Es la pérdida total o parcial del ejercicio de los derechos civiles por declaración de demencia o prodigalidad o por interdicción civil.

8) Natural:

Es la impotencia para regir la propia persona de los negocios jurídicos, por causa del escaso desarrollo mental, como los menores; de la perturbación del discernimiento, como los locos; o por determinadas enfermedades, así los sordomudos.

9) Política:

Es la privación de los derechos políticos, con carácter individual o colectivo. La primera es supresión, la personal o limitada, proviene de ciertas situaciones normales; como la extranjería, la minoridad y en condiciones censuradas, de circunstancias como el analfabetismo.

#### 10) Procesal:

Por menor edad, diferencia mental, por incapacidad natural o legal, la imposibilidad de comparecer por sí en juicio o la de otorgar poder habilitante a letrado y procuradores. Están incursos en la misma los sujetos de la patria potestad, a tutela o curatela; y donde subsiste la potestad marital.

#### 11) Relativa:

La que se limita a determinados actos, por dejar en libertad para realizar los restantes negocios jurídicos. También la que puede subsanarse con la asistencia, autorización o concurso de un representante legal.

### 3.4 El consentimiento del menor para ser adoptado según otras legislaciones

En varios países principalmente latinoamericanos la opinión del menor es fundamental para otorgar la adopción, no así el consentimiento del mismo, como por ejemplo en Chile según la Ley 19.620 que rige en ese país desde mil novecientos noventa y nueve, hasta antes de esta ley no era necesaria la intervención de un tribunal, bastaba que la familia de origen firmara, manifestando su intención de entregar al hijo en adopción, incluso antes de su nacimiento, y que, a su vez, los futuros adoptantes firmaran, en señal de aceptación.

Esta realidad provocó una serie de irregularidades, entre las cuales las más dramáticas tenían relación con la venta de niños al extranjero, esto es, profesionales participaban



de la legalización en Chile para adopciones en extranjero, por lo que recibían altos montos de dinero por lograr convencer a madres, especialmente solteras, de las ventajas de entregar al niño en adopción. Con la mencionada ley se establece un procedimiento necesariamente judicial, el que, no obstante ser mas largo y engorroso, asegura mayores posibilidades de éxito, una adopción legal.

Otra característica de esta ley es que declara un sistema que separa la llamada susceptibilidad de adopción, instancia que admite la oposición de algún pariente, de la adopción misma. Esto significa que para iniciar el proceso, el niño debe ser declarado susceptible de ser adoptado, pues durante la adopción propiamente tal no se admiten oposiciones.

Susceptibilidad de adopción es la fase previa al juicio de adopción propiamente tal, en ella el sename, desarrolla importantes tareas de apoyo y orientación a la familia de origen del menor, la recepción y cuidado de éste, evaluación de idoneidad física y moral de los solicitantes y su preparación como familia adoptiva.

Durante la etapa de susceptibilidad de adopción y el juicio de adopción el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.

Si se trata de una niña mayor de 12 años pero menor de 18 años o un niño mayor de 14 pero menor de dieciocho años, será necesario obtener su consentimiento. En caso de

negativa, excepcionalmente y por motivos de interés superior del niño el juez podrá proseguir el procedimiento de adopción.

El Artículo 317 del Código Civil de Argentina establece, dentro de los requisitos para otorgar la guarda, que: b) el juez debe tomar conocimiento personal del adoptado. El Artículo 321 del mismo cuerpo normativo, a su vez, expresa que en el juicio de adopción el juez o tribunal, de acuerdo a la edad del menor, o su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que le asiste.

Sin embargo, en la mencionada Ley 24.779 que regula el régimen de adopción no contempló la opinión del menor, así como de aquellos menores que han alcanzado catorce años, se debe tener su consentimiento expreso para otorgar el vínculo.

Un análisis sistemático de la convención de los derechos del niño y de los principios que sobre capacidad contiene el Código Civil de ese país permitirá sostener que debe requerirse el consentimiento del menor de edad púber, catorce años, cuando se trata de resolver sobre un pedido de adopción respecto su persona.

La creación de un nuevo vínculo filiatorio, la pérdida del que se tenía, la modificación del estado de familia de quien va a ser adoptado, no implica operar sobre un atributo de la personalidad imbricado con uno de los derechos personalísimos básicos, como lo es el derecho a la identidad.

Lo expuesto muestra que se puede hablar dentro del marco de la convención, de autonomía de la voluntad. Cuanto menos respecto a la necesidad de que el adolescente que tiene catorce años, o sea los que la ley denomina púberes, preste su consentimiento para ser entregado en guarda, así como para ser adoptado.

En Brasil el Estatuto del niño y el adolescente, en el cual se requiere el consentimiento del futuro adoptado a partir de los doce años. Así, al referirse a la colocación en familia sustituta establece expresamente que, siempre que sea posible, el niño o adolescente deberá ser previamente oído y su opinión debidamente considerada, además tratándose de un candidato a adopción mayor de doce años de edad, será también necesario su consentimiento.

En Perú, el Código De Los Niños y Adolescentes, dispone que el niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y por los medios que elija, y a que se tenga en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

En Venezuela, el Proyecto de ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente se pronuncia en igual sentido, ya que establece que para la adopción se requiere el consentimiento del candidato a adopción si tiene doce años o más.

En el derecho Europeo, se encuentran normas similares, el Código Español fija también en doce años la edad para requerir el consentimiento del adoptado y siendo menor a esa edad, si tuviere suficiente juicio, deberá ser escuchado por el juez.

La Ley francesa fija la edad de trece años para consentir la adopción plena y de quince la adopción simple por parte del adoptado.

El derecho comparado es rico en esta materia. En varios países se puede citar que han aceptado la necesidad de escuchar al niño así como de requerir su consentimiento a determinada edad, juicio y madurez.

Muy al contrario, lo que sucede en Guatemala es que únicamente establece la Ley de Adopciones que se tomará en cuenta la edad y grado de madurez del niño para que éste dé su consentimiento. Se le descartaría completamente a los niños de uno, dos o tres años, o se le tomaría su opinión? o qué sucedería con los niños de 11 o 12 años como un ejemplo que no tengan un grado de madurez suficiente?.

## **CAPÍTULO IV**

### 4. Análisis jurídico de la Ley de Adopciones

#### 4.1. Parte general

Guatemala firma el Convenio de la Haya sobre adopciones, un acuerdo formal internacional que busca asegurar la transparencia y prevenir el tráfico y venta de menores. No obstante existía un vacío legal que permitía que cualquier abogado tramitara de forma particular las adopciones, ese vacío legal fue creado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en el año 2,003, porque no se podía constituir en el país una autoridad central que se ocupara de procesar las adopciones internacionales y por lo tanto quedó el terreno abierto para que abogados y notarios, aprovechando esa circunstancia, continuarán procesando adopciones con muy poca participación y presencia de agentes del Estado.

Antes de la vigencia de la Ley de adopciones un trámite de adopción requería generalmente de unos seis meses, desde el primer contacto, principalmente por Internet, hasta la cita con las personas que darán en adopción al menor, se pasa por un proceso de entrega de certificados médicos, psicológicos, autorizaciones y constancias que garanticen el procedimiento se ajusta a las leyes específicas para la realización de esa actividad.

