

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

**LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL
CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE
IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES
ANÓMALAS**

JAIRO GAMALIEL CERMEÑO MORÁN

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2010

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

**LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL
CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE
IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES
ANÓMALAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JAIRO GAMALIEL CERMEÑO MORÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre 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. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría

VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

Lic. Elmer Antonio Álvarez Escalante
Abogado y Notario
9ª. Calle "A" 1-33 zona 1
Teléfono 24439683 - 59164853



Guatemala 12 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:

De conformidad con el nombramiento de fecha 15 de enero de 2009, me permito manifestarle que en la calidad de asesor de tesis del Bachiller **JAIRO GAMALIEL CERMEÑO MORÁN**, quien desarrolló el tema intitulado **"LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES ANÓMALAS"** al respecto le manifiesto lo siguiente:

- 1.- Analicé el contenido científico y técnico del tema la creación de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones para emitir dictámenes de idoneidad a efecto de buscar la transparencia y honestidad en los procesos de adopciones en Guatemala; el planteamiento del problema jurídico-social es de actualidad.
- 2.- Los capítulos del presente trabajo, tienen un orden lógico que permiten determinar con claridad el contenido de los temas desarrollados en la investigación. El sustentante realizó la tesis utilizando los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo y la técnica bibliográfica. Los métodos indicados, la técnica señalada y la bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación contribuyen para que la presente memoria sea utilizada con visión futurista dentro del campo del derecho administrativo, especialmente para las gestiones que a diario realizan las familias que pretenden adoptar a un menor.
- 3.- El tema que se desarrolla es muy importante para la sociedad guatemalteca el cual se incluye en materia de derecho administrativo, su redacción es congruente, clara y precisa, el cual servirá de consulta en el futuro y se agrega una iniciativa de modificación a la Ley de Adopciones.

Licenciado
Elmer Antonio Álvarez Escalante
Abogado y Notario

Lic. Elmer Antonio Álvarez Escalante
Abogado y Notario
9ª. Calle "A" 1-33 zona 1
Teléfono 24439683 - 59164853



4.- En el presente trabajo no se utilizaron cuadros estadísticos por tratarse de una investigación descriptiva, la cual indica, cómo funciona el Consejo Nacional de Adopciones y qué es lo que se considera que puede mejorar el desarrollo de sus atribuciones.


5.- La contribución científica la constituye el proyecto de modificación a la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República.

6.- En cuanto a las conclusiones y recomendaciones se determina que son la esencia de la investigación pues mediante las conclusiones se establece como se encuentra actualmente el Consejo Nacional de Adopciones y mediante las recomendaciones se determina cómo puede mejorar el funcionamiento y viabilizar los expedientes que en dicho consejo se tramitan.

7.- En lo referente a la bibliografía consultada, se observó que se consultó los documentos y libros adecuados para el desarrollo del tema, por lo que puede continuar con el trámite del trabajo de investigación intitulado. **LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES ANÓMALAS."**

Como **ASESOR** emito **DICTAMEN FAVORABLE** pues considero que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, cumple con todos los requisitos establecidos, para sustentar el examen Público de Tesis, por lo que con el debido respeto a su alta investidura, me suscribo de usted.

Atentamente.



Lic. Elmer Antonio Álvarez Escalante
Abogado y Notario
Colegiado 6193
Licenciado
Elmer Antonio Álvarez Escalante
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

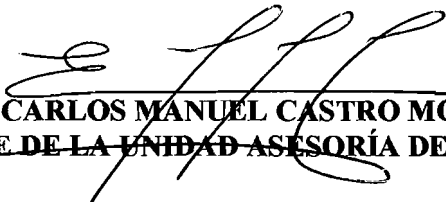
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JULIO RODOLFO BATRES MENA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JAIRO GAMALIEL CERMEÑO MORÁN, Intitulado: "LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES ANÓMALAS".

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

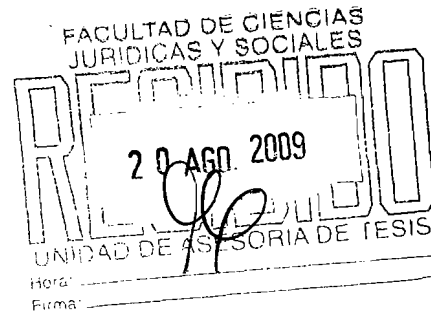


Corporación Jurídica
Abogados y Notarios
Avenida Reforma 7-62 zona 9
Edificio Aristos Reforma 4to. Nivel of. 401.
Teléfono 23828809, Fax 23828889
Guatemala C.A.



Guatemala 25 de agosto 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



Distinguido Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento del nombramiento en mí recaído, procedí a practicar la revisión de la tesis del Bachiller **JAIRO GAMALIEL CERMEÑO MORÁN**, denominada, **“LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES ANÓMALAS”** y como consecuencia emito el siguiente dictamen:

- a.- Del tema investigado revise el contenido científico y técnico de la creación de un departamento especializado dentro del consejo nacional de adopciones para emitir dictámenes de idoneidad y así fortalecer el proceso de adopciones, el planteamiento es un problema jurídico-social.
- b.- Revise detenidamente los capítulos de la presente investigación, los que tiene un orden lógico que se refleja en la redacción clara y precisa de los temas y subtemas desarrollados en la investigación. El sustentante realizó la tesis utilizando Los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo y la técnica bibliográfica, la metodología y técnica de investigación, son adecuadas para el desarrollo del tema.
- c.- El tema es de actualidad e importante en materia de derecho de administrativo.

Corporación Jurídica
Abogados y Notarios
Avenida Reforma 7-62 zona 9
Edificio Aristos Reforma 4to. Nivel of. 401.
Teléfono 23828809, Fax 23828889
Guatemala C.A.



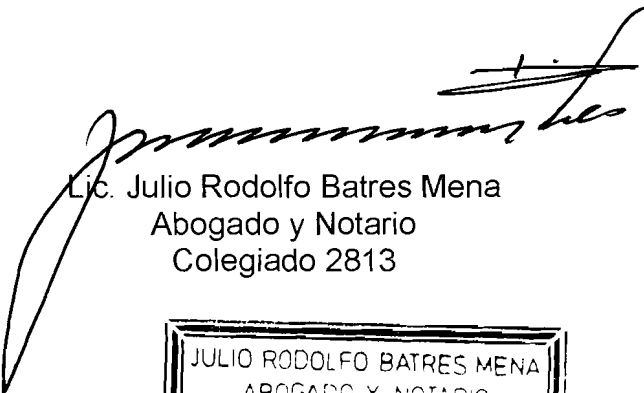
d.- El aporte científico lo constituye el proyecto de modificación de los artículos 2 y 14, adición del Artículo 18 bis de la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República.

e.- En las conclusiones y recomendaciones se encuentra lo importante de la investigación en virtud que mediante las recomendaciones se establece la necesidad de reformar la Ley de Adopciones, y en las conclusiones se determina que actualmente no existe un departamento especializado que se encargue de emitir dictámenes de idoneidad y así fortalecer los procesos de adopciones.

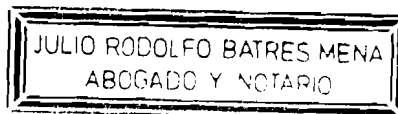
f.- En virtud de lo anterior manifestado opinó que el presente trabajo constituye un análisis jurídico y es conveniente que la tesis pueda continuar con el trámite, que en lo sucesivo se intitulara. **“LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES ANÓMALAS.”**

En mi calidad de **REVISOR** emito **DICTAMEN FAVORABLE** pues cumple con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen Público, debiendo en consecuencia continuar con su trámite para que la presente investigación sea discutida en el examen público de tesis correspondiente.

Con muestras de mi consideración y estima de usted muy atentamente.



Lic. Julio Rodolfo Batres Mena
Abogado y Notario
Colegiado 2813

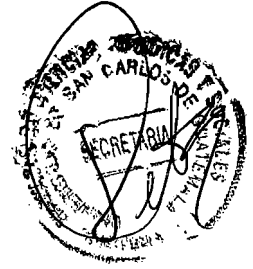


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiocho de junio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JAIRO GAMALIEL CERMEÑO MORÁN, Titulado LA CREACIÓN DE UN DEPARTAMENTO ESPECIALIZADO DENTRO DEL CONSEJO NACIONAL DE ADOPCIONES PARA EMITIR DICTÁMENES DE IDONEIDAD COMO MECANISMO PARA EVITAR LAS ADOPCIONES ANÓMALAS. 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:** Por ser luz de mi vida, que me da sabiduría para cumplir mis metas y colmarme de bendiciones.
- A MIS PADRES:** Vidalia y Jorge Mario, por su incalculable amor y apoyo que me han brindado.
- A MI ESPOSA:** Claudia Yesenia, por ser mi fuente de inspiración, que con su amor y sacrificio alcance este triunfo, con quien comparto muy especialmente.
- A MIS HIJAS:** Byanka y Gabriela, porque sin darse cuenta fueron parte vital como inspiración para continuar en el camino para lograr mi meta profesional.
- A MI HERMANO:** Serafín Antonio (Q.E.P.D), por ser un gran amigo y hermano que siempre vivirá en mi mente y corazón.
- A MIS HERMANAS:** Mildred, Evelin y Jeini, por el apoyo incondicional que me brindaron en todo momento.
- A MI CUÑADO:** Carlos Brisbane, por sus sabios consejos y apoyo incondicional que me brindó en todo momento.
- A MIS SUEGROS:** Adela y José, por ser una maravillosa bendición de Dios.



A MI TÍA:

Verónica. Con mucho cariño.

A MI FAMILIA:

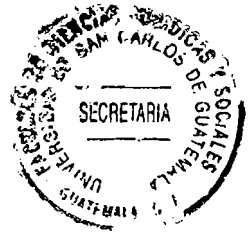
Que siempre está a mi lado.

A MI ASESOR:

Elmer Antonio Álvarez Escalante.

A MI CASA DE ESTUDIOS:

Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi alma mater y permitirme el honor de ser egresado de tan prestigiosa casa de estudios.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La administración pública en Guatemala	1
1.1. La administración pública.....	1
1.1.1. Definición	2
1.1.2. Elementos	2
1.1.3. Sujetos	5
1.1.4. Principios fundamentales de la organización administrativa	7
1.2. Derecho administrativo	9
1.2.1. Sistemas de derecho administrativo	15
1.2.2. Características del derecho administrativo.....	18

CAPÍTULO II

2. La administración pública.....	23
2.1. Elementos	23
2.2. Sistemas o técnicas de administración pública.....	24
2.2.1. La centralización ó concentración administrativa	26
2.2.2. Desconcentración administrativa	35
2.2.3. Descentralización administrativa.....	48
2.2.4. Autonomía y autarquía administrativas	58
2.3. Clasificación constitucional de las entidades descentralizadas y autónomas ..	60
2.3.1. Definición	62
2.3.2. La legislación de Guatemala.....	62
2.3.3. Entidades descentralizadas y autónomas	63



CAPÍTULO III

3. Adopción.....	71
3.1. Definición de adopción	71
3.2. Evolución histórica de la adopción	73
3.2.1. Origen de la adopción en el derecho guatemalteco	75
3.3. Finalidad de la adopción	76
3.4. Causas que dan origen a la adopción.....	77
3.4.1. La pobreza	78
3.4.2. La ignorancia	79
3.4.3. El desempleo.....	79
3.4.4. Embarazos no deseados	79
3.4.5. Otras causas	80
3.5. Clases de adopción	81
3.6. Efectos de la adopción	86
3.7. Regulación de la adopción	87

CAPÍTULO IV

4. La creación de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones para emitir dictámenes de idoneidad como mecanismo para evitar las adopciones anómalas.....	99
4.1. Situación de las adopciones en Guatemala	100
4.2. Declaratoria de idoneidad	101
4.3. Declaratoria de idoneidad en España.....	102
4.4. Garantías para el menor con la creación del departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones	104
4.5. Reforma a la ley de adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala	107



CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	115



INTRODUCCIÓN

El actual trabajo de investigación se justifica en la importancia de que exista un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones para emitir dictámenes de idoneidad como mecanismo para evitar las adopciones anómalas.

Con la existencia del mencionado departamento se soluciona la problemática de las adopciones anómalas, conforme al derecho. Por eso es indispensable y urgente su creación.

Hipótesis que se planteo para esta tesis fue: Es necesaria la creación de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones, para emitir la certificación que determine o no la idoneidad de los padres que desean adoptar y así coadyuvar al fortalecimiento del proceso de adopción en Guatemala. Fue comprobada, ya que soluciona de manera eficaz dicha problemática, fortalece la legalidad del proceso de adopciones en Guatemala. Los objetivos fueron alcanzados, al determinar la importancia del dicho departamento dentro de la autoridad central para emitir dictámenes de idoneidad y así evitar las adopciones anómalas.

El trabajo se desarrolla de la siguiente forma: Primer capítulo trata ampliamente lo que es la administración pública en Guatemala, su elementos, el órgano administrativo, la finalidad, medio que la administración publica utiliza para cumplir con el bien general, los diferentes sistemas administrativos, características del derecho administrativo; segundo capitulo habla acerca de la administración pública, la centralización o concentración administrativa, la desconcentración administrativa, descentralización administrativa, autonomía y autarquía administrativas; tercer capitulo se desarrollaron conceptos del tema central, el origen de la adopción en el derecho guatemalteco, finalidad de la adopción, causas que dan origen a la adopción, la regulación de la adopción; cuarto capitulo se refiere a la urgente necesidad de crear un departamento

especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones para emitir dictámenes de idoneidad a los padres que quieren ser adoptantes, reforma a la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.



Los métodos utilizados fueron: El analítico, que consiste en descomponer el todo en sus elementos o partes para estudiar cada una de estas por separado con la finalidad de establecer el fenómeno; el sintético que, contrario al anterior, nos permite integrar las diversas partes en un todo significativo; el inductivo, con el cual se obtuvieron propiedades generales a partir de las propiedades singulares, enfocando el tema de manera particularizada o individual, tanto en aspectos doctrinarios, como legales y prácticos, para poder concluir en razonamientos generalizados relacionados a la creación de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones. Y por ultimo el deductivo, que parte de lo general hacia las características singulares o particulares del objeto de estudio.

Las técnicas utilizadas son: La bibliográfica, en la cual se obtuvo material bibliográfico y documental en cuanto a la investigación del proceso de adopciones en Guatemala, utilizando para esto leyes, textos, documentos, diccionarios jurídicos, enciclopedias; técnica de fichas, se procedió a tabular los datos obtenidos de la investigación en fichas para su posterior transcripción al trabajo final.

Es fundamental que dentro de la referida institución exista un departamento especializado encargado de emitir dictámenes de idoneidad a los padres que quieren ser adoptantes.

CAPÍTULO I



1. La administración pública en Guatemala

Esta se remonta a tiempos de la colonia cuando el país era la sede de la real audiencia dentro de la administración establecido por la corona Española, al independizarse fueron creadas estructuras administrativas paralelas que respondían a la federación centroamericana y el Estado de Guatemala, con la aprobación de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 se sientan las bases para conceptualizar a un estado moderno al fortalecer el sistema democrático, y así lograr la desconcentración y descentralización de la actividad del gobierno y llevar a cabo su fin supremo que es el bien común.

1.1. La administración pública

Es la ejecución y la observancia de la política gubernamental, según ha sido delineada para autoridades competentes, y por lo tanto, a ella conciernen los problemas, poderes, organización y técnicas que lleva implícita de las leyes y políticas formuladas por las dependencias gubernamentales encargadas de ellos. La administración pública es la ley en acción, es la parte ejecutiva del gobierno.



Por lo tanto se deduce que la administración pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al poder ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos.

1.1.1. Definición

El profesor Hugo Calderón define la administración pública. “El conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar General), a través de los Servicios Públicos (que es el medio que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.”¹

1.1.2. Elementos

Los elementos más importantes de la administración pública, se resumen y explican de la siguiente manera: El órgano administrativo; la actividad que la administración

¹ Calderón Morales, Hugo H. **Derecho administrativo I**. Pág. 10.

realiza; la finalidad que pretende el Estado, a través de la administración; y el medio del que la administración pública dispone para la realización de sus propósitos.



