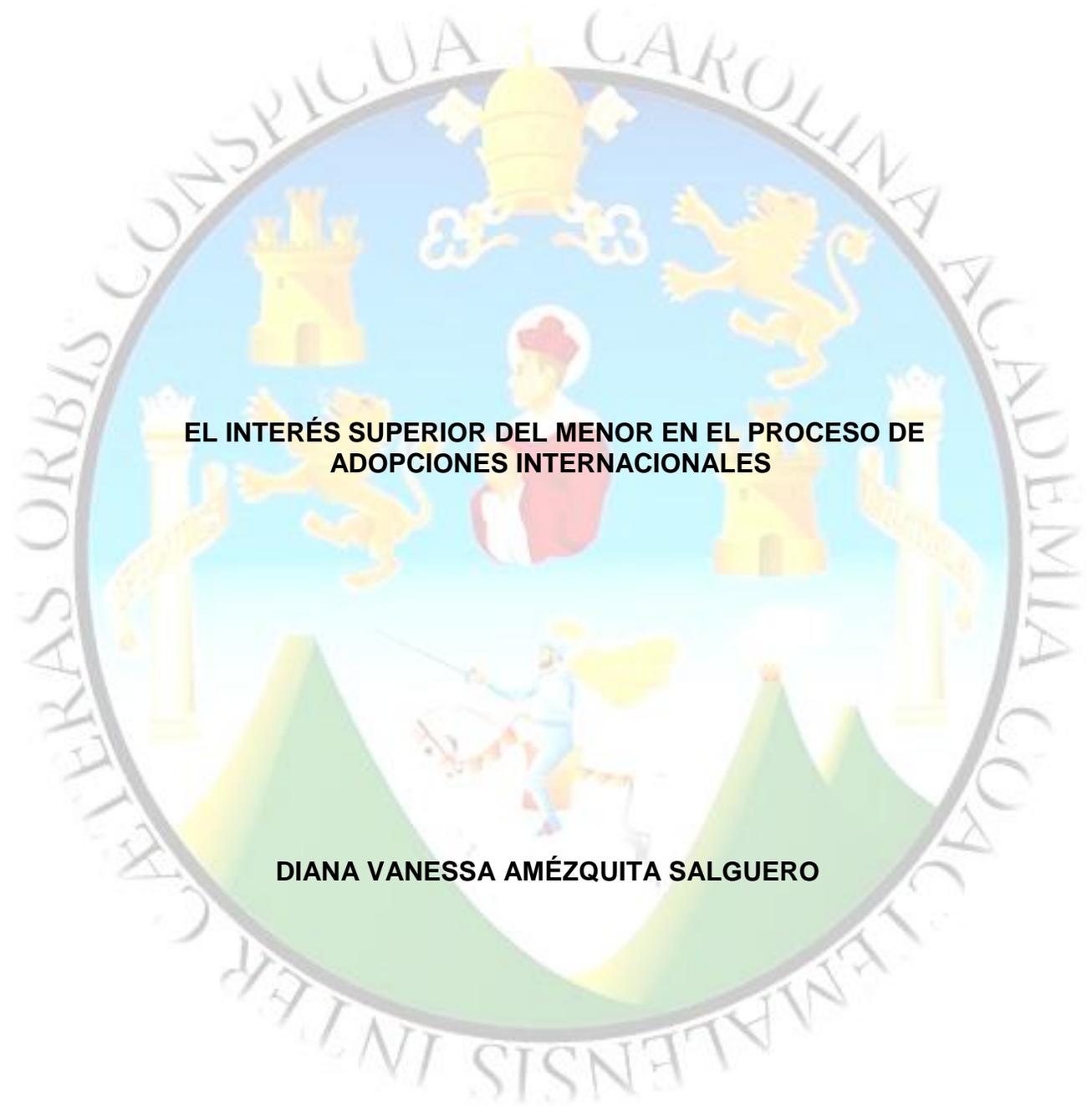


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCESO DE
ADOPCIONES INTERNACIONALES**

DIANA VANESSA AMÉZQUITA SALGUERO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCESO DE
ADOPCIONES INTERNACIONALES**

TESIS

Presentada a La Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DIANA VANESSA AMÉZQUITA SALGUERO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Lic. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Lic. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

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



Lic. Mauricio Ávila Gavarrete
Abogado y Notario

Guatemala 14 de noviembre de 2010.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Aseoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad



Licenciado Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de providencia de esa jefatura, de fecha quince de abril de dos mil diez, he asistido con carácter de Asesor de Tesis a la Bachiller DIANA VANESSA AMÉZQUITA SALGUERO, en la elaboración del trabajo titulado:

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCESO DE ADOPCIONES INTERNACIONALES”.

Al finalizarse la elaboración del mismo, atentamente informo:

- a) Que dicho trabajo se realizó bajo mi inmediata asesoría, durante su elaboración le hice a la autora recomendaciones y sugerencias con respecto a la bibliografía que debió ser consultada en la materia, así como sobre el cumplimiento de los requisitos que exige el reglamento respectivo para trabajos de tesis.
- b) En la elaboración del indicado trabajo, la autora siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.
- c) El trabajo de tesis, consta de cuatro capítulos, los cuales en su orden tratan los siguientes temas: Antecedentes de la Institución de la Adopción; La Adopción Internacional en Guatemala; Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño en las Adopciones Internacionales; Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones; así se finalizó el trabajo con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

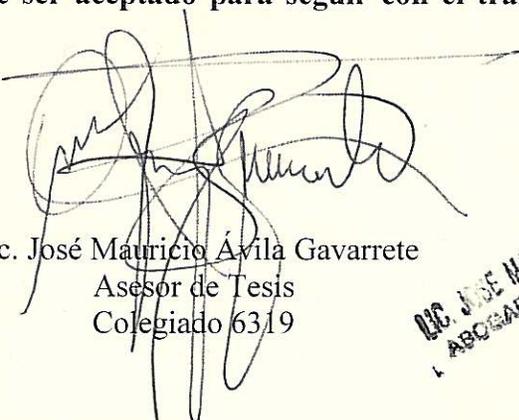
Por tal razón, el trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnica de investigación



Lic. Mauricio Ávila Gavarrete
Abogado y Notario

utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, **OPINO: Que el presente trabajo puede ser aceptado para seguir con el trámite correspondiente para su revisión.**

Atentamente,


Lic. José Mauricio Ávila Gavarrete
Asesor de Tesis
Colegiado 6319

DR. JOSÉ MAURICIO ÁVILA G.
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante DIANA VANESSA AMEZQUITA SALGUERO, Intitulado: "EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCESO DE ADOPCIONES INTERNACIONALES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh.

