

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**DIFERENCIAS DEL TRÁMITE NOTARIAL Y
EL ADMINISTRATIVO EN EL PROCEDIMIENTO
DE ADOPCIÓN**

LAURA ESPERANZA ORDÓÑEZ RODAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**DIFERENCIAS DEL TRÁMITE NOTARIAL Y EL ADMINISTRATIVO EN EL
PROCEDIMIENTO DE ADOPCION**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

LAURA ESPERANZA ORDÓÑEZ RODAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2010.

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

| | |
|-------------|-------------------------------------|
| DECANO: | Lic. Bonerge Amílcar 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 Ciriaiz Estrada |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRIMERA FASE

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| PRESIDENTE: | Lic. Oscar Mauricio Villalta González |
| SECRETARIO: | Lic. Luis Alberto Zeceña Lopez |
| VOCAL: | Lic. Victor Manuel Hernández Salguero |

SEGUNDA FASE

| | |
|-------------|---|
| PRESIDENTE: | Licda. Crista Ruiz de Juárez |
| SECRETARIO: | Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla |
| VOCAL: | Eneida Victoria Reyes Monzón |

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

Licenciado Denis Aurelio Asencio Saenz
15 Avenida 15-16 zona 1
Teléfono: 57879250



Guatemala, 14 de mayo de 2010

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis el día 12 de noviembre del año 2009, procedí a asesorar el trabajo de Tesis de la Bachiller **LAURA ESPERANZA ORDOÑEZ RODAS** el cual, luego de mi revisión, se titula:

**“DIFERENCIAS DEL TRAMITE NOTARIAL Y EL ADMINISTRATIVO EN EL
PROCEDIMIENTO DE ADOPCION”**

El trabajo de tesis de la Bachiller **ORDOÑEZ RODAS** es importante, en razón de que establece la diferencia entre el trámite de adopción derogado que establece el Código Civil y el trámite de adopción administrativo vigente que regula la Ley de Adopciones, constituyendo un elemento eficaz al campo del derecho.


Al hacer referencia al trabajo realizado por la Bachiller **ORDOÑEZ RODAS**, es necesario resaltar que el contenido científico y técnico de la tesis fue realizado con rigor, dedicación, estudio y análisis. En cuanto a la metodología, técnicas de investigación y redacción, cumplen las expectativas del objeto del trabajo, su análisis, conclusiones y recomendaciones.



De igual manera vale resaltar que fuera de las técnicas de investigación, con sumo cuidado se efectuaron las consultas bibliográficas, se realizaron los estudios doctrinarios, se aplicaron los métodos deductivo e inductivo y se utilizó un vocabulario jurídico adecuado.

Al emitir el **dictamen favorable**, me place manifestarle que el trabajo de mérito llena cada uno de los requisitos de la normativa, y sobre todo el normativo contenido en el artículo 32 para la elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo cual queda debidamente facultada para someterse al Examen General Público.

Sin otro particular me suscribo atentamente.



Lic. Denis Aurelio Asencio Saenz
Asesor de Tesis
Colegiado No. 6,775

LIC. DENIS AURELIO ASENSIO SAENZ
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, catorce de enero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OVIDIO DAVID PARRA VELA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LAURA ESPERANZA ORDOÑEZ RODAS, Intitulado "DIFERENCIAS DEL TRAMITE NOTARIAL Y EL ADMINISTRATIVO EN EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCION"

Me permito hacer de su conocimiento que esta 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. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

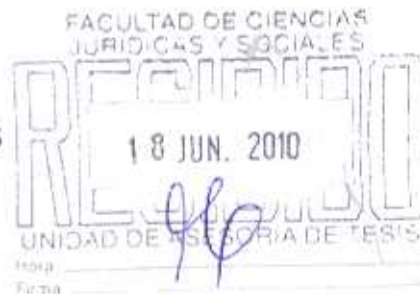


*Licenciado Ovidio David Parra Vela
15 calle 1-95 zona 10, LEXINCORP
Teléfono 2333-5934*



Guatemala, 18 de junio de 2010

**LICENCIADO MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO**



Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con la resolución en la cual se me designó REVISAR el trabajo de tesis de la bachiller **LAURA ESPERANZA ORDOÑEZ RODAS**, carné número 200419472, titulado "**DIFERENCIAS DEL TRÁMITE NOTARIAL Y EL ADMINISTRATIVO EN EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN**", por este medio hago constar que se efectuaron las sesiones de trabajo para la revisión de mérito.

Al respecto considero que el trabajo presentado reúne los requisitos establecidos. He de manifestarle que la estudiante completó su investigación, la cual, tras correcciones que realicé, ahora cuenta de cuatro capítulos. El trabajo elaborado merece la siguiente opinión:

a) Contenido científico sobre: la adopción; la niñez y adolescencia; los trámites de adopción; y, las diferencias entre los trámites de adopción. Considero que dicho contenido es puntual y suficiente.

b) La utilización, dentro del trabajo de tesis, de técnicas de investigación bibliográficas de autores reconocidos en el ámbito jurídico, lo cual permitió una práctica consulta; estudios doctrinarios; los métodos inductivo y deductivo; y, una forma de redacción correcta.



c) Estimo que la contribución del trabajo aporta nuevos elementos a la doctrina de esta materia.

d) Conclusiones acertadas respecto al tema, con recomendaciones oportunas, las que estimo deben tomarse en consideración.

Confío que la bachiller atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesarias y en general realizó el trabajo investigativo y analítico, redactando dicho trabajo con un lenguaje jurídico adecuado.

Por todo lo anteriormente señalado y en base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE** en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante cumple con los requisitos establecidos.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente,

Lic. Ovidio David Parra Vela
Revisor de Tesis
Colegiado 2,851

Lic. Ovidio David Parra Vela
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de octubre del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LAURA ESPERANZA ORDOÑEZ RODAS, Titulado DIFERENCIAS DEL TRÁMITE NOTARIAL Y EL ADMINISTRATIVO EN EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN. 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: Que me da el milagro de la vida y Su amor; porque sin Él en mi vida, nada sería posible.

A MIS PADRES: Laura Rodas, la mejor madre del mundo, amiga, compañera, y un sinfín de cosas más; y, Alberto Ordóñez modelo de honor, respeto y disciplina.

A MIS HERMANOS: Mónica Ordóñez, canon de fuerza y una segunda madre para mí; y, David Ordóñez, ejemplo de nobleza y estímulo para ser mejor.

A MI SOBRINO: Juan Pablo Arriola, la chispa de alegría en mi vida.

A MI ABUELO: Froilán Rodas Santizo, Papa Mimba; porque es mi ángel y más que mi abuelo, mi faro de guía.

A MIS TÍOS: Alfredo, Sergio, Hans, Froilán, Francisco, y sus esposas; porque me ayudaron a crecer y ser quien soy.

A MIS PRIMOS: Luz, María José, Sergio, Pablo, Juan, Adolfo, Diego, María Renata, y todos los demás porque me apoyan más de lo que creen.

A MIS AMIGOS: Todos y cada uno de los que han cruzado mi vida, llenándola de bendición y ayudándome a cumplir este sueño. Especialmente a Jocelyne, Geovanniy Paola.

A: Andrea Utrera Martínez, mi maestra de vida y compañera de alma.

A: Claudina Isabel Velásquez Paíz, que está a mi lado; porque cambió mi vida y su existencia me da el impulso necesario cuando voy a decaer.

A: Todos mis maestros, especialmente a la Licenciada Rosa Amelia Corea de Baten, Licenciado Ovidio Parra Vela y Licenciado Rafael Godínez Bolaños.

A: Mi Alma Mater, la gloriosa y tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

| | |
|--|----|
| 1. Adopción..... | 1 |
| 1.1 Antecedentes Históricos..... | 1 |
| 1.2 Definición..... | 5 |
| 1.3 Naturaleza Jurídica..... | 7 |
| 1.3.1 La adopción como contrato..... | 8 |
| 1.3.2 La adopción como un acto..... | 8 |
| 1.3.3 La adopción como una institución..... | 9 |
| 1.3.4 La postura de la legislación guatemalteca..... | 9 |
| 1.4 Sujetos de la adopción..... | 11 |
| 1.4.1 Adoptante..... | 12 |
| 1.4.2 Adoptado..... | 13 |
| 1.5 Clases de adopción..... | 15 |
| 1.5.1 Adopción plena..... | 16 |
| 1.5.2 Adopción simple..... | 17 |
| 1.5.3 Adopción nacional..... | 18 |
| 1.5.4 Adopción internacional..... | 18 |
| 1.5.5 Adopción judicial..... | 21 |
| 1.5.6 Adopción notarial..... | 21 |

| | Pág. |
|------------------------------------|-------------|
| 1.5.7 Adopción administrativa..... | 22 |
| 1.5.8 Adopción privada..... | 22 |
| 1.5.9 Adopción estatal..... | 22 |
| 1.6 Fines de la Adopción..... | 22 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. El niño y adolescente en estado de abandono..... | 25 |
| 2.1 El estado de abandono..... | 25 |
| 2.1.1 Factor económico..... | 25 |
| 2.1.2 Factor social..... | 27 |
| 2.1.3 Comercialización de la institución..... | 28 |
| 2.2 Causas que favorecen la adopción..... | 30 |
| 2.2.1 Pobreza..... | 31 |
| 2.2.2 Ignorancia..... | 31 |
| 2.2.3 Alcoholismo..... | 32 |
| 2.2.4 Drogadicción..... | 33 |
| 2.3 Regulación internacional de protección..... | 34 |
| 2.3.1 Declaración de los derechos del Niño..... | 35 |
| 2.3.2 Convención Sobre los Derechos del Niño..... | 37 |
| 2.3.3 Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño..... | 38 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| 2.3.4 Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de adopción Internacional..... | 39 |
| 2.4 Convenio de la Haya..... | 39 |
| 2.4.1 Objeto..... | 39 |
| 2.4.2 Contenido..... | 40 |
| 2.4.3 Autoridad Central..... | 41 |
| 2.4.4 Organismo Acreditado: metodología para la acreditación; criterios éticos y profesionales de evaluación; supervisión y control; funciones; y, ejemplo..... | 42 |
| 2.5 Procedimiento..... | 50 |
| 2.5.1 Primera etapa: padres adoptantes..... | 50 |
| 2.5.2 Segunda etapa: niño a ser adoptado..... | 51 |
| 2.5.3 Tercera etapa: desplazamiento del niño..... | 53 |
| 2.6 Efectos..... | 55 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. Trámite notarial y administrativo..... | 57 |
| 3.1 Adopción notarial, derogado..... | 57 |
| 3.1.1 Regulación legal..... | 57 |
| 3.1.2 Tramitación..... | 60 |
| 3.2 Adopción administrativa, vigente..... | 64 |

| CAPÍTULO IV | Pág. |
|---|-------------|
| 4. Diferencias..... | 69 |
| 4.1. Diferencias de forma..... | 69 |
| 4.1.1 Encargado..... | 70 |
| 4.1.2 Consejo Nacional de Adopciones..... | 70 |
| 4.1.3 Inicio del trámite..... | 77 |
| 4.1.4 Período de socialización..... | 79 |
| 4.1.5 Informe de empatía..... | 79 |
| 4.1.6 Finalización del trámite: notarial y judicial..... | 81 |
| 4.2 Diferencias de fondo..... | 83 |
| 4.2.1 Naturaleza de la adopción..... | 83 |
| 4.2.2 Sujetos que pueden adoptar..... | 84 |
| 4.2.3 Herencias..... | 85 |
| 4.2.4 Idoneidad del adoptante..... | 87 |
| 4.4.5 Garantía del interés superior del niño: Estado garante de los derechos del niño, antecedentes, definición y regulación legal del interés superior del niño..... | 89 |
| CONCLUSIONES..... | 105 |
| RECOMENDACIONES..... | 107 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 109 |

INTRODUCCIÓN

La Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, es un instrumento para regular la adopción como institución de interés nacional y su procedimiento administrativo. Esta ley viene a sustituir la normativa que regulaba el procedimiento de adopciones, establecido en los Códigos Civil, Procesal Civil y la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77. La nueva normativa, en concordancia con la Convención de la Haya relativa a la Protección y a la Cooperación en materia de adopción internacional, reconoce la adopción nacional e internacional y crea el Consejo Nacional de adopciones, como una entidad autónoma encargada de velar por el fiel cumplimiento de los trámites administrativos de los expedientes de adopción y que cuenta con un equipo multidisciplinario que asesora las actuaciones en los procesos de adopción.

En el presente trabajo se estudia el nacimiento de la institución jurídica de la adopción a través de la doctrina que ha rodeado su desarrollo en el tiempo. Luego del análisis de esa doctrina se estudia cómo se realizaba el trámite notarial de adopción. Este trabajo se efectúa con el fin de contraponerlo al trámite administrativo vigente. Ello denotará las principales diferencias que existen entre ambos trámites a efecto de proporcionar a la doctrina de un mayor respaldo en cuanto a la evolución nacional de dicha institución. Específicamente se mostrará la importancia de crear doctrina que revele estas diferencias, para que al estudiar el

trámite administrativo, sea de mas fácil comprensión el porqué del surgimiento del mismo.

El cuerpo de la presente investigación se integra con cuatro capítulos. El primero, es un estudio doctrinario de la adopción;el segundo de la niñez y adolescencia, las causas de su abandono y la evolución de la regulación internacional de protección a sus derechos; el tercero, los trámites de adopción, tanto el procedimiento notarial como el administrativo;el cuarto, lasdiferencias entre trámites de adopción y las garantías que nacen de dicho cambio en la legislación.

Durante el desarrollo del presente trabajo se utilizan los métodos deductivo-inductivo e histórico. Además se acude a los trabajos doctrinarios de respetables juristas guatemaltecos y extranjeros, a las normas jurídicas guatemaltecas vigentes y a la jurisprudencia constitucional guatemalteca.

CAPÍTULO I

1. Adopción

1.1 Antecedentes históricos

De acuerdo con la Biblia, Moisés constituye el primer antecedente histórico de la figura jurídica objeto de este estudio. Su adopción tuvo lugar en Egipto. El faraón en esa época ordenó a las parteras que dieran muerte a todos los varones israelitas que nacieran y dejaran vivir sólo a las niñas. La madre de Moisés logró esconderlo durante tres meses, luego decidió ponerlo en el río para salvarlo. Moisés fue rescatado por la hija del faraón, quien lo adopta como hijo suyo.