- El órgano administrativo

Es toda aquella dependencia que pertenece a la administración pública y que es el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado.

La calidad de órgano deriva directamente de la propia Constitución; la persona jurídica estatal no necesita un acto volitivo de determinación, pues el órgano integra la estructura de la persona, forma parte de ella, nace con ella, es ella en cierta medida, pues él órgano vale tanto como el instrumento o medio de acción, a través del cual el Estado se desenvuelve como sujeto de derecho. La expresión órgano no debe ser confundida con la concepción del organismo biológico, pues el vocablo ha sido acogido en las disciplinas jurídicas en sentido meramente metafórico, basándose en su valor etimológico, organon = instrumento.

- Actividad

Los órganos de la administración pública desarrollan su actividad a través de la prestación de los servicios públicos a los cuales está obligada la administración



pública, para el logro de su finalidad. Se puede establecer al servicio público como el instrumento, vehículo o medio de que dispone el gobierno para el logro de su propósito.

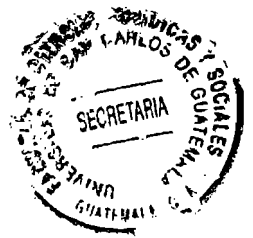
- Finalidad

Es el elemento teleológico de la administración pública. Como se analizó en la definición de la administración pública, ésta tiene una finalidad que se puede afirmar que es el bien común o bienestar general de toda la población, elemento no sólo doctrinario sino constitucional, expresado en el Artículo primero de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer que: El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y su fin supremo es el bien común.

- El medio

El tratadista Mario Castillo en relación al tema dice “El medio que la administración pública utiliza para el logro del bienestar general o el bien común es el servicio público.”² Significa esto que el servicio público se entiende como el medio de que dispone la administración pública para el logro de su finalidad.

² Castillo, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Pág. 198.



1.1.3. Sujetos

El sujeto activo o previo de la administración pública es el mismo Estado, como ente legalmente constituido para ejercer esta función o actividad, que la ley le ha atribuido. Pero el mismo, como tal, no puede realizar sus atribuciones toda vez que no tiene una existencia física material e independiente. Recurre entonces a la delegación del poder público, en personas que lo ostentan y lo ejercitan. A estas personas que cumplen funciones públicas se les denomina funcionarios públicos, pudiéndose emplear indistintamente los términos servidores públicos o empleados públicos.

La Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa en el Artículo 152 que el poder público proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones que la ley señala. Asimismo, el Artículo 154 del mismo cuerpo legal establece que los funcionarios son depositarios de la autoridad; o sea que por delegación de la ley, están investidos de facultades de decisión y ejecución para realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones.

Cuando una persona desempeña una función específica con autoridad y autonomía, y esa función es total o parcialmente la del poder público, se refiere al funcionario público.



Tradicionalmente y en lenguaje jurídico, un funcionario público es quien ejerce con autoridad alguna función o las funciones propias del Estado por ejemplo: Ministro, Magistrado, etc. Esto trae como consecuencia que se haga una diferencia entre las acepciones funcionario público y empleado público, existiendo diversas teorías sobre las diferencias entre una y otra categoría. Índice

Para efectos prácticos de la investigación nos acogemos a la Academia de la Lengua Española, la cual se inclina resueltamente a la equiparación de funcionario con empleado público; extremo que merece serios reparos, pero que son materia de otro trabajo de investigación. Por lo tanto, funcionario es “la persona que desempeña una función o servicio por lo general públicos.”³

La definición contenida en el Artículo 77 del Código Penal argentino es apropiada para efectos del presente trabajo, por lo que se cita para tener un parámetro de lo que comprende la calidad de funcionario o empleado público: Funcionario público o empleado público ha de entenderse como, todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección o por nombramiento de autoridad competente.

³ Real academia española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 651.



Se debe entonces entender como sinónimos los términos funcionario público, empleado público y aun servidor público, o cualquier otro similar que se utilice para referirse a la persona que cumple funciones públicas.

1.1.4. Principios fundamentales de la organización administrativa

Son reglas de valor universal para la consecución de una administración eficaz, los principios que son esenciales, es decir aquellos que no pueden faltar en ningún tipo de organización administrativa son:

- Jerarquía

Significa que los superiores imparten órdenes a los inferiores a efectos de cumplir con órdenes que les han sido encomendadas. Existe una excepción vertical que reina en toda la organización administrativa: El Presidente de la nación está exento de la subordinación jerárquica porque es el jerarca máximo y no tiene sobre él ningún superior.

Todos aquellos funcionarios que se encuentran en el mismo nivel tienen la misma jerarquía. En sentido horizontal.



El principio de la jerarquía sirve para la atribución de tareas y para ejercer el control sobre el cumplimiento de lo ordenado. Existen funcionarios de staff que, por lo tanto, están fuera de la jerarquía.

- Competencia

Aptitud legal que tiene un órgano para actuar. Es el conjunto de atribuciones, poderes o facultades que le corresponden a un órgano en relación con los demás; cuando se crea el órgano se establece legalmente que es lo que tiene que hacer.

Competencia no es lo mismo que capacidad. Las personas privadas tienen capacidad, las públicas tienen competencia. En el derecho privado el principio es la presunción de capacidad hasta tanto se demuestre lo contrario; en el derecho público es a la inversa, un órgano no será competente hasta tanto una norma lo habilite para el cumplimiento de determinada función.

La competencia reconoce varios tipos, y puede ser en razón de:

- Materia: Que es lo que el órgano puede hacer Ejemplo: El Ministerio de Gobernación tiene competencia en todo lo que haga a los servicios penitenciarios, el

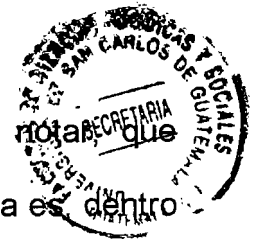


Ministerio de Finanzas Públicas tiene competencia en todo lo que haga a la gestión financiera de la administración pública.

- Grado: Los órganos que se encuentran en un mismo nivel, como los ministros, son competentes para designar, cada uno de ellos, a los empleados de su ministerio, debiendo refrendar con su firma los decretos emanados de su ministerio.
- Lugar: Determina el ámbito territorial en el cual el órgano tiene aptitud legal para actuar.
- Tiempo: Se adquiere una vez que se está investido por el cargo para poder cumplir sus funciones. Ejemplo: Un ministro que tiene que asumir mañana no tiene competencia, la podrá tener a partir de mañana y una vez que renuncie habrá cesado la competencia.

1.2. Derecho administrativo

Definiciones del concepto de derecho administrativo hay tantas como autores y tratadistas de la materia existen. Pero como toda ciencia que progresa de manera paulatina, las definiciones también se van desarrollando de la misma manera.



Al establecer las diferentes definiciones del concepto, es de hacer cualquier definición que del mismo se dé es válida, pues lo que se busca es dentro de la diversidad de teorías del derecho administrativo, la que a nuestro juicio es la que más se adapta a una realidad, que es nuestra administración pública y desde ese punto de vista hay que tomarlo.

A continuación se analizarán algunas de las definiciones dadas por los diferentes autores del derecho administrativo.

Acosta Romero indica: “Entendemos por ciencia del derecho administrativo el conjunto de conocimientos sistematizados y unificados sobre las normas, fenómenos e instituciones sociales, relativas a la administración pública de los Estados en su interconexión sistemática, en búsqueda de principios generales, con un método propio de investigación y desarrollo.”⁴

Sigue diciendo el autor que “derecho administrativo como ciencia debe sistematizarse y unificarse; tanto en su método como, en lo posible, en su objeto de conocimiento, o sea el sector de la realidad del ser, o del objeto que pueden ser captados por el intelecto humano, que constituye su materia.”⁵

⁴ Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. Pág. 9.

⁵ **Ibíd.**



Así, el autor mencionado señala que dentro del estudio de la ciencia del derecho administrativo, hay ocasiones en que es necesario acudir a la técnica y al arte.

La definición expresada por el referido autor, es bastante adecuada, pues define al derecho administrativo, desde el punto de vista de la ciencia y es importante dar al derecho administrativo el carácter de ciencia, por que lo es.

Para Julio Prat: “El Derecho Administrativo es la rama autónoma del derecho público que regula la actividad administrativa en cuanto a su organización y funcionamiento de las personas públicas.”⁶

La definición de Prat es muy adecuada y lo interesante de la misma es que caracteriza al derecho administrativo como una rama autónoma del derecho público.

Manuel del Río González, manifiesta: “Que el Derecho Administrativo se ocupa de estudiar la Administración Pública, y concretamente al Poder Ejecutivo; en tanto que la ciencia de la Administración la estudia desde el punto de vista objetivo o material, analizando la acción general de los órganos del Estado en materia administrativa.”⁷

⁶ Prat, Julio. **Derecho administrativo**. Pág.175.

⁷ Del Río González, Manuel. **Compendio de derecho administrativo**. Pág.14.



El autor mencionado identifica al derecho administrativo con el organismo ejecutivo, pero la administración pública sobrepasa la esfera del organismo ejecutivo.

Dice Garcini: “Derecho Administrativo es la rama jurídica que fija los principios y analiza las normas que orientan y regulan las relaciones sociales que se producen en la organización y en la actividad de la administración del Estado considerado en todas sus esferas, tanto nacional como local.”⁸

El referido autor identifica al derecho administrativo con relaciones sociales que se producen en la organización y la actividad del estado; naturalmente afirma que el derecho administrativo es la rama jurídica que fija los principios y analiza las normas; es importante observar que el autor, al hablar de la actividad del estado, lo hace considerando tanto la administración nacional como local.

Para el tratadista Gustavo Penagos: “El Derecho Administrativo es la parte del Derecho Público que se ocupa de la organización y de la actividad de la administración pública, bajo el control judicial.”⁹

⁸ Garcini Guerra, Héctor. **Derecho administrativo**. Pág. 23.

⁹ Penagos, Gustavo. **Curso de derecho administrativo**. Pág. 99.

En la definición anterior, habla del control, pero sólo judicial, hay que decir que el control de los actos de la administración pública, no es sólo de carácter judicial. En la administración pública hay una gran diversidad y tipos de control.



Explica Manuel María Díez: “Derecho Administrativo es el complejo de principios y normas de Derecho Público interno que regulan la organización, la actividad de la administración pública y su control.”¹⁰

Este autor, nos da la idea más próxima y exacta de lo que es y significa el derecho administrativo, definición que contiene los elementos más importantes de nuestra disciplina jurídica.

Se considera que la definición más adecuada del derecho administrativo, tomando como base la definición del autor arriba ya indicado, es la siguiente:

El derecho administrativo, es el conjunto de principios y de normas de derecho público interno, que regula la organización y actividad de la administración pública, las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, las relaciones ínter orgánicas y su control.

¹⁰ Manuel María, Díez. **Derecho administrativo**. Pág. 235.



La definición anteriormente expresada, es la más adecuada a la disciplina que puede descomponer en sus elementos, los cuales se analizan, a fin de entender más la definición expresada:

- Es conjunto de principios.
- Abarca el estudio de las normas jurídicas reguladoras de las funciones y actividades ejecutivas y dispositivas que las leyes atribuyen como competencia administrativa y que las mismas le otorgan a los órganos administrativos.
- De las relaciones que regula el derecho administrativo como lo son: Las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares; y las relaciones que se dan entre los órganos administrativos, que se denominan inter orgánicas.
- También regula el control, visto éste desde el punto de vista de cualquier tipo de control, parlamentario, interno, administrativo, judicial, de contraloría, etc.



1.2.1. Sistemas de derecho administrativo

Fundamentalmente se estudian dos sistemas de derecho administrativo: El sistema anglosajón que es un sistema básicamente inglés y el sistema francés.

- Sistema anglosajón o sajón: Imperante principalmente en Inglaterra, no existe un derecho especial que regule las relaciones entre la administración pública y los particulares, sino que estas relaciones son reguladas por el derecho común, es decir por el derecho civil.

Especialmente dentro del derecho sajón, es fuente principal de derecho la jurisprudencia y el precedente administrativo. Esto significa que dentro del mismo, no existe un derecho especial que regule las relaciones de la administración pública, como en el sistema francés.

- Sistema francés: Como lo explica Gustavo Penagos: “La revolución francesa cambió todo el sistema monárquico. El Consejo del Rey fue privado de sus poderes judiciales por la ley del 27 de noviembre de 1790 que los transfirió al

Tribunal de Casación. Posteriormente, la Ley del 27 de abril de 1871 ~~suprimió el~~ Consejo del Rey y, organiza en forma embrionaria una especie de Consejo de Estado, el Tribunal de Conflictos y la Corte de Casación.”¹¹



Según Jean Rivero, citado por Gustavo Penagos: “La revolución francesa se puede sintetizar en tres puntos:

- a) En primer lugar una obra de destrucción, la casi totalidad de la administración del antiguo régimen, desaparece. Es la ruptura, al menos en apariencia con el pasado. Sólo subsisten los cuerpos administrativos especializados, en razón de su carácter técnico.
- b) La revolución trata de edificar una sana administración racional, uniforme y coherente; de los diversos ensayos que se suceden es más importante la división territorial de Francia en Departamentos y Comunas.
- c) Cabe destacar principalmente como obra de la Revolución, la formulación de importantes principios de filosofía política que serán la base de toda la elaboración

¹¹ Penagos. **Ob.Cit.** Pág. 61.

posterior: La primacía de la ley; la separación de las autoridades administrativas y judiciales; el liberalismo político; la igualdad de los ciudadanos frente a la administración; el liberalismo económico.”¹²



Continua diciendo Rivero “Preocupados los ideólogos de la Revolución en una justicia administrada por hombres dedicados a la actividad política, deja mucho que desear el que en 1799, se creara el Consejo de Estado independiente de otros organismos del Estado.

En 1872 se marca la autonomía de la jurisdicción contencioso -administrativa, en que se le otorgó al Consejo de Estado Francés, en virtud de una Ley, la facultad de administrar justicia en forma independiente y a nombre del pueblo francés, lo que ha sido llamado como justicia delegada.

El Consejo de Estado de Francia actualmente está integrado por el vicepresidente, cinco presidentes de sección, consejeros de Estado en servicio ordinario, los Consejeros de Estado en servicio extraordinario, los Maitres de Requetes (Maestros de Demandas), auditores, nominalmente actúa como presidente el primer ministro de Francia.”¹³

¹² **Ibíd.** Pág. 92.

¹³ **Ibíd.** Pág. 65.

En conclusión, se puede decir que en Francia nace el derecho administrativo como un derecho especial que regula las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares y las que se dan entre las mismas instituciones administrativas.



1.2.2. Características del derecho administrativo

Estas han sido desarrolladas por los diferentes autores de tal disciplina. En este trabajo sólo se hará una síntesis de las características más importantes del mismo, algunas de las cuales las desarrolla Gustavo Penagos, y son las siguientes:

- a) El Derecho Administrativo es un Derecho joven;
- b) El Derecho Administrativo no ha sido codificado;
- c) El Derecho Administrativo es un Derecho subordinado;
- d) Es un Derecho autónomo;
- e) Es un Derecho cambiante.



a. El derecho administrativo es un derecho joven

Es relativamente nuevo, de reciente creación, parte del último cuarto del siglo XIX.

Rafael Bielsa indica: “Es un jus novum. Es, en efecto un derecho novísimo, como novísima es la administración, entendida en su sentido moderno. Desde luego, la administración pública ha existido desde cuando apareció el Estado nacional, y aún antes, pero desvinculada del Derecho.”¹⁴

Se puede decir que el derecho administrativo, surge con la revolución francesa y nace como producto del surgimiento del estado de derecho.

b. El derecho administrativo no ha sido codificado

La tendencia de los ordenamientos jurídicos modernos es la de estar codificados. Esto se refiere a estar contenidos en cuerpos legales homogéneos y sistematizados que regulan materias similares. Significa crear una ley que regule todas las instituciones y competencias de la administración pública, lo que teóricamente es imposible de realizar, pues el derecho administrativo es demasiado extenso que es imposible su realización.