Licenciado RIGOBERTO Rodas Yásquez
ABOGADO Y NOTARIO

tel. 5205-6304



Guatemala 26 de enero de 2011.

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



De mi consideración:

Atentamente me dirijo a Usted en mi calidad de revisor del trabajo de tesis de la estudiante DIANA VANESSA AMÉZQUITA SALGUERO, intitulado "EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCESO DE ADOPCIONES INTERNACIONALES". Al respecto le manifestarle que procedí a estudiar el citado trabajo y considero que cumple con las técnicas requeridas para su elaboración y que obtiene conclusiones que enriquecen el conocimiento del tema.

Para cumplir mi labor se consideró el plan de investigación aprobado por el docente consejero y el dictamen favorable del asesor de tesis, así mismo, se procedió a evaluar la forma y fondo del trabajo de tesis, obteniendo el resultado siguiente:

- 1) El tema es congruente con la estructura de la investigación, obteniendo un trabajo de tesis idóneo y suficiente.
- 2) El desarrollo del trabajo sintetiza el plan de investigación concretándose a su justificación, al planteamiento de problema y a los objetivos del mismo, sobre la disponibilidad de los métodos y técnicas utilizadas y la bibliografía empleada. En general, el mismo reúne los requisitos fundamentales adecuados y pertinentes inherentes a la materia en virtud de que se desarrolló con lógica y claridad.
- 3) El motivo de la investigación se adecua a la realidad e interpretación de las normas contenidas tanto en la legislación nacional como internacional.

En vista de lo anterior y en relación a las sugerencias que propuse y fueron aceptadas por la investigadora y en lo que al respecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen

Licenciado Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario

tel. 5205-6304



General Público, me permito en mi calidad de revisor de tesis, **pronunciarme de manera favorable para que éste continúe con los trámites respectivos, pues la investigación es idónea en cuanto a los requisitos exigidos para el programa de grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.**

Atentamente,


Lic. RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Colegiado No. 4083
Revisor

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, veintiséis de septiembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del
(de la) estudiante DIANA VANESSA AMÉZQUITA SALGUERO, Titulado EL INTERÉS
SUPERIOR DEL MENOR EN EL PROCESO DE ADOPCIONES INTERNACIONALES.
Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en
Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA

- A Dios:** Por haberme dado sabiduría y fortaleza para que fuera posible alcanzar este triunfo. Nunca me apartaré de ti.
- A mis padre:** Marlon, que no alcanzó a ver los resultados pues partió tempranamente de esta vida y aunque ya no esté entre nosotros sigue vivo en mi pensamiento.
- A mi madre:** Diana, por su paciencia, comprensión, fuerza, amor y por ser tal y como es. Madre, aquí tienes mi esfuerzo, tarde pero seguro, este triunfo es de las dos, gracias por apoyarme.
- A mis hermanos:** Por su cariño, apoyo y comprensión.
- A mi esposo:** Carlos, por estar conmigo en este tiempo tan importante para mí.
- A mis hijos:** Carlos, Javier y José Andrés por ser la razón de mi vida.
- A mi asesor:** José Mauricio Ávila Gavarrete, por toda su paciencia y valioso tiempo, considero que usted fue mi mejor elección, porque me ha servido como ejemplo y deseo contar siempre con su sabiduría y amistad.
- A mi revisor:** Rigoberto Rodas Vásquez, gracias por su colaboración y apoyo incondicional.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Por regalarme ese valor agregado para servir de mejor manera a mi prójimo y a mi país.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de la institución de la adopción.....	1
1.1 El origen del vocablo.....	1
1.2 El origen de la institución.....	2
1.3 Evolución histórica de la adopción.....	2
1.4 La adopción en la legislación guatemalteca.....	9
1.5 Ubicación de la adopción en el derecho de familia.....	13

CAPÍTULO II

2. La adopción internacional en Guatemala.....	15
2.1 Naturaleza jurídica de la adopción.....	18
2.2 Requisitos personales para la adopción.....	22
2.3 Los sujetos que intervienen en la adopción internacional.....	26
2.4 Injerencia notarial y de organismos públicos, embajadas, el Consejo Nacional de Adopciones.....	27
2.5 Procedimiento administrativo.....	31

CAPÍTULO III

3. Aplicación del principio del interés superior del niño en las adopciones internacionales.....	39
3.1 ¿Qué es el interés superior del niño?.....	39
3.2 ¿Quiénes son los encargados de aplicar el principio?.....	43
3.3 Los convenios que regulan el interés superior del niño.....	44
3.4 ¿Cuándo procede el otorgamiento de adopciones internacionales?.....	50
3.5 Importancia de la aprobación de la Convención de la Haya de 1993.....	51

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones.....	53
4.1 Funciones del Consejo Directivo.....	54
4.2 Derechos y garantías que establece la Ley de Adopciones.....	57
4.3 Postura a favor de la nueva Ley de Adopciones.....	58
4.4 Reglamento de la Ley de Adopciones.....	60
4.5 Medidas de protección y fiscalización.....	62
4.6 Realidad nacional en materia de adopciones en Guatemala.....	65
4.7 La adopción internacional como medio para la protección de los derechos de los niños en situaciones post desastre.....	69
4.8 Derecho comparado.....	74
4.9 Análisis comparativo entre el sistema de adopciones en Guatemala ante los países descritos anteriormente.....	80
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

A raíz de la entrada en vigencia del Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones, se excluyó casi en su totalidad la intervención notarial dentro del proceso de adopciones, limitando la celeridad procesal y coartando el derecho del menor a un hogar oportuno y dando una interpretación restrictiva al principio interés superior del menor aplicándolo hasta la fecha, únicamente como un criterio de exclusión de la adopción internacional. Esto me motivó a investigar si la implementación del Convenio de la Haya está bien adecuado a nuestra normativa legal vigente o si aun con ello se está lejos de garantizar el interés superior del menor en el proceso de adopciones.