La adopción desde la antigüedad ha sido concebida de manera distinta atendiendo al ámbito o territorio donde ha sido empleada. Debido a ello ha sufrido diversas modalidades en el transcurso del tiempo sin que por ello perdiera su esencia: recibir como hijo propio a uno que carece de familia.

En el derecho romano la adopción tuvo una doble finalidad: la religiosa y la política. La función religiosa, tenía como propósito perpetuar el culto de los dioses familiares. El culto de los antepasados se encontraba profundamente arraigado entre los romanos. El pater familias era el sacerdote a cuyo cargo estaba la ceremonia, la que tenía como

característica que no podía ser interrumpida; permanentemente debía mantenerse el fuego sagrado y realizarse los ritos. Esto origina la necesidad de un heredero en la familia, y en los casos en que no lo había, la adopción era el recurso que se ponía en práctica. La segunda, corresponde a que los más importantes derechos civiles los otorgaba el parentesco por asignación, vínculo que solamente unía a todos los descendientes de una misma persona por la línea de los varones. También la familia romana ejercía un importante papel político dentro del Estado por medio de los comicios y de las curias, en los que únicamente el pater familias y sus descendientes varones podían participar. Todo lo expuesto explica las finalidades originales que dieron nacimiento y continuidad a la adopción como institución jurídica.

La evolución jurídica de la adopción ha llevado a que dicha figura se realice de diversas formas. Las dos principales fueron:

a) La adrogatio, o adrogación: “Consistía en que un hombre tomaba a otro como hijo, el cual era sometido a su patria potestad a un sui juris (de derecho o con derecho propio).”¹ Ésta consistía en la práctica de lo que fue conocido como el acto de prohijar, o sea tomar como propio a un hijo ajeno por encontrarse abandonado o bien por no estar sujeto a la patria potestad.

b) Adopción en sentido estricto, o adoptio: “Se refería a los allendí juris (el que gobernaba con capacidad jurídica plena).”² Ésta consistía en la celebración de un

¹ Vasquez Ortiz, Carlos; **Derecho civil**. Página 262.

² **Ibid**, Página 263

contrato entre la persona que tenía la patria potestad del menor y un tercero, quien era la persona que tomaba al hijo bajo su patria potestad.

El derecho germánico, en cambio, conoció un tipo especial de adopción. El acto se llevaba a cabo solemnemente ante la asamblea, a través de varios ritos simbólicos, y sus efectos eran más de orden moral que jurídico.

En el siglo XIV se fundó en Francia la institución El Padre de los Huérfanos, que se encargó de la educación correctiva y capacitación profesional de los menores delincuentes y desamparados. Posteriormente, se promulgó el Código de Napoleón dándole a la adopción una finalidad subjetiva y personal que buscaba satisfacer la necesidad de ser padres a los matrimonios estériles. De la misma forma se constituyó en una fuente de beneficio a los niños desamparados, pero se exigieron requisitos desmesuradamente rigurosos, formalidades complicadas y onerosas que ocasionaron que el uso real de la adopción como figura jurídica fuera prácticamente nulo en dicha época.

En el siglo XX, como resultado de la Primera y Segunda Guerra Mundial, renace la adopción bajo una nueva sombra de solidaridad y humanidad. El número de niños desvalidos contribuyó “a fomentar los sentimientos de solidaridad humana a favor de los niños.”³ De esta forma, los europeos consideraron a la adopción como una alternativa de superar sus traumas sociales y otorgar a los menores la oportunidad de

³ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Página 385

recuperar la familia que habían perdido, adquiriendo así la adopción los rasgos de solidaridad, nobleza y generosidad.

Se observa que la figura de la adopción tiene hoy día una finalidad muy distinta a las que la caracterizaron en sus inicios. La legislación guatemalteca también ha demostrado evolución respecto a la institución de la adopción. El 8 de marzo de 1887 fue emitido, según Decreto 175 del Presidente de la República de Guatemala, el primer Código Civil de Guatemala, conocido como el Código de 1887. En él se definió a la adopción en el Artículo 267 como el acto de tomar como hijo propio al que no lo es. “En la exposición de motivos del proyecto del Código Civil se hace la siguiente reseña del desarrollo de la materia en el campo legislativo del país: la adopción es una institución jurídica que ha tenido sus alternativas en la legislación de Guatemala. Aceptada en el Código Civil sancionado por el Decreto del Ejecutivo número 921, de fecha 30 de junio de 1926, suspensión que se confirmó en el Código Civil contenido en el Decreto número 1932 de la Asamblea Nacional Legislativa, del 13 de mayo de 1933. La Junta Revolucionaria de Gobierno restableció la adopción por medio del Decreto número 63, del 24 de febrero de 1945, disposición que el Congreso de la República de Guatemala aprobó el 5 de mayo de 1947, emitiendo el Decreto número 375. Las constituciones de 1945 y 1954, establecieron la adopción en beneficio de los menores de edad, consagrándola definitivamente como institución que debía incorporarse a la legislación guatemalteca. La adopción que acepta nuestro ordenamiento jurídico no es la institución que regula el Código Civil del 77, pues aquella estaba inspirada en finalidades muy distintas de los objetivos que persigue la ley actual. No es el interés de

la continuación de un grupo familiar, ni el empeño de que no se extinga un apellido aristocrático lo que motiva la nueva aceptación de la adopción, sino un interés social de asistencia a los niños huérfanos o cuyos padres carecen de medios económicos para procurarles subsistencia y educación, que al mismo tiempo refleja su beneficio en los matrimonios que no tiene hijos, a quienes brinda las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar. En este principio de elevada utilidad social, que significa colaboración de las personas a la obra de asistencia social del Estado, se inspira y desarrolla la materia del capítulo VI del proyecto, tomando de la ley actual las disposiciones que estimamos aceptables.”⁴

1.2 Definición

Existen numerosas definiciones de la institución jurídica de adopción. Entre las doctrinarias más relevantes, se encuentran las siguientes:

“En las famosas siete partidas se definía como prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otro, aunque no lo sean naturalmente.”⁵

“Aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.”⁶

⁴ Brañas, Alfonso; **Manual de derecho civil**. Página 244

⁵ Matta Consuegra, Daniel; **Derecho de las personas y de la familia guatemalteca**. Página 144

“Acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.”⁷

“Es un acto solemne sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima”⁸

“Contrato solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.”⁹

Las definiciones doctrinarias conciben a la adopción como un contrato, un acto, o una institución, coincidiendo todos en que su carácter es social y consiste en que una persona toma como hijo propio a un menor que se encuentra abandonado o que sus progenitores no desean tenerlo, a través de un procedimiento judicial o notarial.

Dentro de la legislación guatemalteca también existen diversas definiciones de la adopción. La primera se encuentra en el Código Civil Decreto Ley 106 del Jefe de la República de Guatemala, que dentro del Libro I que trata sobre la familia y las personas, en el Título II que regula lo relativo a la familia, y en el Capítulo VI específicamente de la adopción, regula en el Artículo 228 primer párrafo lo siguiente:

⁶ Puig Peña, Federico; **Compendio de derecho civil español**. Página 475

⁷ Ossorio, Manuel; **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Página 62

⁸ Espín Cánovar, Diego; **Ob. Cit.** Página 384.

⁹ Matta Consuegra, Daniel; **Ob. Cit.** Página 144

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

Es interesante resaltar que el Capítulo VI citado, del Título II y Libro I del Código Civil, contiene en los Artículos del 228 al 251 lo relativo a la adopción; sin embargo, fue derogado por la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

En la Ley de Adopciones también se encuentra una definición de la adopción, en el Artículo 2 literal a, que establece lo siguiente:

“Adopción: Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.”

1.3 Naturaleza jurídica

En la doctrina, como ya se indicó al citar las diversas definiciones de los juristas, no existe consenso en cuanto a la naturaleza jurídica de la adopción. Las tres corrientes más importantes en cuanto a la naturaleza de la adopción son las siguientes:

- La corriente que considera a la adopción como un contrato.
- La corriente que considera a la adopción como una institución.

- La corriente que considera a la adopción como un acto.

1.3.1 La adopción como contrato.

Dentro de los doctos que se inclinan a esta corriente se encuentra Diego Espín Cánovas, basándose en que existe una controversia que consiste en la doble intervención judicial y notarial; el carácter contractual o el negocio jurídico familiar que reviste la adopción. En cuanto a la polémica que surge de la doble intervención pública se soluciona al atribuirle “igual valor constitutivo al concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura.”¹⁰

La solución que se le da a la controversia que surge de la adopción respecto al carácter contractual o negocio jurídico de éste se soluciona al diferenciar que el carácter contractual tiene una finalidad puramente patrimonial, ubicando a la adopción en un verdadero derecho de familia, es decir en un negocio jurídico familiar.

1.3.2 La adopción como un acto.

Un acto es “la manifestación de voluntad o de fuerza.”¹¹ Podría decirse que es “un hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana.”¹² Es decir, un acto es cualquier manifestación de la voluntad humana que se concretiza en hechos externos.

¹⁰ Espín Cánovas, Diego; **Ob. Cit.** Página 402.

¹¹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Página 36.

¹² **Ibidem.**

En esta corriente destaca el jurista Fernando Flores Gómez, que considera a la adopción como un acto jurídico. Esto en base a que permitía entrar a la patria potestad sin que por ello el adoptado se desligara de su familia natural. La adopción es una manifestación de la voluntad en virtud de la cual un ser extraño quedaba vinculado a una familia por ser dicha unión la voluntad de esa familia o persona.

Por ser un acto civil, el autor considera que su naturaleza jurídica se encuentra en que constituye un acto jurídico. Además es sometido a la aprobación de la justicia, creando una relación análoga a la de la filiación legítima entre dos personas extrañas.

1.3.3 La adopción como una institución

Federico Puig Peña indica que “Es una institución por medio de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejante a las que tienen lugar en la filiación legítima.” Y al referirse acerca de la base negocial de la adopción, indica que “Este negocio jurídico de adopción no es más que uno de los elementos sobre los cuales se asienta el instituto de la adopción.”

1.3.4 La postura de la legislación guatemalteca

Expuestas las tres posturas más importantes acerca de la naturaleza jurídica de la adopción, se procede a analizar en cuál de ellas encaja la legislación guatemalteca actual.

En este orden, se excluye en primer lugar la corriente del contrato. Aunque en determinados casos se deba realizar uno, como en el caso de los mayores de edad, es simplemente un requisito. La adopción no es un contrato, porque su finalidad principal es crear un lazo permanente de filiación y los derechos y obligaciones de las partes no son fijados por su voluntad sino que surgen de la ley.

Conforme a varios autores, se debería de excluir en segundo lugar la corriente de la adopción como institución, basándose en el hecho que el Artículo 228 del Código Civil claramente regula que es un acto. Sin embargo, con la emisión de la Ley de Adopciones, se hace evidente que esta ya no es la postura de la legislación. La adopción ahora debe ser considerada como una figura jurídica cuya naturaleza es la de ser una institución.

Una institución es un sistema de normas respecto a un conjunto particular de actividades. “Las instituciones son cada una de las materias de las diversas ramas del Derecho.”¹³ La adopción es una institución jurídica, ya que está sistematizada dentro del ordenamiento jurídico. La legislación guatemalteca regula qué es necesario realizar para poder llevar a cabo una adopción. El inicio, la organización, la reglamentación, la observación y un sinfín de requisitos y procedimientos que en torno a ella giran, evidencian el hecho que la adopción es en sí misma el conjunto particular que para llevarse a cabo, desarrolla todo un sistema de normas.

¹³ Ossorio, Manuel; **Ob. Cit.** Página 504.

En sí, la Ley de Adopciones no deja duda respecto a cual será considerada como la corriente de la naturaleza de la adopción, como se observa a continuación:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. El objeto de la presente ley es regular la adopción como **institución** de interés nacional y sus procedimientos judicial y administrativo.”¹⁴

“Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a. Adopción: **Institución social de protección y de orden público** tutelada por el Estado por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.”¹⁵

1.4 Sujetos de la adopción

Los sujetos o elementos personales que la doctrina reconoce como partícipes en la adopción son básicamente dos:

- El adoptante.
- El adoptado.

¹⁴ El resaltado es propio.

¹⁵ El resaltado es propio.

1.4.1 Adoptante

Conforme al Artículo 2 inciso e de la Ley de Adopciones:

“Es la persona que por medio de los procedimientos legales adopta a una persona hijo de otra, con la finalidad de otorgarle todos los derechos y beneficios que nuestra Constitución Política otorga a los hijos biológicos.”

En otras palabras, es la persona o matrimonio que toma como hijo propio a un menor o mayor de edad que es hijo de otra persona asumiendo legalmente el carácter de padre. De acuerdo a la Ley de Adopciones, en el Artículo 13 establece quienes pueden ser adoptantes:

“Artículo 13. Sujetos que pueden adoptar. Podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado.

Podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño.

Cuando el adoptante sea el tutor del adoptado, únicamente procederá la adopción cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en esta ley.”

En síntesis, pueden ser adoptantes una persona soltera, una pareja unida en matrimonio o una pareja que conviva en unión de hecho legalmente declarada. Para que se autorice la adopción de la pareja, ambos deben de estar conformes en considerar al hijo adoptado como hijo biológico. Ello responde a que ambos serán considerados como padres biológicos unidos por filiación al adoptado.

En cuanto a la idoneidad que se debe declarar, ese tema será tratado en las garantías que introduce la Ley de Adopciones y el trámite administrativo.

1.4.2 Adoptado

El adoptado es el menor o mayor de edad que es acogido por el adoptante como hijo propio para otorgarle todos los derechos y obligaciones que conforme ley le corresponden.

De acuerdo a la Ley de Adopciones, en el Artículo 12 regula quienes pueden ser adoptados:

“Artículo 12. Sujetos que pueden ser adoptados. Podrán ser adoptados:

a. El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado;

- b. El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia;

- c. Los niños, niñas y adolescentes cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían;

- d. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción;

- e. El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad;

- f. El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela.

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

1.5 Clases de adopción

Existen diferentes clases de adopción que se pueden llevar a cabo. La diversidad responde a su evolución histórica en las legislaciones latinoamericanas. Por ello, el presente esquema pretende sistematizarlas con la mayor precisión posible:

a) Por sus efectos:

a.1) Adopción Plena

a.2) Adopción Simple

b) Por la nacionalidad de los sujetos:

b.1) Adopción nacional

b.2) Adopción internacional

c) Por el trámite:

c.1) Adopción judicial

c.2) Adopción notarial

c.3) Adopción administrativa

d) Por el origen de los adoptados:

d.1) Adopción privada

d.2) Adopción estatal

1.5.1 Adopción plena

La adopción plena confiere al adoptado los mismos derechos y obligaciones de los hijos propios. Los padres adoptivos adquieren la patria potestad del adoptado y éste tiene derecho a usar los apellidos de los padres adoptivos y crea lazos de parentesco con las personas afines o consanguíneas de los adoptantes, con lo cual se crea un lazo de consanguinidad como si existiera filiación biológica.