¹⁴ Bielsa, Rafael. **Derecho administrativo**. Pág. 42.



c. El derecho administrativo es un derecho subordinado

Se refiere a la Constitución Política de la República de Guatemala y a leyes constitucionales. Por esa razón, como lo veremos más adelante, actualmente se habla del fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo.

d. El derecho administrativo es un derecho autónomo

Como lo indica Bielsa, citado por Gustavo Penagos: “Sin que para ello sea óbice su condición de subordinado, por cuanto tiene sus propios principios y reglas, que dimanen de la naturaleza ejecutiva que lo distingue, y que es exclusiva. El Principio de Normatividad que lo informa, explica la subordinación, sin perjuicio de que la naturaleza ejecutiva, propia de él le dé autonomía. Las relaciones entre la administración y los administrados lo exigen.”¹⁵

Por las razones apuntadas por el autor mencionado, independiente de la subordinación a la Constitución, no sólo del derecho administrativo sino de otras ciencias del derecho, éste se encuentra dotado de autonomía, por la especialización y relaciones que regula.

¹⁵ Penagos. **Ob.Cit.** Pág. 106

e. El derecho administrativo es un derecho dinámico



Como lo manifiesta Penagos: “Es derecho mutable, por cuanto vive en constante transformación, como a diario se transforma la Administración al compás de las evoluciones socioeconómicas. La aparición de nuevos cometidos estatales lo mantiene en permanente desarrollo, así como los nuevos intereses sociales que demanda la comunidad y cuya satisfacción corre a cargo del Estado.”¹⁶

El derecho administrativo es relativamente nuevo, se puede decir que surge a raíz de la Resolución Francesa y más específicamente en 1789, fecha en que a partir de la cual el particular deja de ser objeto del capricho del monarca y pasa a ser sujeto, es más cambiante que cualquiera otra ciencia jurídica, si no fuera así las administraciones públicas serían muy estáticas, el que depende de las circunstancias y de las necesidades sociales. Por la naturaleza del servicio que es el medio utilizado por la administración para cumplir con la finalidad que es el bien común o bienestar general de la población. En Guatemala dicho fin se encuentra en el Artículo 1 de la Carta Magna, la cual es la fuente suprema de todas las actuaciones del gobierno. El sistema francés es el que utiliza el Estado en virtud que existen tribunales de lo contencioso administrativo cuya función es de contralor de la juridicidad de la administración pública, así como de todas las controversias de contratos y concesiones.

¹⁶ **Ibíd.**



CAPÍTULO II



2. La administración pública

Es la ejecución y la observancia de la política gubernamental, según ha sido delineada para autoridades competentes, y por lo tanto, a ella conciernen los problemas, poderes, organización y técnicas que llevan implícitas las leyes y políticas formuladas por las dependencias gubernamentales encargadas de ellos. Es la ley en acción, es la parte ejecutiva del gobierno.

Concentra su estudio en aquellos aspectos de organización, procedimientos y método que son comunes a la mayoría de órganos administrativos. La aplicación del cuerpo de conocimiento de ésta disciplina a cualquier función especial como, la de salubridad puede conducirnos desde el nivel municipal, nacional y aún al internacional.

2.1. Elementos

Los más importantes son: El órgano administrativo; la actividad que la administración realiza; la finalidad que pretende el Estado, a través de la administración; y el medio del que la administración pública dispone para la realización de sus propósitos.

2.2. Sistemas o técnicas de administración pública



Para algunos autores, a los sistemas o técnicas de organización administrativa, les denominan formas de organización administrativa.

El profesor Acosta Romero, a los sistemas administrativos le denomina formas de organización administrativa: “Organizar significa ordenar y acomodar sistemáticamente, desde un punto de vista técnico, un conjunto de elementos para llevar a cabo una actividad, cumplir un fin u obtener un objetivo.”¹⁷

Dromi, dice qué se entiende por organización administrativa: “El Estado, como entidad abstracta, al igual que toda otra institución jurídica, no está en situación de existir y actuar sino a través de las personas físicas, del factor humano que dinamiza la acción del ente y lo pone en movimiento invistiendo la calidad de órgano. La organización es el fenómeno por el cual las personas físicas asumen una posición dentro de las entidades abstractas y le permiten a éstas vitalizar y concretar la actuación de la administración.”¹⁸

¹⁷ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 97.

¹⁸ Dromi, Roberto. **Derecho administrativo.** Pág. 188.



Estas entidades abstractas adquieren poderes jurídicos a través de la norma positiva constitucional, ordinaria o reglamentaria que proyecta dichas potestades dentro del ámbito de aplicación, dotando así al ente de la competencia necesaria para actuar dentro de ciertos límites. La diversidad de órganos con atribuciones y competencias diferentes tiende a lograr una más eficiente realización de los cometidos, una mayor garantía para los terceros y una precisa determinación de las responsabilidades.

Al respecto señala el mismo autor “que la organización administrativa adopta diversas modalidades, pero que todas ellas pueden reducirse a dos principales: La centralización y la descentralización.”¹⁹

El catedrático Rafael Godínez Bolaños, en su trabajo sobre Los Sistemas de Organización de la Administración Pública, indica: “Los Sistemas de Organización de la Administración Pública, son las formas o el modo de ordenar o de estructurar las partes que integran el Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la Administración Estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados en la Constitución Política.”²⁰

En la teoría del derecho administrativo se ubican tres sistemas o técnicas de organización de la actividad administrativa del Estado o sistemas o técnicas de

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 198.

²⁰ Godínez Bolaños, Rafael. **Temas de derecho administrativo.** Pág. 84.



organización administrativa. Estos reciben las denominaciones de: Centralización, concentración, desconcentración y descentralización administrativas.

Aunque no todos los autores tratan todos los sistemas, en este capítulo se considerará los que realmente existen dentro de la doctrina general como lo son:

- a) La centralización o concentración administrativa;
- b) La desconcentración administrativa;
- c) La descentralización administrativa;
- d) La autonomía y la autarquía administrativas.

2.2.1. La centralización o concentración administrativa

Al respecto de la centralización o concentración administrativa Dromi, dice que: “La centralización administrativa o administración directa tiene lugar cuando el conjunto de competencias administrativas se concentran en uno o más órganos superiores de la Administración que reúne las facultades de decisión. Presupone un proceso de unificación, de coerción, de elementos que se concentran en torno a un órgano central que absorbe a los órganos locales.”²¹

²¹ Dromi. **Ob.Cit.** Pág. 198.



Acosta Romero, en su obra Teoría General del Derecho Administrativo, dice que la centralización es la forma de organización administrativa en la cual las unidades, órganos de la administración pública, se ordenan y acomodan articulándose bajo un orden jerárquico a partir del Presidente de la República, con el objeto de unificar las decisiones, el mando, la acción y la ejecución.”²²

Se puede apreciar en la centralización una unidad a través de la relación jerárquica que guardan los órganos de la administración, que es establecida a través de un vínculo jurídico entre ellos, que determina los órganos superiores y los subordinados mediante el ejercicio de poderes que implica la propia relación entre los mismos órganos.

Para el autor José Canasi: “La centralización concentra las tareas administrativas en manos del Estado dentro de su territorio, de una manera jerárquica y unificada. Todo está dependiendo del gobierno central. Y en sentido contrario, la descentralización quiebra dicha unidad y jerarquía, reservando a las colectividades locales el poder de realizar las respectivas tareas según sus propias necesidades, sin perjuicio del control.”²³

La centralización administrativa existe cuando los órganos se encuentran colocados en diversos niveles pero todos en una situación de dependencia en cada nivel hasta llegar a la cúspide en que se encuentra el jefe supremo de la administración pública.

²² Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 98.

²³ Canasi, José. **Derecho administrativo.** Pág. 21.



La centralización corresponde a la forma de organización interna del poder ejecutivo, los órganos se encuentran agrupados unos respecto a otros, en una relación de jerarquía, como si estuvieran formando una pirámide en cuyo vértice superior está el Presidente de la República, y en las caras de la misma, en orden descendente los Ministros de Estado, los Viceministros, los Directores Generales, y así sucesivamente todos los subalternos hasta llegar a los más modestos empleados de la administración, que quedan ubicados en la base de dicha pirámide. Cada uno de dichos órganos está obligado a obedecer a los superiores jerárquicos, en la medida en que éstos actúen dentro de sus atribuciones, y a la vez, tienen derecho a mandar sobre los inferiores, con la misma limitación de ajustar sus actos a la Ley.

Según Godínez Bolaños, respecto a la centralización dice: “Este sistema consiste en ordenar a los órganos de la Administración Estatal, bajo un orden jerárquico rígido. La decisión y la dirección le corresponden al órgano supremo de gobierno, colocado en el primer grado o cúspide de la escala jerárquica. Puede ser denominado de varias formas: Presidente, Premier, Junta de Gobierno, Soberano, etc. Los otros órganos administrativos se encuentran subordinados y cumplen órdenes que siempre emanan del superior, ejecutándolas sin poder deliberar o cuestionarlas y sin tener mayor ámbito de decisión, sobre todo en lo que se refiere a materia de gobierno o política.”²⁴

El autor Serra Rojas, define a la centralización como: “El régimen que establece la subordinación unitaria, coordinada y directa de los órganos Administrativos al Poder

²⁴ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 85.

Central, bajo los diferentes puntos de vista del nombramiento, ejercicio de sus funciones y tutela jurídica, para satisfacer las necesidades públicas.²⁵



- Características

La centralización administrativa se caracteriza, especialmente, por los siguientes aspectos:

- a) Dentro de la centralización administrativa existe un superior jerárquico, que es el más alto grado dentro de la pirámide de la escala, que es el Presidente de la República.
- b) Existe la relación de subordinación de los órganos administrativos, que pertenecen a la jerarquía administrativa del Organismo Ejecutivo; Vicepresidente, Ministros Viceministros de Estado, etc.
- c) Al existir jerarquía dentro de los órganos administrativos se manifiestan los poderes de la misma: Poder de mando, disciplinario, de avocación y delegación, de revocación, de revisión, de control, etc., que fueron analizados dentro de la jerarquía administrativa.
- d) Los órganos administrativos inferiores ejecutan las órdenes sin mayor poder de decisión de carácter político, pues en Guatemala la decisión política corresponde con exclusividad al Presidente de la República por excelencia.

²⁵ Serra Rojas, Andrés. **Derecho administrativo**. Pág. 117.



- Elementos

Los más importantes son cinco: Unidad, jerarquía, control, potestad de revisión y otro elemento que agrega el maestro Godínez, la facultad de dirimir competencias:

- a) La unidad de mando, que inicia en el vértice de la pirámide jerárquica, que es el Presidente de la República y que termina con el último de los empleados del Organismo Ejecutivo.
- b) La jerarquía, como elemento de la centralización, lógicamente se establece con las relaciones de subordinación que existe dentro los órganos de la administración y que es su base principal.
- c) El control que ejerce el superior, que es una de las potestades de la jerarquía.
- d) La potestad de revisión de la actuación de los subordinados, por el órgano superior.

En Guatemala, la administración pública, es eminentemente centralizada, con un mínimo de descentralización, significa que la administración pública se encuentra dentro de una escala jerárquica rígida y las decisiones y políticas generales, dependen del órgano superior, que es el Presidente de la República, hacia abajo, Vicepresidente de la República, Ministros y Viceministros de Estado, Direcciones Generales, etc.; y con una gran influencia dentro de entidades descentralizadas, al menos en políticas y lineamientos en el ejercicio de su función especializada.



- Aplicación del principio de jerarquía

Significa que el poder de mando, se encuentra también centralizado, en la misma forma que se encuentran los órganos administrativos dentro de la jerarquía de arriba hacia abajo. Esto significa que las políticas generales son vertidas de la persona que ocupa el más alto grado dentro de la pirámide de la escala jerárquica; que es en nuestro sistema el Presidente de la República, que como ya se explicó ejerce una doble función: Jefe de Estado función política y superior jerárquico función administrativa.

- Ventajas

Dentro de la centralización o concentración administrativa, se encuentran una serie de ventajas, y se considera que dentro de este tema, las más adecuadas son las que nos plantea el tratadista Godínez Bolaños en su trabajo Los sistemas de organización de la administración pública, indica “las ventajas de la administración pública:

- a) El órgano supremo, asegura el control político dentro de todo el territorio;
- b) Las actuaciones de los subordinados es controlada por el centro político y hay moralidad administrativa;
- c) Los procedimientos administrativos son uniformes y los particulares saben a donde dirigir sus peticiones;



- d) Se logra prestar los servicios públicos en forma económica, porque atiende todo el territorio y el costo es repartido entre toda la población.
- e) El control y fiscalización sobre la actividad administrativa es más efectivo, de los órganos superiores hacia los subordinados.
- f) Las políticas administrativas son uniformes, pues dependen del superior jerárquico que constituye la unidad de mando.”²⁶
- Desventajas

Sigue manifestando el autor Bolaños en relación a las desventajas. “Los inconvenientes de la centralización administrativa:

- a) Hay centralismo burocrático y las oficinas administrativas se ubican en su mayoría, en la sede política del gobierno o capital del Estado;
- b) La administración se torna ineficiente en los territorios alejados de la capital;
- c) Las peticiones planteadas por los particulares, deben seguir un largo trámite hasta llegar al centro de decisión, lo que les motiva gastos de dinero y de tiempo;
- d) En los países con territorios extensos, este sistema resulta inconveniente por la falta de atención adecuada y porque se politiza excesivamente la administración.

²⁶ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 85.



Como consecuencia de todas las desventajas que presenta la centralización o concentración administrativa provoca como resultado lógico que exista una incontrolable corrupción dentro de los órganos administrativos, lo que trae como consecuencia que el Estado soporte un déficit financiero, también la falta de credibilidad de sus instituciones; el particular no cree en la administración pública, lo que deviene el poco interés y resistencia en el cumplimiento con sus obligaciones tributarias.^{»27}

- Procedimientos para establecer la concentración administrativa

Para bolaños en relación al tema, explica “Que la concentración administrativa tiene su base en el control absoluto del poder público, por un órgano. Para lograrlo, puede llevarse a cabo entre otras acciones, las siguientes:

- a) Se concentra el poder de decisión y de coacción en un órgano y se obliga legalmente a los demás a obedecerlo;
- b) Se otorga al órgano supremo la facultad absoluta para nombrar y destituir a todo el personal de la administración;
- c) Se concentra en el órgano supremo, además de la decisión política, la decisión técnica y toda la información sobre las actividades del gobierno y de la administración pública.^{»28}

²⁷ **Ibíd.**

²⁸ **Ibíd.** Pág. 80.

Como se puede observar todos los poderes que otorga la jerarquía son aplicados por el órgano superior sobre todos los subordinados, dentro de la escala jerárquica en donde el Presidente de la República ocupa el más alto grado.



- Su aplicación en Guatemala

El sistema en Guatemala es eminentemente concentrado o centralizado, con tendencias a la descentralización.

En Guatemala el organismo ejecutivo, es el órgano principal de la administración pública guatemalteca, el cual constituye la centralización o concentración, pero la centralización no es absoluta sino que existen otros órganos que no son centralizados, como por ejemplo, los municipios y sus órganos de gobierno, la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, entre otros.

La descentralización, nos referimos a la regionalización, con la que la Constitución Política de la República de Guatemala pretende descargar al organismo ejecutivo de las decisiones, para el desarrollo integral de todo el territorio del país, pues hay que recordar que con la exagerada centralización que el Estado soporta, el órgano central no logra efectivamente cumplir la finalidad que constitucionalmente le corresponde, que es, el bienestar general o bien común.

- Definición



Del análisis efectuado, se concluye que centralización o concentración administrativa, es aquel sistema o forma de organización administrativa que se basa en la jerarquía, en la que se encuentra concentrado todo el poder de mando y decisión, el órgano que ocupa el más alto grado dentro de la pirámide jerárquica de la administración pública Presidente de la República.

2.2.2. Desconcentración administrativa

La organización administrativa desconcentrada, es una concepción nueva y algunos de los autores de derecho administrativo la ubican como un término medio entre la centralización administrativa y la descentralización administrativa.

La desconcentración administrativa, nace como contraposición a la centralización administrativa, buscando eliminar el excesivo centralismo, que hace que la administración pública se torne lenta en sus decisiones y evita la rigidez del centralismo burocrático.