El aumento de adopciones en Guatemala estaba condicionado a la fecha límite impuesta por Estados Unidos, que ya no permitiría a sus ciudadanos realizar las adopciones, pero también a la situación política y social del país, producto de la guerra interna pasada y que ha derivado en la violencia delincuencia actual. Todos estos factores, han resultado en una desmoralización y pérdida de valores sociales por parte de una sociedad que se siente abandonada por el Estado. Cuando una madre vende un hijo, cuando alquilan vientres, no solamente la madre pierde la noción de lo que es la vida sino también quienes lo compran. Entonces hay un tema de valoración de la vida por el dinero, y eso afecta al ser humano, porque entonces no son los valores que rigen su vida sino la de los intereses económicos, hay una lógica cultural perversa que se encuentra en la base de la violencia contra la mujer.

Ante la mirada y los aplausos de representantes del cuerpo diplomático y de grupos sociales, el Congreso aprobó, en una sesión extraordinaria, con 109 votos a favor y uno en contra, de 158 posibles, la Ley de Adopciones, la cual prevé la creación del Consejo Nacional de Adopciones (CNA), que regulará todos los trámites y procesos en esa materia y ajusta la legislación nacional al Convenio de La Haya, ratificado por Guatemala en mayo. La nueva norma cobrará vigencia el 31 de diciembre del año 2,007. Sólo Julio Lowenthal, legislador independiente, se opuso a la aprobación de la ley, con el argumento que corresponde al Organismo Judicial hacerse cargo de los trámites de adopción. Con la nueva ley se podrá frenar el comercio ilegal de menores, porque ahora habrá un ente central que autorice y verifique los trámites para adoptar, y

éstos se efectuarán sin ningún costo, declaró Rolando Morales, presidente de la Comisión legislativa del Menor y la Familia.

Un juez de niñez y adolescencia debe declarar la adoptabilidad de un niño, con el consentimiento previo de los padres biológicos, quienes antes deberán recibir asesoría y no deberán recibir dinero a cambio. Un niño será adoptable seis semanas después de su alumbramiento.

El Consejo Nacional de Adopciones seleccionará a los padres idóneos para el menor, y dará prioridad a familias guatemaltecas. Si no las hubiera, se efectuará el trámite para una adopción internacional, siempre y cuando corresponda al interés superior del niño.

Las entidades privadas dedicadas al cuidado de menores serán autorizadas y supervisadas por el consejo nacional de adopciones. Varios embajadores, entre ellos Teunis Kamper, de Holanda, Juan López-Dóriga y Norbert Carrasco-Saulnier, embajadores de España y de Francia, manifestaron interés en que sus naciones reinicien procesos de adopciones de niños guatemaltecos.

El espíritu fundamental de la Ley de adopciones es humanizar la adopción, devolviéndole su función de ser una alternativa para aquellos niños que no tienen familia y no una producción masiva de niños para exportación. A partir de la vigencia de la referida Ley, el negocio que se ha practicado quedó eliminado porque el proceso actual es gratuito, transparente y privilegia la adopción nacional rompiendo así con los esquemas y paradigmas que hacen pensar que sólo en el extranjero se puede asegurar un mejor futuro para nuestros niños. Hoy día no se cuenta con estadísticas ni controles

sobre la situación en que están viviendo esos niños, porque nunca existió seguimiento post adoptivo.

La funcionalidad del consejo nacional de adopciones no se mide por el número de adopciones que se realizan, sino porque en cada adopción se cumplan los procedimientos que la Ley de adopciones estipula:

- Evaluación integral del niño.
- Evaluación de la familia adoptiva.
- La selección de la familia idónea.
- La evaluación y supervisión del período de convivencia del niño con su nueva familia.
- El seguimiento post-adoptivo.

El objetivo del Consejo Nacional de Adopciones no es mantener o aumentar el número de adopciones, sino por el contrario, reducirla al mínimo ya que la adopción debe ser la última alternativa para restituir al niño su derecho a una familia, como lo manda nuestra Constitución.

El Procurador General de la Nación, Mario Gordillo, estimó que alrededor de 1,200 procesos de adopción iniciados por estadounidenses no llenan los requisitos y 600 más están sujetos a análisis.

Establece la Ley promulgada que con el objetivo de crear un ordenamiento jurídico que de primacía al interés superior del niño frente a cualquier otro, que sea acorde a los



principios contenidos en la doctrina de protección integral de la niñez para que exista un procedimiento ágil y eficiente, el Congreso de la República aprueba el Decreto 77-2007, Ley de Adopciones.

El nuevo proceso en la Ley de adopciones, está diseñado para impedir los abusos que llegaron, en ocasiones, hasta el robo de niños para satisfacer la enorme demanda de una industria que generaba hasta cien millones de dólares anuales.

Guatemala era el paraíso de las adopciones, la facilidad y rapidez con que se llevaban a cabo los trámites de adopciones hicieron de el país el segundo proveedor de niños adoptados para Estados Unidos, superado sólo por China. Además figuraba en la lista de más de 160 agencias internacionales que informaban a sus clientes que el trámite dura menos de nueve meses. Se trata de típicos niños hispanos, morenos, ojos oscuros y cabello negro o café. Se les hace chequeos de VIH, hepatitis B y otras enfermedades. Fotografías y reportes están a la disposición. Casados y solteras de hasta cincuenta y cinco años pueden adoptar.

Eran niños a la carta, aseguraban las organizaciones sociales. En su mayoría, son adoptados por ciudadanos de Estados Unidos, Finlandia, Inglaterra, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Holanda, Dinamarca Israel, Canadá e Irlanda, entre otros.

En nueve años, desde 1997, el país había dado en adopción a 23,464 menores, y más del 90 por ciento de éstos se han ido a Estados Unidos.

Otro problema que surgía antes de la ley de adopciones, eran los niños huérfanos o abandonados en los hospitales, y que el estado tiene bajo su tutela. La razón por la cual estos menores no son atractivos para los abogados y agencias es que su situación estaba bajo la responsabilidad de un juzgado.

El manejo económico de las adopciones era un mercado laboral en crecimiento, en el cual obtienen beneficios financieros madres, intermediarios, niñeras, traductores, abogados, agencias de adopciones y hogares que cuidan a los niños.

Según investigadores de la Sección de Menores, de la Policía Nacional Civil, existían complejas redes que podrían estar vinculadas al tráfico internacional de niños y a la prostitución infantil. De hecho se tenían reportes acerca de que durante el año 2,007, habían sido robados mas de 30 niños en tres años.

Con la creación de la Ley de Adopciones Guatemala da un gran paso en esta materia ya que se ha mermado los casos fraudulentos de adopción, sin embargo dicha Ley sufre de algunas lagunas legales las cuales al corregirse se contará con un instrumento legal que ayudará mucho a la protección de la niñez y la adolescencia de nuestro país.

#### 4.2. Objeto de la adopción

El Artículo 1 de la Ley de Adopciones, estipula que: El objeto de la presente ley es regular la adopción como institución de interés nacional y sus procedimientos judiciales y administrativo.

Se considera a esta ley como de interés nacional, llevándose a cabo por trámites administrativos y judiciales, en los cuales participa el Consejo Nacional de Adopciones y los juzgado de la niñez.

Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

- 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.
- b) Adopción internacional: Aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción.
- c) Adopción nacional: Aquella en la que adoptante y adoptado son residentes legales habituales en Guatemala.
- d) Adaptabilidad: 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.

- e) Adoptante: Es la persona que por medio de los procedimientos legales adopta una persona hijo de otra, con la finalidad de otorgarle todos los derechos y beneficios que nuestra Constitución Política otorga a los hijos biológicos.
- f) Familia amplia: Es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos, y otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias.
- g) Familia biológica: Comprende a los padres y hermanos del adoptado.
- h) Hogar temporal: Comprende a aquellas personas que no siendo familia biológica o ampliada, reciban a un niño en su hogar en forma temporal, durante el tiempo que dure el proceso de adopción.
- i) Seguimiento de la adopción: Es la evolución de la adecuada adaptación y desarrollo del niño adoptado, con respecto a la nueva familia y entorno social.