Como objetivo se persigue evidenciar la necesidad de incluir a los notarios dentro de los procesos de adopción y además de ello demostrar que las adopciones internacionales pueden ser de beneficio cuando las oportunidades de obtener una familia son escasas dentro del propio Estado. Es así como la hipótesis se sustenta en lo siguiente: que la participación del notario dentro de los procesos de adopciones lejos de representar un obstáculo al goce de los derechos de los menores en proceso de adopción, son una garantía para que el principio del interés superior del menor sea respetado; por lo que para lograr la correcta aplicación de los objetivos del Convenio de la Haya, se deben crear mecanismos concretos para transparentar los procesos sin excluir la participación de los buenos notarios y sin dejar como última instancia las adopciones internacionales.

La presente investigación desarrolla el tema de la adopción internacional en Guatemala, partiendo desde la perspectiva histórica, doctrinaria, legal y social del sistema jurídico guatemalteco actual, identificando la preeminencia de la aplicación del interés superior del menor en cada una de las etapas del proceso de adopción. Se pretende constatar en el campo legal, si la plataforma jurídica estatal satisface los requerimientos esenciales para la protección del interés superior del menor en materia de adopciones internacionales, así mismo, identificar las razones por las que actualmente los procesos se demoran más de dos años en concretarse y finalmente establecer qué seguimiento post-adopción se lleva a cabo, con base en el Artículo 24 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Congreso de la República de Guatemala.

En el primer capítulo se desarrolla lo concerniente a los antecedentes de la institución de la adopción, creación dentro del llamado derecho de familia, tema principal dentro de la investigación; en el capítulo segundo se desarrolla el tema de la adopción internacional en Guatemala, sus requisitos personales, sujetos que intervienen y la injerencia de los notarios, los organismo públicos, embajadas y el Consejo Nacional de Adopciones; en el tercer capítulo se desarrollan los temas sobre la aplicación del principio del interés superior del niño en las adopciones internacionales; quienes son los encargados de aplicar ese principio, los convenios que lo regulan y cuando procede el otorgamiento de las adopciones internacionales; para finalizar, en el capítulo cuatro, se desarrolla un análisis sobre el Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones, donde se describen las funciones del Consejo Directivo, los derechos y garantías que se establecen, su reglamento y las medidas de protección y fiscalización que instituye. También, se estudia la protección de los derechos de los niños (as) en situaciones post desastre, y las regulaciones actuales.

En el desarrollo de la presente investigación se utilizaron: el método sintético, para entrelazar cada una de las instituciones principales del presente estudio y determinar la naturaleza autónoma de cada una; el analítico, en el desarrollo de los capítulos, asignación de subtítulos en general para darle la concordancia lógica a cada tema, y el deductivo, para la comprobación de la hipótesis, tomando en consideración aspectos doctrinarios y jurídicos; y las técnicas utilizadas son: la lectura y recopilación de información bibliográfica, fichero bibliográfico.

Sirva a los profesionales del derecho esta investigación, ya que con ella pretendo describir aspectos importantes dentro del proceso de adopciones, antes y después de la ratificación del Convenio de la Haya poniendo en evidencia las debilidades y fortalezas que hasta la fecha existen en relación a la correcta aplicación del interés superior del menor dentro de este proceso.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de la institución de la adopción

En la antigüedad, morir sin descendencia significaba que nadie realizaría en honor del fallecido ritos fúnebres ni cuidaría de sus dioses familiares y éstos eran motivos suficientes para merecer el desamparo en el más allá, además de la extinción del culto familiar y de la familia misma. La adopción se configuró entonces como la solución mágica idónea de solucionar la angustiosa ausencia de descendientes. “Su finalidad no era dar consuelo a las personas sin hijos u obtener una satisfacción moral ni proteger a menores huérfanos, sino cumplir con deberes religiosos”.¹ El enfoque a la adopción partió desde la perspectiva del interés de aquellos que necesitaban asegurar la perpetuidad de su dinastía y asegurar la sucesión de sus bienes patrimoniales.

1.1 El origen del vocablo

La palabra adopción, proviene de la palabra latina *adoptio*. El vocablo *adoptar* procede del latín de *adoptare*; de *ad* y *optare*, es decir: desear a. De manera que etimológicamente implica un deseo, el deseo de tener, de atraer hacia sí algo o alguien.

El diccionario de la Real Academia Española nos da una definición del término *adoptar*, de manera que éste significa: recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.

Por su parte, en 1953, la oficina de estadísticas de las Naciones Unidas definió la adopción como: el hecho voluntario y legal de tomar y tratar al hijo de otros padres como hijo propio, con arreglo a las leyes del país.

La adopción “es un acto solemne sometido a la aprobación de justicia que crea entre dos personas relaciones semejantes a las naturales de filiación.”²

¹ Lacruz Berdejo, **Elementos del derecho civil IV**, pág. 674.

² Monroy Rosales de Guerra, Hilda A., **La adopción un acto solemne de asistencia social**, pág. 3.

Por lo anterior, podemos definir a la institución de la adopción como una creación de filiación artificial por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

1.2 El origen de la institución

En el derecho romano la adopción nace como una forma de incorporar a un varón púber bajo la patria potestad de un paterfamilias. En Roma fue donde por primera vez se presta ayuda a los menores abandonados, mediante hojas de asistencia, que Trajano y Adriano, instituyeran en el año 100 d.C., para solventarles las necesidades primarias. Entonces se acuña en latín la palabra *adoptio*, *adoptionis*, que derivará al español. En época de Constantino (315 d.C.), se crean los primeros establecimientos para niños abandonados. Posteriormente dentro del marco del derecho romano, aparece la patria potestad, relacionado a los derechos del padre sobre la vida de sus hijos.

1.3 Evolución histórica de la adopción

Entre los antecedentes más significativos de la adopción la podemos ubicar en el derecho romano, donde se conocieron dos instituciones de tipo adoptivo: como lo fueron, la arrogación (*adrogatio*) o adopción en *sui iuris*, en ella se llevaba inmersa la incorporación del adoptado en la familia del adoptante y de su patrimonio; luego encontramos la *adoptio* o adopción *alieni iuris* en la que el adoptado salía de la potestad del *pater familia* para ingresar en la del adoptante.

En la mayor parte de legislaciones se ha regulado la adopción, existiendo la clara división entre adopción plena y adopción simple o semiplena cuyo origen se ubica en el derecho justinianeo, el cual las distinguía de la siguiente manera: *adoptio plena*, la cual la realizaba un ascendiente y tenía como resultado la sumisión del adoptado y el derecho del adoptante a ejercer sobre éste la patria potestad; y *adoptio minus plena*, la cual era realizada por un extraño, ajeno al vínculo sanguíneo del adoptado, en virtud de lo cual, conservaba la situación familiar anterior a su adopción sin quedar sujeto a patria potestad del adoptante y cuyo fin primordial era el darle derecho sucesorio *ab intestato*.