Según Gabino Fraga, la desconcentración consiste en: “La delegación que hacen las autoridades superiores en favor de órganos que le están subordinados de ciertas facultades de decisión.”²⁹

El autor Serra Rojas, indica que la desconcentración administrativa: “Es una técnica de organización que consiste en reconocer importante poder de decisión a los agentes del poder central, colocados a la cabeza de las diversas circunscripciones administrativas o de los diversos servicios.”³⁰

Este sistema de organización administrativa debe entenderse como una variante de la centralización, en donde los órganos aún se encuentran subordinados a los propios ministerios de estado caso Guatemala, en los que se encuentran facultades de decisión de carácter técnico, patrimonio, en la que no desaparece la jerarquía, pues las políticas son dictadas por el órgano central de la administración.

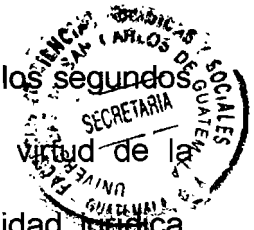
Para algunos autores la desconcentración es denominada como descentralización burocrática, la que debe distinguirse de la descentralización institucional o por servicio.

La doctrina francesa denomina desconcentración y ofrece como notas conceptuales, en primer lugar la transferencia de competencias de órganos superiores a inferiores,

²⁹ Fraga. Gabino. **Lecciones de derecho administrativo**. Pág. 63.

³⁰ Serra Rojas. **Ob.Cit.** Pág. 115.

unidos por vínculos jerárquicos, por lo que disminuye la subordinación de los segundos respecto a los primeros, sin que el vínculo se rompa totalmente. En virtud de la desconcentración el órgano inferior, a quien no se le otorga personalidad jurídica, adquiere poder de decisión sobre los asuntos administrativos que se sitúan dentro de su esfera de competencia que será tanto territorial como material.



La desconcentración implica la transferencia de la titularidad de la competencia administrativa, es decir se está en presencia de una delegación y hay que tomar en cuenta que las atribuciones que corresponden a un órgano superior pasan al subordinado.

Se ha considerado que la desconcentración es una fórmula intermedia entre la centralización y la descentralización administrativa, pues no transfiere competencias en forma absoluta y definitiva, aunque el órgano quien ejerce dichas atribuciones pueda resolver en forma definitiva.

Se establece que la desconcentración administrativa aparece como un fenómeno jurídico desligado del concepto de sistema administrativo.

La desconcentración no se presenta como un principio de técnica de organización de los servicios públicos, sino como una entidad jurídica con una específica conceptualización que le permite ser considerada como autónoma respecto de otras instituciones similares.

Desconcentrar implica desligar algo del centro, desviar la competencia del centro distorsionar la cúspide y el grado jerárquico de entidades administrativas con atribuciones y poderes propios de decisión.



En este sentido Godínez Bolaños dice, “Que la desconcentración es aquel principio jurídico en virtud del cual se confiere con carácter exclusivo una determinada competencia a uno de los órganos encuadrados dentro de la jerarquía administrativa sin ocupar la cúspide de la misma.”³¹

Esta institución jurídica puede darse en un régimen centralizado o descentralizado, pues la conveniencia de la desconcentración se presenta en todas las organizaciones administrativas, dado que la administración moderna debe descongestionar los órganos superiores mediante el traspaso de competencia.

El criterio más acertado es distribuir las competencias administrativas, que es el problema más grave que presenta la centralización.

³¹ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 89.



- Características

Las características más importantes de la desconcentración administrativa consisten:

- a) En que se otorga al órgano desconcentrado determinadas facultades de decisión limitadas;
- b) Un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio;
- c) No deja de existir el nexo de jerarquía;
- d) El organismo desconcentrado tiene cierta autonomía que le llaman autonomía técnica, que significa otorgarles facultades de decisión y cierta autonomía financiera presupuestaria;
- e) Invariablemente el órgano desconcentrado depende del órgano central.

Godínez Bolaños, dice “La desconcentración administrativa presenta las siguientes características:

- a) La centralización continúa como sistema principal de organización administrativa;
- b) Se le otorga a los órganos administrativos inferiores, la competencia legal para tomar las decisiones técnicas que le permitan prestar el servicio público que se les confía;

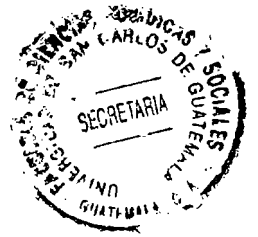


- c) Los órganos desconcentrados se especializan en la prestación de servicios públicos específicos;
- d) El órgano supremo de la administración controla a los órganos desconcentrados por medio de lineamientos políticos, asignación del presupuesto y patrimonio;
- e) El superior mantiene la potestad de nombrar al personal directivo y técnico del órgano desconcentrado y los contratos que celebra deben ser aprobados para adquirir validez jurídica.»³²

Como se establece, en las características señaladas por los diversos autores, lo principal de este sistema es que no desaparece la facultad o potestad de mando del órgano central y creo más que de hablar de la autonomía de sus funciones y atribuciones, se puede señalar una independencia relativa en cuanto a funciones de carácter técnico y especialización en la prestación de servicios públicos específicos.

Se concluye que éste es un sistema que puede presentar una alternativa viable para mejorar la prestación de los servicios públicos y el mejoramiento de la calidad de vida de los guatemaltecos, por la especialidad que presenta en la prestación de los mismos.

³² **Ibíd.** Pág. 85.



- Ventajas

Elba Barrientos, mencionada por Acosta Romero, señala “Las ventajas de la desconcentración administrativa:

- a) La acción administrativa es más rápida y flexible, ahorra tiempo a los órganos superiores y descongestiona su actividad, ya que no resuelven todos los asuntos.
- b) La acción administrativa se acerca a los particulares, ya que el organismo desconcentrado puede estudiar y resolver hasta cierto grado sus asuntos.
- c) Aumenta el espíritu de responsabilidad de los órganos inferiores al conferirles la dirección de determinados asuntos.”³³

Según Godínez, establece “Las ventajas siguientes de la desconcentración administrativa:

- a) Este sistema facilita las actividades de la administración estatal pues logra satisfacer necesidades sociales en mayores extensiones territoriales;
- b) La actividad administrativa se torna más rápida, flexible, eficiente y eficaz;
- c) Se conserva la unidad del poder público, por cuanto el órgano supremo mantiene el control político;

³³ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 118.

- d) El servicio público mejora y es más económico, porque es administrado por persona técnico.»³⁴



Para el tratadista Acosta Romero, “Son ventajas de la desconcentración administrativa las siguientes:

- a) Mediante el sistema la administración se acerca a los administrados y la acción administrativa a las necesidades generales que por esta acción se trata de satisfacer. En mérito a tal motivo ha de resolver el órgano que lo ha estudiado y no el que ha permanecido totalmente alejado de la formulación y tramitación del caso, y que por ello ha de tener menos elementos de juicio.
- b) La desconcentración presenta las ventajas técnicas de la organización interna de las sociedades centralizadas, ya que obliga a los funcionarios superiores de los departamentos ministeriales a tomar decisiones sin hacerse respaldar por el ministro, procedimiento que acelera la solución de los asuntos, lo que hace que la acción administrativa sea más rápida y flexible y ubique mejor las responsabilidades, ya que el ministro no puede materialmente estudiar todo lo que firma. Se acrecienta, además el espíritu de iniciativa de los órganos desconcentrados y la identificación con la tarea que a los funcionarios se ha encomendado, al dárseles la alta dirección de determinados asuntos.

³⁴ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 89.



- c) Evita los inconvenientes y las limitaciones de una larga línea jerárquica con muchos grados.
- d) Se obtiene un efecto benéfico al dar amplia satisfacción a las reivindicaciones regionales y locales, sin poner en peligro la unidad administrativa, la que se mantiene por la preexistencia del principio jerárquico. El mantenimiento de la unidad de acción es evidentemente uno de los grandes méritos de esta forma de organización administrativa. Es necesario agregar a esta ventaja la que resulta de conciliar esta unidad con la diversidad necesaria a una cierta flexibilidad de ejecución.
- e) Se encuentra más frecuentemente una competencia técnica en el agente desconcentrado que forma parte de la administración centralizada, que en el agente descentralizado de los entes autárquicos territoriales elegidos por sus conciudadanos, a menudo por razones más políticas que técnicas.
- f) El funcionario del ente desconcentrado tiene una mayor preocupación en el manejo del dinero público, y su administración trata de obtener una mejor gestión financiera que la que realiza un agente del ente descentralizado territorialmente elegido por sus conciudadanos.
- g) Lógicamente, el problema de la desconcentración administrativa está ligado al de reclutamiento del personal. De allí que una desconcentración acentuada no pueda realizarse, ni dar buenos resultados si ella no se efectúa en base de un personal administrativo capaz.³⁵

³⁵ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 118.



- Desventajas o Inconvenientes

El Profesor Godínez Bolaños, dice “Que la mayoría de estudiosos de derecho administrativo coinciden en que entre las causas más repetidas en el fracaso de este sistema está la politización de los órganos desconcentrados, pues se tiende a nombrar a personas que en muchos casos tienen una buena base política, pero carecen de los principios elementales de administración.”³⁶

Acosta Romero dice “La desconcentración administrativa tiene los siguientes inconvenientes:

- a) Que muchos asuntos del mismo género podrían ser resueltos conjuntamente, con lo que se ahorraría personal.
- b) Los funcionarios del ente desconcentrado pueden propender fácilmente a la tiranía o al favoritismo al resolver, dejándose influir por las circunstancias particulares del caso.
- c) Los funcionarios del ente desconcentrado pueden tener poco criterio para resolver los problemas que se les presenten. Este inconveniente es más aparente que real, ya que en la desconcentración funciona el poder jerárquico, y los órganos superiores pueden, a través de órdenes y circulares de carácter general, dar una dirección unitaria a los órganos inferiores des concentrados, facilitando al mismo tiempo la

³⁶ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 93.



más adecuada aplicación de las normas jurídicas a las necesidades concretas que evolucionan en forma continuada.”³⁷

- Procedimiento para establecer la desconcentración administrativa

Según Acosta Romero. “Existen tres sistemas o procedimientos para la creación de entidades desconcentradas:

- a) Por normas emanadas del legislador, es decir por medio de leyes formales ordinarias. Este procedimiento presenta serios inconvenientes, ya que el legislador carece de los conocimientos técnicos para tomar las medidas desconcentradoras necesarias. Por los demás, de seguir este sistema, la desconcentración traería mucha rigidez, ya que la administración estaría inhabilitada para rectificar la ley.
- b) Por disposiciones dictadas por el órgano ejecutivo en mérito de una expresa delegación que le haya hecho el legislador. Si la ley es poco elástica, la administración se encontraría en la imposibilidad de rectificar o tomar nuevas medidas desconcentradas, por cuanto la ley se lo impediría.
- c) Por medio de normas administrativas pura y simplemente. Este sistema sería de alcance muy reducido, ya que la administración no podría transferir competencias atribuidas por leyes formales.”³⁸

³⁷ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 119.

³⁸ **Ibíd.** Pág. 120.



- Su aplicación en Guatemala

Para la creación de entidades desconcentradas en Guatemala se ha utilizado el documento denominado Acuerdo Gubernativo, sin embargo existen varias entidades descentralizadas, a lo que el Profesor Godínez nos señala que, pueden considerarse como entes desconcentrados pues el presupuesto, patrimonio, nombramiento y remoción de sus principales funcionarios y la orientación de sus políticas de servicio público, vienen de la Presidencia de la República y la supervisión de los ministerios afines a sus actividades. Por ejemplo, INDECA, INGUAT, INDE, Empresas Portuarias, etc.

Asimismo manifiesta el Profesor Godínez, “Que la desconcentración por medio de Acuerdos Gubernativos (Decretos del Presidente en Consejo de Ministros), ha creado entidades como unidades ejecutoras y algunos ministerios con la decisión del Presidente de la República y para lograr la regionalización, han desconcentrado sus actividades hacia regiones por medio de Acuerdos Gubernativos.”³⁹

- Definición

Para Acosta Romero. “La desconcentración consiste en una forma de organización administrativa, en la cual se otorga al órgano desconcentrado determinadas facultades

³⁹ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 96.



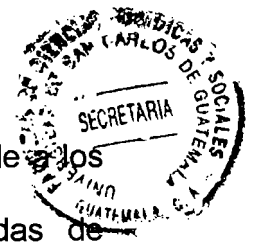
de decisión limitadas y un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio, para dejar de existir el nexo de jerarquía.»⁴⁰

Según Godínez, la desconcentración. “Es un sistema o forma de organización de la Administración Estatal, que consiste en crear órganos con facultades de decisión técnica, especializados en prestar determinados servicios públicos, sin que desaparezca su relación de dependencia jerárquica con el órgano supremo; son dirigidas y operadas por personal técnico que proyecta su actividad a todo el territorio del Estado con base en los lineamientos generales, patrimonio y presupuesto que les son asignados por ese órgano superior, de conformidad con el Decreto del Congreso de la República o el Acuerdo Gubernativo, que les da origen.»⁴¹

Hay que observar que dentro de la desconcentración administrativa no se pierde la jerarquía del órgano superior y que la aplicación de políticas de la prestación del servicio público siguen perteneciendo a los órganos centralizados, pues la aplicación de políticas es dirigida, normalmente por cuestiones partidistas o de la persona que ocupa el más alto grado en la escala jerárquica de la administración central, es decir por el Presidente de la República.

⁴⁰ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 120.

⁴¹ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 96.



Hay que notar que dentro de la desconcentración administrativa, no se concede a los órganos de personalidad jurídica propia, sino que únicamente son dotadas de facultades de carácter técnico.

2.2.3. Descentralización administrativa

En la descentralización administrativa, a diferencia de las entidades centralizadas, es importante la distribución de las competencias entre múltiples entidades administrativas que son independientes de los órganos centralizados y que tienen una personalidad jurídica propia y un ámbito de competencia territorial o funcional exclusiva.

Al hablar de descentralización, se está ante órganos que son creados como personas jurídicas públicas y que se encargan de prestar un servicio público específico, la descentralización implica la transferencia de competencias y funciones a personas jurídicas distintas del Estado, sobre las cuales va a existir un control de tutela.

Los órganos o entidades descentralizadas, normalmente se encuentran a cargo de órganos colegiados; ejemplo, las entidades como las Municipalidades, que se integran con el Concejo Municipal, la Universidad de San Carlos de Guatemala, que se encuentra a cargo del Consejo Superior Universitario.



Es de hacer notar que dentro del órgano colegiado existe un órgano unipersonal, que es el órgano de ejecución, el Presidente de la junta Directiva, el Alcalde Municipal, el Rector Magnifico de la Universidad, etc.

- Características

Para Godínez Bolaños. “Las entidades descentralizadas se caracterizan por lo siguiente:

- a) Se transfiere el poder de decisión o competencia del poder central a una nueva persona jurídica de derecho público;
- b) La nueva persona jurídica forma parte de la estructura estatal, pues lo que se le otorga es independencia funcional, para que pueda gobernar en cuanto a la forma y modo de prestar el servicio público y cumplir sus fines legales, sin violar los preceptos de la Ley Orgánica que la rige y por supuesto, las de la Constitución Política;
- c) Las entidades descentralizadas, deben gozar de relativa independencia política, para integrar sus órganos principales por medio de la participación de las personas que la conforman, según lo que determine la Constitución, su Ley Orgánica y sus propios Estatutos las municipalidades eligen autoridades entre los vecinos; la USAC entre estudiantes, profesores y profesionales;



- d) Gozan de patrimonio propio y pueden manejar su presupuesto, sin embargo esta independencia financiera también es relativa, pues deben hacerlo conforme su Ley Orgánica, Ley Orgánica del Presupuesto, General del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, sus Estatutos y reglamentos propios, además de la vigilancia que debe mantener por mandato constitucional, la Contraloría General de Cuentas;
- e) Tienen independencia estatutaria y reglamentaria y pueden emitir sus propias normas legales, pero sin violar la Ley Orgánica que las creó y la Constitución Política. No pueden legislar más allá de lo que les permite la Ley ordinaria.»⁴²

El tratadista Dromi establece “Que desde un ángulo técnico-jurídico, las notas que califican a la descentralización, son las siguientes:

- a) Transferencia de poderes de decisión, resolución, proposición e información.
- b) Creación de una persona jurídica pública distinta del Estado.
- c) Existencia de una tutela sobre dichos entes descentralizados, por parte de la administración central.»⁴³

⁴² Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 106.