La adopción plena tiene carácter irrevocable debido a que el hijo adoptivo extingue el parentesco con la familia natural, creando vínculos sumamente sólidos entre el adoptante y el adoptado. Se extiende así el parentesco que nace de su conformación jurídica a los parientes consanguíneos y afines de la nueva familia a la cual se integra el adoptado.

En el mismo sentido, Diego Espín Cánovas indica que en el derecho español la adopción plena se encamina “a considerar al adoptado como hijo legítimo de los adoptantes, se comprende que, además de la relación de parentesco civil y de la atribución de la patria potestad, que siempre se derivan de la adopción, cuando se realiza en forma plena ha de atribuir también los apellidos del adoptante y derechos hereditarios respecto al mismo; por otra parte, esta atribución de vínculos tan fuertes con los adoptantes lleva como contrapartida una debilitación de los vínculos familiares derivados de la filiación biológica, al no permitir le sean exigidos al adoptado deberes

parentales por sus ascendientes o colaterales por naturaleza y privando a éstos de derechos hereditarios frente al adoptado.”¹⁶

Para Daniel Matta Consuegra la adopción plena “crea vínculos sumamente sólidos entre adoptante y adoptado, cuyos efectos tienen un carácter bastante amplio, pues el parentesco que surge de su conformación jurídica se extiende a los parientes consanguíneos y afines a la nueva familia a la cual se integra el adoptado, y la filiación natural que le era propia se extingue y tiene a extinguirse definitivamente, teniendo como característica esencial la irrevocabilidad.”¹⁷

1.5.2 Adopción simple

La adopción simple es la modalidad de esta figura jurídica cuyos efectos son más reducidos que los de una adopción plena y los vínculos de parentesco menos fuertes. El adoptado se integra a la nueva familia, pero la filiación parental es directamente con los padres adoptivos, la cual puede quedar sin efecto. Es decir, no se crean lazos de parentesco con personas afines y consanguíneas al adoptante y conserva su parentesco con su familia natural o biológica.

En la adopción simple al adoptado se le confiere la posición de hijo legítimo, pero no crea vínculo de parentesco entre él y la familia consanguínea del adoptante. En cuanto a la familia natural del adoptado, no se extinguen derechos y obligaciones que resultan

¹⁶ Espín Cánovas, Diego. **Ob. Cit.** Páginas 413 y 414.

¹⁷ Matta Consuegra, Daniel. **Ob. Cit.** Página 148.

de los vínculos de parentesco. Subsiste su derecho a la sucesión recíproca, alimentos, etc., pero los padres naturales pierden la patria potestad del menor adoptado, inclusive el derecho a la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieran.

En el mismo sentido, Daniel Matta Consuegra considera que la adopción simple “tiene por objeto la creación de un vínculo familiar semejante al de la familia legítima. Origina entre adoptante y adoptado una serie de derechos y obligaciones que buscan imitar la relación filial legítima pero sin pretender que ésta sea sustituida por aquella en términos absolutos.”¹⁸

1.5.3 Adopción nacional

La adopción nacional es la modalidad de esta figura jurídica que se da cuando tanto los adoptantes como el adoptado pertenecen a una misma nacionalidad. Como resultado de ello, la adopción se lleva a cabo en el país de origen del adoptado por connacionales.

1.5.4 Adopción internacional

Esta clase de adopciones surge después de la Segunda Guerra Mundial convirtiéndose en un fenómeno a nivel general. Los huérfanos y desplazados eran candidatos para adopción por parejas que residían en países que no se encontraban en conflicto.

¹⁸ **Ibidem.**

En éste período la adopción internacional es concebida como una respuesta humanitaria a una situación de emergencia y crisis, encontrando hogares permanentes para los niños que se quedaron sin familia.

Durante 1950 la adopción internacional adquirió rasgos importantes. Por una parte los países de origen y de recepción de niños presentaban claramente diferentes niveles de desarrollo socioeconómicos, ya que los adoptados pertenecían a regiones poco desarrolladas y los adoptantes a países altamente industrializados. En este entorno de intercambio cultural surgen las agencias especializadas en adopción.

Durante los años sesenta, la adopción adquiere realmente un carácter internacional al involucrar cada vez mas a un mayor número de países de diferentes regiones del mundo. Por otra parte la difusa educación sexual aunada a las medidas de anticoncepción, permitieron ejercer un efectivo control sobre el número y espaciamiento de los hijos. Sin embargo, esto ocasionó que muchos matrimonios que decidieron posponer el nacimiento de un niño, se encontraran posteriormente con la imposibilidad biológica de concebirlo.

Así mismo, durante esta época los Estados Unidos y varios países eliminaron la mayor parte de obstáculos para abortar. Por lo que los adoptantes se enfrentaron a un agudo déficit de niños susceptibles de ser adoptados en su país de residencia, cuestión que los obliga a buscar niños para adoptar en otros países como la India o Filipinas.

América Latina inicia su participación en la adopción internacional en países como: Perú, Colombia, Chile, Guatemala, El Salvador, y otros.

En 1989 con el afán de establecer normas y acuerdos en materia de adopciones internacionales, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención Sobre los Derechos del Niño, conjunto de normas universalmente aceptadas para el bienestar de la infancia. Su fin era, entre muchos otros, normar sobre la adopción para que ésta correspondiera siempre al bienestar del menor, pues era ya un hecho que las adopciones internacionales sobrepasaban a las nacionales y era necesario un cuerpo uniforme de normas que regulara en, por lo menos, la mínima medida el bienestar de los menores.

Analizada la historia de la adopción internacional, se puede proceder a realizar una explicación de lo que consiste. Se considera que una adopción es internacional cuando constituye una relación jurídica de esa naturaleza, por tratarse de un vínculo que incluye elementos que pertenecen a más de un orden jurídico nacional. La internacionalidad de la adopción se basa en dos contextos: residencia habitual de los adoptantes y residencia habitual del adoptado.

Bajo este contexto, se presentan dos modalidades de la adopción internacional:

a) Aquellas en la que el niño que va a ser adoptado tiene que salir de su país de residencia habitual, sin tener en cuenta la nacionalidad de los padres adoptivos.

b) Aquella en la que tanto los padres adoptivos como el niño que va a ser adoptado son de diferente nacionalidad, sin tener en cuenta si dichos padres residen o no en el país de residencia habitual del niño.

Carlos Larios Ochaíta considera que se da la adopción internacional “cuando los adoptantes y el adoptado pertenecen a nacionalidades diferentes y la adopción se lleva a cabo en el país de origen del adoptado.”¹⁹

1.5.5 Adopción judicial

La adopción judicial es la modalidad de esta figura jurídica que se da cuando el trámite o parte del trámite se lleva ante un tribunal de justicia.

1.5.6 Adopción notarial

La adopción notarial se da cuando en el desarrollo del trámite, es indispensable el diligenciamiento notarial como portador de fe pública y encargado de la realización del mismo.

¹⁹ Larios Ochaíta, Carlos; **Derecho internacional privado**. Página 163.

1.5.7 Adopción administrativa

La adopción administrativa la lleva a cabo un órgano de la administración pública, quien tiene como única función el velar por el desarrollo de las adopciones. Ésta clase de adopciones ha tomado auge desde la firma del Convenio de la Haya, ya que en el Artículo 9 se regula que se debe de crear un órgano central que lleve a cabo, en representación del Estado, la fiscalización del procedimiento de adopción.

1.5.8 Adopción privada

Esta modalidad de la adopción sucede cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes directamente por los padres biológicos o bien por alguna institución no gubernamental, que tiene la tutela del menor adoptado.

1.5.9 Adopción estatal

La adopción estatal se da cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes por una institución estatal, que tiene la tutela sobre el niño adoptado.

1.6 Fines de la adopción

Como se observó, la adopción en sus inicios cumplía con fines religiosos o políticos. Hoy día, la figura de la adopción a través de su evolución cumple con dos fines. El

primero es su innegable doble función social, y el segundo es su función de solución al abandono.

Como doble función social, la adopción responde a dos necesidades: la del adoptante y la del adoptado. La adopción es una solución eficaz para las personas que no pueden procrear por negación natural ú otra circunstancia que los motive a la adopción. Aunado a esto, se encuentra al menor, dependiendo de las circunstancias irregulares propias, en estado de adopción ya sea por carencia de vínculos afectivos, educativos, sociales y jurídicos. Dicha carencia se ve compensada por la relación entre adoptado y la familia del adoptante. Esto hace concluir que tanto el adoptante como el adoptado se encuentran en una situación beneficiosa.

Así se puede deducir que el fin principal de la adopción, el de doble función social, es otorgar una familia a un menor que no la tiene por naturaleza. Al expresar que no la tiene, no se indica que necesariamente carezca de ella materialmente, ya que aún teniéndola biológicamente sucede que ésta no responde a las necesidades del menor. Es así como la adopción cumple con ese fin de concederla al adoptado, para que le proporcione una estructura de crianza, con el fin de satisfacer las necesidades biológicas, psicológicas, sociales y culturales del adoptado.

Se agrega como una segunda función, el hecho que socialmente se ha presentado dentro de una gama de soluciones socioculturales como excelente medida de

protección frente al abandono. Este tema se puntualizó en la historia y evolución de la adopción internacional.

En síntesis, la adopción es una institución jurídica y social que da solución a la necesidad básica de un menor de edad a ser educado y desarrollarse dentro de un ambiente familiar. Ya sea que la adopción tome cualquiera de sus formas, internacional, nacional, pública, judicial, etc., lo importante es que busque siempre garantizar los derechos humanos del menor que será adoptado.

CAPÍTULO II

2. El niño y adolescente en estado de abandono

2.1 El estado de abandono

Los factores de ignorancia, desempleo, subempleo y violencia dan lugar a que día a día nazcan niños que pueden llegar a ser abandonados o maltratados. A estos niños, con escasas posibilidades de desarrollo y en estado de abandono, se les debe de otorgar una posibilidad diferente de vida que conlleve al desarrollo integral de su persona. Esta posibilidad se les brinda a través de la adopción.

2.1.1 Factor económico

Guatemala es un país que se considera como promotor de la agricultura a través del sistema de minifundios, y su mayoría se encuentra localizada en el altiplano, donde consecuentemente la tierra es más escasa, erosionada y pobre. Paradójicamente, es allí donde se encuentra el área densamente poblada del país. Esto conlleva a que el desarrollo de las personas que habitan estas áreas sea poco o nulo, pues no hay una esperanza verdadera para que todos ellos logren mejorar el nivel de vida.

En el departamento de Guatemala, la situación es similar ya que a los alrededores de la ciudad se observan los sitios en donde se asientan gran cantidad de personas en

condiciones realmente deplorables. Estos sitios evidencian el proceso de exclusión en la economía del país, llegando al punto en que muchas de esas familias no tienen la capacidad económica suficiente para sufragar los gastos de manutención.

En los dos casos expuestos en los párrafos anteriores, las familias sin oportunidad de desarrollo encuentran en la venta o trata de menores una solución parcial al problema. Sea porque esperan que el menor adquiera mejores posibilidades que las que ellos les podrían brindar o, en el peor de los casos, porque es una forma de ingreso económico al núcleo familiar.

Es así como se evidencia que el factor económico, traducido como pobreza, incide fuertemente en el abandono del menor. Sin embargo, la pobreza no tiene como único punto de partida la no satisfacción de ciertas necesidades básicas de naturaleza material, sino que debe incluir necesidades no materiales como la autorrealización personal, participación social, calidad del medio ambiente, etc. La pobreza en todos los ámbitos es la causa principal que impulsa a las madres a que formen una carencia afectiva y moral. Esto las vuelve dispuestas a negociar con sus hijos como si fueren bienes o mercancías.

Del mismo modo, no se puede ignorar la existencia de las redes de traficantes de menores, que se han aprovechado de la situación de pobreza existencial en Guatemala obteniendo ganancias provenientes de la venta de infantes. Aún dentro de los hospitales estatales se comenten sustracciones de menores o ataques a madres que

recién han dado a luz, lo que evidencia que la red de traficantes esta inmersa en este tipo de instituciones, teniendo como único fin dañar a la población infantil y hacer de ellos un negocio mercantil de cuantiosas ganancias.

En consecuencia, según estudios del Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo, muchos actos ilícitos se comenten como consecuencia de las condiciones de pobreza existencial en Guatemala con el único fin de ganar dinero y dañar a la población infantil. Esto ocasiona que las mayorías resulten perjudicadas y las minorías beneficiadas.

2.1.2 Factor social

Los índices de crecimiento de la población son determinados por las diferencias existentes entre las tasas de nacimientos y defunciones que se operan en el país. En los últimos años se han iniciado campañas tendientes a disminuir la natalidad de la población, pretendiendo establecer un control demográfico que evite los acelerados índices de crecimiento que se han hecho notables en las últimas cifras censales.

A inicios de los años ochenta, la violencia era el factor preponderante en varias regiones del país que obligó a miles de guatemaltecos a abandonar sus hogares y buscar refugio en otros países. Aunado a ello, la crisis económica en que el país lentamente ha ido decayendo, teniendo como principal indicador el nivel de desempleo

en que miles de personas se encuentran, influyó e influye en la actualidad al fenómeno de migración.

Otro factor que determina en la inmigración rural hacia la metrópoli es la relativa abundancia de oportunidades de superación personal que se ofrecen, en comparación con las que brinda el interior de la República de Guatemala. En consecuencia, el elevado índice de crecimiento urbano trae consigo la fomentación de la violencia, inestabilidad psico-social, y la pérdida de valores y principios de convivencia social, factores que contribuyen a que el país se encuentre entre las naciones con el más alto índice de violación de derechos humanos. Entre esos derechos violados se puede singularizar las garantías de los menores que son privados de un hogar, una familia, una ciudadanía a la cual tienen derecho por nacimiento. El hecho que los niños se abandonen, en ocasiones desde el nacimiento, demuestra la gran pérdida de valores morales y de afecto maternal.

2.1.3 Comercialización de la institución

Comerciar con los menores que han sido plagiados de sus padres, pagar a madres rentadas o recurrir al contrato de compra venta de menores de edad, son sólo ejemplos de lo que constituye el tráfico de menores, que con el tiempo se ha convertido en un negocio que deja cuantiosas ganancias para las personas inescrupulosas que lo llevan a cabo.