En el derecho germánico la institución de la adopción tenía como finalidad esencial el dar a las personas quienes carecían de descendencia un sucesor para los actos de la vida social, los cuales incluían política, guerra y trabajo; vínculo que no incluía derechos sucesorios ni creaba vínculos de parentesco alguno.

1.3.1 El derecho antiguo

4000 a. C., surgen las civilizaciones en Egipto y Sumeria, en ellas ya existían acciones de represión contra menores y protección a favor de ellos. En cuanto a las primeras, recordemos que en la Biblia el libro de Éxodo, nos da a conocer cómo los egipcios esclavizaron cruelmente a los israelitas, y dispusieron que cuando los que atendían los partos sirvieran a los hebreos se fijasen en el sexo del recién nacido estipulando que, si era niña dejarle vivir pero si es niño matarlo.

Sin embargo, las parteras tuvieron temor de Dios y no hicieron lo que el Rey de Egipto les había ordenado, sino que dejaron vivir a los niños. Fue en esta época cuando un hombre de la tribu de Levi, se casó con una mujer de la misma tribu, la cual quedó embarazada y tuvo un hijo. Al ver que era el niño hermoso, lo escondió durante tres meses, pero al ver que no lo podía tener escondido por más tiempo, lo tomó, lo puso en un canastillo de junco, seguidamente le tapó todas las rendijas con asfalto natural y brea, para que no le entrara agua y luego puso al niño dentro del canastillo para posteriormente dejarlo entre juncos a orillas del río Abilo, además dejó a una hermana del niño para que se quedara a una distancia prudencial y estuviera al tanto de lo que pasara con él. Luego, pasado un tiempo y de haberse deslizado el canastillo por el río, la hija del Faraón al momento de bañarse en el río y mientras su sirvienta se paseaba a la orilla ésta vio el canastillo. La hija del Faraón llamada Termala al abrir el canastillo y ver que ahí dentro había un niño llorando, sintió compasión por él y dijo este es un niño llorando. Más adelante aquel niño adoptado se convertiría en Moisés, cuyo nombre traducido significa para algunos el salvado de las aguas o el marido. Entre los griegos la patria potestad estaba subordinada a la ciudad. El menor pertenecía a la ciudad, la cual exigía una educación adecuada para que sirviese con eficacia a la comunidad.

Los niños abandonados fueron ayudados por primera vez en Roma, mediante hojas de

asistencia instituidas desde los años 100 D.C. por Trajano y Adriano, para solventarles sus más vitales necesidades.

Los romanos sistematizaron la adopción, dándole caracteres definidos. La adopción surge de una necesidad práctica, la de tener un heredero varón. Se conocieron dos instituciones de tipo adoptivo: como lo fueron, la arrogación (*adrogatio*) o adopción en *sui iuris*, en ella se llevaba inmersa la incorporación del adoptado en la familia del adoptante y de su patrimonio; y por otro lado la adoptio o adopción *alieni iuris* en la que el adoptado salía de la potestad del pater familia para ingresar en la del adoptante. Las figuras de la adoptio o de la arrogatio que garantizaban un sucesor al *pater* o le permitían administrar el patrimonio del adoptado, por el otro, los menores huérfanos a los que nadie pensaba adoptar y que, en algunos casos, eran recluidos en hospicios dependientes primero del emperador y más lejano estaba en el ánimo del pater romano beneficiar, a través de la adopción, a un huérfano sin patrimonio.

Durante la época de Constantino (año 315 D.C.) se protegió a los niños desamparados y bajo la influencia del Cristianismo se crearon los primeros establecimientos para niños en situación difícil.

En Roma surge la patria potestad como un derecho de los padres; sobre todo del padre, en relación con los hijos en derechos sobre la vida y la propiedad del mismo.

En Roma nace la adopción de caracteres definidos. Los romanos la sistematizaron y le dieron gran importancia, considerándose por tanto la adopción como de origen romano: la adopción surge de una necesidad religiosa: continuar el culto doméstico a los antepasados, el mismo que debió ser realizado por un varón.

Conjuntamente con el motivo religioso coexistía el interés político, ya que sólo el varón podía ejercerlo, tal es el caso de la adopción de Octavio por César y la de Nerón por Claudio en Roma. Otros motivos como el de pasar de la calidad de plebeyo a patricio o viceversa, el interés económico, etc., dieron vigencia a esa adopción la misma que era establecida en beneficio del adoptante y del grupo social al cual este pertenecía

resultando el adoptando un medio del cual se servía un individuo o familia para darse un sucesor de los bienes, del nombre, de las tradiciones aristocráticas y del culto de los antepasados familiares.

“El derecho germánico, conoció un tipo especial de adopción realizada solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico. La adopción a penas tuvo cierta importancia. La familia recibía al adoptado como un miembro más del grupo reconociéndole derechos sucesorios, ya que el sistema hereditario germánico era la sucesión forzosa ligada al grupo familiar”.³

Al ponerse en contacto con el derecho romano, los germanos encontraron en la adopción de este un modo adecuado de suplir la sucesión testamentaria, que desconocía. En el derecho germánico la institución de adopción tenía como finalidad esencial el dar a las personas que carecían de descendencia un sucesor para los actos de la vida social, los cuales incluían política, guerra y trabajo; vínculo que no incluía derechos sucesorios ni creaba vínculos de parentesco alguno.

1.3.2 Derecho medieval

Durante la Edad Media sostuvieron diferentes métodos de protección a favor de los menores de edad. Los glosadores indicaban que los delitos cometidos por los menores no debían sancionarse, sino cuando éstos cumplieran la mayoría de edad. Los germanos indicaron que no podía imponerse al delincuente ciertas penas, como la de muerte y otras graves, y así lo dispuso el viejo Código Sajón. La Ley Carolina, que ordenaba remitir el caso del que a causa de su juventud o de otro defecto no se daba cuenta de lo que hacía, sometiéndolo al arbitrio de los peritos en derecho.

Los pueblos del medioevo, consideraron la inimputabilidad en los primeros años, aún cuando las leyes no la establecieran. En esa época no podía el niño cometer ciertos hechos, como la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio.

³ O’Callaghan, Xavier, **Compendio de derecho civil, IV**, págs. 233 y 234.