⁴³ Dromi. **Ob.Cit.** Pág. 89.



Se concluye que las características más importantes que puede tener la descentralización son: En primer lugar la transferencia de competencias, decisiones que el estado hace; y en segundo lugar la persona jurídica nueva a la cual se le transfiere la competencia administrativa.

- Ventajas

Expone Godínez Bolaños que, “Las ventajas de la descentralización las siguientes:

- a) Se descongestiona a la Administración central de presiones sociales y de la obligación de prestar servicios;
- b) Los particulares se benefician porque reciben un servicio más eficiente, técnico y generalizado en todo el territorio;
- c) El servicio se moderniza y sin llegar a lucrar, el mismo se torna auto financiable;
- d) El patrimonio se utiliza con criterio económico y se racionalizan los beneficios entre toda la población y las utilidades se reinvierten para mejorar o ampliar el servicio;
- e) Se erradica el empirismo;
- f) Se aleja el espectro de la influencia político partidista;
- g) Los usuarios y los pobladores son quienes eligen a las autoridades de esas entidades;



- h) Los particulares también tienen la oportunidad de organizarse para servicio (concesiones-cooperativas);
- i) Los particulares también pueden satisfacer sus necesidades mediante la autogestión (Consejos de Desarrollo Urbano y Rural-sistema de ayuda mutua y esfuerzo propio).”⁴⁴

- Desventajas

A la descentralización administrativa, se puede criticar desde diversos puntos de vista:

- a) Se crea un desorden de la administración pública;
- b) Un crecimiento exagerado de la burocracia;
- c) Como lo manifiesta el Profesor Godínez, existe una manipulación política, en estas entidades y se otorgan puestos a políticos, sin ninguna preparación técnica;
- d) Los resultados de la actividad de estas entidades no satisfacen a plenitud las necesidades y consecuencia de ello, no se cumple a cabalidad la finalidad que se propone el Estado al crear esta clase de instituciones;
- e) Al no cumplirse con las finalidades que se propone el Estado, con la creación de estas organizaciones se generan pérdidas y éstas deben ser absorbidas por el Estado;

⁴⁴ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 107.

f) No existe una planificación adecuada de la labor que deben desarrollar estas instituciones, razón por la cual los resultados no son los que se propuso el Estado.



Aun con las serias críticas que se puede señalar a la descentralización, al igual que la desconcentración, presenta alternativas viables para el desarrollo integral del país.

Pero hay que ir por pasos, no se puede descentralizar de inmediato, sino que primero hay que ir desconcentrando y posteriormente al ir observando los resultados positivos de eficiencia, puede procederse a descentralizar.

- Control

Se concluye que las entidades descentralizadas no tienen una independencia absoluta del estado, sino existen controles y una marcada tutela que el estado ejerce sobre estas entidades, en relación a su presupuesto, pues las entidades descentralizadas necesitan del apoyo financiero del estado y encontramos una marcada ingerencia en la aplicación de políticas y en algunos casos de nombramiento de algunos de sus funcionarios, como por ejemplo el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.



Este control y tutela, se pueden establecer según los siguientes aspectos, pues hay que hacer notar que no todas las instituciones descentralizadas presentan los mismos problemas.

- a) Transferencia de fondos del Presupuesto General del Estado a la entidad, por medio de asignaciones trimestrales que actualmente sufren grandes retrasos por falta de dinero;
- b) Intervención permanente de la Contraloría de Cuentas en el manejo de fondos públicos;
- c) Emisión y reforma de su Ley Orgánica por el Congreso de la República;
- d) Aprobación en el Ejecutivo o en el Legislativo de las tasas, arbitrios y demás contribuciones, así como de sus reglamentos en el caso de entidades descentralizadas y municipalidades;
- e) Facultad de intervenir las entidades por mala administración.

En el orden judicial, estas entidades pueden ser objeto de control común civil y penal, privativo contencioso administrativo, económico coactivo, cuentas, político Tribunal Supremo Electoral para Municipalidades, Procuraduría de los Derechos Humanos, comparecencia ante el Congreso de la República y control constitucional amparo, exhibición personal, inconstitucionalidades entre los tribunales y la Corte de Constitucionalidad.



- Clases de descentralización

La descentralización ofrece dos modalidades; puede ser dentro de un determinado ámbito espacial, circunscripción territorial o comprender un núcleo concreto de funciones técnicas y de servicio institucional.

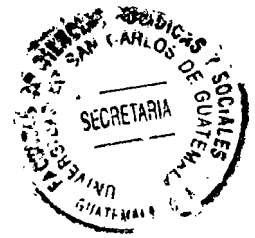
Dromi, al igual distingue dos clases de descentralización, que sería “La descentralización territorial o por región y la descentralización institucional o por servicios.”⁴⁵

Godínez Bolaños señala esencialmente tres formas de descentralización administrativa: “La descentralización territorial, la descentralización por servicio o institucional y la descentralización por colaboración.”⁴⁶

De la clasificación de los dos autores analizados anteriormente se desarrollará la clasificación más importante de las entidades descentralizadas, desde tres puntos de vista: La descentralización territorial o por región, la descentralización por servicio o institucional y la descentralización por colaboración.

⁴⁵ Dromi. **Ob.Cit.** Pág. 89.

⁴⁶ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 111.



- Descentralización territorial o por región

Este tipo de descentralización supone un área geográfica en la cual el ente administrativo ejerce su competencia administrativa.

El ejemplo de esta clase de entidades se encuentra en las Municipalidades, entidades que están dotadas de personalidad jurídica propia. El territorio, además de ser una demarcación del territorio es un elemento constitutivo. Dentro del ámbito territorial las municipalidades desarrollan su actividad administrativa.

La descentralización administrativa proporciona la oportunidad al estado para dar satisfacción a las ideas democráticas y hacer más eficaz la realización de sus atribuciones. Permite también que se construyan autoridades administrativas designadas por las mismas personas cuyos intereses van a verse comprometidos por la actuación de dichos entes.

El Profesor Godínez, expresa que: “La entidad descentralizada tiene la facultad legal de prestar la mayor cantidad de servicios públicos a una población. Para el efecto se le otorga el poder legal para decidir, manejar su patrimonio y presupuesto, emitir sus reglamentos, elegir sus autoridades y trazar sus políticas.”⁴⁷

⁴⁷ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 112.



- Descentralización por servicio o institucional

En este tipo de órgano descentralizado no importa la satisfacción de una necesidad pública local, sino una función específica eminentemente de carácter técnico, lógicamente con independencia del organismo central, la cual se encuentra dotada de competencias exclusivas, recursos propios y personalidad jurídica propia.

En esta clase de órgano descentralizado predomina el interés de la prestación del servicio público específico.

La descentralización institucional o por servicios, también llamada técnica o especial, reposa sobre la base técnica. La doctrina francesa, entiende que esta descentralización consiste en conferir una cierta autonomía a un servicio público determinado, dotándole de personalidad jurídica. El procedimiento técnico para la realización de la descentralización por servicios es, para la doctrina francesa, el establecimiento público.

La competencia otorgada a los órganos descentralizados institucionalmente tiene que ser confiados a personas que tengan un alto grado de preparación técnica y científica.



- Descentralización por colaboración

Ésta es una tercera forma de descentralización que se denomina por colaboración, funcional o corporativa y se refiere a algunas instituciones que no forman parte de la administración pública, no guardan ningún tipo de relación jerárquica ni de dependencia con la administración, únicamente son órganos que colaboran con los servicios públicos a que tiene obligación el Estado.

En Guatemala existen una serie de instituciones que prestan algún tipo de servicio público, como asociaciones, patronatos, fundaciones que son instituciones no lucrativas, que obtienen sus fondos, a través de donaciones o aportaciones de particulares, como por ejemplo, la Fundación Pediátrica Guatemalteca, Asociación del Niño por el Niño, Liga Nacional Contra el Cáncer, etc.

2.2.4. Autonomía y autarquía administrativas

Los entes autónomos son aquellos que tienen su propia ley y se rigen por ella, se considera como una facultad de actuar en una forma independiente y además tiene la facultad de darse sus propias instituciones que lo regirán y lo más importante el autofinanciamiento, sin necesidad de recurrir al Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado.



Además, los entes autónomos deben contar con sus propios recursos, un patrimonio propio, independencia total del organismo centralizado y sin ningún tipo de control estatal, pues no manejan fondos públicos, sino sólo privados.

Esto implica que las entidades autónomas deben reunir requisitos indispensables para que se les tenga como tal, como en lo jurídico, económico, técnico, científico y fundamentalmente en la capacidad de poder auto administrarse. Esto implica, que con este tipo de instituciones tienen sus propias normas; sus propios recursos, sin tener necesidad de recurrir al presupuesto del Estado para su subsistencia; inexistencia de un control, ni político, ni financiero; y una independencia absoluta.

En Guatemala, se han denominado algunas instituciones como autónomas, lo que se considera inadecuado, por cuanto algunas instituciones dependen del Estado financieramente y en otros casos dependen del nombramiento de funcionarios por parte del ejecutivo, consecuentemente no podemos hablar que en Guatemala existan entidades autónomas.

La autarquía también tiene su propia ley como ocurre con los entes autónomos y queda sujeto el ente a lo que disponga la ley de su creación, esto significa que tanto las entidades autónomas como las autárquicas están sujetas, en cuanto a las disposiciones normativas que se dicten, a una disposición de carácter superior, es decir por la Constitución Política de la República de Guatemala.

Se considera que del análisis que se hace de las instituciones descentralizadas, se puede afirmar, que los dos conceptos son equivalentes.



Así como la autonomía se convierte en una utopía, pues al hacer el análisis de lo que realmente es la autonomía se establece que ninguna de las entidades encontradas, tienen una verdadera autonomía, hablar de una autonomía total sin temor a equivocarnos entraríamos dentro del concepto de la privatización, lo que está muy lejos de suceder en países desarrollados, menos en países atrasados como los nuestros.

2.3. Clasificación constitucional de las entidades descentralizadas y autónomas

La Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 134, al regular la Descentralización y la Autonomía establece:

El municipio y las entidades autónomas y descentralizadas, actúan por delegación.

La autonomía, fuera de los casos especiales contemplados en la constitución de la República, se considera únicamente, cuando se estime indispensable para la mayor eficiencia de la entidad y el mejor cumplimiento de sus fines. Para crear entidades descentralizadas y autónomas, será necesario el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República.

Se establecen como obligaciones mínimas del municipio y de toda entidad descentralizada y autónoma, las siguientes:



- a) Coordinar su política, con la política general del Estado y, en su caso, con la especial del ramo a que correspondan;
- b) Mantener estrecha coordinación con el Estado;
- c) Remitirá para su información al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República, sus presupuestos detallados ordinarios y extraordinarios, con expresión de programas, proyectos, actividades, ingresos y egresos. Se exceptúa a la Universidad de San Carlos de Guatemala. Tal remisión será con fines de aprobación, cuando así lo disponga la ley;
- d) Remitir a los mismos organismos, las memorias de sus labores y los informes específicos que les sean requeridos, quedando a salvo el carácter confidencial de las operaciones de los particulares en los bancos e instituciones financieras;
- e) Dar las facilidades necesarias para que el órgano encargado del control fiscal, pueda desempeñar amplia y eficazmente sus funciones; y



- f) En toda actividad de carácter internacional, sujetarse a la política que trace el organismo ejecutivo.

De considerarse inoperante el funcionamiento de una entidad descentralizada, será suprimida mediante el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República.

2.3.1. Definición

La descentralización administrativa, puede ser conceptualizada en una forma muy concreta, como un sistema de organización administrativa que consiste en crear un órgano administrativo, dotándolo de personalidad jurídica y otorgándole independencia en cuanto a funciones de carácter técnico y científico, pero con ciertos controles del Estado.

2.3.2. La legislación de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que la forma de crear entidades descentralizadas o autónomas es a través del Congreso de la República.



Expresa el artículo 134 que la autonomía, fuera de los casos especiales contemplados en la Constitución de la República, se concederá únicamente, cuando se estime indispensable para la mayor eficiencia de la entidad y el mejor cumplimiento de sus fines. Para crear entidades descentralizadas y autónomas, será necesario el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República.

En la misma Constitución se encuentran algunos casos de este tipo de entidades, pero hay que tomar en cuenta que como lo expresa el profesor Godínez, existe una gran confusión en la Constitución de lo que significan la descentralización y la autonomía, no hay una verdadera consistencia en la aplicación constitucional de los conceptos. Más creemos que las denominaciones son más de carácter político que administrativo.

2.3.3. Entidades descentralizadas y autónomas

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentran algunas dependencias que señala como autónomas, tenemos así catalogadas las siguientes:

- Instituto Guatemalteco de Seguridad Social

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece, en el artículo 100, que: “La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos,



contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada.

Esta institución se encuentra regulada por su Ley Orgánica; la que le corresponde a su máxima autoridad, es decir la junta Directiva, que es un órgano colegiado.

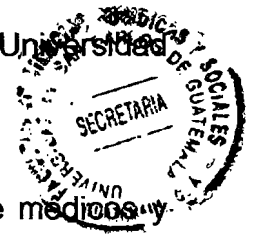
Aunque la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la autonomía de ésta institución, se establece que no constituye una verdadera autonomía. El Decreto 295 del Congreso de la República, contiene la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, siendo sus órganos superiores los siguientes:

a) La Junta Directiva:

La Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, se encuentra integrada por los siguientes miembros:

1. Un propietario y un suplente nombrados por el Presidente de la República, mediante acuerdo emanado por conducto del Ministerio de Economía y Trabajo;
2. Un propietario y un suplente nombrados por la junta Monetaria del Banco de Guatemala, de entre cualesquiera de sus miembros, con la única excepción de los que lo sean ex-oficio. Si alguna de las personas designadas deja de tener la calidad de miembro de la junta Monetaria, ésta debe hacer el nuevo nombramiento que proceda por lo que falte para completar el respectivo período legal;

3. Un propietario y un suplente nombrados por el Consejo Superior de la Universidad autónoma de San Carlos de Guatemala;
4. Un propietario y un suplente nombrados por el Colegio Profesional de médicos cirujanos;
5. Un propietario y un suplente nombrados por las asociaciones o sindicatos patronales que estén registrados conforme a la ley; y
6. Un propietario y un suplente nombrados por los sindicatos de trabajadores que estén registrados conforme a la ley.



b) La Gerencia;

La Gerencia del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social se encuentra integrada:

- Por un Gerente, quien es el titular de la misma; y
- Uno o más subgerentes, quienes deben actuar siempre bajo las órdenes del primero y son los llamados a sustituirlo en sus ausencias temporales, según su reglamento.

La gerencia es el órgano ejecutivo de la institución y, en consecuencia, tiene a su cargo la administración y gobierno del mismo, de acuerdo con las disposiciones legales, y debe también llevar a la práctica las decisiones que adopte la junta directiva sobre la dirección general del Instituto de conformidad con las instrucciones que ella le imparta.

Hay que tomar en cuenta que de conformidad con el Artículo 10 del Decreto No. 545 del Presidente de la República y el Artículo 183 literal s) de la Constitución Política de la República de Guatemala, los nombramientos de gerente y subgerentes corresponde hacerlos al Presidente de la República; y



c) El Consejo Técnico

Debe estar integrado por un grupo de asesores, con funciones consultivas quienes bajo su responsabilidad personal, deben sujetar su actuación a las normas científicas más estrictas y modernas que regulen sus respectivas especialidades.

- Universidad de San Carlos de Guatemala

La regula el artículo 82 de la Constitución Política de la República de Guatemala como una institución autónoma, con personalidad jurídica propia y tiene el carácter de única Universidad pública, y le corresponde con exclusividad dirigir, organizar y desarrollar la educación superior del Estado y la educación profesional universitaria estatal, así como la difusión de la educación en todas sus manifestaciones. Es obligación de la Universidad de San Carlos, promover por todos los medios la investigación en todas sus esferas del saber humano y cooperará al estudio y solución de los problemas nacionales.