#### 4.3. Sujetos de la Adopción

Personas individuales y entes estatales que intervienen directa o indirectamente en el trámite de la adopción, desde el momento en que una madre tiene la intención de dar en adopción a su hijo y acude al Consejo Nacional de Adopciones para iniciar el proceso de adopción.

Los sujetos que intervienen son:

- a) El niño, niña adolescente huérfano o desamparado;

- b) El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia;
- c) Los niños, niñas y adolescentes cuyo 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 deberá 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 quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela;

Se procurará que los hermanos susceptibles de ser adoptados no sean separados antes y durante el proceso de adopción y que sean adoptados por la misma familia, salvo razones justificadas que atiendan a su interés superior determinado por la autoridad central.

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

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 socioculturales; así como aptitudes que permítanle desarrollo pleno del niño, niña o adolescentes.

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.

No será necesaria la obtención del certificado de idoneidad:

- a) Cuando la adopción sea de un mayor de edad.
- b) Cuando la adopción sea del hijo o hija de uno de los cónyuges o unidos de hecho o de la familia que previamente lo ha albergado.

Tienen 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;
- b) Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;
- c) Quienes hayan sido condenados por delito que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas;
- d) Uno de los cónyuges o unidos de hecho sin el consentimiento expreso del otro;
- e) El tutor y el protutor, además de los requisitos del Artículo trece, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña o incapaz;
- f) Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o se les hubiere declarado separados o suspendido de la misma mientras ésta haya sido reestablecida por juez competente.

#### 4.4. El Consejo Nacional de Adopciones

Se crea el Consejo Nacional de Adopciones CNA a través del decreto 77-2007 Ley de Adopciones, como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Consejo Nacional de Adopciones será la Autoridad Central de conformidad con el Convenio de La Haya.

La sede del Consejo Nacional de Adopciones está en la capital de la República, sin embargo, para el cumplimiento de sus funciones, podrá establecer oficinas en los departamentos que se haga necesario y será la institución encargada de velar por el fiel cumplimiento de sus funciones tendrá por lo menos las siguientes dependencias:

- a) Consejo directivo, integrado en la forma que señala el Artículo 19 de la presente ley;
- b) Dirección general;
- c) Equipo multidisciplinario;
- d) Registro;
- e) Otros que sean establecidos en el reglamento de la presente Ley.

El Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones, estará integrado en la forma siguiente:

- a) Un integrante designado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia;
- b) Un integrante designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores;
- c) Un integrante de la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República.

Cada representante de las instituciones indicadas, durará en funciones un período de cuatro años, además del representante titular, cada una de las instituciones aludidas deberá designar junto a éste, a un suplente que hará sus veces en casos de ausencia. Únicamente se podrán ejercer las designaciones establecida en este Artículo, por un solo período.



Las funciones fundamentales del Consejo Directivo consisten en el desarrollo de políticas, procedimientos, estándares y líneas directivas para el procedimiento de adopción.

El Director General es el jefe administrativo de la institución, responsable de su buen funcionamiento.

El Director General del Consejo Nacional de Adopciones será nombrado por el Consejo Directivo, dentro de los candidatos al concurso público de méritos, durará en sus funciones un período de tres años, pudiendo ejercer tal cargo únicamente por un período.

El Consejo Nacional de Adopciones es responsable del reclutamiento de posibles padres adoptivos en Guatemala. Dicha Autoridad Central debe realizar los estudios de los hogares de los posibles padres adoptivos y mantener una lista de posibles padres que sean elegibles e idóneos para adoptar.

Además de las contenidas en el Convenio de La Haya, son funciones de la Autoridad Central, según la Ley de Adopciones, las siguientes:

- a) Asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción;
- b) Promover la adopción nacional con prioridad en los niños institucionalizados;
- c) Asignar a cada niño en proceso de adopción la familia adecuada de acuerdo a su interés superior;

- d) Reunir conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres en la medida necesaria para realizar el proceso de adopción;
- e) Reunir y conservar la información sobre los orígenes del niño, principalmente su identidad y la de sus padres, su historial médico y el de sus padres, garantizando el acceso a la mencionada información;
- f) Velar por los niños en estado de adaptabilidad que ingresen a los hogares de protección y abrigo o al programa de familias temporales del Estado, quienes previa autorización judicial a solicitud de la autoridad central, podrán ser ingresados a entidades de abrigo privadas que se encuentren debidamente registradas y autorizadas de conformidad con esta Ley;
- g) Mantener un registro actualizado de los niños vulnerados en su derecho de familia y de la institución donde se encuentran en resguardo;
- h) Elaborar un expediente de cada niño en estado de adaptabilidad que se encuentre albergado en sus instituciones o requerir su equivalente en las instituciones privadas, de acuerdo con el Artículo 16 del Convenio de La Haya donde conste:
  - 1. Sus datos personales y circunstancias, incluyendo fotografías del mismo;
  - 2. su identificación plena, mediante la certificación de la partida de nacimiento, y el documento que contenga su impresión plantar y palmar; la impresión de las huellas dactilares de la madre y del padre, cuando sea el caso, así como otros medios científicos;
  - 3. su historial médico.

- i) Emitir el certificado de idoneidad de los solicitantes, en un plazo no mayor de treinta días;
- j) Confirmar que los candidatos para una adopción internacional son idóneas de acuerdo con la legislación de Guatemala;
- k) Recibir al consentimiento de los padres biológicos, previo a asesoramiento de conformidad con la presente ley;
- l) Supervisar el período de socialización y emitir el certificado de empatía,
- m) Recibir las solicitudes de adopción, así como formar y mantener el expediente respectivo bajo custodia hasta el momento que se envíe al juez de familia,
- n) Darle seguimiento a los niños dados en adopción, en las adopciones internacionales se requerirá informe de seguimiento a la Autoridad Central correspondiente,
- o) Autorizar, supervisar y monitorear en forma periódica y en su caso sancionar a las entidades privadas, hogares de abrigo, hogares sustitutos que se dediquen al cuidado de los niños;
- p) Tomar las medidas apropiadas y pertinentes para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a la adopción;
- q) Mantener comunicación constante y cooperar con autoridades centrales o sus equivalentes, promoviendo la colaboración para asegurar la protección de los niños, principalmente en el intercambio de información sobre legislación en materia de adopciones, estadísticas, formularios y funcionamiento del Convenio Relativo a las Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional;
- r) Establecer el número de organismos extranjeros acreditados que se permitirán funcionar en el país y autorizar a aquellos que tengan el permiso para actuar. Los

organismos extranjeros acreditados deberán demostrar que están debidamente autorizados en su país de origen;

- s) Requerir a las instituciones que estime conveniente la información necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones y funciones;
- t) Promover la cooperación entre autoridades competentes, con al finalidad de brindarles la protección necesaria a los niños;
- u) Verificar que en cada etapa del procedimiento de adopción se observe lo preceptuado en la presente ley;
- v) Emitir el certificadote que la adopción internacional fu tramitada de conformidad con el Convenido de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional;
- w) Cualquier otra función que considere pertinente para el efectivo cumplimiento de sus atribuciones.

El Equipo Multidisciplinario es la unidad de la autoridad central que asesora las actuaciones en los procesos de adopción para que estos se realicen de conformidad con la ley, con transparencia, ética y los estándares internacionalmente aceptados, debiendo para el efecto prestar asesoría a los padres biológicos, a los padres adoptantes y los familiares del niño, así como a las instituciones o autoridades cuyo consentimiento sea necesario para el proceso de adopción.