El derecho canónico reconoció la irresponsabilidad de los menores hasta los 7 años cumplidos, y de esta edad hasta los 14 años, se aplicaba una pena disminuida, atendiéndose su responsabilidad; sin embargo, dividió a los canonistas en 2 tendencias: unos sustentaron la tesis de que lo era, si es que obraba con discernimiento, y otros defendieron la imputabilidad siempre, aunque castigándole en forma atenuada.

El Parlamento de París en 1452, estableció el principio de que los señores debían de participar en el mantenimiento de los niños pobres. Dos figuras resplandecen en el siglo de las Luces en Francia; Vicente de Paúl y Juan Budos, quienes fundaron establecimientos para niños abandonados.

En el siglo XIV se fundó: el padre de los huérfanos, una institución destinada a la educación correctiva y la capacitación profesional de los menores delincuentes y desamparados en 1793. En 1407 se creó un juzgado de huérfanos y en 1410, San Vicente Ferrer constituyó una cofradía que atendía en un asilo a niños abandonados por sus padres. Un siglo más tarde igual iniciativa ampliada a los delincuentes tuvo en Francia San Vicente de Paúl.

En Inglaterra la situación en el medioevo y el renacimiento era semejante al resto de Europa. En el siglo X, ante el primer robo, los padres debían de garantizar la futura honestidad del autor del delito y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa.

Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la horca como los mayores.

1.3.3 Derecho moderno

En 1703 el Papa Clemente XI con fines de corrección, enmienda, formación profesional y moral, crea el hospicio de San Mechelle en Roma.

En el viejo derecho español, las partidas hicieron una distinción entre los delitos de lujuria y los demás acerca de la edad, hacen muy curiosos comentarios los glosadores de esta Ley de Partidas del siglo XIII, porque si cesase la presunción de que antes de los 14 años

fuere el niño púber, debería ser castigado. El autor menciona la cita de San Gregorio en sus diálogos, quien cuenta que un niño de 9 años dejó embarazada a su nodriza, Juan de Anam, recuerda que San Jerónimo en su carta a Viltalbro, dice que Salomón y Achaz procrearon hijos a los 11 años, y añade luego que una mujerzuela crió a un niño abandonado sirviéndole de nodriza, y como el niño durmiese con ella hasta la edad de 10 años sucedió que habiendo la mujer bebido más de lo que permite la templanza, impulsada después por su liviandad, con torpes movimientos excitó al niño para el coito. Por todo esto, unos opinaban que el menor de 14 años debía ser penado por estupro, y los otros se atenían al texto de las partidas que negaban toda la pena desde 1734, en Sevilla, se procuraba mantener bibliografía del menor para resolver su caso.

La legislación de España, reglamentaba por el fuero real y las partidas, en donde observamos su denominación usual comoprohijamiento (porfijamiento), de allí se le conoce también con el nombre doctrinario de aprohijamiento.

En las partidas ya se hacia distinción entre arrogación, la cual la adopción de personas no sometidas a patria potestad y la adopción de personas sometidas a patria potestad de otra persona, éstas eran divididas en adopción plena y perfecta y adopción menos plena e imperfecta.

En el derecho francés, la adopción nace con matices más altruistas, en donde es más sencillo ubicarnos actualmente, la misma se utilizaba como un medio para las personas carentes de hijos, así poder acceder a la paternidad, mediante un acto jurídico, siendo regulada la adopción por el Código de Napoleón, el cual exigía para sustentarse del adoptante, tener cincuenta años de edad, ser quince años mayor que la persona que pretendía adoptar y haber sido el adoptado atendido durante su minoría de edad por éste, era eminentemente contractual y requería del consentimiento del adoptado, quien debía ser mayor de edad, requisitos a los cuales se encontraba exenta la adopción remuneratoria y la testamentaria, las cuales sólo requerían haber tenido el causante bajo su tutela al adoptado por lo menos durante cinco años anteriores a su adopción.

En el "código napoleónico adaptado a la versión latinoamericana, respecto a la adopción la influencia de Napoleón fue muy grande y debido probablemente a circunstancias

personales las cuales le hacían temer llegar a necesitar hacer uso de ella”⁴, podemos observar que en él, la legislación sustantiva civil en Latinoamérica tiene antecedentes formales exactos.

1.3.4 Derecho contemporáneo

En Alemania desde 1833, se establece institutos modelos para la readaptación de menores.

En Inglaterra en 1854, se determinó la rehabilitación en centros separados para los menores delincuentes. En España los menores fueron recluidos en la cárcel común, lo que se rectificó por su fracaso en nuevas leyes en 1904.

En Rusia, una ley en 1897, indicaba que el juicio de los menores infractores entre los 10 y 17 años debía hacerse a puertas cerradas y en audiencia especial con participación de los padres, debiendo aplicarse medidas pedagógicas y por opción sanciones penales correctivas. Es un precedente, con equivalencia en otras naciones, de la discreción con que relativas a la minoridad surgen desde fines del siglo pasado y comienzos del presente. Se aspira a reemplazar totalmente la idea de represión, expansión o responsabilidad moral, por la instauración de un sistema psico - pedagógico tutelar y proteccionista, que pueda extenderse no sólo a los hechos ilícitos de menores sino a si mismo, a situaciones de menores en peligro material y moral.

A causa de la primera guerra mundial, existía gran cantidad de huérfanos, lo cual trajo consigo necesariamente la modificación del régimen anterior, prevaleciendo hasta el año de 1923 suprimiendo la adopción remuneratoria y testamentaria, dando paso a la adopción con el espíritu con el cual se le conoce hoy en día, de otorgar a menores sin padres la oportunidad de ingresar al seno familiar de otra familia, en virtud de un acto puramente formal. Podemos decir que uno de los factores determinantes en la importancia y necesidad de la adopción fueron las guerras mundiales, por ello “los europeos vieron en la adopción la alternativa perfecta para superar el trauma social y humano, así como el

⁴ Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias Gonzáles, José Antonio. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Pág. 323.

drama de miles de huérfanos y también de familias que habían perdido a sus descendientes”.⁵

“La opinión pública del mundo occidental fue tomando conciencia de la desválida condición de la infancia y como resultado de esa conscientización, las primeras leyes protectoras de niños aparecieron a finales del siglo XIX.”⁶

La adopción se instituye por primera vez en Francia por Decreto Ley de fecha 29 de julio de 1939, modificado en los años 1941, 1949, 1958 y 1963. En virtud del cual se creaba un vínculo entre los legitimantes y el legitimado, similar al matrimonial, vínculo que suprimía todo parentesco con la familia consanguínea del adoptado, excepto los impedimentos matrimoniales y era irrevocable, la cual fue sustituida por la adopción plena en el año de 1966.