De acuerdo a lo que manifiesta Ericka Colíndres “dentro de las causas que generan violación de los derechos de los menores en Guatemala se encuentran:

- a. Mujeres que alquilan su vientre para la concepción de un menor y luego otorgan al mismo en adopción.
- b. Las clínicas que contribuyen a que el proceso sea más seguro para los traficantes de menores, porque en una gran variedad de casos los menores se encuentran en estado de desnutrición y en total abandono en lo que respecta al cuidado personal del menor como lo es la alimentación, vestido, calzado, aseo personal, etc.
- c. La existencia de casas cuna ilegales en donde se agiliza el proceso de Adopción en especial si los adoptantes son extranjeros que es la gran mayoría de casos, quienes obtienen los pasaportes y posteriormente la salida del menor del territorio nacional, dejándole al menor en un estado de inseguridad en lo que respecta a su vida y desarrollo integral.
- d. Secuestros de menores de sus respectivas familias, ya sean efectuados en las vías públicas, hospitales y en el peor de los casos, de las mismas residencias de los infantes frente a sus progenitores y con abuso de fuerza y armas de fuego. Esto deja a los padres un daño psicológico, moral y un sentido de impotencia en gran escala, que les impide a los mismos a seguir con su vida normal.”²⁰

²⁰ Colíndres, Ericka. **Análisis jurídico entre la regulación de la adopción en Guatemala**. Página 9.

e. “También la situación de los menores que han sido rescatados de casas cuna ilegales, pero nunca han sido reclamados por sus padres. Casos como este se encuentran en el Hogar Elísa Martínez de Arévalo y otros en donde se encuentran niños abandonados. Por tal razón, es necesario que cuando un menor es rescatado de un secuestro o una casa cuna ilegal se haga la publicidad necesaria por parte del Estado de Guatemala para que por estos medios de comunicación se enteren los padres del menor y puedan reclamarlo.”²¹

2.2 Causas que favorecen la adopción

Entre las principales causas que dan origen a la adopción, se encuentran las siguientes:

a) Pobreza

b) Ignorancia

c) Alcoholismo

d) Drogadicción

²¹ **Ibidem.** Página 10.

2.2.1 Pobreza

La pobreza es la situación por medio de la cual el ser humano carece parcial o totalmente de recursos económicos para solventar sus necesidades básicas y las de su familia, constituyéndose en un estado de precariedad no solamente económica sino que moral e intelectualmente.

Tal situación ha venido a afectar a la familia como núcleo, constituyendo una causa de desintegración familiar por vía de la adopción ya que en los dictámenes de las trabajadoras sociales adscritas a los tribunales de familia se analiza con detenimiento la situación económica de la familia natural y consecuentemente la del adoptante. Y “en un porcentaje muy elevado se llega a la conclusión de que los padres naturales deciden separarse de sus hijos por carecer de los medios económicos para alimentarlos y educarlos.”²²

2.2.2 Ignorancia

La ignorancia es una causa que genera la pobreza y se desarrolla mayormente en el área rural, ya que es allí donde las personas no reciben la educación necesaria. El analfabetismo es pobreza cultural y científica, lo que consecuentemente no deja que las personas se superen y se desarrollen para alcanzar un nivel de vida digno.

²² Colíndres, Ericka; **Ob. Cit.** Página 15.

Esta ignorancia lleva a la población a formar familias a temprana edad, y engendrar muchos hijos. Cuando llega el momento en que no pueden alimentarlos por la falta de capacidad económica, los abandonan o, en el mejor de los casos, lo dan en adopción.

2.2.3 Alcoholismo

El alcoholismo es un mal que atenta contra la sociedad de tal forma que los enfermos que lo padecen pierden el control de su vida, cuerpos, mentes, emociones, sentimientos, anhelos y decisiones.

El enfermo se distingue en tres fases. La primera comienza con trastornos mentales y afectivos, desvaneciéndose gradualmente su ética. Padece enfermedades gastrointestinales, e incluso puede llegar a afectar el hígado, produciendo posteriormente la cirrosis.

La segunda etapa es mucho mas grave, se llega al *delirium tremens*, o delirio alcohólico. El sujeto afectado comienza a observar personas, cosas u objetos no existentes y en muchas ocasiones no sabe donde se encuentra.

En la tercera etapa, la enfermedad llega a su clímax, envolviendo al sujeto a trastornos crónicos y entre ellos, la demencia alcohólica, donde el sujeto pierde por momentos su capacidad mental y posteriormente no se recuerda de sus actos.

Siguiendo este cuadro, el enfermo alcohólico llega a un punto en que no se valora a sí mismo ni a su familia. Consecuentemente no le importan sus hijos ni la sobrevivencia de los mismos. Esto conlleva al maltrato, explotación e incluso abandono de los menores por el padre alcohólico.

2.2.4 Drogadicción

Ésta es una enfermedad que ataca a través de la implantación de nuevas costumbres y culturas que llegan a la sociedad desde el extranjero. En el sentido de imitación de los jóvenes involucrados en un ambiente donde se desarrolla cierta música, manera de vestir, comportarse y ciertos programas televisivos que impulsan a prácticas que llevan consigo algún tipo de droga. Por ejemplo, las películas que se refiere a la rebelión, en la que los protagonistas consideran el consumo de drogas como una forma de manifestar su oposición a las maneras tradicionales de la sociedad.

Los adictos se encuentran en todos los estratos de la sociedad. En cuanto a la presente investigación, el adicto que resulta más peligroso es el del estrato inferior, pues él carece de los medios económicos para mantener su vicio, lo que lo impulsa a cometer diversas actividades delincuenciales para poseer dinero y así satisfacer su necesidad de la droga.

El mantenimiento de este vicio es lo que impulsa a los adictos a participar en los actos de tráfico de persona, con el fin de obtener ganancias exorbitantes a cambio de un

trabajo no muy cargado, que les permite fácilmente patrocinar dicha adicción. Del mismo modo, las drogas, al igual que el alcohol, inducen a enfermedades que producen la pérdida de afecto y pueden conllevar al maltrato, explotación y abandono de los menores por el padre drogadicto.

2.3 Regulación internacional de protección

Un millón de niños menores de cinco años muere cada año en América Latina y el Caribe. La mayoría de estas muertes ocurre por causas evitables. Cada vez que un niño muere por deshidratación producida por la diarrea, por alguna enfermedad prevenible mediante vacunas, por una infección respiratoria fácilmente controlable o por enfermedades relacionadas con el parto acontece una violación a los Derechos Humanos.

Del mismo modo sucede cada vez que un niño nace con bajo peso, o tiene que enfrentar la vida con deficiencias nutricionales que acarrear graves consecuencias para su desarrollo físico, mental y psicosocial. Igualmente, cada vez que se les maltrata física o psicológicamente, se les abandona, se les explota laboral o sexualmente, se les priva de la educación o se les impide expresarse.

Si fuesen los adultos quienes sufrieran alguna de esas privaciones o carencias, se promovería una gran movilización internacional en defensa de los derechos humanos. Sin embargo, la respuesta frente a los derechos de los niños, que son los derechos

humanos prematura y extensamente violados, es generalmente de resistencia, ignorancia, indiferencia o tolerancia. Se desconoce la condición del niño como sujeto íntegro de derechos y deberes.

A pesar de esta realidad, la historia observa vientos de cambio y esperanza para los niños.

2.3.1 Declaración de los derechos del niño

El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Declaración de los Derechos del Niño. El espíritu del documento se manifiesta en el preámbulo, el que dice en parte que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”. Muchos de los derechos y libertades enunciados en la Declaración reiteraban párrafos de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y otros documentos anteriores, pero la comunidad internacional tenía la convicción de que las necesidades especiales del niño eran tan urgentes que requerían una declaración separada y más concreta.

El 21 de diciembre de 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución en la que se proclamó el año 1979 como Año Internacional del Niño. En esa resolución se alienta a todos los países, ricos y pobres, a que revisen sus programas de fomento de bienestar de los niños, y se recuerda que el año 1979 será el vigésimo

aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño y podría servir de oportunidad para promover aún más su aplicación.

La Declaración contiene diez principios cuidadosamente redactados que afirman los derechos del niño a disfrutar de protección especial; a disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal; que posea condiciones de libertad y dignidad; a tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; a disfrutar de los beneficios de la seguridad social, inclusive nutrición adecuada, vivienda, recreo y servicios médicos; a recibir tratamiento, educación y cuidados especiales si tiene algún impedimento; a crecer en un ambiente de afecto y seguridad y, siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; a recibir educación; a figurar entre los primeros que reciban protección y socorro en casos de desastres; a estar protegido contra todas las formas de abandono, crueldad y explotación; y, a ser protegido contra prácticas que puedan fomentar cualquier forma de discriminación. Finalmente, la Declaración recalca que el niño “debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal.”

El principio 6, entrando más en el tema de la adopción, predica lo referente a la familia y protección:

“Principio 6.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de

seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.”

2.3.2 Convención Sobre los Derechos del Niño

La expresión más clara de ello es el surgimiento de una nueva ética internacional, mediante la cual los pueblos del mundo le brindan su respaldo a la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su 44º período de sesiones, el 20 de noviembre de 1989. La expedición de ese instrumento jurídico internacional, fruto de 10 años de trabajo de representantes de 43 países, coincide con la celebración de los 30 años de la Declaración de los Derechos del Niño, suscrita en 1959.

La Convención complementa la Declaración, no la sustituye, Mientras que la Declaración es una afirmación de principios de carácter meramente moral y no encierra obligaciones específicas, la Convención tiene fuerza coercitiva, requiere una toma de decisión por parte de cada Estado que la suscriba y ratifique, e incluye mecanismos de control para verificar el cumplimiento de sus disposiciones y obligaciones.

Los derechos de los niños, recogidos en esa Convención, significan y representan el mínimo que toda sociedad debe garantizar a los mismos, y en lo cual se dio el

consenso de los redactores de todas las razas, credos y filiaciones políticas. La Convención reconoce la especial vulnerabilidad del niño y recoge en un Código único todas las normas y medidas de privilegio y de protección a favor de los menores, que los países firmantes convienen en adoptar e incorporar a sus leyes.

Ubicado aún más en el tema de la presente investigación, se observa que la Convención pide a los Estados Partes que tomen todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma, Artículo 35, y para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima, Artículo 39.

2.3.3 Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño

El Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de menores, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía amplía la definición de estas normas. El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, conocido como el Protocolo de Palermo, define por primera vez el tráfico de seres humanos. El convenio 182, del año 1999, de la Organización Internacional de Trabajo, en su regulación sobre la prohibición contra las peores formas de trabajo infantil incluye la trata de menores de edad.

2.3.4 Convenio Relativo a La Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional

El convenio internacional ratificado por Guatemala, relativo a la materia de adopción, es el XXXIII Convenio Relativo a La Protección Del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, realizado en La Haya el 29 de mayo de 1993 por los Estados Miembros de la Decimoséptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Aunque fue firmado por Guatemala en el año 2003, su ratificación se dio hasta el 22 de mayo de 2007 y entró en vigencia el 31 de diciembre del mismo año. Por su importancia será analizado en el punto siguiente.

2.4 Convenio de la Haya

2.4.1 Objeto

El convenio tiene por objeto establecer garantías para el respeto de los derechos internacionales del niño, y a sus intereses en las adopciones internacionales. Se busca que exista cooperación entre los Estados contratantes para asegurar estas garantías y prevenir el tráfico de niños. Finalmente, se pretende asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas de acuerdo al procedimiento.

2.4.2 Contenido

En primer lugar, hace referencia al Estado de Origen, que es el de la residencia habitual del niño, y Estado de Recepción, que es a donde ha sido, es o va a ser desplazado. En cuanto a su ámbito de aplicación, el convenio deja en claro que no se podrán adoptar mayores de 18 años. Así mismo, las únicas adopciones a las que se aplicará el convenio son las que buscan establecer un vínculo de filiación.

Para que la adopción pueda tener lugar, las Autoridades competentes del Estado de Origen deben:

- a) Establecer que el menor es adoptable;
- b) Constatar que la adopción internacional responde al mejor interés del menor;
- c) Las personas, instituciones y autoridades que deben dar su consentimiento, han sido bien enteradas de los efectos del rompimiento de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen, y ellos han dado su consentimiento libremente por escrito;
- d) Que no se dio el consentimiento bajo pago, ni que haya sido revocado;
- e) Que cuando el consentimiento de la madre sea exigido, se haya dado después del nacimiento del niño; y,

f) Cuando sea el consentimiento del niño acorde a su madurez y edad.

Así mismo, para que la adopción pueda tener lugar, las Autoridades competentes del Estado de Recepción deben:

a) Constatar que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;

b) Asegurarse que los futuros padres adoptivos fueran asesorados; y,

c) Constatar que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

2.4.3 Autoridad Central

La Autoridad Central será una entidad del gobierno, ya que fungirá el rol de fiscalizadora de los trámites de adopción, tanto nacionales como internacionales, sirviendo como medio de contacto para los Organismos Acreditados. Todo Estado deberá designar a una Autoridad Central, o más si fuera necesario, que será la encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone. Entre esas obligaciones se encuentra:

a) Cooperar entre ellas para el cumplimiento del convenio;

b) Proporcionar información sobre sus Estados;

c) Informarse mutuamente sobre el funcionamiento del convenio;

d) Reunir, conservar e intercambiar información de la situación del niño y futuros padres; y,

e) Facilitar, seguir y activar el proceso de Adopción.

2.4.4 Organismo Acreditado: metodología para la acreditación; criterios éticos y profesionales de evaluación; supervisión y control; funciones; y, ejemplo.

Un Organismo Acreditado es una entidad creada para llevar a cabo procedimientos de adopción nacional e internacional, tras haber obtenido la autorización para funcionar como tal por el Estado de Origen.

La acreditación es una delegación de poder por el Estado. La forma como el organismo acreditado cumple sus funciones compromete al Estado. Existe la posibilidad de que autoridades competentes u organismos acreditados de otros Estados partes de la Convención de la Haya puedan reclamar a un Estado de Origen cuando las prácticas de uno o varios organismos acreditados de éste son contrarias al interés del niño o sus costes no son razonables.