El Equipo Multidisciplinario contará con un coordinador que ejercerá la jefatura técnica administrativa, nombrado por el Consejo Nacional de Adopciones; y un equipo de

especialistas profesionales y técnicos en diferentes disciplinas, con énfasis en niñez y adolescencia.

El Equipo Multidisciplinario contará con el equipo técnico y administrativo que se considere necesario:

- a) Ser guatemalteco de origen;
- b) Ser de reconocida honorabilidad;
- c) Ser profesional universitario, colegiado activo;
- d) Hallarse en el goce de sus derechos civiles;
- e) Acreditar experiencia en el tema de niñez y adolescencia, principalmente en el tema de adopciones.

Son funciones del Equipo Multidisciplinario:

- a) Asesorar a las familias tanto del adoptante como del adoptado;
- b) Estudiar y dar su opinión de los casos de adopciones según le sea requerido por la Autoridad Central;
- c) Realizar los peritajes e investigaciones que le sean requeridos por la Autoridad Central y sugerir otros que considere necesario;
- d) Emitir opinión dentro del proceso de selección de la familia idónea para el niño a ser adoptado;
- e) Emitir opinión en cuanto los certificados de idoneidad de los adoptantes y de empatía entre el adoptado y el adoptante;
- f) Emitir opinión profesional que oriente la resolución final del a Autoridad Central;

- g) Supervisar bajo la coordinación con la Secretaria de Bienestar Social de la Presidencia de la República, a la entidades públicas y privadas que se dediquen al abrigo de niños;
- h) Otras funciones que de acuerdo a su labor técnica sea requeridas.

No pueden ser miembros del Equipo Multidisciplinario:

- a) Los que hayan sido condenados en juicio de cuentas;
- b) Los que hayan sido condenados por algún delito cometido en contra de algún niño o contra la administración pública;
- c) Los que hayan sido sancionados por el colegio profesional al que pertenezcan, si no han sido rehabilitados;
- d) Los que tengan relación, vinculación o representen interés de personas o entidades privadas que se dediquen al cuidado o cualquier otra relación con los niños, susceptibles de ser dados en adopción.

La Autoridad Central, deberá contar con el registro de la siguiente información:

- a) Adopciones nacionales;
- b) Adopciones internacionales;
- c) Expedientes de adopción;
- d) Niños en los cuales procede la adopción;
- e) Organismos extranjeros acreditados y certificados por la Autoridad Central;

Según lo establecido en la Ley de Adopciones, todo organismo acreditado en un país de recepción del convenio de La Haya deberá cumplir con los requisitos señalados por a presente ley y en su reglamento, para ser autorizados y para actuar en un proceso de adopción en Guatemala;

- f) Personas o familiares idóneas, que deseen adoptar;
- g) Pruebas científicas, fotográficas e impresiones palmares, plantares y dactilares de los niños en los cuales procede la adopción;
- h) Entidades privadas, hogares de abrigo y hogares temporales que se dediquen al cuidado de niños;
- i) Adopciones de personas mayores de edad.

#### 4.6. Entidades públicas y privadas dedicadas al cuidado de niños

Las entidades privadas dedicadas al abrigo de niños serán autorizadas y registradas por la Autoridad Central.

La Autoridad Central y los juzgados competentes de conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, esta ley y su reglamento deberán velar por que los niños que están bajo medidas de protección, les sean respetados sus derechos. En caso contrario, las autoridades deben efectuar las denuncias correspondientes y dictar las medidas de protección pertinentes.

Las entidades privadas que realicen el cuidado de niños, además de cumplir los requisitos legales, deberán registrarse en la Autoridad Central, indicando la dirección del lugar donde se encuentran los niños sujetos a su cuidado. Así como informe detallado de la infraestructura de los centros, su capacidad instalada, su tipo de población atendida, programas específicos de atención adjuntando fotocopia legalizada de los siguientes documentos:

- a) Documento de constitución debidamente registrado;
- b) Nombramiento de su representante legal;
- c) Nómina de empleados y cargos desempeñados;
- d) Dictámenes favorables de funcionamiento emitidos por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y por el Ministerio de Educación;
- e) Otros contenidos en el reglamento de la presente ley.

Las entidades privadas que se dediquen al cuidado de niños están obligadas a velar y asegurar su desarrollo integral; deberá garantizarles como mínimo:

- a) su debida atención, alimentación, educación y cuidado;
- b) su salud física, mental y social;
- c) el mantenimiento de las condiciones higiénicas adecuada de las instalaciones establecidas en reglamento de la presente ley;
- d) remitir en forma periódica a la Autoridad Central, los informes y datos de los niños que tengan a su cargo;
- e) otros contenidos en el reglamento de la presente ley.



De acuerdo con el Convenio de La Haya, los organismos de adopción acreditados en los Estados contratantes del referido Convenio, mencionado en el texto de la presente ley como organismos extranjeros acreditados, serán autorizados por la Autoridad Central del país que acredita y por la Autoridad Central de Guatemala, para realizar las funciones de conformidad con lo establecido en el Convenio de La Haya, tal y como sea acordado por la Autoridad Central de Guatemala.

La solicitud de autorización de un organismo extranjero acreditado para poder trabajar en Guatemala, deberá ser realizada por parte de la Autoridad Central del Estado de acreditación a la Autoridad Central de Guatemala.

Cuando un organismo extranjero acreditado esté autorizado a actuar de acuerdo con el presente artículo, la Autoridad Central de Guatemala debe inscribirlo en su registro, Ningún organismo extranjero acreditado podrá proveer sus servicios en un caso de adopción internacional en Guatemala si no está registrado con la Autoridad Central de Guatemala.

Los organismos extranjeros acreditados registrados deben cumplir con toda regulación aprobada por la Autoridad Central de Guatemala.

Un organismo extranjero acreditado debe proveer la prueba de que está actualmente acreditado en un Estado de recepción del Convenio de La Haya, y que está autorizado para operar en Guatemala.

La autoridad central de Guatemala deberá informar sobre toda queja sobre la actuación de uno organismos extranjero acreditado a la autoridad central del país de acreditación.

La Autoridad Central de Guatemala podrá actuar inmediatamente para retirar la autorización de un organismo extranjero acreditado de conformidad con lo establecido en el Convenio de La Haya.

El reglamento de la presente Ley establecerá los requisitos para la autorización del funcionamiento de los organismos extranjeros acreditados en Guatemala, su control y procedimiento para asegurarse que no persiguen fines lucrativos, y que estén dirigidos y administrados por personas cualificadas.

Cuando una autoridad constante que los hogares, organismos extranjeros acreditados y cualquier otra institución privada que se dedique al cuidado de niños, no ha respetado o que exista el riesgo de que no sea respetada alguna de las disposiciones de esta ley, así como del Convenio de La Haya, informará a la autoridad Central y los juzgados de la niñez y la adolescencia, para que sean aplicadas las sanciones respectivas de acuerdo al reglamento de esta ley, cuando los hechos a denunciar puedan constituir delito deberá presentarse la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público.

Si la institución es pública, la Autoridad Central y los tribunales de justicia; deberán tomar medidas para que los funcionarios y servidores públicos que en ellas laboran

cumplan con la presente ley, su reglamento y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.



## CAPÍTULO V

### 5. Incongruencia entre la Ley de Adopciones y el Código Civil

#### 5.1. Antinomias normativas:

El problema de las antinomias, ya estaba vigente en la tradición romanista, como se puede observar con claridad en algunas de las célebres constituciones de Justiniano.

Así uno de los fines de la interpretación jurídica era el de eliminar las contradicciones normativas, es decir, las antinomias.