1.4 La adopción en la legislación guatemalteca

En Guatemala, la primera noticia que se tiene acerca de la adopción, se encuentra en el Decreto Gubernativo 176, del 8 de marzo de 1877, producto de la revolución liberal de 1871. Más tarde, el 13 de mayo de 1933, la Asamblea Nacional Legislativa Constituyente, aprueba en sus sesiones ordinarias el proyecto presentado por una comisión de juriconsultos que fuera convocada exclusivamente para acomodar el código de la época liberal a las ideas y principios cambiantes, realizándose así una fusión en un solo tomo de la parte vigente del Código Civil de 1877 con las nuevas reformas comprendidas en el Código Civil de 1933, Decreto Legislativo 1932.

Inicialmente en la Constitución Política de Guatemala, se regula la adopción, decretada por Asamblea Nacional Constituyente de fecha 11 de marzo del año 1945, en el título III, la cual se denominaba, de la familia, constituyendo como fin primordial de la adopción el beneficio directo de los menores de edad y no se reconocen desigualdades legales entre los hijos; todos, incluyendo los adoptivos, tienen los mismos derechos. En el Artículo 54

⁵ Ibíd. Pág. 324.

⁶ Fossar Benlloch, Enrique. **El derecho internacional de protección del menor**, pág. 114.

de la Constitución Política de la República se reconoce la igualdad de condiciones de los hijos no sólo naturales si no también adoptados.

Al ser la adopción reconocida por la ley suprema, el Congreso de la República emite el Decreto 375 o Ley de Adopción, en el cual por vez primera se tutela jurídicamente a dicha institución, la que en 1963, es derogada por el Decreto Ley No. 106, del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdia, el cual dedica un apartado específico a la adopción, tutelándose en el Capítulo VI, en los Artículos del 228 al 251, el cual es anterior a la concepción constitucional de la misma, definiéndola como el acto jurídico de asistencia social por el cual, el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.

A pesar de lo dispuesto en el párrafo que antecede, podía legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoría.

Legalmente la adopción se define como institución social de protección y orden público tutelado por el Estado, por virtud de la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona, y a su vez establece los tipos de adopción según el lugar de sustentarse: adopción internacional o adopción nacional. A su vez se sustenta en los principios siguientes:

- Supremacía constitucional
- Legalidad
- Desarrollo y protección familiar
- Primacía del interés superior del niño
- Conservación de la nacionalidad de origen
- Igualdad de derechos
- Identidad cultural social
- Estabilidad (familiar y emocional)

El interés superior del niño y la obligación del Estado de brindar la protección necesaria se

plasma en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República, principalmente en el Artículo 4, Deberes del Estado. Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores el cumplimiento de sus obligaciones... En el Artículo 5 establece lo relativo al interés primordial de la niñez y la familia, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, lo cual hasta la fecha no se cumple por parte de la institución estatal encargada como más adelante lo apreciaremos.

Con la nueva Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, del Congreso de la República, el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica y que protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad. Igualmente, se dispone que el Estado reconoce y protege la adopción, declarando de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los abandonados. Esta nueva ley define la adopción internacional en su Artículo 2, inciso b, como Aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción.

“El Estado por lo tanto, se ve obligado a garantizar la protección y el bienestar de los menores de edad del país, bajo la regulación del proceso existente de adopciones que durante el año 2006 permitió que 4135 niños huérfanos tuvieran la oportunidad de iniciar una vida al lado de padres adoptivos tan sólo en Estados Unidos (en el año 2005 3,783 niños huérfanos recibieron visas americanas y en el año 2004 las recibieron 3,262 niños).”⁷

La vida de muchos niños guatemaltecos, que por distintos motivos se encuentran huérfanos depende de esta legislación. La vida, felicidad, bienestar y alegría de cientos de niños que probablemente perderán la oportunidad de encontrar un hogar y una familia acogedora está ahora en juego.

Al finalizar el 2008, a un año de haber sido aprobada la Ley de Adopciones, el Consejo Nacional de Adopciones concretó 54 adopciones. Cifra que no se compara en nada con el

⁷ Paz Guzmán, Luis, **La nueva ley de adopciones**, <http://homohominilupus.wordpress.com/2007/12/14/ley-de-adopciones-aprobada-en-guatemala/> (12 de marzo, 2010).

año 2007: 5 mil adoptados. En la actualidad, los hogares de acogida están llenos. De acuerdo con el informe sobre adopción de la misión de la Haya de 2007, en Guatemala hay 500 hogares privados que albergan a cerca de 10 mil niños sin padres. Sin embargo, no se sabe con exactitud cuántos hogares existen en Guatemala porque el Consejo todavía no tiene un registro de las instituciones privadas de acogida. El Artículo 58 de la Ley les otorgaba un plazo de 30 días para revisarlas y autorizarlas, pero no se cumplió.

Tal como lo establece la Ley de Adopciones vigente a la fecha y el Código Civil, en cuanto era aplicable, Decreto Ley 106, en su Artículo 229: los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco civil que se establece entre adoptante y adoptado, no se extiende a los parientes de uno u otro. Así también, entre el adoptado y su familia natural subsiste el vínculo; no obstante, al constituirse la adopción, el adoptante adquiere la patria potestad, la cual consiste en el conjunto de derechos y obligaciones del padre para con su hijo, no sólo en la administración de sus bienes, sino también en la representación legal del mismo. Se puede considerar que tanto las características de la adopción simple o relativa, el parentesco civil y los efectos derivados de ella, existen efectos bilaterales sólo entre la persona del adoptante y el adoptado, es decir, sin extenderse al núcleo familiar de uno u otro entre sí.

Con la nueva Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, la manera de tramitar la adopción es un proceso, tanto administrativo como judicial y sin intervención notarial, siempre bajo el control jurídico estatal. La tramitación anteriormente constituida, era basada en los principios de jurisdicción voluntaria, entre ellos el más relevante, el principio de consentimiento unánime, el cual a mi criterio hizo viable la rapidez o celeridad del proceso, logrando una efectiva aplicación del interés superior del niño, gracias en gran parte a las diligencias notariales que anteriormente eran permitidas.