“Escasos Estados de Origen han optado por acreditar organismos nacionales para participar en el procedimiento de adopción internacional. Existen experiencias positivas, mayormente cuando los organismos tenían ya muchos años de práctica y habían acumulado experiencia. Existen experiencias negativas ligadas al número y a la ética, inadecuados de organismos recientemente creados e integrados por profesionales anteriormente involucrados en prácticas no respetuosas de los derechos del niño y motivados por ganancias materiales no razonables en relación con el costo de vida en el país.”²³

Metodología para la acreditación de organismos

Conforme al estudio realizado por el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia, se logró determinar la metodología idónea para la acreditación de un organismo. Si un Estado de Origen considera la eventualidad de acreditar organismos nacionales para la adopción nacional o/e internacional, varios elementos tienen que ser tomados en cuenta:

a) Evaluar las necesidades de adopción nacional y/o internacional que existen en su país: diversos perfiles de los niños que necesitan una familia adoptiva y estimación del número de menores concernidos;

²³ Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CRI); **Ficha de Información No. 41**. Página 3

b) A partir de estos datos: definir el perfil y estimar el número de las familias que se necesitan para responder al interés de estos niños;

c) Diseñar el organigrama de las diversas actividades que implica, en su país, el proceso que culmina con la adopción, con los operadores nacionales y eventualmente extranjeros o su representante en el país que las asumen;

d) A partir de este organigrama, aclarar las actividades que no son cubiertas y pudieran ser funciones delegadas a un organismo privado por medio de la acreditación; y,

e) Definir el perfil y estimar el número de los organismos acreditados nacionales deseables, en el interés de los niños, para cumplir estas funciones.

Dentro de este contexto se deben establecer:

a) Las funciones de estos organismos;

b) El ámbito de acción en el país: local, regional, nacional;

c) El ámbito y mecanismo de colaboración con otros países; y,

d) Los criterios éticos, profesionales, informativos y económicos para la acreditación.

Criterios éticos y profesionales de evaluación de los organismos acreditados

De acuerdo con el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia, quienes llevan a cabo la supervisión del cumplimiento y desarrollo del Convenio de la Haya, se logró establecer los criterios básicos e ideales que el Estado de Origen debe tener en cuenta para evaluar a un organismo acreditado.

Los criterios utilizados para la evaluación de la actuación en materia de adopción nacional e internacional serán entre otros de tipo profesional y ético. La ética a la cual se refiere aquí es la de los derechos de los niños, tal como aparece en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención de La Haya de 1993. Se basa en tres puntos fundamentales que son:

a) El interés superior del niño y el respeto de sus derechos fundamentales.

b) El principio de subsidiariedad

c) La ausencia de ganancias indebidas.

Para llevar a cabo la evaluación de los criterios éticos y profesionales de los organismos, se recomienda que se tomen particularmente en cuenta los siguientes elementos:

a) Personal empleado: presencia o no de un equipo pluridisciplinario; formación y experiencia profesional en materia de derechos de los niños y de adopción, etc.

b) Listado de las actividades desarrolladas por el organismo: cuando un organismo desarrolla varios programas en atención a niños en instituciones, acogimiento familiar, adopción nacional, adopción internacional, se debe evaluar de manera particularmente escrupulosa para cuidar que la acumulación de funciones no conlleve fallas éticas. Por ejemplo, si el organismo realiza programas con las madres solteras o las familias de origen, o actividades de adopción nacional, además de la evaluación de estos mismos programas se hará también la relación eventual que tienen con la adopción internacional.

c) Apreciación de la calidad de su trabajo: de acuerdo a las funciones desempeñadas por el organismo, se tratará por ejemplo de verificar la calidad de los informes relativos a los candidatos adoptantes que manda; el perfil de los candidatos que presenta, calidad de la información, selección y preparación de estos candidatos; la calidad de los seguimientos realizados: informes remitidos por profesionales sobre la integración de los niños adoptados en su familia y su nuevo medio de vida, colaboración del organismo en caso de graves problemas de integración del niño, etc.

d) La Cobertura geográfica: de la intervención en el país.

Supervisión y control de los organismos acreditados

Es importante que la autoridad competente supervise la calidad de las actuaciones de los organismos acreditados. Para eso una evaluación periódica de los organismos y un control de sus finanzas es indispensable y facilitará la decisión de renovar o de suspender la acreditación. Para llevarla a cabo, se debe examinar regularmente:

- a) El trabajo que realizan con las familias de origen, con los niños y/o con los candidatos adoptantes;
- b) La participación del organismo en el matching y sus modalidades;
- c) La capacidad de colaboración con las autoridades públicas y las instituciones de protección y acogida de los niños involucrados en la realización de las adopciones;
- d) El profesionalismo y la ética del organismo, detallados anteriormente;
- e) La exención de cualquier acusación o sospecha relativa a su moralidad acerca de niños o a gestiones financieras actuales o anteriores; y,
- f) El carácter razonable de los honorarios y costos requeridos de los solicitantes recabando una información detallada.

Funciones de un organismo acreditado

Un Organismo Acreditado debe:

- a) Perseguir únicamente fines no lucrativos;
- b) Ser dirigido y administrado por personas calificadas para actuar en el ámbito de adopción internacional;
- c) Estar sometido a control y fiscalización de las Autoridades Competentes; y,
- d) Si desea actuar en otro Estado, haber sido autorizado por ambos Estados.

Ejemplo de organismo acreditado internacional

La **International Adoption** –INTERADOP- es una Organización No Gubernamental – ONG-, de Servicios Sociales en el campo de la protección de menores. INTERADOP es también un Organismo Acreditado de Adopción para llevar a cabo programas oficiales de adopción internacional que las Autoridades Estatales consideren oportuno estructurar, a fin de que puedan tener la oportunidad de tener un hogar aquellos niños que no lo puedan tener en su país de origen. Como entidad española especializada en adopción en países de Europa del Este, desarrolla sus funciones en Rusia, Rumania,

Bulgaria y presta información específica sobre protección de menores en cualquier país de Europa, China y algunos países de Iberoamérica.

Las funciones de INTERADOP, que se desarrollan en el marco del Convenio de La Haya sobre Protección de la Infancia y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1.993, son las siguientes:

- a) Informar a los interesados en materia de adopción internacional;
- b) Intervenir en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto nacionales como extranjeras;
- c) Asesorar y apoyar a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deben realizar en España y en el país de origen del menor;
- d) Promover contactos entre las personas interesadas en adoptar y los que adoptaron para que puedan intercambiar sus experiencias y dilucidar mejor las ventajas y los inconvenientes de la adopción internacional;
- e) Actuar internacionalmente en favor de los niños más necesitados; y,
- f) Realizar cursos de preparación para padres adoptivos, de acuerdo a lo establecido por la ley nacional del país de origen del menor.

2.5 Procedimiento de adopción del Convenio de la Haya

2.5.1 Primera etapa: padres adoptantes

La primera etapa de la adopción, conforme al Convenio, está caracterizada por la voluntad de las personas adoptantes que se manifiesta ante la Autoridad Central. Estas personas pueden o no tener su residencia en el país donde solicitan la adopción. Esto lo regula el Artículo 14 de la Convención, que estipula:

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

Tras dado el primer paso, que constituye esa declaración de voluntad de adoptar, procede a la Autoridad Central realizar una serie de estudios, a través de los cuales determinará la aptitud de adopción, como lo regula el Artículo 15 en su punto primero:

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

Si se trata de una adopción nacional, la encargada de realizar el estudio es la Autoridad Central del Estado de Recepción que es a la vez el Estado de Origen. Pero si la adopción es internacional, como cita el Artículo, se debe realizar por la Autoridad Central del Estado de Recepción, y será ella la encargada no sólo de realizar el estudio sino de enviarlo a la Autoridad Central del Estado de Origen, como se observa en el punto 2 del Artículo 15:

“2. Esta Autoridad Central transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de Origen.”

En síntesis, el fin de esta primera etapa es dedicado única y exclusivamente a analizar y estudiar las posibilidades que tiene el adoptante de cuidar a un niño, para poder determinar más adelante, a que niño conviene más estar bajo su cuidado. Así mismo, se propone el desechar toda aquella solicitud que no sea apta para ningún menor con la intención de proteger los derechos de éstos.

2.5.2 Segunda etapa: niño a ser adoptado

La segunda etapa de adopción conforme al Convenio de la Haya, debe de tener como finalidad el estudio del niño por parte de la Autoridad Central, con el objeto de considerar si el niño es adoptable.

Para ello, la Autoridad llevará a cabo estudios para preparar un informe acerca de la adoptabilidad del menor, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia

médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares. En cuanto a su historia médica y la de su familia, el motivo es que cuando el menor sea adoptado y crezca dentro del cuidado del adoptante, éste tenga toda la información acerca de las posibles enfermedades congénitas que pueda sufrir el menor para brindarle el mejor cuidado posible.

Así mismo, se deberá realizar una recaudación de las manifestaciones y aceptaciones de voluntad de los padres biológicos y, en su caso, del menor, o de las autoridades bajo cuyo cuidado se encuentre el niño.

Una vez realizados estos estudios e informes, la Autoridad Central debe constatar que las condiciones étnicas, religiosas y culturales del menor se han tomado en cuenta para la selección del adoptante, que basándose especialmente en los informes relativos al niño y al futuro padre adoptante, la colocación prevista obedece al interés superior del niño. Todo lo anterior, se encuentra regulado en el punto 1 del Artículo 16 del Convenio:

“1. Si la Autoridad Central del Estado de Origen considera que el niño es adoptable:

a) Preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;

b) Se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;

c) Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el Artículo 4;

d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.”

La Autoridad Central del Estado de Origen, si se trata de una adopción internacional, deberá trasladar al Estado de Recepción los documentos enumerados en el punto 2 del Artículo 16 del Convenio:

“2. Esta Autoridad Central transmitirá a la Autoridad Central del Estado de Recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de Origen no puede divulgarse su identidad”

2.5.3 Tercera etapa: desplazamiento del niño

La Autoridad del Estado de Origen se asegura que los padres adoptivos han manifestado su acuerdo en relación al menor que les será dado en adopción.

Conforme a la ley de cada Estado, puede ser necesario que se de una aprobación por parte del Estado de Recepción en cuanto a la manifestación de voluntad del adoptante. Si es necesaria, se debe dar como segundo paso. Esto se ve reflejado en el Artículo 17 de la Convención:

“En el Estado de Origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:

a) La Autoridad Central del Estado de Origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;

b) La Autoridad Central del Estado de Recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de Origen;

c) Las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo para que se siga el procedimiento de adopción; y,

d) Se ha constatado, de acuerdo con el Artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de Recepción.”

Como tercer paso, una vez las Autoridades de ambos Estados están de acuerdo en llevar a cabo la adopción, se constata que el niño ha sido o será autorizado a salir del Estado de Origen, y a entrar y residir permanentemente en el Estado de Recepción. Constatado ello, se realiza el desplazamiento del menor con la seguridad y en condiciones adecuadas.

Dentro de esta tercera etapa se considera la posibilidad que la adopción que ya se realizó, deje de responder al mejor interés del niño. En dicho caso el primer paso es retirar al niño de sus padres adoptivos y dejarlo bajo el cuidado de la Autoridad Central del Estado de Recepción. Éste se debe encargar de devolver los informes a la Autoridad Central del Estado de Origen, indicando si existe la posibilidad de entregar al menor a otros padres en el mismo Estado de Recepción, siempre que el Estado de Origen lo considere conveniente y que responde al mejor interés del menor. Como último recurso, se asegura el retorno del niño al Estado de Origen.

Es importante hacer notar que esta posibilidad no fue prevista por la Ley de Adopciones que se emitió en cumplimiento de este Convenio, y que es imperante regularla ya que es una incidencia que puede llegar a suceder.

2.6 Efectos

Toda adopción será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

El reconocimiento de la adopción conlleva:

- a) Reconocimiento del vínculo de filiación entre padres adoptivos y niño;

- b) Reconocer la responsabilidad de los adoptantes respecto al menor;

c) Dependiendo de la legislación del Estado, reconocer la ruptura del vínculo de filiación entre el niño y sus padres biológicos, a menos que los consentimientos otorgados para la adopción hayan sido concedidos buscando la ruptura.

Sólo podrá negarse el reconocimiento de una adopción, si ésta es contraria al orden público.

CAPÍTULO III

3. Trámite notarial y administrativo

3.1 Adopción notarial, derogado

3.1.1 Regulación legal

La regulación base sobre la cual se establecía y desarrollaba la figura de la adopción en Guatemala, desde el punto de vista cronológico, se encontraba en el Código Civil Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno, el cual fue promulgado en 1963. La normativa específica estaba contenida en el Libro I de las personas y de la familia, Capítulo VI de la adopción, Artículos 228 al 251. Aunque hoy día estén derogados, los más relevantes fueron los siguientes:

“Artículo 229.- Concepto. La adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona...”

“Artículo 232.- Patria Potestad del adoptante. Al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y éste tiene derecho a usar el apellido de aquél.”

“Artículo 234.- Adopción conjunta de marido y mujer. El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado. Fuera de este caso, ninguno puede ser adoptado por más de una persona. También uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro.”

“Artículo 236.- Herencia del adoptado. El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquél.

Si el adoptado no es heredero, tendrá derecho a ser alimentado hasta la mayoría de edad.

En caso de herencia testada, los alimentos sólo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades.”

“Artículo 239.- Cómo se establece la adopción. La adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el juez de Primera Instancia competente.”

Siguiendo el orden, la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 también hace referencia a esta figura jurídica, específicamente en el Artículo 54, que literalmente regula:

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

En cuanto al Código Procesal Civil y Mercantil, es manifiesta la inexistencia de norma alguna que regule el procedimiento por medio del cual se concreta una adopción. Esto, evidentemente, constituyó una omisión importante, especialmente si se considera lo regulado por el Código Civil en los Artículos del 239 al 244 sirvió de base para la tramitación judicial de la adopción, inclusive lo procedimental.

Con estos elementos proporcionados por el Código Civil, se establecen también las premisas necesarias para que con posterioridad pudiera llegarse a regular de manera específica la tramitación del proceso de adopción dentro de la denominada jurisdicción voluntaria notarial. Así, mediante la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, se faculta el trámite de la adopción por la vía notarial de jurisdicción voluntaria, con lo cual se estableció una alternativa más rápida para proceder a legalizar la adopción. Los Artículos del Decreto 54-77 que desarrollaron la forma, requisitos y manera de realizar la tramitación notarial de la adopción fueron el 28 al 33.

En conclusión, la base legal para la tramitación de la adopción notarial, es la siguiente:

- a) Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, Artículo 54;
- b) Código Civil, Decreto Ley 106, Artículos 228 al 251, derogados; y,

c) Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77, Artículos 28 al 33, derogados.