Para comprender dichos problemas se debe entender la dinamicidad del ordenamiento jurídico, entendiendo que la validez de una norma encuentra su fundamento en otra de autoridad superior. La explicación de la existencia de tales contradicciones se encuentra en la Regla Alternativa Kelsiana, puesto que una ley contiene el precepto de que, una norma individual producida en otra forma o con otro contenido debe valer hasta tanto sea derogada.

La definición que se ha dado en del término antinomia en el sentido estrictamente jurídico podría ser enunciada de la siguiente manera: dos enunciados son lógicamente incompatibles cuando uno prohíbe una acción y el otro la permite. Atendiendo a las condiciones necesarias para que existan antinomias jurídicas, esta definición ha

quedado expresada de la siguiente manera: La situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de aplicación.

Las condiciones necesarias para la existencia de antinomias son las siguientes: las dos normas en conflicto deben tener una misma validez temporal, espacial, personal y material, es decir, deben coincidir plenamente en su ámbito de aplicación.

Son principalmente dos teóricos del Derecho quienes han realizado las principales clasificaciones de las antinomias: Norberto Bobbio y Hans Kelsen.

Bobbio realiza su clasificación estableciendo tres tipos diferentes de antinomias según el ámbito de validez de las normas que entran en conflicto.

Según Norberto Bobbio “si ambas normas tienen idéntico ámbito de validez, entiende que la antinomia es total-total, en este caso, ninguna de las normas puede ser aplicada sin generar un conflicto con la otra. Esta sería la oposición que se daría entre una norma que prohibiera fumar de las cinco a las siete de la tarde y otra norma que permitiera realizar dicho acto de las cinco a las siete de la tarde, la oposición entre estas normas es clara, puesto que el cumplimiento de la primera ocasionaría la desobediencia a la segunda, al igual que ocurriría en el caso contrario” .<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Teoría general del derecho. Pág. 128.

Otro caso distinto sería el planteado entre dos normas cuyo ámbito de validez fuera en parte igual y en parte diverso: es la denominada como controversia parcial-parcial. Aquí la controversia sólo subsiste en aquellas partes que ambas normas tengan en común, puesto que cada una tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y otro campo de aplicación en el que el conflicto no existe.

El último tipo de antinomias son las denominadas total-parcial, dándose este cuando dos normas coinciden en el ámbito de validez, pero en una de ellas es más restringido, por lo que nos encontramos frente a una antinomia total de la primera respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera.

Hans Kelsen “distingue tres tipos de conflictos normativos, bilaterales-unilaterales, totales parciales, necesarios-possibles”<sup>21</sup>.

Uno de los conflictos normativos son las bilaterales-unilaterales: serían bilaterales cuando la aplicación de una norma supusiera la violación de la otra, transformándose en unilaterales en el caso de que la aplicación de una de las dos normas supusiera la violación de la otra, pero no a la inversa, es decir, que el cumplimiento de la segunda no implicaría la violación de la primera.

Las antinomias totales-parciales es cuando el cumplimiento de una de las normas supusiera la completa violación de la segunda mientras que si solamente implicara una

---

<sup>21</sup> Teoría pura del derecho. Pág. 123.

violación parcial de esta última nos encontraríamos ante un conflicto parcial entre ambas.

Entre los conflictos normativos necesarios y posibles, el primero de estos se daría cuando la aplicación de una de las normas implicara la necesaria violación de la otra que forma parte del conflicto, constituyéndose un conflicto posible cuando el cumplimiento de dicha norma supone sólo de manera posible la violación de la otra.

Entre tipos de antinomias caben diferentes combinaciones, por ejemplo en el caso de una norma que permitiera la bigamia y otra norma que la prohibiese, estaríamos ante un conflicto bilateral, total y necesario: esto es así porque el cumplimiento de la primera de las normas implicaría necesariamente la total violación de la segunda, al igual que la violación de la segunda supondría, por consiguiente, la violación de la primera.

La única solución al problema es la norma derogatoria: un conflicto de este tipo solo puede ser solucionado de tal manera que una de ambas normas pierda su validez o ambas la pierdan. Esta pérdida de validez puede acontecer de dos maneras solamente. Ya sea perdiendo una de las normas en conflicto su validez, porque ha perdido su eficacia, puesto que un mínimo de eficacia es condición de su validez; o por derogación, haciendo ver que la solución obedece a criterios volitivos de los órganos competentes, dependiendo de tres criterios: jerárquico, cronológico y de especialidad.

El criterio jerárquico, *lex superior derogat legem inferiorem*, la formulación jerárquica de las normas ya estaba presente en la época del absolutismo para llevar a cabo una



organización de los materiales normativos vigentes de forma apta para asegurar la prevalencia del poder político sobre el consuetudinario. Se defendía la autoridad suprema para la ley producida por la fuente mas próxima al soberano.

Tras la revolución francesa se lleva a cabo la concentración de las fuentes de derecho en una sola, la ley, por lo que no es necesario jerarquizar las normas. Ya en el siglo XX, Hans Kelsen en su Teoría General del Derecho y del Estado, defiende la jerarquización de las normas y su división en distintos planos, y, puesto que unas normas derivan de otras, la norma antinormativa es anulable.

La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo; pero un problema mas complejo es el planteado en la relación entre la Ley y la costumbre; en nuestro ordenamiento la costumbre es una fuente jerárquicamente inferior a la Ley, ocupando el tercer lugar tras las leyes y los reglamentos.

El criterio cronológico, *lex posterior derogat priores*, un eventual conflicto entre dos enunciados normativos de igual extensión e idéntico rango jerárquico, desaparecería por la aplicación del posterior en el tiempo. Conocer las normas que forman parte de un ordenamiento puede ser complicado; tal dificultad, proviene fundamentalmente del carácter dinámico del derecho al estar éste en continua transformación por la incorporación de nuevos enunciados normativos y la supresión de otros. Así, para el

examen de este criterio es necesario hacer referencia al modo de publicación de los enunciados jurídicos y a su derogación.

Según este criterio la norma posterior debe prevalecer, puesto que si prevaleciera la precedente, crear normas sería un acto inútil o sin finalidad. La razón del mismo hay que buscarla en la esencia historicidad del Derecho y la necesidad de que este evolucione para una mayor adaptación.

El criterio de especialidad, *lex specialis derogat generalem*, en este criterio no estamos ante dos enunciados antinómicos, puesto que el enunciado general se aplica a todas las especies excepto las designadas por el enunciado especial, es decir, difieren en su ámbito de aplicación. La existencia de leyes especiales se presentan como necesarias, y el uso de estas corresponde a una exigencia fundamental de justicia entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría.

Una ley es especial cuando regula una clase de comportamientos que pertenecen a una clase mas amplia ya regulada por otra Ley que llamaremos general. La especialidad se refiere al contenido de los enunciados. Hay disposiciones que, por declaración expresa del legislador, son disposiciones especiales, en los que la especialidad se caracteriza no por regular supuestos de hecho, sino por regular el mismo supuesto de forma diferente.

Asimismo, aparece un cuarto criterio el de competencia o prevalencia, la competencia sobre materias que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía corresponderá

al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho Estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades autónomas.

El criterio jerárquico se aplica cuando los enunciados pertenecen a niveles diferentes del ordenamiento, el cronológico cuando difieren en el tiempo, y el de especialidad cuando su extensión es distinta, pero ¿qué ocurre entre enunciados normativos contemporáneos, del mismo nivel jerárquico y de igual extensión?

En estos casos, la solución queda en manos del intérprete que puede otorgar preferencia a uno de los enunciados, considerar que los dos enunciados se eliminan recíprocamente o mostrar que no existía tal antinomia o que se trataba de una contradicción meramente aparente.