Siendo preeminente el principio del interés superior del niño y su debida aplicación en las adopciones nacionales e internacionales, la realidad proyecta ineficacia y desidia en llevar a cabo los supuestos que este principio establece, convirtiéndose en un obstáculo a la celeridad procesal y haciendo engorroso el trámite. Siendo los primeros meses de vida elementales para crear ese vínculo familiar de afinidad entre el adoptado y adoptante, esta

etapa debe ser prioridad para unir al menor con su nueva familia y evitar que el proceso de adaptación deje graves secuelas emocionales en el menor y cree la plena identidad en su nuevo núcleo familiar. En conclusión, podemos inferir que entre más breve es el lapso procesal más acorde se está al principio interés superior del menor sin olvidar el cúmulo de derechos, que en virtud del mismo, se estaría cobijando. El problema actual radica en que los procesos duran más de dos años en concluirse, además que los procesos realizados por año son mínimos comparados con el número de menores huérfanos esperando a ser nombrados adoptables para iniciar ese proceso.

Al haber excluido completamente a los Notarios en esta función, los procesos de adopciones conforme la Ley de Adopciones, actualmente se han convertido engorrosos, lentos e ineficientes por parte de la institución estatal y esto debido a la demanda que existe de niños abandonados.

1.5 Ubicación de la adopción en el derecho de familia

Tener una familia es uno de los derechos inherentes de los niños, niñas y adolescentes, naturalmente biológica y si no fuere posible garantizarle al niño otro medio familiar permanente, se presenta el escenario donde ha de culminar la unión e integración pretendida por el proceso de adopción, garantizando al niño sujeto de la misma, la integración en un seno familiar permanente, siendo factible el proporcionarle un desarrollo integral, físico, social, cultural, material y emocional en condiciones de igualdad, amor y estabilidad.

Por lo anterior, la adopción es una institución la cual ha trascendido las esferas del derecho privado para ser de derecho público; sin embargo, se ubica y ha de estudiarse dentro del derecho de familia, teniendo como ente contralor el Consejo Nacional de Adopciones.

CAPÍTULO II

2. La adopción internacional en Guatemala

La Ley de Adopciones creó el Consejo Nacional de Adopciones (CNA), como autoridad central en materia de adopciones y entidad autónoma responsable de implementar un sistema que responda al interés superior de los niños. “En los años 2008 y 2009, el CNA diseñó sus lineamientos técnicos de trabajo y su institucionalidad, que promueve prioritariamente la adopción nacional.”⁸

Desde principios de 2008, no se han autorizado nuevos procesos de adopciones internacionales, luego de modificaciones a la ley de la materia.

La tendencia actual para las adopciones internacionales en Guatemala se mantiene favorable teóricamente para los niños del sistema, los cuales no han llegado a ubicarse todavía en una familia guatemalteca y que tienen alguna de las siguientes características: niños relativamente mayores (al rededor de la edad escolar en adelante), grupos de hermanos y niños con problemas de salud física, mental o perturbaciones emocionales significativas.

Entre las razones por las cuales es difícil encontrar postulantes para adoptar niños más grandes, es que a veces se tratan de grupos de hermanos, que no pueden ser separados; niños que viven en lugares alejados y el Estado no quiere desarraigados de sus costumbres; o con algunas enfermedades -como VHI- o discapacidades. Pero, en general, es el anhelo de los futuros padres el de querer un bebé recién nacido, lo que frena la posibilidad de adoptar niños de más de 3 años.

Para el CNA “el número de niños potencialmente en necesidad de adopción nacional e internacional, resulta todavía difícil estimarlo, según ellos, debido a que Guatemala se encuentra aún en fase de transición”.⁹

⁸ De Larios, Elizabeth, **Adopciones**, <http://www.cna.gob.gt/portal/adopcionesinternacionales.html> (13 de marzo de 2010).

⁹ *Ibíd.*

Lo anteriormente citado, fue expuesto textualmente por el CNA, quienes al no conocer a fondo la magnitud de la necesidad, admiten su incapacidad de dar un hogar al menor, haciendo lejana la posibilidad de su reinserción en un seno familiar.

La plataforma jurídica estatal no satisface los requerimientos esenciales para la protección del interés superior del menor en materia de adopciones internacionales, ya que la realidad proyecta ineficacia y desidia en llevar a cabo los supuestos que este principio establece, convirtiéndose en un obstáculo a la celeridad procesal y haciendo engorroso el trámite. Además, los actuales procesos de adopción nacional, duran más de dos años en concluirse sin contar que por año son mínimos los efectuados, comparados con el número de menores huérfanos esperando a ser nombrados adoptables para iniciar ese proceso.

La modalidad de las adopciones internacionales, a través del CNA, es que no recibirán expedientes de solicitud de candidatos extranjeros a la adopción. El CNA promoverá un sistema de requerimiento de familias extranjeras, conforme a las necesidades de los niños y en el momento que se presenten, es decir, que será el CNA quien enviará expedientes de niños que necesitan ser adoptados internacionalmente, a los Estados de recepción y no viceversa.

De esa cuenta, el CNA busca implementar un proyecto piloto de dos años, con un número máximo de cuatro solicitudes con las respectivas aprobaciones de sus autoridades centrales. Ninguno podrá postularse independientemente, siempre tendrá que ser en el marco de este proyecto y a través de la autoridad central de su respectivo país.

Anne-Marie Crine, representante de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, visitó Guatemala el año pasado, y calificó de positivo el trabajo del Consejo Nacional de Adopciones (CNA); sin embargo, en una entrevista con Prensa Libre, Crine expuso que en el CNA debe cambiarse el imaginario de las familias adoptivas y buscar opciones en países amigos. Indicó que se debe asesorar al CNA, que está en un momento clave. Hay niños albergados en hogares de protección que necesitan familias adoptivas, y por el momento, la cultura de adopción nacional es muy incipiente, por lo que se hace necesario el apoyo de otros países. Recomendó que se debe buscar colaboración con

autoridades extranjeras que les faciliten profesionales que puedan conseguir familias para los niños de difícil colocación. Estos colaboradores deben ser pocos y bien seleccionados. Además se debe reforzar el sistema de protección, que es la base para los niños sin familia.

La Convención de La Haya Sobre la Adopción Internacional constituye un avance importante al respecto, tanto para las familias como para los niños y niñas adoptados y por adoptar, ya que alienta la transparencia y la corrección ética de los procesos, a fin de que en éstos se de prioridad al interés superior de los niños.