3.1.2 Tramitación

El procedimiento comienza con la solicitud que el adoptante realiza al Notario para que se dé inicio al trámite, lo cual se hacía constar en el acta notarial de requerimiento que para el efecto debía faccionar el Notario, en la cual se adhería un timbre notarial de Q.10.00 y un timbre fiscal del valor de Q.0.50 por hoja. Para faccionar el acta en cuestión, el requirente debía presentar la prueba pertinente, que en este caso consistía en:

- Certificación de la partida de nacimiento del menor o adulto a adoptar; y,
- Certificación de la partida de matrimonio del adoptante o los adoptantes.

El adoptante o adoptantes, debían hacerse acompañar de los padres biológicos o de la madre soltera del menor, o bien, del representante de la institución a cuyo cargo²⁴ y responsabilidad se encuentre o por quien le represente legalmente²⁵.

A continuación del acta notarial de requerimiento, debía procederse a dictar la primera resolución, la cual era de trámite, por lo que se trataba de un decreto. En él se tenían por iniciadas las diligencias y por recibida la prueba documental. Era pertinente fijar día

²⁴ Como lo era en ese entonces un orfanato.

²⁵ Entiéndase *Tutor*.

y hora, dentro de dicha resolución, en la que se recibirían las declaraciones testimoniales.

Toda resolución que se dicte dentro de un proceso, sea éste judicial o voluntario, debe, para surtir los plenos efectos de un acto procesal válido, ser notificada, conforme a lo establecido en el Artículo 66 del Código Procesal Civil y Mercantil:

“Artículo 66.- Toda resolución debe hacerse saber a las partes en forma legal y sin ello no quedan obligadas ni se les puede afectar en sus derechos. También se notificará a las otras personas a quienes la resolución se refiera.”

La notificación, tercera fase del proceso de adopción notarial, se hacía tanto al adoptante o adoptantes, así como a los padres biológicos, representante de la institución a cuyo cargo se encuentra el menor, tutor o a la persona encargada de quien sería adoptado, según correspondía.

En la fecha, lugar y hora fijados para recibir las declaraciones testimoniales, se procedía a formular las preguntas que oportunamente quedaron consignadas en el acta notarial de requerimiento para que fueran respondidas por los testigos. En esta cuarta fase del procedimiento, se debían hacer constar las declaraciones testimoniales en acta notarial, una por cada testigo. Su objetivo era acreditar las buenas costumbres, posibilidades económicas y moralidad del adoptante o adoptantes.

Una actuación importante dentro del proceso de adopción notarial, que representa la quinta fase, se refería a la remisión del expediente al Tribunal de Familia. Esto se hacía, por tratarse de un acto mediante el cual se pide la intervención de un órgano jurisdiccional, mediante un memorial. En éste se solicitaba al juez que nombrara a una Trabajadora Social adscrita al Tribunal para que, bajo juramento, rindiera informe, con base en el estudio socioeconómico que debía realizar, sobre las condiciones de los adoptantes y su recomendación sobre si procedía o no la adopción.

La sexta fase del proceso de adopción, en consecuencia, está representada por el conjunto de diligencias del Tribunal de Familia, que a través de la investigación que la Trabajadora Social realizaba y los resultados obtenidos, rendía el informe correspondiente.

Satisfecho lo anterior, el Tribunal de Familia debía devolver el expediente al Notario para que continuara el trámite. La devolución se hacía constar en la resolución que para el efecto dictaba el Tribunal de Familia.

Posteriormente, lo que constituye la octava fase, el Notario, habiendo obtenido la opinión favorable de la Trabajadora Social adscrita al Tribunal de Familia sobre la procedencia de la adopción, remitía el expediente a la Procuraduría General de la Nación a efecto que se pronunciara en sentido favorable para continuar el trámite. La remisión del expediente, se consideraba: “debe realizarse mediante un memorial. Desde el punto de vista procesal, el Notario, quien también es Abogado, deberá en

este caso satisfacer la obligación de adherir un timbre forense de Q.1.00 por hoja, conforme lo previsto en el Decreto 82-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Timbre Forense y Notarial.”²⁶

La Procuraduría General de la Nación, de manera ideal, debía pronunciarse favorablemente en cuanto a la adopción propuesta. Sin embargo, cabía la posibilidad de que no fuera así y se opusiera abiertamente. En este caso, la ley disponía la remisión de las actuaciones al Tribunal competente para que éste resolviera sobre el fondo del asunto.

“Artículo 32. Audiencia al Ministerio Público. Llenados los requisitos anteriores, el notario oirá al Ministerio Público y si esta institución no pusiere objeción alguna, se otorgará la escritura respectiva.

En el caso de que el Ministerio Público objetara, se remitirá el expediente al tribunal competente para que dicte la resolución procedente.”

Si era el caso que la Procuraduría General de la Nación se pronunciaba favorablemente respecto a la adopción que se tramitaba, procedía la novena fase, la cual consistía en dictar el auto final. Aunque la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria no lo disponía taxativamente, se debe

²⁶ Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias González, José Antonio; **Procedimientos Notariales Dentro de la Jurisdicción Voluntaria Guatemalteca**. Página 332.

entender que así debía realizarse pues todo asunto de jurisdicción voluntaria debe tener un auto final.

La décima fase consistía en el otorgamiento de la escritura de adopción, Ésta quedaría contenida dentro del protocolo del Notario. Luego procedía la remisión del testimonio al Registrador Civil, o como se le conoce en la actualidad al Registrador Civil del Registro Nacional de las Personas, y remisión del testimonio especial al Director del Archivo General de Protocolos. El primero debía acompañarse de su duplicado a efecto de que se realizaran las anotaciones sobre la adopción en la partida correspondiente.

El expediente debía ser remitido al Director del Archivo General de Protocolos para su conservación y custodia, lo que representaba la duodécima fase de la tramitación del proceso de adopción.

3.2 Adopción administrativa, vigente

Declarada la adoptabilidad por el Juez de Niñez y Adolescencia, el Consejo Nacional de Adopciones realiza la selección de las personas idóneas para el niño, en un plazo de diez días contados a partir de la solicitud de adopción, debiéndose dar prioridad a su ubicación en una familia nacional. Si se determina la imposibilidad para llevar a cabo la adopción nacional, subsidiariamente se realizará el trámite para la adopción internacional siempre y cuando ésta responda al interés superior del niño.

La selección de las personas idóneas se realiza del registro de familias o personas idóneas que desean adoptar. Es decir, de las personas que cuentan con la certificación de idoneidad.

En la resolución de selección de personas idóneas, se hará constar que en la colocación del niño se ha tomado en cuenta:

- a) Su interés superior,
- b) El derecho a su identidad cultural,
- c) Características físicas,
- d) Resultado de las evaluaciones médicas, socioeconómicas y psicológicas.

El Consejo Nacional de Adopciones verificará que en cada etapa del proceso de adopción se observe estrictamente lo preceptuado en la ley y en el convenio.

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

Recibida la aceptación por el Consejo Nacional de Adopciones, éste autorizará un período de convivencia y socialización de manera personal entre los solicitantes y el niño, no menor de cinco días hábiles, tanto en las adopciones nacionales como internacionales. El Consejo Nacional de Adopciones deberá informar al Juez de Niñez y Adolescencia que se inició el período de convivencia y socialización.

Dos días después de concluido el período de socialización, el Consejo Nacional de Adopciones solicitará al niño, de acuerdo con su edad y madurez, que ratifique su deseo de ser adoptado. El consentimiento del niño será dado o constatado por escrito. Al concluir el proceso de socialización, y tomando en cuenta la opinión del niño, el Equipo Multidisciplinario emitirá, dentro de los tres días siguientes contados a partir del período de socialización, un informe de empatía que señalará la calidad de la relación establecida entre los potenciales adoptantes y el adoptados.

En caso de las adopciones internacionales, deberá constar por escrito dentro del expediente que las autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se continúe con el procedimiento de adopción. Se requerirá además el compromiso de la Autoridad Central y homólogo del país receptor de proporcionar toda la información que permita dar seguimiento al niño dado en adopción. Igualmente deberán tomar las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida de Guatemala, así como de entrada y residencia permanente al Estado de Recepción. El Consejo Nacional de Adopciones proveerá información completa y precisa del niño, incluyendo el reporte de la procedencia de éste a la Autoridad Central del país receptor o a sus

entes acreditados, a fin de que la Autoridad Central del país receptor haga la determinación de acuerdo con el Artículo 5 literal c del convenio.

Concluido el proceso administrativo, el Consejo Nacional de Adopciones dictaminará dentro de los cinco días siguientes la procedencia de la adopción, considerando las prohibiciones que la ley establece referentes a los sujetos que no pueden adoptar.

El Consejo Nacional de Adopciones extenderá certificaciones de los informes para que los interesados puedan adjuntarlas a su solicitud de homologación ante el juez que conozca del caso.

El juez de familia recibirá la solicitud de adopción por los interesados y verificado que el procedimiento administrativo de adopción cumpla con los requisitos de la ley y el convenio, sin más trámite, lo homologará y declarará con lugar la adopción en un plazo no mayor de tres días hábiles. Ordenará su inscripción en el Registro correspondiente, otorgando la custodia del niño para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero. Si el juez constata que se omitió algún requisito de ley, remitirá el expediente al Consejo Nacional de Adopciones para que sea subsanado y asegurará la protección del niño.

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

adopción. En el caso de que el adoptado tuviera bienes, se faccionará acta de inventario de los mismos.

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

Autorizada la adopción por el juez, la deberá notificar al Consejo Nacional de Adopciones, para que éste verifique que se restituya el derecho de familia del adoptado por medio de acto en el que personalmente comparecen los adoptantes y el adoptado.

La certificación de la resolución judicial de adopción deberá ser presentada al Registro correspondiente a fin de que se anote la inscripción en los libros respectivos. Así mismo, deberá adjuntarse la certificación del dictamen emitido por el Consejo Nacional de Adopciones.

CAPÍTULO IV

4. Diferencias

Del estudio y la esquematización de la adopción que se ha realizado en los capítulos anteriores, procede ahora hacer un análisis comparativo de las principales diferencias que surgen entre ambos trámites.

Es evidente que las diferencias son abundantes, ya que los trámites no concuerdan en su mayoría, por lo que se limitará a enumerar las discrepancias sobresalientes y cruciales entre ambos trámites. Para realizar un mejor estudio, se señalarán en dos clases de forma y de fondo.

4.1 Diferencias de forma

Estas diferencias consisten básicamente en la enumeración de los cambios trascendentales que se dieron en el nuevo trámite. Se observará un contraste total entre lo que regulaba, si es que de hecho estaba regulado, el trámite notarial; y la importancia que se encuentre normado en el vigente.

4.1.1 Encargado: Juez y Notario

El Código Civil indicaba en el Artículo 239, ahora derogado, que la adopción podía realizarse a través de la aprobación de un juez de Primera Instancia:

“Artículo 239.- Cómo se establece la adopción. La adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el juez de Primera Instancia competente.”

Esta disposición se ve reformada por el Artículo 28 de la Ley de Regulación de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en el que se regulaba:

“Artículo 28. Formalización. La adopción regulada en el Código Civil, puede ser formalizada ante notario público, sin que se requiera la previa aprobación judicial de las diligencias.”

4.1.2 Consejo Nacional de Adopciones

El Consejo Nacional de Adopciones es la máxima autoridad en materia de adopciones, con personalidad jurídica, patrimonio propio y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Según el Artículo 17 de la nueva ley de Adopciones Decreto 77-2007, el Consejo Nacional de Adopciones es la Autoridad Central:

“Artículo 17. Autoridad Central. Se crea el Consejo Nacional de Adopciones –CNA, como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Consejo Nacional de Adopciones será la Autoridad Central de conformidad con el Convenio de La Haya.”

La ley regula, en el artículo 18, la estructura orgánica de dicha entidad, dentro de la cual se encuentran las siguientes dependencias:

- a) Consejo Directivo;
- b) Dirección General;
- c) Equipo Multidisciplinario;
- d) Registro; y,
- e) Otros que sean establecidos en el Reglamento.

Del mismo modo, la ley señala las funciones de la Autoridad Central. Puesto que el Consejo Nacional de Adopciones constituye dicha autoridad y es el encargado de la tramitación administrativa, se procede a enumerar las principales facultades que la ley le otorga, que son las siguientes:

- a) Protección de los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción;
- b) Promover la adopción nacional;
- c) Asignar a cada niño una familia adecuada de acuerdo a su interés superior;
- d) Conservar, reunir e intercambiar información sobre los padres del niño o niña para su bienestar;
- e) Reunir información sobre el origen del niño, padres, historial médico;
- f) Velar por los niños en estado de adoptabilidad que ingresen a los hogares de protección o al programa de familias temporales;
- g) Mantener un registro actualizado de los niños vulnerados en su derecho de familia y la institución donde se encuentran en resguardo;
- h) Emitir certificado de idoneidad de los solicitantes en un plazo no mayor de 30 días;
- i) Recibir el consentimiento de los padres biológicos;
- j) Supervisar el período de socialización y emitir el certificado de empatía;

- k) Recibir las solicitudes de adopción;
- l) Darle seguimiento a los niños dados en adopción, en las adopciones internacionales se pedirá informe de seguimiento a la Autoridad Central correspondiente;
- m) Tomar medidas para prevenir beneficios materiales indebidos;
- n) Establecer el número de organismos extranjeros acreditados que permitirán funcionar en el país y autorizar aquellos que tengan permiso de actuar; y,
- o) Emitir el certificado de que la adopción internacional fue tramitada de conformidad con el Convenio de la Haya y las leyes.

Consejo Directivo

El Consejo Directivo del Consejo Nacional de Adopciones está integrado de la siguiente forma:

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

Cada uno de los integrantes dura un período de cuatro años y se debe asignar un suplente para cada integrante, para los casos de ausencia. Las funciones de dicho Consejo Directivo consisten en el desarrollo de políticas, procedimientos, estándares y líneas directivas para el procedimiento de adopción.

Director General

Existe un Director General que es el jefe administrativo de la institución y el responsable de su buen funcionamiento. Es nombrado por el Consejo Directivo y dura en sus funciones un período de tres años, pudiéndolo hacer únicamente por un período.

Equipo Multidisciplinario

Es la unidad de la Autoridad Central que asesora las actuaciones en los procesos de adopción para que estos se realicen de conformidad con la ley, transparencia, ética y los estándares internacionales aceptados, debiendo prestar asesoría a los padres biológicos y adoptantes y familiares del niño.