En cualquier caso el juez no resuelve el conflicto entre los enunciados normativos, sino que decide, únicamente respecto del caso concreto, el enunciado aplicable.

Cuando para la resolución de una antinomia, se plantea un conflicto entre alguno de los tres criterios principales se recurre a diferentes resoluciones para establecer la aplicación de un criterio sobre el otro.

Si el conflicto aparece entre el criterio jerárquico y el cronológico quiere decir que hay una norma anterior-superior, frente a otra posterior-inferior. En esta situación el criterio

jerárquico prevalece sobre el cronológico, ya que si el criterio cronológico debiese prevalecer el principio del orden jerárquico de las normas sería vano.

En el momento en que la controversia normativa se plantea entre una norma anterior-especial y otra posterior-general, hallamos una incoherencia entre el criterio de especialidad y el cronológico. Bajo la regla *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, se establece que el conflicto debe ser resuelto a favor del criterio de especialidad, por estar dotado de mas importancia que el criterio cronológico.

Una mayor dificultad es la planteada cuando la antinomia supone un enfrentamiento entre el criterio jerárquico y el de especialidad, puesto que ambos son considerados los criterios fuertes frente al cronológico, el criterio débil. Esta caso se plantea cuando una norma superior-general se opone a otra inferior-especial. Para este caso no existe una regla general consolidada, por lo que la solución quedará en manos del intérprete, quien aplicará uno u otro criterio de acuerdo con las circunstancias.

En este último caso, la gravedad aparece al enfrentarse dos valores fundamentales de todo el ordenamiento jurídico: el de respeto al ordenamiento, que exige el respeto a la jerarquía, y el de justicia y equidad, que exige la adaptación gradual del derecho a las necesidades sociales.

En este orden de ideas se puede determinar que la Ley posterior prevalece sobre la anterior y la Ley especial prevalece sobre la general, en este caso la Ley de adopciones prevalece sobre el código civil, pero sin embargo hay que tomar en cuenta que se trata

de un menor de edad, el cual su consentimiento es en gran parte decisivo para el resto de su vida y queda en manos del juzgador determinar en base en estudios y procedimientos si el menor tiene el grado de madurez deseado para tal acto.

## 5.2. El consentimiento

Es la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones. Sin embargo para poder prestar un consentimiento dentro de la vida jurídica es necesario cumplir con determinados requisitos:

En general, es necesario tener suficiente capacidad de obrar. En general, se puede decir que no pueden prestar su consentimiento los menores de edad o incapacitados; además, el consentimiento no es válido cuando se ha emitido bajo la influencia de los posibles vicios del consentimiento.

Consentimiento es acuerdo de voluntades que por su etimología proviene de *sentire* cum: sentir juntos, querer la misma cosa.

En materia contractual el consentimiento es un requisito básico del contrato, y supone: una pluralidad de partes con capacidad para contraer un acuerdo, que forman una única voluntad contractual, unión de las voluntades singulares que deben ser libres y conscientes, y se manifiesta a través de una declaración expresa y tácita, de tal forma que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada.

La capacidad para prestar consentimiento no es universal, existiendo siempre restricciones que suelen englobar a los menores no emancipados, sordomudos que no sepan leer o escribir, y a los enfermos mentales, por considerarse en todos estos casos que el consentimiento no puede ser del todo libre y consciente. Por otro lado, también hay una serie de supuestos en los que se excluye el consentimiento por existir una divergencia entre la voluntad interna, lo querido en realidad, y la voluntad declarada, como son: el error, la violencia física irresistible y la declaración emitida sin seriedad, por ejemplo, la iocandi causa, o con reserva mental.

Hay otro conjunto de supuestos en los que, aún habiendo perfecta concordancia entre lo que se quiere decir y lo que se dice, se entiende que el consentimiento ha sido viciado por error, intimidación, al inspirar en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en su cónyuge o parientes si no contrata, o por la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas para inducir al otro contratante a celebrar el contrato.

#### 5.2.1 El consentimiento en la adopción

El consentimiento de los padres del niño, o sólo de la madre cuando el niño es ilegítimo, debe otorgarse antes de que un niño sea adoptado. La adopción no se permite cuando la madre sea menor de edad. En circunstancias determinadas, una ruptura en la vida familiar del niño puede llevar al tribunal a permitir la adopción sin este consentimiento: en tales casos el niño se ve libre para la adopción.

Los niños son ofrecidos a personas que constan en el registro como padres potenciales que desean adoptar niños. De forma general, las autoridades respectivas responsables de las adopciones intentan asegurarse de que los aspirantes a ser padres adoptivos proporcionen una casa que sea apropiada para el niño, tanto en el orden físico como el emocional. La edad es un factor importante, ya que se debe tener en cuenta que las personas que por su edad ya no pueden tener hijos, pueden tener más dificultades en educar al niño que otros, al igual que el hecho de su mayor riesgo de muerte antes de que el niño alcance la mayoría de edad.

Un niño huérfano no seguirá, de forma habitual, el proceso de adopción. Los padres o la madre de un niño ilegítimo pueden prever mediante testamento o escritura la elección de un tutor en el caso de sus muertes. El tutor obtiene así todos los derechos y deberes de los padres.

Leyes recientes aceptan la posibilidad de que los niños adoptados quieran conocer a sus padres naturales, y, en consecuencia, se les permite obtener información cuando alcanzan la mayoría de edad sobre el origen de la adopción. La cuestión reside por completo en las manos del niño, puesto que los padres naturales han renunciado a todos sus derechos; sin embargo, los padres naturales pueden dejar su dirección actual en un registro para facilitarle la pista al niño si éste decide encontrarlos.

La adopción entraña la ruptura de los lazos del adoptado con la familia de origen y su ingreso en otra.

Suele exigirse para cada adopción un trámite judicial o administrativo en el que se comprueban los consentimientos del adoptante y su cónyuge, los de marido y mujer en la adopción conjunta, que generalmente está sólo permitida a las parejas casadas. Las excepciones, sin embargo, son crecientes: por ejemplo, en las comunidades autónomas españolas del País Vasco y Navarra se permite la adopción a las parejas de hecho homosexuales; también en Reino Unido, Suecia u Holanda, el de la persona que va a ser adoptada mayor de catorce años, el de los padres del menor que va a ser adoptado o el del tutor, en su caso, salvo si se trata de menores abandonados.

La adopción crea entre adoptante o adoptantes y el adoptado, un vínculo idéntico al de la filiación por naturaleza, lo que implica la desaparición de esta relación entre los padres y parientes naturales y el adoptado, salvo a efectos de impedimento matrimonial, tanto en las relaciones paternofiliales como en las sucesorias de otro orden.

### 5.3. El consentimiento del menor regulado en la Ley de Adopciones

La literal e) del Artículo 10 de la Ley de Adopciones (Decreto Numero 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala), establece: “La adopción es una institución social de protección, por lo que se prohíbe: ...e) Que el consentimiento para la adopción sea otorgado por una persona menor de edad, padre o madre, sin autorización judicial”.



Como se puede apreciar la Ley de Adopciones prohíbe que los padres, cuando son menores de edad, den su consentimiento para adoptar sin autorización judicial. Pero contradictoriamente si se acepta el consentimiento del menor para ser adoptado.

Asimismo la literal f) del citado Artículo, prohíbe que los padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquier persona que puedan influenciar en el consentimiento de la persona, autoridad o institución involucrada en el proceso de adopción.

En tal sentido, se prohíbe el contacto con los padres del niño a adoptar, pero la ley establece las relaciones entre padres adoptivos con los padres biológicos, o sea, que lleven una relación que no afecte al menor.