La Universidad de San Carlos de Guatemala se rige por su Ley Orgánica, sus estatutos y reglamentos que ella emita.



El gobierno de la Universidad de San Carlos de Guatemala, corresponde al Consejo Superior Universitario, integrado por:

- a) El Rector Magnifico de la Universidad de San Carlos de Guatemala, quien lo preside;
- b) Los decanos de las facultades;
- c) Un representante del colegio profesional, egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que corresponda a cada facultad;
- d) Un catedrático titular de cada facultad; y
- e) Un estudiante por cada facultad.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, de conformidad con el Artículo 184 de la Constitución Política de la República de Guatemala, le corresponde una asignación privativa no menor del cinco por ciento del Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado, debiendo procurar un incremento presupuestario adecuado al aumento de su población estudiantil o al mejoramiento del nivel académico.



- El Municipio

El artículo 253 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa que los municipios son instituciones autónomas, y les corresponde entre otras funciones las siguientes:

- a) Elegir a sus propias autoridades;
- b) Obtener y disponer de sus recursos; y
- c) Atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.

Como es normal en las entidades descentralizadas se le deja facultad a su órgano de dirección a efecto que puedan emitir sus propias ordenanzas y reglamentos.

El gobierno de los municipios es ejercido por un Concejo Municipal, el cual queda integrado con el Alcalde, los Síndicos y Concejales, los que son electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Queda establecido dentro del artículo 257 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que el Organismo Ejecutivo debe incluir anualmente en el Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado, un diez destinado para las municipalidades.



Así, encontramos la tendencia de la Constitución Política de la República de Guatemala a la descentralización, a través de la regionalización administrativa, cuyo fin primordial es hacer que se extienda un desarrollo sostenido a los lugares alejados de la metrópoli.

- Los Consejos Regionales de Desarrollo Urbano y Rural

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el territorio de la República de Guatemala se divide para su administración en departamentos las Gobernaciones Departamentales, y éstos en municipios su órgano administrativo las Municipalidades.

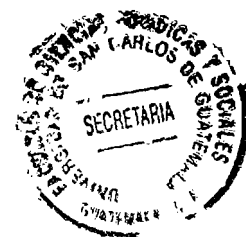
Queda establecido también en la Constitución, el espíritu de descentralizar la administración pública y para el efecto se establecen las regiones de desarrollo, en los cuales debe quedar plasmado el criterio económico, social y cultural. Las regiones pueden estar constituidas por uno más departamentos y municipios y cualquier otro sistema sin que menoscabe la autonomía municipal.

Se crea el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, el que queda coordinado por el Presidente de la República y se integra como lo establece la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural Decreto 11-2002 de Congreso de la República.

La administración pública se desarrolla dentro de un ordenamiento jurídico desde la Constitución Política de la República de Guatemala, dentro de la cual se encuentra la estructura y funciones del Estado y sus organismos, y establece las diferentes formas de organización administrativa como lo es la centralización, descentralización, desconcentración y la autonomía. En Guatemala el gobierno es eminentemente centralizado y dicha forma de centralización se encuentra jerarquizada la cual no permite que los servicios públicos se presten en una forma eficiente, y poder cumplir su fin supremo que es el bienestar general, en cambio la descentralización transfiere competencias a organismos independientes de los centralizados, descongestionando la administración central, se moderniza el servicio y así se satisfacen a las necesidades de toda la población.



CAPÍTULO III



3. Adopción

Actualmente la figura de la adopción ha causado polémica no solo en Guatemala, sino a nivel mundial, debido al gran número de adopciones fraudulentas y tráfico de niños que se han venido dando en los últimos años como consecuencia de la inconciencia de muchas personas y de la ambición de muchos notarios que faltan a la ética y moral profesional han hecho mal uso de la ley y utilizando influencias con los malos funcionarios, lo que significa una inadecuada legislación y poco control estatal.

En el actual capítulo se analizarán las causas que hacen que Guatemala sea un país atractivo para las adopciones, los motivos que impulsan a las familias a entregar a los menores en adopción, así mismo se demostrará la necesidad que existe de una legislación que regule la institución de la adopción plenamente, para evitar la comercialización de niños y protegerlos como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

3.1. Definición de adopción

Para iniciar el análisis de la adopción, es necesario partir de la debida concepción y alcances que tanto los estudiosos de la materia como los legisladores han otorgado a esta institución.



- Doctrinaria: Según el tratadista Federico Puig Peña la adopción es institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y de filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.”⁴⁸ Complementando la anterior definición, Diego Espín Canovas considera que la adopción es “Un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima.”⁴⁹ Asimismo el José Castán Tobeñas define a la adopción como: “Un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas aunque no idénticas, a las que resultan de la paternidad y filiación.”⁵⁰
- Legal: La institución de la adopción se encontraba regulada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, dentro del Código Civil en el libro primero, título segundo, capítulo sexto, Artículo 228 estableciendo que es “... el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.”. Actualmente se regula la adopción en la ley específica Decreto número 77-2007, Ley de Adopciones, la cual establece en el Artículo 2 literal a) Adopción: Institución social de protección y orden público tutelado por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al biológico de otro persona.

De acuerdo con las definiciones anteriores se puede concluir que la adopción es una institución jurídico- social, que tiene como finalidad crear un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante bajo la supervisión del Estado.

⁴⁸ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 325.

⁴⁹ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 85.

⁵⁰ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español común y foral**. Pág. 640.



3.2. Evolución histórica de la adopción

Se considera que la adopción tuvo origen en la India donde se transmitió juntamente con las creencias religiosas a los hebreos, teniendo una finalidad eminentemente religiosa, ya que surgió para evitar la costumbre existente que establecía que las mujeres que no podían tener hijos con sus esposos los debían tener con los hermanos de éste o con el pariente más cercano.

La adopción en el derecho romano se practicó de dos formas: La adrogatio y la adoptio.

La adrogatio. Se trataba de la adopción de una persona que no se encontraba sometida a ninguna potestad, por lo que esta persona se incorporaba a la familia del adoptante juntamente con todas las personas que se encontraban sometidas a su potestad; mientras que la adoptio, consistía en que una persona salía de su familia de sangre y de la potestad de su pater familias para pasar a formar parte del linaje del adoptante.

En el derecho francés, los legisladores estimaron inconveniente introducir en una familia a un individuo que por naturaleza no pertenecía a la misma, por lo que procedieron a crear una cuasi paternidad, quedando la adopción como un vínculo personal entre el adoptado y el adoptante. En este caso el adoptado no salía de su núcleo familiar.

La finalidad de esta clase de adopción era el de crear vínculos de afecto entre el adoptado y el adoptante, tendientes a perpetuar una tradición aristocrática.

En la edad media la adopción perdió interés debido a que el derecho feudal establecía como impropia la convivencia de los señores feudales con plebeyos.



Durante los siglos XIII al XVII en Inglaterra no existía la adopción como tal, sin embargo había una institución que correspondía al aprendizaje de los huérfanos, abandonados o cedidos por sus padres a familias de artesanos que pertenecían a un estrato social y económico superior, para que aprendieran la artesanía y contribuyeran con la familia como retribución de la enseñanza.

Dicha práctica del amaestramiento se extendió en el siglo XVII a las colonias norteamericanas, trasladándose los niños huérfanos, abandonados o cedidos por sus padres desde Inglaterra hasta dichas colonias, para incorporarse como aprendices en las familias.

En la revolución francesa una gran cantidad de niños europeos que quedaron en el abandono, situación que creó el surgimiento de una nueva orientación en los objetivos de la familia sustituta que hacía necesario crear una institución que permitiera la incorporación definitiva del menor ajeno al seno familiar que lo acogía. Como consecuencia a esto, existieron países como Italia, Francia e Inglaterra que en los años de 1914 y 1930 promulgaron normas que regulaban la materia de la adopción dentro de las cuales no le concedían al adoptado el estado civil de hijo legítimo del adoptante, pero se establecían vínculos semejantes.



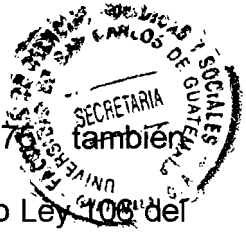
La Segunda Guerra Mundial la legislación francesa introdujo la legitimación adoptiva, la cual favorecía a los niños menores de cinco años que eran abandonados por sus padres desconocidos, en la cual el menor dejaba de pertenecer a su familia de origen y adquiría la condición irrevocable de hijo legítimo de los adoptantes. Dicha legitimación fue perfeccionándose con el transcurso de los años hasta que en 1966 surgió la adopción plena.

En América Latina, hasta las primeras décadas del siglo XX, aparecieron dentro de los ordenamientos jurídicos de muchos de los países que la conforman, normas correspondientes a la adopción, regulándose la misma con las características de la adopción clásica, es decir la que no se crea estado civil entre adoptantes y adoptado, manteniendo el vínculo del hijo con su familia biológica.

3.2.1. Origen de la adopción en el derecho guatemalteco

Como todas las instituciones jurídicas en general, la regulación de la adopción en Guatemala, tiene sus raíces en el antiguo derecho romano que influyó al napoleónico, pasando a los Códigos Civiles de América Latina y por ende al de Guatemala.

La primera regulación que se tiene de la adopción en el ordenamiento jurídico guatemalteco es en el Decreto Gubernativo 176 del 8 de marzo de 1877, producto de la revolución liberal de 1871; posteriormente el 13 de mayo de 1933 la Asamblea Nacional Legislativa aprobó las reformas presentadas por una comisión de jurisconsultos, con la finalidad de acoplar la regulación a la realidad de la época liberal.



Posteriormente el Congreso de la República emitió el Decreto 376 denominada Ley de Adopción, la cual en 1963 fue derogada por el Decreto Ley 100 del Jefe de Gobierno de la República Enrique Peralta Azurdia, contemplado en los artículos del 228 al 251. La institución de la adopción, y que fueron derogados por el Decreto número 77-2007 del Congreso de la República.

3.3. Finalidad de la adopción

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 57 regula la adopción, estableciendo que es deber constitucional del Estado asegurar el bienestar de la niñez guatemalteca, por lo cual reconoce, protege y declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y abandonados, teniendo como objetivo primordial brindar a un niño que haya experimentado situaciones traumáticas, como lo es la falta de familia o la negación de la misma para cuidarlo.

No es meramente la finalidad de la adopción, como lo era en el derecho romano, la continuación de un grupo familiar, ni el empeño para que no se extinga un apellido aristocrático, sino que es el interés social de asistencia tanto económica, cultural y moral a los menores abandonados o cuyos padres carecen de medios económicos para su subsistencia, teniendo como consecuencia el beneficio de los matrimonios que no engendraron hijos.

En consecuencia la utilidad social de la adopción es indiscutible debido a que cumple con la protección a la infancia desvalida, así como favorece a innumerables hogares sin

descendencia propia. Por otra parte, la actitud del Estado moderno no es pasiva ya que interviene orientando y dirigiendo las relaciones particulares y velando por el bienestar del pueblo que es una de las obligaciones primordiales de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que le interesa la práctica de dicha institución debido a que contribuye a cumplir una necesidad social.



3.4. Causas que dan origen a la adopción

De conformidad con el estudio elaborado por Elizabeth Arévalo: “Los países de Centro América tienen una situación social, económica y política similar, marcando esta situación un proceso creciente de niños abandonados, niños que crecen en situación de extrema pobreza, hijos de madres solteras, mujeres violadas, huérfanos y huérfanos de padre, encontrándose sin el apoyo del gobierno y de las instituciones privadas.”⁵¹

Sigue diciendo Arévalo: “En un país como el nuestro de tanta precariedad, de una pobreza estructural acentuadísima, que ha llegado a los niveles más fuertes posibles y que tiene tanta deformación educativa y cultural de la gente, no es de extrañar que hayan miles y miles de niños y niñas que son los candidatos a ser adoptados... Hay tanto niño en desamparo, hay tanto niño que no tiene padre ni madre, no necesariamente por razones biológicas, sino que no lo tiene por razones educativas o por pobreza.”⁵²

⁵¹ Arévalo, Lizbeth. **La adopción: Entre ser sujetos de amor y objetos de comercio.** Pág. 115.

⁵² **ibíd.**

Entre las causas principales que existen para entregar a un menor en adopción, se encuentran:



3.4.1. La pobreza

En los últimos años el fenómeno de la inflación ha contribuido a aumentar el número de familias guatemaltecas de escasos recursos, el abuso de menores, la prostitución y la explotación de la niñez es parte de su supervivencia en una situación de escasas posibilidades para resolver sus problemas económicos.

Es un elemento que forma parte de la realidad guatemalteca, existiendo de conformidad con un estudio elaborado por el Instituto de Nutrición de Centro América y Panamá INCAP el 75% de los niños menores de 5 años, se encuentran en estado de desnutrición trayendo esto como consecuencia un incompleto desarrollo mental del futuro adulto.

En los dictámenes de los trabajadores sociales adscritos a los tribunales de familia se analiza con énfasis la situación económica del adoptante y de la familia natural, y en un alto porcentaje los padres naturales se ven en la obligación de separarse de sus hijos como consecuencia de su incapacidad para su sostenimiento.

3.4.2. La ignorancia



Manifiesta Lizbeth Arévalo. “Que la ignorancia es otra de las causas que dan origen a la adopción y que se encuentra íntimamente ligada con la anterior, estableciendo que el analfabetismo provoca un grado de pobreza e incide en la mentalidad del analfabeta para enfocar su problemática.”⁵³

Las familias conformadas por personas ignorantes en su mayoría son muy prolíficas, como consecuencia de su falta de conocimiento y educación, siendo difícil alimentarlos por lo que se encuentran en la necesidad de abandonarlos o darlos en adopción.

3.4.3. El desempleo

La inflación mundial, la escasez de tierras para cultivar, los bajos salarios, el temor de los capitalistas para invertir, la carencia de mano de obra calificada, las migraciones del campo a la ciudad, la falta de tecnocracia, entre otras, dan origen al desempleo y por ende a la pobreza, a la desintegración familiar, al abandono de los niños o a la adopción.

3.4.4. Embarazos no deseados

Los embarazos no deseados ya sean provenientes de libertinaje, libertad sexual, ignorancia, desconocimiento, falta de precaución, violaciones o por descuido de la

⁵³ **Ibíd.** Pág. 118.



pareja, entre otros, es una de las causas del abandono de niños y de la entrega en adopción, derivado del rechazo, temor o falta de responsabilidad de uno o ambos padres.

3.4.5. Otras causas

Dentro de éstas se encuentran el alcoholismo y la drogadicción que son factores que promueven que los padres abandonen a los menores y por ende la entrega en adopción de los mismos, como consecuencia del abandono que hace el alcohólico o drogadicto de sí mismo, de su familia y por lo tanto de sus hijos.

Otras causas son las confrontaciones bélicas surgidas en territorio guatemalteco y los desastres naturales que en los últimos años han dejado a un sin número de huérfanos o abandonados.

Arévalo indica “Que entro de las razones para que una persona se convierta en adoptante se encuentran las siguientes:

- Por infertilidad: Son las personas que se encuentran obligadas a adoptar a un menor debido a la imposibilidad física que poseen para ser padres.
- Por soledad: Se trata de las personas que buscan llenar un vacío adoptando a un menor y obteniendo beneficios tanto para ellas mismas como para el adoptado.