Contará con un coordinador que ejercerá la jefatura técnica administrativa que va a ser nombrado por el Consejo Nacional de Adopciones y un equipo técnico de especialistas profesionales en diferentes disciplinas con énfasis en la niñez y la adolescencia. La ley

no indica un número aproximado de cuantos integrantes deben participar en esta dependencia.

Para ser miembro del Equipo Multidisciplinario se necesitan ciertos requisitos:

a) Ser guatemalteco de origen;

b) Reconocida honorabilidad;

c) Profesional universitario, colegiado activo;

d) Hallarse en el goce de sus derechos civiles; y,

e) Acreditar experiencia en el tema de niñez y adolescencia, especialmente en el tema de adopciones.

Las principales funciones de este Equipo Multidisciplinario, conforme a la Ley de Adopciones son:

a) Asesoramiento a las familias del adoptante como el adoptado;

b) Estudiar y dar opinión sobre los casos que les sean requeridos por al Autoridad Central;

- c) Realizar los peritajes e investigaciones que les sean requeridos por la Autoridad Central;
- d) Emitir opinión en cuanto los certificados de idoneidad de los adoptantes y de empatía entre el adoptado y el adoptante;
- e) Emitir opinión dentro del proceso de selección de la familia idónea para el niño a ser adoptado;
- f) Emitir opinión profesional que oriente la resolución final de la Autoridad Central; y,
- g) Supervisar bajo la coordinación con la Secretaria de Bienestar social, a las entidades públicas y privadas que se dediquen al abrigo de niños.

Registro

En el Consejo Nacional de Adopciones se deberá contar con el registro de la siguiente información:

- a) Adopciones Nacionales;
- b) Adopciones Internacionales;

- c) Expedientes de adopción;
- d) Niños de los cuales procede la adopción;
- e) Organismos acreditados en un país de recepción del Convenio de la Haya;
- f) Personas o familias idóneas, que deseen adoptar;
- g) Pruebas científicas, fotográficas e impresiones palmares, plantares y dactilares de los niños en los cuales procede la adopción;
- h) Entidades privadas, hogares de abrigo y hogares temporales que se dediquen al cuidado de niños;
- i) Adopciones de personas mayores de edad;

4.1.3 Inicio del trámite

Solicitud personal del adoptante

El Código Civil establecía en su Artículo 240, que el inicio de la adopción debía realizarse mediante una solicitud personal dirigida al juez de Primera Instancia:

“Artículo 240.- La solicitud de adopción debe presentarse al juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante.”

Esto fue reformado por la Ley de Regulación de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria que regulaba en el Artículo 29 lo relacionado a la solicitud personal que debía realizar el adoptante para dar inicio al trámite:

“Artículo 29. Solicitud. La solicitud de la persona que desee adoptar a otra, puede hacerse ante notario.”

Resolución judicial de adoptabilidad

Actualmente, el inicio de una adopción sólo puede acontecer como resultado de una resolución judicial de adoptabilidad, conforme al proceso establecido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Esto es regulado en el Artículo 35 de la Ley de Adopciones, que establece lo siguiente:

“Artículo 35. Procedimiento para declarar la adoptabilidad. Concluido el procedimiento de protección de la niñez y adolescencia y habiéndose realizado las diligencias señaladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el juez, según proceda, podrá dictar una sentencia que declara la violación del derecho a una familia de un niño y ordenará la restitución de dicho derecho a través de la adopción. El juez

de la niñez y la adolescencia en la misma resolución deberá declarar la adoptabilidad del niño y ordenará a la Autoridad Central que inicie el proceso de adopción.”

4.1.4 Período de socialización

Anteriormente este aspecto no era regulado, por lo que la referencia está en la Ley de Adopciones, Artículo 44. Su importancia es extrema pues constituye una verdadera prueba de la vida que el niño llevará si es adoptado. Esto deviene de que el período de socialización comprende de cinco días para que tanto adoptante como adoptado convivan con el fin de determinar si al llevarse a cabo la adopción, ésta responderá al mejor interés del niño pues el ambiente y relación prometen ser saludables y constitutivas de un derecho de familia.

“Artículo 44. Período de socialización. Recibida la aceptación por la Autoridad Central, ésta autorizará un período de convivencia y socialización de manera personal entre los solicitantes y el niño, no menos de cinco días hábiles, tanto en las adopciones nacionales como internacionales.”

4.1.5 Informe de empatía

Esta diferencia nace como resultado del período de socialización, y corresponde a una de las funciones del Equipo Multidisciplinario. Consiste básicamente en la redacción de un informe en el cual se indica, para conocimiento del Consejo Nacional de Adopciones

y posteriormente del juez, el resultado de la convivencia entre los posibles adoptantes y el adoptado, como lo indica el Artículo 46 de la Ley de Adopciones:

“Artículo 46. Informe de empatía. Al concluir el período de socialización, y tomando en cuenta la opinión del niño, el Equipo Multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes, contados a partir del período de socialización un informe de empatía que señalará la calidad de la relación establecida entre los potenciales adoptantes y el adoptado”

El fin es que a través de este informe se llega a la culminación del trámite administrativo, pues en él se refleja los resultados de la relación de convivencia establecida entre el adoptante que ya obtuvo su certificado de idoneidad, se sometió a los estudios del Consejo Nacional de Adopciones y expresó su acuerdo con el menor que se le fue elegido por ser más acorde a sus posibilidades, y el adoptado que fue declarado en estado de adoptabilidad y se le designó un adoptante que responda a sus necesidades conforme al interés superior de aquél. Lo que resta es ya la homologación y declaración de adopción.

4.1.6 Finalización del trámite: notarial y judicial

Notarial

Conforme al antiguo trámite, ahora derogado, la formalización de la adopción consistía en el faccionamiento de una escritura pública, por lo que se confirmaba su carácter notarial.

En primer lugar, el Código Civil en su Artículo 239, ya citado, regulaba que la adopción se establecía por escritura pública, previa aprobación de diligencias por el Juez de Primera Instancia.

Luego, esto se ve reformado por la Ley de Regulación de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, que regulaba lo siguiente:

“Artículo 33. Escritura. En la escritura de adopción deberán comparecer el adoptante y los padres del menor, o la persona o institución que ejerza la tutela. El notario extenderá el respectivo testimonio para enviarlo a los Registros que proceda, a fin de que se hagan las anotaciones relativas a la adopción.”

Judicial

En el trámite administrativo se modifica la finalización del trámite. Actualmente concluye con una resolución judicial. Esto se refleja en los Artículos 49 y 50 de la Ley de Adopciones:

“Artículo 49. Homologación judicial. El juez de familia recibirá la solicitud de adopción por los interesados y verificado que el procedimiento administrativo de adopción cumple con los requisitos de la presente ley y el Convenio de la Haya, sin más trámite, el juez homologará y declarará con lugar la adopción, nacional o internacional, en un plazo no mayor de tres días hábiles y ordenará su inscripción en el Registro correspondiente, otorgando la custodia del niño, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero.”

“Artículo 50. Resolución final. Cumplidos todos los requisitos antes señalados para la tramitación judicial del proceso de adopción, el juez de familia emitirá su resolución final declarando con lugar la adopción. En el caso de que el adoptado tuviera bienes, se facionará acta de inventario de los mismos.”

El motivo de la importancia de la presente diferencia es que la causa del fracaso del trámite notarial fue el abuso de los propios Notarios. Pues bien, el legislador previendo que no fuera a acontecer lo mismo al colocar el poder de la conclusión del trámite en

manos de la Autoridad Central, decide otorgarlo a un Juez como figura representativa de justicia.

4.2 Diferencias de fondo

Esta enumeración de diferencias contiene los cambios mas valiosos que sufrió en sí la figura jurídica de adopción al ser creado un nuevo trámite para que se llevara a cabo.

4.2.1 Naturaleza de la adopción

El debate que se da entre las principales posturas sobre la naturaleza de la adopción fue estudiado en el Capítulo I de esta tesis. Debido a ello no se realizará la comparación entre lo que ambos trámites disponían, pues ya se ha estudiado que el trámite notarial la consideraba un acto jurídico y el trámite administrativo la considera una institución jurídica.

Una institución es un sistema de normas respecto a un conjunto particular de actividades. La adopción es una institución jurídica, ya que está sistematizada dentro del ordenamiento jurídico. La legislación guatemalteca regula qué es necesario para poder llevar a cabo una adopción.

La Ley de Adopciones no deja duda respecto a cual será considerada como la corriente de la naturaleza de la adopción, como se observa a continuación:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. El objeto de la presente ley es regular la adopción como **institución** de interés nacional y sus procedimientos judicial y administrativo.”²⁷

4.2.2 Sujetos que pueden adoptar

En el trámite notarial se determinaba que la adopción se podía realizar por una persona o por una pareja de esposos. Pero fuera del matrimonio, no podía ser adoptante más de una persona. Esto se observa claramente en el Artículo 234 del Código Civil, ahora derogado:

“Artículo 234.- Adopción conjunta de marido y mujer. El marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar como hijo al menor adoptado. Fuera de este caso, ninguno puede ser adoptado por más de una persona. También uno de los cónyuges puede adoptar al hijo del otro.”

En el actual trámite, esta situación cambia. Se da un progreso, pues el matrimonio no constituye la única forma de adoptar en pareja. Se le otorga ese derecho a la unión de hecho. La importancia de ese cambio es que la realidad otorga cada vez más casos de unión de hecho que de matrimonio, y el acto de reconocerles el derecho de adopción constituye un avance hacia la afirmación legal de la fuerza de la unión de hecho, y una

²⁷ El resaltado es propio.

posibilidad aún mayor para un menor de encontrar lo que más se apegue a la respuesta de sus necesidades:

“Artículo 13. Sujetos que pueden adoptar. Podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conforme en considerar como hijo al adoptado.

Podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño.

Cuando el adoptante sea el tutor del adoptado, únicamente procederá la adopción cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en esta ley.”

Como se observa hay una gran similitud, pues el nuevo trámite contempla los mismos sujetos que pueden ser adoptantes, pero al mismo tiempo agrega el caso de una pareja en unión de hecho, lo que, como se dijo, constituye un adelanto y una mejor oportunidad para el desarrollo en ambiente familiar del adoptado.

4.2.3 Herencias

Del adoptado sobre el patrimonio del adoptante

Esta diferencia es una de las más grandes, pues consolida el sentido de la adopción plena en la legislación guatemalteca. Anteriormente el Código Civil regulaba:

“Artículo 1076. Todos los hijos heredan por partes iguales. Los hijos, sean o no de matrimonio, heredan a sus padres por iguales partes. El hijo adoptivo hereda a su padre adoptivo en igual grado que los hijos que lo son por naturaleza; pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.”

Este Artículo se ve reformado por la Ley de Adopciones, y actualmente dispone lo siguiente:

“Artículo 1076. Los hijos biológicos o adoptivos, heredan a sus padres por partes iguales, más no conservan los derechos sucesorios con su antigua familia.”

Aunque a simple vista pareciera que la diferencia entre ambos Artículos es sencilla, no lo es. Conforme el trámite notarial el adoptado mantenía un vínculo familiar estricto entre el adoptante y él. Si se estudia detenidamente el Artículo reformado, esto desaparece, por lo menos en lo que se refiere a la herencia pues no existe ya prohibición para que el adoptado no herede de los parientes del adoptante. Esto crea una filiación más real y plena entre el adoptado y la familia del adoptante, pues se elimina el estigma de la relación que atendía únicamente a los sujetos de la adopción y se puede considerar que ello consolida el hecho que la adopción es ahora regulada como una adopción verdaderamente plena por la legislación nacional.

Del adoptante sobre el patrimonio del adoptado

El Artículo 236 del Código Civil regulaba anteriormente lo siguiente:

“Artículo 236.- Herencia del adoptado. El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquél.”

Actualmente, tras la derogación del Artículo anterior, no hay norma que disponga prohibición alguna de herencia del adoptante sobre el adoptado. Es decir, esta permitido que el adoptante herede del adoptado. Al igual que la diferencia anterior, en la que el adoptado puede heredar de la familia del adoptante, se considera que el fin de no regular dicha prohibición en el nuevo trámite fue precisamente esa consolidación de la adopción plena en la legislación.

4.2.4 Idoneidad del adoptante

Procuraduría General de la Nación

En el trámite notarial se realizaba un estudio por parte de la Procuraduría General de la Nación con el fin de emitir dictamen favorable o desfavorable sobre cada caso. Sin embargo, no se emitía ningún tipo de certificación a la persona como tal, sino que se emitía una declaración del caso particular atendiendo a requisitos que de la práctica surgieron.

La asesora jurídica de dicha institución, Licenciada María del Rosario Pérez, en una entrevista personal, realizada en el año 2007, manifestó lo siguiente en relación a los requisitos que se esperaba que llenaran los expedientes:

“Bueno, nuestra función es fiscalizar documentos. Buscamos contradicciones en los documentos tales como partidas de nacimientos o consentimiento de los padres biológicos, los análisis de estudios socio-económicos de los padres biológicos y de los padres adoptantes que usualmente son extranjeros, así que vemos que los pases de ley estén en orden. Una vez revisados los expedientes, examinamos los derechos que los niños tendrán en el país de adopción, que deben ser iguales o mejores. Encontrado todo en orden emitimos el dictamen favorable.”

Consejo Nacional de Adopciones

Como se regula en el Artículo 14 de la Ley de Adopciones, la persona que desee adoptar debe de llenar ciertos requisitos, para que el Consejo Nacional de Adopciones pueda emitir, como función de Autoridad Central, el certificado de idoneidad:

“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 sino también sus motivaciones y expectativas al desear adoptar.

Como diferencia crucial se puede hacer notar que en el nuevo trámite si están regulados en ley los requisitos que se deben llenar para que se proceda a otorgar el certificado de idoneidad, mientras que en el trámite anterior, era la práctica la que señalaba dichos requisitos. Esto provee una mayor seguridad al trámite, en virtud del principio de legalidad y seguridad jurídica, la modificación de los requisitos involucraría un proceso de reforma de ley.

4.2.5 Garantía del interés superior del niño: Estado garante de los derechos del niño, antecedentes, definición y regulación legal del interés superior del niño.

Estado garante de los derechos del niño

El Estado nace a partir del pacto firmado por todos los individuos según el cual los hombres renuncian a su capacidad de autogobierno para crear un Estado donde pueda garantizarse la seguridad de los ciudadanos. Esta concepción contractualista del origen

del Estado es la mejor forma de denotar el motivo de la calidad de garante del mismo, ya que los individuos entregan al Soberano el poder, debe éste de fungir como responsable del respeto de los derechos de sus ciudadanos.