#### 5.3.1. Análisis del Artículo 35 literal d) de la Ley de Adopciones

El Artículo 35 de la Ley de Adopciones, establece: Concluido el procedimiento de protección de la niñez y adolescencia y habiéndose realizado las diligencias señaladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el juez según proceda, podrá dictar una sentencia que declara la violación del derecho a una familia de un niño y ordenará la restitución de dicho derecho a través de la adopción. El juez de la niñez y la adolescencia en la misma resolución deberá declarar la adoptabilidad del niño y ordenará a la Autoridad Central que inicie el proceso de adopción.

Para que proceda la declaración de adoptabilidad del niño, se debe establecer que:

- a) El niño tiene la necesidad de una familia adoptiva por que no puede ser cuidado o reinsertado en su familia biológica;
- b) El niño está en capacidad efectiva y médica de beneficiarse de la adopción;
- c) El niño es legalmente adoptable;
- d) Las personas; incluyendo al niño teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción:
  - d.1. Han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen;
  - d.2 Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito;
  - d.3 Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados;
  - d.4 El consentimiento de la madre se ha dado únicamente después del nacimiento del niño”.

La literal d) del Artículo 35 de la Ley de Adopciones, solamente pone como requisito para que el menor de su consentimiento en la adopción:

- a. su edad.
- b. Grado de madurez.

Desde este orden de ideas se puede considerar que el menor de edad se le toma en cuenta para que dé su consentimiento en la adopción, considerando su edad, y luego el grado de madurez, pero como se puede catalogar el grado de madurez, cuando hay menores que pueden tener un grado de madurez superior a otros de mayor edad, o viceversa, por lo que el consentimiento del menor no puede ser una causal para la adopción, en virtud que carece de capacidad civil para dar su consentimiento en la adopción.

Por otro lado, es discutible que un menor no de su consentimiento para la adopción, mientras que los padres biológicos, padres adoptivos e instituciones encargadas del trámite y estudio hayan dado su consentimiento para realizar la adopción.

En este sentido, no existe regulación en la tramitación, pues el menor al no dar su consentimiento, puede estropear el trámite de todo un proceso donde todos han dado su consentimiento, menos éste.

Por tal motivo, no debe tomarse el consentimiento del menor en la adopción, porque carece de capacidad civil, y además su consentimiento no podría influir en las decisiones de instituciones que han estudiado y analizado la adopción del menor, para que el no consentimiento del menor puede destruir toda la tramitación.

En consecuencia, que acción se tomaría si el menor no da su consentimiento:

¿Se resuelve con lugar la adopción?,

¿Se le da prioridad al consentimiento prestado por los padres biológicos que por no tener medio económicos, estar enfermo el menor, o darle malos tratos al mismo, lo dan en adopción?,

¿Se le da prioridad a los padres adoptivos, quienes han sido estudiados socioeconómicamente para establecer que tienen la capacidad económica para la manutención del menor adoptado, y no tienen vicios que puedan influir en el menor?

¿Se da prioridad a las pruebas que se presentan durante el trámite?

¿Se le da prioridad al Consejo Nacional de Adopciones, quien se manifiesta a favor de la adopción? o ¿Se da prioridad a la declaración de menor al no consentir su adopción?.

### 5.3.2. Análisis del Artículo 45 de la Ley de Adopciones

El Artículo 45 de la Ley de Adopciones, estipula: Dos días después de concluido el período de socialización, la autoridad central, solicitará al niño, de acuerdo a su edad y madurez que ratifique su deseo de ser adoptado. El consentimiento del niño será constatado por escrito.

El período de socialización es aquel, por medio del cual se trata de adaptar al niño a los nuevos padres, así como a los padres biológicos de aceptar que su hijo será hijo de los padres adoptivos, por tal motivo el menor se socializará con sus futuros padres.

En España, una vez que el niño está destinado a la adopción, debe vivir con sus padres adoptivos durante 13 semanas antes de que un tribunal apruebe la orden de adopción. Si ha sido previamente criado, es decir, colocado con padres temporales, el niño debe pasar 12 meses con los padres adoptivos. Ninguna adopción es posible hasta que el niño tenga seis semanas: en este periodo no es extraño que las madres que han considerado la posibilidad de la adopción decidan quedarse con el niño.

No es necesario que el menor de su consentimiento para la adopción, cuando carece de capacidad civil, por tal motivo se debe derogar el Artículo 45 de la Ley de Adopciones.

#### 5.4. Proyecto de Ley

La reforma de ley tiene como objetivo el análisis jurídico-doctrinario del consentimiento del menor para ser tomado en adopción, tal y como lo regula el Artículo 35 literal d.2 del numeral d) y el Artículo 45 de la Ley de Adopciones (Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala), en el sentido que el adoptado y el adoptante deben dar su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido constatado por escrito.

Es necesario tener en cuenta que muchos menores no saben leer ni escribir, por lo tanto no se puede constar el consentimiento por escrito.

Se analiza para hacer la reforma la ineficacia de la Ley de Adopciones, pues no es posible que un menor de edad tenga capacidad legal para dar su consentimiento en el trámite de la adopción, es decir, que el menor debe estar de acuerdo con la adopción, el cual debe ser constatado por escrito.

En el Artículo citado existe incongruencia entre lo que regula la Ley de Adopciones y lo regulado en el Código Civil, la primera porque el menor tiene que dar su consentimiento en el trámite de la adopción teniendo incapacidad para ese acto; y, el segundo, porque el Artículo 8 del Código Civil estipula que: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.

En este orden de ideas, el objeto principal de la investigación es la protección al menor adoptado porque éste no puede consentir una adopción, siendo sus representantes legales los padres del mismo y sólo ellos pueden dar su consentimiento para dar al menor en adopción y en su caso si el menor careciere de padres los que ejerzan la patria potestad, en tal virtud existe incongruencia entre la Ley de Adopciones y el Código Civil, ya que la primera exige el consentimiento del menor, mientras que el segundo declara que es incapaz el menor y en los actos de su vida será representado por sus padres o tutores, por lo que no puede exigírsele a un menor su consentimiento al carecer de capacidad legal para manifestarlo, en tal caso solo se le puede solicitar su opinión.

La solución del problema radica en la reforma de la literal d.) del Artículo 35 de la Ley de Adopciones, así mismo el Artículo 45 del mismo cuerpo legal, en el sentido que al menor lo representarán sus padres biológicos o el tutor para el consentimiento en la adopción y no como la citada ley lo establece.

## **PROYECTO DE REFORMA**

### **PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 45 DE LA LEY DE ADOPCIONES**

#### **ORGANISMO LEGISLATIVO CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_**

El Congreso de la República de Guatemala

#### **CONSIDERANDO:**

Que siendo la adopción un acto de voluntad, por el cual los padres biológicos dan el consentimiento para que su menor hijo sea adoptado por terceras personas, y que éstos velen por su alimentación, vestuario y educación, y así crearle un núcleo social y familiar al adoptado, es necesario tener la plena seguridad que la adopción es una institución social que vela por el mejoramiento en la calidad de vida y educación del

niño adoptado, y que por tal motivo no debe tener fallas la ley que le da vida, y por tal motivo la capacidad civil debe tener base para que no causen nulidad, y que el menor adoptado pueda convivir legalmente que la familia o personas que lo adoptan con el ánimo de educarlo, alimentarlo, darle habitación y vestuario, que son factores principales en los casos de adopción.