- Por generosidad: Son las personas que no planifican adoptar, pero conocen a un niño desprotegido y por un sentimiento de generosidad lo toman como hijo suyo y lo adoptan.
- Por convicción: Son las personas que pudiendo tener hijos o teniéndolos ya, toman conciencia del problema de desprotección por el cual se encuentran atravesando muchos niños, y sabiendo que al adoptar un niño no se soluciona el problema de la niñez guatemalteca, deciden contribuir a disminuir el problema adoptando a un menor.”⁵⁴

3.5. Clases de adopción

Doctrinariamente existen diversas clasificaciones de adopciones:

- a) Adopción de expósitos: Se refiere a la adopción que se hace de los menores que se encuentran desamparados, abandonados por sus padres o de quienes se ignora su origen. Es la más aceptada por los adoptantes debido a que existe una mínima probabilidad de que aparezcan los padres biológicos a pedir la devolución del menor.
- b) Adopción de hecho: En la mayoría de casos en los que se lleva a cabo, no se tiene inicialmente la idea de adoptar sino que por circunstancias ajenas, el menor llega a su hogar. Esta adopción es la que surge cuando una familia se hace cargo de un

⁵⁴ **Ibíd.**

menor y no realiza los trámites de adopción por temor a los efectos legales que pudieran derivar, por desconocimiento de las leyes o por la falta de dinero para llevar a cabo un procedimiento establecido por la ley. La familia adoptante tiene al niño adoptado como hijo, lo presentan socialmente y lo tratan como tal, pero sin haber realizado el trámite, por lo tanto no lleva el apellido de la familia adoptante y no tiene derecho hereditario de la misma.



- c) Adopción fraudulenta: Surge cuando hay simulación de parto y aparecen los adoptantes ante el Registrador Civil y ante la sociedad como los verdaderos padres del menor, obteniendo una certificación de nacimiento.

- d) Adopción simple: Dice Eduardo A Zanoni “Es una forma de adopción, que si bien confiere al adoptado la posición de hijo matrimonial, no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados por la ley. El régimen de adopción simple, crea para el adoptado un estatus de filiación en el cual surge vínculo de parentesco con el adoptado, y no con la familia de este. »⁵⁵

Ha sido reconocida y reglamentada en la mayoría de los países, y de conformidad con el Decreto ciento seis del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala regulaba, esta es la clase de adopción asumida por Guatemala, dentro de la cual se reputaba al niño adoptado como hijo legítimo del adoptante, pero no adquiría vínculo de parentesco con los consanguíneos de éste; por lo que al menor adoptado se le daba un tratamiento

⁵⁵ Zannoni, Eduardo A. **Derecho de familia**. Pág. 511.



similar del que se deriva de la filiación natural, pero reconociendo que no es hijo propio y que por lo tanto continúa con los lazos familiares, aunque debilitados, con su familia biológica. Dentro de los principales efectos se encontraba la equiparación del hijo adoptivo con el hijo legítimo en lo concerniente a la patria potestad y el derecho de alimentos, otro efecto es la libertad que existe en la elección de los apellidos del adoptado los cuales se deben establecer en la escritura pública que contenía la adopción. En lo relacionado con los derechos sucesorios, el hijo adoptivo tiene derecho de sucesión del adoptante como si éste fuera su padre biológico.

Según María de la Luz Gómez Mejía. “Las principales características de la adopción son:

- Establece un vínculo paterno-filial entre adoptante y adoptado, sin extenderse a la familia de ambos.
- No existe ruptura de vínculos familiares anteriores.
- El adoptado forma parte de su familia de origen, donde conserva todos sus derechos y obligaciones.
- La relación jurídica con la familia biológica del adoptado persiste con fines de sucesión.
- Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad guarda, crianza, representación legal, educación, administración de los bienes del hijo se transmiten a los adoptantes.
- Los derechos sucesorios son limitados entre el adoptante y el adoptado.



- Revocabilidad por mutuo acuerdo, por voluntad del adoptado o por causa de ingratitude.⁵⁶

El Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones define la adopción de la manera siguiente: Adopción institución social de protección y orden público tutelado por el estado, por la cual una persona toma como hijo propio al biológico de otro persona.

- Adopción plena: El adoptado adquiere una filiación que sustituye a la de origen, por lo que el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica. Zannoni define esta forma de adopción como: “En la adopción plena, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo.”⁵⁷
- Adopción nacional: Dentro de esta clase de adopción es determinante la nacionalidad del adoptado y del adoptante, siendo en este caso de la misma nacionalidad, cuyo domicilio y residencia habitual lo tienen establecido dentro del mismo país. Con la adopción nacional el menor no es apartado de su cultura y de su entorno social al ser ubicado dentro de una familia nacional.

⁵⁶ Gómez Mejía, Maria de la Luz. **La adopción y su trámite extrajudicial**. Pág. 33.

⁵⁷ Zannoni. **Ob.Cit.** Pág. 80.



De conformidad con lo establecido dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño la adopción nacional tiene prioridad sobre la adopción internacional, sin embargo en la práctica, de conformidad con lo establecido por UNICEF el número de adopciones internacionales son casi la mayoría de las adopciones que se realizan en Guatemala. Continúa manifestando UNICEF: “Según las conversaciones sostenidas con padres adoptivos, jueces, trabajadores sociales y encargadas de Hogares en Guatemala, la adopción nacional no se ha visto favorecida debido en parte, ... a que las trabajadoras sociales imponen obstáculos a los solicitantes nacionales, que los Hogares o Casas Cuna prefieren dar a los niños o niñas a extranjeros; que los abogados prefieren ganar en dólares; que las familias guatemaltecas no quieren adoptar niños del país; que los costos resultan muy elevados y que no existe cultura de adoptar en Guatemala.”⁵⁸

- Adopción internacional: Los adoptantes y los adoptados poseen distinta nacionalidad, siendo en su mayoría los adoptados guatemaltecos y los adoptantes extranjeros.

De conformidad con el estudio elaborado por UNICEF el noventa y ocho por ciento 98% de las adopciones realizadas en Guatemala durante el año dos mil fueron internacionales.

En su mayoría son tramitadas a través de agencias de adopción, las que contactaban directamente con abogados que llevaban a cabo este tipo de adopciones.

⁵⁸ UNICEF. **Estudio sobre adopciones y los derechos de los niños en Guatemala.** Pág. 2.



- Adopción judicial: Es la que se tramita ante un juez competente, que en Guatemala es un juez de familia del domicilio del adoptante, quien otorga su autorización a la solicitud de adopción.
- Según el estudio realizado por UNICEF dice. “Esta clase de adopción durante el año dos mil, fue tramitada en un uno por ciento (1%).”⁵⁹
- Adopción notarial: Participaba el notario como auxiliar de los tribunales haciendo uso de su fe pública para tramitar ante sus oficinas las diligencias voluntarias de adopción, sin necesitar autorización judicial, tal y como lo establecía el Artículo 28 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

3.6. Efectos de la adopción

- a) El nacimiento de un parentesco civil entre adoptante y adoptado, absolutamente idéntico en cuanto a derechos y obligaciones, al que existe entre padre e hijo.
- b) La inexistencia de parentesco entre los parientes del adoptado y adoptante.
- c) El adoptado y los hijos del adoptante deben ser considerados, tratados y presentados en las relaciones sociales como hermanos, aunque entre ellos no exista parentesco alguno.

⁵⁹ UNICEF. **Ob.Cit.** Pág. 11.



- d) El adoptante adquiere la patria potestad del adoptado.
- e) El adoptado tiene derecho a usar el apellido del adoptante.
- f) El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si es de aquel.
- g) El adoptado y su familia biológica conservan sus derechos de sucesión recíproca.
- h) El adoptado que sea menor de edad cuando fallezca el adoptante, debe regresar con su familia biológica, tutor o a la institución de asistencia social correspondiente.

3.7. Regulación de la adopción

La institución se encuentra normada tanto en las leyes guatemaltecas y a nivel internacional, en Guatemala a tenido modificaciones desde el Código Civil, la Ley Reguladora de la Tramitación notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria hasta la entrada en vigencia del Decreto número 77-2007 que regula lo relativo a la adopción, en lo internacional esta regulado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de mil novecientos ochenta y seis, el convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional,



Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de mil novecientos ochenta y nueve, dichos convenios ratificados por el Congreso de la República de Guatemala.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 54 establece: El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

El Código Civil regulaba la adopción en los artículos del 228 al 251, definiéndola como un acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona, permitiendo la adopción de un mayor de edad. También establecía las causas de extinción de la adopción así como sus efectos desde un punto de vista limitado no plena al establecer que el adoptado y su familia natural conservan los derechos de sucesión recíproca.

Asimismo, el citado código normaba algunas disposiciones y procedimientos, como lo es la solicitud ante el juez de primera instancia del domicilio del adoptante y los documentos que se debían acompañar a dicha solicitud.

De conformidad con el estudio sobre adopciones y los derechos de los niños y las niñas en Guatemala: Las disposiciones de este código son insuficientes y no responden a la realidad social, donde el 98% de las adopciones son internacionales con carácter pleno



se tramitan por la vía notarial, aparte de que violan el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño y no responde a los principios internacionalmente aceptados a través del Convenio de la Haya, aún no ratificado por Guatemala.

Dicho estudio manifiesta que las principales deficiencias encontradas dentro de los artículos que regulaban la adopción en el Código Civil son:

No establecía la subsidiariedad de la adopción internacional respecto de la nacional.

No establecía la actuación en el interés superior del niño.

No exigía el consentimiento del menor de edad que vaya a ser adoptado cuando tuviera edad para ello según lo establecido por UNICEF los doce años suele ser la edad dispuesta de conformidad con los diversos ordenamientos, ni se regula la necesidad de que sea escuchado cuando tuviera suficiente juicio.

No tenía en cuenta la idoneidad de los adoptantes en relación con las necesidades del niño.

No se regulaba el control del origen del niño UNICEF establece como ejemplo a esta deficiencia la inexistencia de una autoridad o entidad judicial encargada de llevar el control del origen del menor antes de iniciarse el procedimiento judicial; así como no existe tampoco un control sobre las casas cuna o lugares de acogimiento del niño.



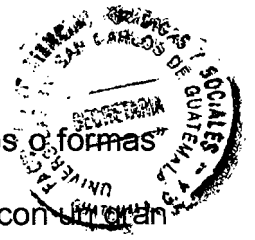
No se exigía que en la legislación del país receptor, existan leyes que garanticen los mismos derechos y obligaciones reconocidos al menor de edad en su país de origen.

La adopción no siempre es plena, de modo que a veces no se rompen totalmente los vínculos con la familia biológica; cabe la revocación de la adopción; hay ausencia de derechos hereditarios por parte de algunos parientes, cuyo parentesco surge a raíz de la adopción; los familiares biológicos siguen conservando derechos sobre el niño dado en adopción.

No se establecía la necesidad de un seguimiento del niño que es adoptado por una familia residente en el extranjero, corriéndose el peligro de que los padres adoptivos lo utilicen para otros fines.

De conformidad con el estudio elaborado por UNICEF, el procedimiento se establecía dentro de la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, fue el más utilizado en las adopciones efectuadas en el año 2000.

El Artículo 28 indicaba que las adopciones formalizadas ante notario no requieren la previa autorización judicial, al respecto UNICEF establece: “Al no existir un control público respecto al origen de los niños, ni un control judicial del procedimiento de adopción, se ha dado lugar a una serie de adopciones legales en su forma, pero ilegales en su fondo; el origen de los niños suele ser con frecuencia desconocido, incontrolado, y no existen barreras para que determinados abogados dedicados a la adopción conviertan éstas en un auténtico tráfico de niños, puesto que no se limitan los



honorarios que ellos pueden exigir a los adoptantes, ni los “métodos, modos o formas que tienen que convencer a las madres de escasos recursos económicos y con un gran número de hijos para que consientan en el negocio métodos que a veces llegan a la coacción.”⁶⁰

Continúa manifestando UNICEF: “Dicho procedimiento (el regulado dentro de dicha ley para la adopción) no ofrece ninguna garantía de velar por los intereses del niño: No se le da participación, ni para que consienta ni para que se le oiga; los consentimientos nunca se prestan ante juez, de modo que el notario puede, si faltare a la ética de su profesión, eludir dichos consentimientos falsificando alguna firma o conseguirlos a través de medios ilegales (coacción, corrupción por dinero, etc.); la idoneidad del adoptante se basa en el testimonio de dos personas que pueden estar compradas o no conocer siquiera al adoptante (no hay ningún control sobre ello); no se hace ningún seguimiento en caso de adopción internacional.”⁶¹

La ley de Tribunales de Familia y Código Procesal Civil y Mercantil, establecían los procedimientos que se deben seguir en caso de adopción judicial, era el de la jurisdicción voluntaria, pero si dentro del transcurso del procedimiento existiera oposición se tornaría contencioso.

⁶⁰ **Ibíd.** Pág. 21.

⁶¹ **Ibíd.** Pág. 23.



Por lo que tomando en consideración lo establecido según el estudio elaborado por UNICEF: “Debido a la dispersión de las normas que regulan la adopción en Guatemala y a la falta de análisis con que la materia ha sido legislada, existen vacíos y contradicciones que hacen que aún cuando las adopciones tengan un manto de legalidad, no garantizan a los niños y niñas la protección integral que se requiere.”⁶²

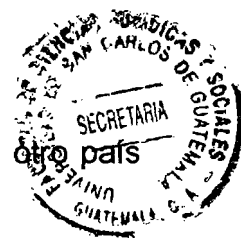
Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de 1986. Esta declaración, de acuerdo con lo establecido por Claudina Juárez de Barreda, defensora de los derechos de la niñez del Procurador de los Derechos Humanos. “Surge como consecuencia de la percepción interna de las Naciones Unidas al tema de la niñez, ampliándose posteriormente y dando origen a la Convención de los Derechos del Niño, la cual es ratificada por los Estados Miembros.”⁶³

De acuerdo con lo establecido por Claudina Juárez de Barreda, Guatemala no suscribió ni ratificó la Declaración, sino que posteriormente suscribió y ratificó la Convención de los Derechos del Niño.

En el Artículo 17 establece que cuando no sea factible colocar a un niño en una guardería, darlo en adopción en una familia adoptiva nacional o cuando no pueda ser

⁶² **Ibíd.** Pág. 26.

⁶³ Juárez, Claudina. **Defensora de los derechos de la niñez del procurador de los derechos humanos.** Pág. 20.



cuidado adecuadamente en su país de origen, se podrá dar en adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia.

Lo que pretende esta Declaración es lograr que se lleve a cabo un seguimiento de la relación entre el niño y los futuros padres adoptivos antes de que tenga lugar la adopción.

El Estado de Guatemala es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 1989, a partir del 10 de mayo de 1990, la cual establece los derechos y compromisos en relación con la adopción en los siguientes artículos:

El Artículo 9 establece el derecho del menor a estar con su familia, al cuidado de sus padres y a no ser separado de ellos, salvo cuando las autoridades determinen necesaria para el bienestar del menor.

El Artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño señala el mecanismo de protección para el niño de la siguiente manera:

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en su medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado.
2. Los Estados Partes asegurarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.



2. Entre los cuidados figurarán entre otras cosas la colocación en otras familias o de ser necesaria en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural o lingüístico.

El Artículo 20 de la referida convención establece los principios que deben regir las adopciones y los compromisos de los Estados, en este sentido:

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

- a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;



c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

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

A la presente fecha Guatemala no ha suscrito el convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, es importante mencionarlo porque su adhesión sería necesaria para lograr la transparencia en las adopciones internacionales, ya que el mismo tiene como objetivos:

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

Este convenio establece como principio fundamental que la adopción no es un asunto individual que pueda dejarse exclusivamente en manos de los padres biológicos, tutores legales, futuros padres adoptivos u otro tipo de intermediarios, sino una medida jurídica y social que debe proteger al niño. Por lo tanto, los procedimientos de adopción internacional deberían ser responsabilidad de los Estados que se vean involucrados en

ellos, los cuales deben garantizar que la adopción responda al bienestar superior del niño y respete sus derechos fundamentales.



Asimismo, dentro del convenio se establece una jerarquía de adopción para salvaguardar según los criterios generalmente reconocidos del interés superior del menor siendo esta jerarquía la siguiente:

Las soluciones familiares se preferirán por norma general al internamiento en instituciones, es decir prevalecerán el regreso a la familia biológica, la colocación en hogares de guarda o acogimiento y la adopción.

Las permanentes, es decir el regreso a la familia biológica o la adopción, se preferirán a las provisionales tales como el internamiento en instituciones, hogares.

Las nacionales, es decir el regreso a la familia biológica y la adopción nacional, prevalecerán sobre las internacionales.