En virtud del fracaso que conllevó el trámite notarial, el legislador se vio obligado a introducir dentro del trámite administrativo garantías que protegieran los derechos del adoptado de manera más eficiente.

Todo ello deviene de la obligación estatal de garantizar el respeto y ejercicio de los derechos del niño. La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Título II derechos humanos, Capítulo II de los derechos sociales y Sección Primera La Familia se regula lo relativo a la protección social, comprendiendo a la familia en el ámbito económico y jurídico. En el Artículo 54 de la misma, regula lo siguiente:

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

De esta forma, el Estado de Guatemala se hace ente garante de los derechos de los adoptados, convirtiéndose en encargado de su protección, procurando que no se den dentro de la sociedad la comercialización de menores y otro tipo de fenómenos. Del mismo modo, debe erradicar todo tipo de actos de esa naturaleza mediante la imposición de su poder coercitivo a las personas que infrinjan la ley.

Dicha garantía que debe proveer el Estado, también se encuentra en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño de 1989. Sus obligaciones de garantizar la protección y cuidado del Niño se encuentran dispersos y presentes en toda la Convención.

En el Artículo 3 de la Convención se establece lo siguiente:

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

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

2. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”²⁸

²⁸ El resaltado es propio.

El Artículo citado denota la obligación estatal de velar por la defensa y cumplimiento de los derechos de los menores. La importancia es que en este Artículo no se indica que el menor este desamparado y por ello necesite la garantía, sino que el Estado tiene la obligación de dictar las medidas administrativas y legales para asegurarse que las personas encargadas de su cuidado queden obligadas a cumplirlos. Y, en un punto similar, adquiere la misma responsabilidad sobre las instituciones que tengan a su cargo cualquier tipo de servicio, cuidado o protección de un menor, pues debe velar porque ellas también cumplan con el respeto a los derechos del niño.

El Artículo 4 de la Convención, refleja la responsabilidad del Estado cuando establece lo siguiente:

“Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”²⁹

He aquí otro Artículo que denota perfectamente la responsabilidad estatal sin necesidad de mayor análisis, pues se observa de forma clara la obligación primordial

²⁹ El resaltado es propio.

del Estado, que es tomar cualquier clase de medida necesaria y a su alcance para garantizar la efectividad de los derechos del niño.

En el Artículo 11 de esa Convención, también se observa el compromiso del Estado cuando regula lo siguiente:

“Artículo 11. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

1. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”³⁰

En el Artículo citado se manifiesta primordialmente la obligación del Estado referente a la lucha contra la trata de niños. El motivo de citar este Artículo dentro de este apartado es que, como se explicó ya en el Capítulo II del presente trabajo, el contrabando de niños es una de las causas de mayor violación de los derechos del menor. La comercialización de la institución jurídica de la adopción es una de las mayores causas de la constante búsqueda de modificación para alcanzar la seguridad en ella. Desafortunadamente, aún siendo una obligación estatal pactada a nivel internacional, no se ha alcanzado dicha protección.

Inclusive, aún tras haber realizado los cambios pertinentes que se estudiaron en el presente capítulo relativo a las diferencias, se puede observar en la práctica que

³⁰ El resaltado es propio.

actualmente el trámite contemplado en la Ley del Registro Nacional de Personas correspondiente a una inscripción extemporánea, se puede convertir en una forma de adopción ilegal.

El Artículo 21 enuncia, en relación a dicha obligación de garantizar, lo siguiente:

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

- a) **Velarán 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 legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán 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;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente Artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.”³¹

En este Artículo ya se percibe de forma específica la obligación estatal referente a la adopción, como se puede observar, el Estado obtiene la obligación de proteger y vigilar su trámite. No sólo debe fiscalizar que el procedimiento sea realizado en apego a la ley, sino que debe de proveer de las disposiciones legales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones, por ejemplo, que se adquirieron en los Artículos anteriormente citados.

Y en otro punto, tiene la responsabilidad de velar porque en otros Estados no se esté dando la comercialización de la institución, pues como se observa debe asegurarse que la adopción internacional no de frutos económicos indebidos a los participantes en ella.

³¹ El resaltado es propio.

Finalmente el Artículo 35 de la Convención, hace énfasis en la obligación del Estado de erradicar los fenómenos causantes de las violaciones de dichos derechos, al normar que:

“Artículo 35. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para **impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.**”³²

Se observa una última vez la reiteración del compromiso estatal en relación a la lucha en contra de la comercialización de la institución y de la trata de niños. Como bien se comentó en el punto anterior, aunque sea un compromiso internacional, no por ello representa una realidad.

Antecedentes del interés superior del niño

Conforme a la evolución de los derechos de los niños, en diferentes sistemas jurídicos se ve reflejada una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños como un proceso gradual. Desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y sólo se protegía jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado que quedaba fuera de la regulación de los públicos.

³² El resaltado es propio.

Posteriormente, se observa un aumento en la previsión jurídica por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos y diversos de sus padres. En Gran Bretaña ésta evolución se reflejaba en la aplicación del derecho de equidad, como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres, observándose la misma trayectoria en el derecho francés.

En el mismo sentido se da una segunda fase, que se caracteriza principalmente en que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación. Esto ocurría, por ejemplo, con el tribunal de la cancillería que actuaba en nombre de la corona británica; o con disposiciones como las establecidas en el Código de Napoleón, que permitía que el tribunal pudiera alterar reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio para velar por un mejor bienestar de los niños. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina ésta evolución se refleja en el derecho de familia, percibiéndose con mayor claridad a partir de la legislación de protección decretada a comienzos del siglo XIX.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en el proceso de considerarlo como una garantía que debía ser pública y jurídicamente protegida. Tanto en Asia, Oceanía y África las leyes promulgadas por el Imperio

Británico consideraron éste principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido permitidas por legislación posterior.

Una de las incongruencias de la evolución del derecho de los menores es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia. Este punto genera especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de protección a la niñez, especialmente en América Latina, los niños no fueron protegidos lo suficiente de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los organismos del Estado hacia la población infantil.

La evolución de los instrumentos internacionales relacionados a los derechos de los menores revela la permanente presencia de la noción del interés superior del niño. En la Declaración de Ginebra de 1924 se establecía el imperativo de buscar lo mejor para la niñez con frases como **los niños primero**. Esto evolucionó hasta la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación en las normativas de los países miembros.

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que el interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño, y que hoy día la normativa jurídica ha alcanzado un importante grado de desarrollo.

Definición del interés superior del niño

La Convención Sobre los Derechos del Niño contiene un amplio catálogo de derechos humanos propios de la niñez y la adolescencia, el cual desarrolla el concepto del interés superior del niño, siendo objeto de más estudios académicos de dicha Convención.

El Artículo 3 regula que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial al establecer que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial será el interés superior del niño. Asimismo se amplía todo lo que abarca el interés superior del niño en materia de adopciones en su Artículo 21, al establecer que los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán por que la adopción sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales. Y que, cuando así se requiera, las

personas interesadas hayan dado, con conocimiento de causa, su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario. En el mismo sentido, los Estados partes deberán:

a) Reconocer que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de vida 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;

b) Velar porque el niño que haya de ser adoptado en otro país, goce de garantías y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

c) Adoptar 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 ellas; y,

d) Promover, cuando corresponda, arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Se hace evidente que la Convención Sobre los Derechos del Niño define al interés superior en materia de adopción como una consideración primordial que se traduce en

la preferencia del menor sobre cualquier interés, sea económico, político o de cualquier otra índole.

En la actualidad existen diferentes definiciones de esta garantía jurídica que algunos juristas realizan, como por ejemplo:

“D’ Antonio expresa que se trata de un *standard* jurídico, es decir un límite autónomo de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares, su naturaleza es la de un principio o regla aplicable, que en forma clara define como medida media de conducta social correcta. Grosman señala que es un principio de contenido indeterminado, sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso, luego explica que el mismo debe constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. En caso de que más allá de la subjetividad del término interés superior del menor, este se presenta como el reconocimiento del menor como personas, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Bedart Campos considera que el interés superior del niño es una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en

cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, administrar, juzgar y a la vez, en el área de las relaciones entre particulares.”³³

La doctrina del interés superior del niño significa que la niñez y la adolescencia debe tener prioridad en lo que se refiere a la formulación de políticas públicas, asignación de recursos y ejecución de planes de desarrollo. Estas políticas públicas deben articular todas las estructuras a través de las que se ejerce la actividad administrativa y judicial para garantizar el interés superior del niño.

Regulación legal del interés superior del niño

Esta doctrina es recogida en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 en su Artículo 51, que establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho de alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social. De igual manera el Artículo 54, ya citado, establece que el Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

En dichos Artículos la Corte de Constitucionalidad indica, como doctrina legal, que dentro del procedimiento de la adopción debe apreciarse el cumplimiento de los

³³ Enríquez, Nidia. **Ob. Cit.** Páginas 21 y 22

requisitos; y al momento de declarar procedente la adopción, debe tenerse en cuenta al tomar la decisión, el interés superior del niño.

En el mismo sentido la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia al considerar en el Artículo 5 al interés superior del niño como una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, de origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y esa ley.

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

CONCLUSIONES

1. De las diferencias que entre ambos trámites, la principal es que el trámite notarial decayó por el abuso de los Notarios, lo que provocó la emisión de la Ley de Adopciones, en la que se le otorga la potestad de emitir el acto final de la adopción al Juez de Niñez y Adolescencia; esto provee una mayor seguridad jurídica al trámite administrativo.
2. Los menores que son rescatados de secuestros, casas cuna anómalas u otro situación ilegal, son declarados en estado de adoptabilidad ya que los padres tienden a no presentarse a reclamar a los mismos.
3. La Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República, no regula el procedimiento que se debe realizar en el caso que una adopción internacional deje de responder al mejor interés del niño, una vez que el mismo se encuentre ya en el Estado Receptor.
4. La falta de seguridad y certeza jurídica que otorgaba la legislación en la tramitación notarial, se debía a falta de armonización y normas dispersas encontrándose con lagunas legales lo que ocasionó que la Procuraduría General de las Naciones implementara requisitos que no estaban regulados en la ley.

5. En el estudio se concluye que en la práctica aún queda mucho espacio a violaciones de los derechos de los menores, como sucede actualmente con el trámite contemplado en la Ley del Registro Nacional de Personas correspondiente a una inscripción extemporánea que se ha empleado como una forma de adopción ilegal.

RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial y el Congreso de la República de Guatemala deben establecer parámetros de control por medio de leyes y procedimientos internos para que la facultad de finalizar los trámites de adopción que se le otorgó a los Jueces de Niñez y Adolescencia no caiga en abuso como sucedió anteriormente con los Notarios y así cumplir totalmente con la seguridad jurídica que se busca aportar a través del trámite administrativo.
2. Es necesaria una publicidad abundante en todos los medios de comunicación, y la creación de un órgano específico y responsable por parte del Estado de Guatemala para los menores que se encuentran bajo el cuidado estatal por haber sido rescatados de situaciones ilegales, con el fin de evitar su declaratoria de adoptabilidad cuando aún existe la oportunidad de brindar a éste un hogar dentro de su vínculo consanguíneo.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe realizar la reforma a la Ley de Adopciones, en la que indique el procedimiento a llevar en caso la adopción no responda al mejor interés del menor y éste se encuentre en el Estado de receptor; debe tomar como base el procedimiento establecido en el Convenio de la Haya, permitiendo al Estado receptor buscar un nuevo hogar dentro del mismo.

4. El Consejo Nacional de Adopciones debe tener sumo cuidado en la emisión del Reglamento que la Ley de Adopciones exija, así como al reformar el mismo, ya que es imperativo que la normativa de esta institución sea unificada y no deje ámbito del trámite sin cubrir, con el fin de brindar la certeza y seguridad jurídica que el Congreso de la República de Guatemala busca obtener a través de la ley.

5. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar la Ley del Registro Nacional de las Personas, ya que el trámite contemplado para la inscripción extemporánea de un hijo está siendo empleado como forma de adopción de menores porque carece de garantías y formalidades que le den firmeza jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo. **“Procedimientos Notariales dentro de la Jurisdicción Voluntaria Notarial Guatemalteca”**. Editorial Fénix. Guatemala, 2007.

BALLBÉ, Manuel; y, Franch, Marta, Directores. **“Manual de Derecho Administrativo”**. Ed. Marquès Tallers Gràfics. España, 2002.

BARAHONA MUÑOZ, Olga Violeta; y otros. **“La Adopción Como Fenómeno Social en Guatemala”**. Tesis, Universidad de San Carlos. Guatemala. 1986

BRAÑAS, Alfonso. **“Manual de Derecho Civil”**. Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix; 2ª ed. 1998.

CALDERÓN M., Hugo Haroldo. **“Derecho Procesal Administrativo”**. Editorial Orión. Guatemala, 2006.

COLINDRES HERNÁNDEZ, Ericka Ivonne. **“Análisis jurídico entre la legislación nacional y de Centro América en torno a la adopción dentro del marco del interés superior de la niñez**. Guatemala. Tesis, Universidad de San Carlos. 2008

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España, Ed. Selecciones Gráficas, 2ª ed.; 1975.

MATTA CONSUEGRA, Daniel; **Derecho de las personas y de la familia guatemalteca**. Guatemala.

OSSORIO, Manuel; **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 1ª Edición Electrónica. 2002

PUIG PEÑA, Federico; **Compendio de derecho civil español**. Madrid, España, Ed. Pirámide. 4ª ed.; 1975.

STILERMAN, Marta N.; y Sephiarsky, Silvia. **“La Adopción”**. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 1999.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. **“El Tráfico de niños para su Adopción Ilegal”**. s.e. España. s.f.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos; **Derecho civil**. Guatemala, s.e., s.f.

WILDE, Zulema D. **“La Adopción Nacional e Internacional”**. s.e. Buenos Aires, Argentina. 1996.

Páginas de Internet

IBAÑEZ MARTEL, Jaime. www.monografias.com. 24 de octubre de 2009.

INFOPRESS CENTROAMERICANA. www.inforpressca.com. 13 de febrero de 2010.

UNICEF. www.unicef.org.gt. 09 de enero de 2010.

Legislación

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

Código Civil Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno Coronel Enrique Peralta Azurdia. Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno Coronel Enrique Peralta Azurdia. Guatemala, 1963.

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

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

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto Número 27-2003

Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 2003.

XXXIII Convenio de la Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. La Haya, 29 de mayo de 1993.