**CONSIDERANDO:**

Que el Estado debe velar porque las disposiciones que regulan la adopción sean en forma contundentemente claras y se cumplan fielmente, para darle las mayores facilidades a los menores adoptados de convivencia y un futuro prometedor, que redunden posteriormente en ciudadanos responsables, evitando que la familia adoptante se aparte del niño adoptado y considerado como hijo, y que el Estado está obligado a velar por la seguridad y el bienestar de los menores guatemaltecos; y que los trámites sean claros y legales para dar seguridad jurídica a la adopción.

**CONSIDERANDO:**

Que para cumplir plenamente con la institución social de la adopción, sus lineamientos, formalidades y solemnidades, que garanticen la legítima adopción, es necesario construir un andamiaje jurídico acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades del adoptado y del adoptante, en una forma mucho más veraz, para que el adoptado tenga



las ventajas de ser alimentado y educado por sus padres adoptivos, o los familiares de éstos, y se le proporcione un estándar familiar y el mismo sea tratado en forma humana y como hijo de los adoptantes, se hace necesario reformar lo relativo a la adopción.

#### CONSIDERANDO:

Que la Ley de Adopciones, en el Artículo 45 da facultad al menor para que de su consentimiento en la adopción, por lo que siendo que el menor no tiene capacidad civil para este acto, ya que el Código Civil no lo estipula, es necesario que se derogue el Artículo citado, en virtud que por no tener capacidad civil debe reformarse el Código Civil para darle la capacidad que se necesita para este trámite de adopción, en tal sentido basta con que los padres adoptivos, los padres biológico, los peritos y trabajadores sociales, los psicólogos del Consejo Nacional de Adopciones y el propio Consejo den su consentimiento para aprobar la adopción.

#### POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

#### DECRETA:

La siguiente

REFORMA AL ARTÍCULO 45 DEL DECRETO NÚMERO 77-2007 DEL CONGRESO  
DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY DE ADOPCIONES

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 45, el cual queda así:

“Artículo 45. Estudio del niño. Dos días después de concluido el período de socialización, la Autoridad Central, analizará con estudios psicológicos si el niño se adapta a la adopción, tomando en cuenta su opinión, en tal sentido será interrogado sobre la convivencia con los padres adoptivos. Esta diligencia quedará plasmada en el acta de rigor. Dando su opinión el profesional sobre el estudio realizado sobre el niño, para que dé su decisión el Consejo Nacional de Adopciones.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS... DÍAS, DEL MES DE... DEL AÑO...

## CONCLUSIONES

1. La incapacidad civil del menor, hace ineficiente el proceso de adopción regulado en la Ley de Adopciones, al establecer que es necesario que el menor de su consentimiento por escrito, para que el proceso de adopción se perfeccione.
2. La opinión del niño es fundamental en el proceso de adopción, no así su consentimiento, debido a que no tiene capacidad civil para actuar dentro del marco jurídico-legal, necesitando, para el efecto, la representación de quien o quienes ejercen sobre él la patria potestad.
3. La regulación jurídico-legal de la adopción, como una institución social y como deber del Estado, no cubre todos los ámbitos para proteger a los menores adoptados; sobre todo en el sentido que se respeten sus derechos y así se evite el abandono de niños, su explotación y maltrato.
4. Las instituciones creadas por el Estado para el cumplimiento de la Ley de Adopciones, en pro de que se cumplan los derechos de los menores adoptados, carecen de procedimientos y capacitación para ejecutar sus funciones.
5. La centralización dentro de la ciudad capital y la insuficiencia de instituciones en el interior del territorio guatemalteco, impiden que el fin de la Ley de Adopciones y el proceso regulado dentro de la misma, se lleve a cabo a cabalidad,

desnaturalizando la adopción, la cual pasaría de una institución jurídica, loable y de naturaleza social a un proceso inalcanzable para muchos que realmente lo necesitan.

## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República, debe derogar el inciso d.2 del literal d, del Artículo 37 de la Ley de Adopciones, debido a la incongruencia con el Artículo 8 del Código Civil, en virtud que el menor de edad no tiene capacidad civil para dar su consentimiento dentro del proceso de adopción.
2. El Congreso de la República, debe decretar dentro de la Ley de Adopciones, una nueva norma jurídica reformando el artículo 45 de dicha normativa, en virtud de que se establezca que en el proceso de adopción solo es necesario la opinión del menor dentro del trámite de la adopción, no así su consentimiento por carecer de capacidad civil para el mismo.
3. El Organismo Ejecutivo, a través de su iniciativa de Ley, debe promover, un proyecto de ley en virtud del cual se garanticen los derechos de los menores adoptados y la aplicación de esta normativa debe ser eficaz, tanto antes, tanto antes, como dentro o después del proceso de adopción, para evitar el abandono de niños, el maltrato y su explotación.
4. Es necesario que el Organismo Ejecutivo, cree el acuerdo gubernativo por medio del cual se especifiquen los procedimientos de la Ley de Adopciones; además el Estado debe brindar la capacitación necesaria al personal de las instituciones encargadas de llevar a cabo el proceso de adopción; así como brindarles los instrumentos adecuados para el cumplimiento de sus funciones.

5. El Organismo Ejecutivo debe asegurar que toda la población en el territorio de Guatemala, cuente con instituciones capacitadas en el ramo y que se encarguen del proceso de adopción, sin obstaculizaciones de tiempo o lugar, por lo que deberán crearse sub-sedes en cada departamento de la República.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de terminología procesal.** Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1996.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho.** Ed. Ribinzal Culzoni. Argentina, 1994.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Derecho procesal civil.** Ed. Porrúa. México, 1996.
- BACRE, Aldo. **Teoría general del proceso.** Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho.** Simoneli editori, Turín Italia, 2004.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Ed. Heliasta S.R.L.. Buenos Aires, Argentina, 1994.
- CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. **Teoría general del proceso y de la prueba.** Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia, 1996.
- D'ANTONIO, Hugo. **Derecho de menores,** Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1973.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Nociones generales de derecho procesal civil.** Ed. Aguilar, S.A. Madrid, España, 1996.
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO. **Diccionario jurídico Espasa.** Ed. Espasa Calpe, S.A. España, 1999.
- GORDILLO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Impresos Práxis. Guatemala, 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** Ed. Porrúa, México 1993.
- LARIOS OCHAÍTA, Carlos. **Derecho internacional privado.** Ed. Llerena. Guatemala, 1998.
- LÓPEZ M., Mario R. **La práctica en los procesos voluntarios extrajudiciales.** Ed y Servicios. Guatemala, 1996.
- MENDISABAL OSES, Luis. **Derecho de menores, teoría general.** Pirámide. Madrid, España.
- MICROSOFT Corporation. **La minoría de edad.** Diccionario en carta, 2004.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. Ed. Llerena. Guatemala, 1994.

NACIONES UNIDAS. **Principios de orientación general**. Impreso por International Guidelines. New York, 2002.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1995.

OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. Ed. Harla. México, 1998.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Ed. Porrúa, S.A. México, 1993.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Ed. Barcelona, Nauta, 1976.

REYES, Sergio. **La prueba de ADN sin contradicción**. Ed. Científicas. Argentina, 2000.

RODRÍGUEZ R., Gustavo Humberto. **Derecho probatorio colombiano**. Ed. Librería del Profesional. Bogotá, Colombia, 1996.

ROCHA REYES, Adalberto. **ADN mejor alternativa**. Ed. Nuestro Mundo. Costa Rica, 2001.

SALVAT Editores. **La enciclopedia**. 1976 (sle)

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España, 1994.

UNESCO. **Derechos y deberes de los jóvenes**. 1972. (sle)

VALERA, Casimiro A. **Valoración de la prueba**. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995.

#### **Legislación:**

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

**Código Procesal Civil y Mercantil**. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala de 1964.



**Código Civil.** Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

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