La adopción en Guatemala tiene su nacimiento en el derecho romano en el cual su finalidad era continuar con el grupo familiar, en cambio en la actualidad su fin es restituir al menor su derecho a la familia, cuidando que se proteja el interés superior del niño, que se encuentra desposeído de la misma debido a distintas situaciones como lo es la extrema pobreza, el conflicto armado interno, la ignorancia, el desempleo, dando origen a dicha institución, que anterior a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, se tramitaba en la vía de la



jurisdicción voluntaria dando como resultado el comercio de niños y niñas mayormente a nivel internacional, que de conformidad con el estudio realizado por UNICEF el noventa y ocho por ciento de las adopciones fueron otorgadas a familias extranjeras, debido al margen de ganancias que representaba a los notarios que sin ética profesional prácticamente vendían a los menores.

De conformidad con el análisis formulado y acorde a los preceptos legales que regulan la adopción la cual es una institución noble que tiene como finalidad proporcionarle una familia que por distintas razones quedan sin su núcleo familiar, es vidente que hoy en día las finalidades se han visto vulneradas con el paso del tiempo.





CAPÍTULO IV

4. La creación de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones para emitir dictámenes de idoneidad como mecanismo para evitar las adopciones anómalas

La nueva Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República anuló por completo el mecanismo de las adopciones por la vía notarial utilizado en Guatemala, desproveyendo a los notarios de la facultad de realizar los trámites, y creando una entidad autónoma central que dirija los procesos de adopción, evitando así las anomalías que eran notorias y dando prioridad a las adopciones nacionales sobre las internacionales.

Dicha ley contempla una norma expresa que se refiere a una nueva figura dentro del proceso de adopciones, llamada la idoneidad, esta nueva institución consiste en una declaratoria que se le debe otorgar a los futuros adoptantes a través de un estudio de sus condiciones económicas, jurídicas, sociales y físicas, para determinar si puede ser susceptible de adoptar, ya sean estos nacionales o extranjeros.

La idea de otorgar un dictamen para determinar que los adoptantes sean idóneos, resulta ser atinada y eficaz desde todo punto de vista y sobre todo para garantizar la seguridad jurídica y la integridad de los menores sujetos de adopción, cuando estos, hasta hace poco tiempo, eran prácticamente vendidos; el problema surge al determinar



quien debe certificar la idoneidad, es el Consejo Nacional de Adopciones, con la salvedad que dentro de dicha ley no esta establecido quien debe emitir la certificación que determine o no la idoneidad de los padres que desean adoptar.

En virtud de lo anterior el autor de la presente investigación propone la creación de un departamento especializado dentro de dicha autoridad central que se dedique a emitir las certificados de idoneidad respectivos, para que de esa manera se agilice el trámite de adopción.

4.1. Situación de las adopciones en Guatemala

A nivel mundial las adopciones aumentaron un 40% en 2007. La demanda es muy elevada y creciente debido, entre otras cuestiones y según el propio Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, al estancamiento de la natalidad y a la disminución de niños susceptibles de ser adoptados en el país.

Es un mecanismo legal de integración familiar que establece entre la persona o pareja adoptante y el menor adoptado un vínculo filial idéntico a los efectos jurídicos del que tienen los hijos biológicos. Una vez constituida, es irrevocable y extingue, salvo excepciones, los vínculos legales entre el niño adoptado y su familia natural; por esta razón, la legislación es minuciosa y muy estricta al otorgarla.



4.2. Declaratoria de idoneidad

Para ser adoptante de un menor en Guatemala es imprescindible que el sea declarado apto por el Consejo Nacional de Adopciones a través de una declaratoria de idoneidad, que no es más que un estudio psicológico, económico y social que se le realiza los futuros adoptantes.

Cualquier ciudadano nacional o extranjero que llene ciertos requisitos formales podría adoptar un niño, es necesario que el adoptante tenga al menos veinte años más que el menor adoptado. Pero antes que nada, la persona interesada tiene que haber sido declarada idónea por parte de dicha institución, entidad pública competente de las adopciones en Guatemala. Sin este documento, emitido tras una evaluación psicosocial favorable, la adopción no es viable. Es la forma que la institución anteriormente menciona tiene para garantizar que la aptitud de los padres adoptivos es acorde con las necesidades del menor.

La persona o familia que desee adoptar un niño de origen extranjero debe cumplir, además de los requisitos contemplados en la legislación nacional, las exigencias previstas en la ley relativa a la adopción de su país de origen; en consecuencia, debe reunir las condiciones exigidas por la legislación de los dos países.

La idea central de esta investigación estriba que autoridad encargada de emitir esa declaratoria de idoneidad, sea un equipo multidisciplinario, integrado por profesionales de diferentes áreas que asesoran las actuaciones en los procesos de adopción, para



que estos se realicen de conformidad con la ley, con transparencia, ética y estándares internacionalmente aceptados, el problema surge debido a que dicho equipo cumple con otras funciones de asesoría dentro de la misma autoridad central encargada de las adopciones, lo cual trae como consecuencia la poca celeridad en los trámites de adopciones, ya que al mes de julio de 2008 solo doce procesos de adopciones se habían finalizado.

La propuesta de esta investigación es, una reforma a la ley de adopciones vigente en el país en la cual se crea un departamento especializado que se encargue de emitir las declaratorias de idoneidad y que cuente con un equipo idóneo de personas: Trabajadores sociales y psicólogos y además se incluyan factores tales como: La duración de la declaratoria de idoneidad, procedimiento a realizar en el caso de negativa de la idoneidad, entre otros.

4.3. Declaratoria de idoneidad en España

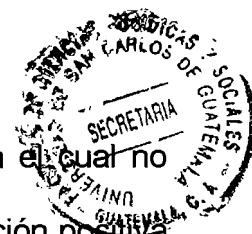
En el caso de España no se cuenta con una entidad central que realice los trámites de adopciones y por lo consiguiente la declaratoria de ser idóneo, por el contrario, para ello han de someterse a la valoración profesional de los servicios sociales que dará pie a un informe psicosocial que recomendará o no un dictamen favorable, el certificado de idoneidad, que es indispensable para continuar los trámites. El proceso es como sigue: En primer lugar, los servicios de la Consejería o el TIPAI efectúan una evaluación a la familia adoptante. Este exàmen, que normalmente incluye una visita domiciliaría y varias entrevistas individuales y en pareja, tiene como objetivo emitir dos informes, uno



psíquico y otro social, o un informe de orientación global para valorar la capacidad para adoptar. A la vista de estos informes se adoptará una resolución que recomendará o desaconsejará la emisión del certificado de idoneidad, condición sin la cual el proceso de adopción, sea nacional o internacional, se verá interrumpido.

La comisión de tutela de menores o el organismo correspondiente en cada comunidad, diputación o delegación provincial, estudiará la recomendación favorable o no a la emisión del certificado de idoneidad antes de decidir otorgarlo o no. Este comité puede requerir más estudios o documentación, contradecir la recomendación o seguirla. Está compuesto generalmente por un nutrido equipo multiprofesional: Funcionarios del departamento de menores, abogados, psicólogos, trabajadores sociales.

El informe psicológico y social que avala que los adoptantes son idóneos suele ser favorable en más del 98% de los casos. El 2% restante puede alegar en un plazo establecido y, si está en condiciones, probará que reúne los requisitos por los que se le ha denegado. Otras opciones son impugnar o recurrir judicialmente la decisión del comité ante un juzgado de familia todo este proceso puede tardar entre 4 y 9 meses o esperar un año para solicitarlo de nuevo. Revocar la idoneidad ante la Consejería correspondiente es más aconsejable según los conocedores, ya que el certificado de idoneidad ganado mediante sentencia judicial en contra de los informes técnicos levanta sospechas en algunos países, y ellos son quienes tienen la posibilidad de elegir la familia para sus niños.



El certificado de idoneidad es imprescindible para el futuro adoptante, sin el cual no puede reconocerse el trámite de adopción. El hecho de obtener una resolución positiva supone sólo el reconocimiento por parte de la administración que los adoptantes son idóneos, pero no conlleva el derecho de la familia de adoptar un niño o grupo de hermanos. Por otro lado, el mencionado documento tiene una validez de 3 años desde la fecha de la notificación de la misma y deberá actualizarse cuando transcurra este tiempo.

4.4. Garantías para el menor con la creación del departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones

Lo que se pretende con el procedimiento administrativo de declaración de idoneidad, que puede durar entre 3 y 8 meses dependiendo de las demandas concurrentes y de la comunidad autónoma en la que se desarrolle, es garantizar la aptitud de los padres adoptivos para cubrir las necesidades del menor; que cumplen las obligaciones establecidas en el Código Civil y que son capaces de ofrecer estabilidad, afecto y cuidado al pequeño que quieren incorporar a la familia.

En las sesiones formativas se facilita información y se provoca la reflexión sobre la decisión tomada. Durante la evaluación técnica el objetivo es determinar la idoneidad de los solicitantes para la adopción. Se trata de obtener un hogar estable y con futuro. Por ello, los servicios sociales observan las cualidades y actitudes de los adoptantes, solicitan la documentación pertinente certificados médicos, declaración de la renta y especialmente tienen en cuenta que no se produzcan desajustes en:



- Su capacidad afectiva, educativa y de adaptación, sobre todo cuando se trata de incorporar a la familia un niño de otra etnia e idioma. También se valoran otras cualidades en los solicitantes como la empatía, capacidad de ponerse en el lugar de otro, tolerancia y respeto.
- La existencia de motivaciones adecuadas. Si se trata de una pareja, se analiza la relación que existe entre los dos miembros. Es importante asegurarse de que es el momento óptimo para adoptar, así como descartar que exista sometimiento o reacciones violentas. También es importante ver si ambos están igualmente implicados en el proceso y, en los casos de infertilidad, que se tenga una vivencia madura y de aceptación de esta circunstancia.
- Estabilidad familiar y madurez emocional de los solicitantes y, en su caso, aceptación de la adopción por parte de las personas que convivan con ellos. En algunas comunidades el niño adoptado ha de ser como mínimo un año menor que el resto de los hermanos.
- La salud física y mental, es decir, ausencia de enfermedades que por sus características puedan perjudicar el desarrollo integral del menor.
- Se comprueba que el solicitante o los solicitantes cuentan con una vivienda habitable, suficientes apoyos económicos y sociales, disponibilidad de tiempo para su cuidado y ocio, servicios educacionales en su entorno.

- Las habilidades emocionales. Se realiza un pronóstico sobre los recursos de la familia a la hora de hacer frente a las nuevas situaciones estresantes y a los retos y exigencias que plantea la adopción.



Con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, se crea una entidad autónoma central quien sea la que dirija los procesos de adopción, desproveyendo a los notarios la facultad de realizar dichos trámites por si mismos, evitando así anomalías que eran notorias.

Dicha ley contempla en su articulado una norma expresa que se refiere a una nueva figura dentro del proceso de adopciones, llamada la idoneidad, esta nueva institución consiste en una declaratoria que se le debe de realizar a los futuros adoptantes a través de un estudio de sus condiciones económicas, jurídicas, sociales y físicas, para determinar si puede ser susceptible de adoptar, ya sean estos nacionales o extranjeros.

La idea de dar un dictamen para determinar si son idóneos los adoptantes, resulta ser atinada y eficaz desde todo punto de vista, para garantizar la seguridad jurídica y sobre todo el interés superior del menor.

**4.5. Reforma a la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la
República de Guatemala**



DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 54 establece que el Estado reconoce y protege la institución de la adopción y declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y abandonados; asimismo, el Estado de Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, la que se encuentra vigente desde el año 1990.

CONSIDERANDO:

Que la familia como institución social permanente, constituye la base de la sociedad, por lo tanto su conservación es vital para el crecimiento integral y desarrollo del niño, por lo que el Estado debe adoptar medidas que respondan a los derechos fundamentales del niño, principalmente a su mantenimiento en el seno familiar y preferentemente con su familia de origen.



CONSIDERANDO:

Que se hace necesario crear un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones que emita certificaciones de idoneidad, que tenga como objetivos dar 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; así como la implementación del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

POR TANTO:

Con fundamento en lo dispuesto por el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES

Artículo 1. Se reforma el Artículo 2 de la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, el cual queda así:

Artículo 2.- Definiciones:

j. idoneidad: Certificación otorgada a favor de solicitantes de adopción en donde se determina su capacidad para poder adoptar.



Artículo 2. Se modifica el Artículo 14 de la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, el cual queda así:

Artículo 14. Idoneidad del adoptante. 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 permitan el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente. 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 y determinar sus motivaciones y expectativas como adoptante, dicho estudio debe realizarlo el departamento especializado que emita las declaratorias de idoneidad.

Artículo 3. Se adiciona el artículo 18 bis de la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, el cual queda así: Se crea dentro del Consejo Nacional de Adopciones el departamento especializado que emita los dictámenes de idoneidad a los adoptantes.

Artículo 4. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.



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 _____ de _____.

Es así como finaliza la tesis, llegando a la conclusión que la actual Ley de Adopciones cumplirá de mejor forma el proceso de adopción, toda vez que esté a cargo de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones que se dedique exclusivamente a emitir las certificaciones de idoneidad, para que de esa manera agilizar dicho trámite, tomando en cuenta los principios que inspiran la misma, que ayudara a cambiar la imagen creada en los últimos años sobre los procesos en mención y así poder restituir al niño su derecho a la familia lo mas pronto posible, pero sin caer en ilegalidades, evitando así anomalías que eran notorias cuando se realizaba por la vía notarial y dando prioridad a las adopciones nacionales sobre las internacionales.

RECOMENDACIONES



1. El gobierno de la República de Guatemala debe de implementar políticas dirigidas a elevar el índice de desarrollo humano especialmente dirigidos a la mujer; aumentar las campañas de educación formal, fortalecer la responsabilidad materno y paterno filial, planificación familiar, para minimizar el nacimiento de niños no deseados.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe revisar la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República con la finalidad de integrar normas sustantivas y procesales que específicamente regule los requisitos legales que debe cumplir el solicitante de la adopción, en relación a la idoneidad.
3. Es necesario que la ley de adopciones contemple criterios de idoneidad para evitar las contradicciones que surgen en los requisitos que el adoptante debe de cumplir, así como las prohibiciones para adoptar y lograr con esto la certeza jurídica de la adopción.
4. Se recomienda al Consejo Nacional de Adopciones calificar las condiciones económicas, médicas, sociales, las buenas costumbres, la moral que el solicitante de la adopción debe cumplir, creando el procedimiento correspondiente y así velar por el interés superior del niño

5. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, en el sentido de modificar los artículos 2,14 y adicionar el Artículo 18 bis, para reorganizar la administración del Consejo Nacional de Adopciones.



BIBLIOGRAFÍA



ACOSTA ROMERO, Miguel. **Compendio de derecho administrativo**. 3a. ed.; México: Ed. Ediciones. Bosch, 1986.

ARÉVALO, Lizbeth. **La adopción entre ser sujetos de amor y objetos de comercio**.
Revista Región, 1997.

CASTÁN, José. **Derecho civil español común y foral**. 8a. ed.; Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1996

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. 8ª. ed.; Guatemala: Ed. Ediciones INAP, 1996.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. México: Ed. Ediciones Bosch, 1999.

ESPÍN, Diego. **Manual de derecho civil español**. 4a. ed.; Madrid España: Revista de derecho privado 1975.

GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Derecho administrativo**. Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1991

JUÁREZ, Claudina. **La adopción en Guatemala**. Guatemala: Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1988.



ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Report of the special rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography.** Report del enviado especial sobre la venta de niños, prostitución y pornografía infantil, 2000.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales.** 33ª. ed.; Buenos Aires. Argentina: Ed. Heliasta, 1998.

PIUG, Federico. **Compendio de derecho civil español.** 4a. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho de familia.** 2a. ed.; Argentina: Ed. Astrea, 1981.

Legislación:

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

Ley de adopciones. Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, 2007.

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



Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 107, 1964.

Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Acta final de la XVII sesión de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado, 29 de Mayo de 1993.

Convenio Americano de Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica) Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica, 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma ratificada y adherida por la Asamblea en su resolución 44/25, Nueva York, EUA, 20 de noviembre de 1989.