Es preferible que los niños y niñas que no puedan ser criados por sus propias familias crezcan en ámbitos familiares sustitutivos adecuados, en lugar de en establecimientos de atención institucional, a los que sólo se debería apelar como último recurso y con carácter provisional. En los casos de esos niños y niñas, una de las varias opciones posibles es la adopción internacional, que puede resultar la solución más idónea cuando se trate de niños y niñas que no puedan ser colocados en un ámbito familiar permanente en sus países de origen. Pero en cada caso, el principio rector de toda decisión en materia de adopción debe ser el interés superior del niño o la niña en cuestión.

En los últimos 30 años se ha producido un aumento considerable del número de familias de países ricos interesadas en adoptar niños y niñas de otros países. Las políticas de los diferentes países, son de beneficio para los menores, quienes buscan la posibilidad de que estos niños desamparados sean adoptados en el seno de familias que los acojan con amor, evitando así que permanezcan largo tiempo en instituciones, con lo que no se favorece su adecuado desarrollo emocional, afectivo ni intelectual, y por ende se violenta grandemente el principio del interés superior del menor.

Podría decirse que la adopción internacional está en crisis y lo saben perfectamente las personas que desean noblemente adoptar a un niño desamparado.

Es cierto que personas inescrupulosas habían querido convertir la adopción en un negocio rentable como la venta de bebés y también es verdad que los países deben proteger a los

niños de este tipo de delincuentes haciendo leyes más controladoras, pero no hasta el extremo de impedir la adopción con la que los niños pueden ser recibidos en un hogar familiar. No debemos olvidar que la adopción está destinada precisamente en interés y beneficio exclusivo del menor.

Guatemala está llena de miles de niños desamparados que bajo esta nueva Ley de Adopciones, están pasando años de su vida en instituciones o en la calle esperando ser adoptados, mientras que miles de padres de otros países, llevan años luchando y superando obstáculos y restricciones para poder adoptar a estos niños. Esto es una injusticia social que debe ser remediada.

2.1 Naturaleza jurídica de la adopción

Se reconoce como institución jurídica que tiene 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 tienen hijos, a quienes brinda las satisfacciones que únicamente proporciona la familia en el hogar.

Hay diversas teorías que tratan de sustentar la naturaleza jurídica de la adopción, entre ellas:

- Quienes sustentan que es un contrato
- Quienes consideran a la adopción como una institución
- Los que la consideran como un acto

2.1.1 Adopción como un contrato

Partiendo del consentimiento entre la persona del adoptante y las personas quienes ejercen sobre el menor adoptado, la patria potestad o representación legal. Entre las legislaciones anteriores a dicha postura se encuentra la española, dentro de la cual se hace una notoria diferencia entre los negocios de orden patrimonial y los negocios

puramente de derecho familiar y entre los cuales necesariamente se reconoce la adopción, como negocio familiar. Partiendo de la materialización de la adopción en escritura pública como parte de la seguridad de la protección estatal y dejando el consentimiento puramente como fase privada en manos notariales.

Otros definen la adopción como “un contrato solemne, concluido entre el adoptante y el adoptado. Dominando en esta concepción el espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades del consentimiento y el concepto que dominio de la estructura familiar, de los derechos poderes y del interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia, por sobre el interés del menor”.¹⁰

Tomando en cuenta el espíritu y fines de la adopción, no necesariamente ella responde a presupuestos bilaterales de un negocio en sí, ya que estaríamos frente a un contrato que como objeto de traspaso coloca a una persona que viene a ser el menor adoptado y además existe la ausencia de voluntad del adoptado, en caso de ser menor de edad, lo que hace a la adopción alejarse de ser un negocio jurídico en sí.

2.1.2 Adopción como institución jurídica

La regulación de la adopción dentro del derecho es evidente en la mayor parte de legislaciones, y en ellas la postura respecto a considerar la naturaleza de la adopción como una institución, tomando en cuenta sus efectos, fines, principios, requisitos, deberes, derechos y obligaciones así como los elementos que en ella intervienen, todo ello predeterminado en la ley, por virtud de ello se determina su naturaleza como una institución sobre la cual descansan las bases que sustentan su búsqueda de integración y protección familiar, dentro del marco legal e institucional.

Al referirnos a las garantías, principios, condiciones, efectos, derechos, obligaciones e incluso a las características, estamos frente a una institución cuyas bases descansan en el principio de legalidad. Además debemos tomar en cuenta que la ley de adopciones la define como institución y desarrolla ampliamente su esquema jurídico dejando de ser

¹⁰ Chunga Lamonja, Fermín. **Derecho de menores**, [Http://www.monografias.com/educacion/index.shtml](http://www.monografias.com/educacion/index.shtml). (16 de marzo, 2010.)

meramente un acto de voluntad contractual. Si bien, ya se establece su naturaleza como la de ser una institución de derecho público y además de protección estatal, hay que observar que la misma sólo puede iniciar por actos de voluntad de quienes deciden dar en adopción a su hijo o hija, o en casos especiales de quienes son declarados sujetos adoptables, lo cual deja muchos vacíos legales y uno de ellos, en cuanto a los menores entregados para ser dados en adopción o los menores canalizados por el Estado a través de sus centros de cuidado, quienes son destinados como sujetos de adoptabilidad, sin embargo la mayor parte de menores en condiciones de abandono, necesitan cuidado estatal y no son tutelados, mucho menos tomados en cuenta en un proceso de adopción internacional.

Las instituciones jurídicas, son clasificadas dentro de tal naturaleza por el hecho de desarrollarlo, explicarlo y sustentarlo en cuanto a sus características esenciales y las distintas perspectivas que trate, ya sea en el ámbito privado o público; en cambio en cuanto a la adopción, necesariamente se analiza partiendo del derecho de familia pero en la actualidad es una figura regulada estatalmente, para cumplir con su fiscalización y tutela; sin embargo, sigue siendo condicionada por una serie de actos meramente jurídicos, por lo tanto es una institución. En cuanto a su regulación actual, el estado juega un papel de mediador y proteccionista.

2.1.3 Adopción como acto jurídico

Todo acto, lo es sólo en la medida por lo cual se derive de la voluntariedad expresa, por lo tanto los resultados de dicho acto serán efecto directo del acto por el cual se les dio origen, por ello, cuanto a la adopción como acto, ésta se sustenta y materializa legalmente al ser un acto declarativo de voluntad revestida de formalidades esenciales para nacer al mundo jurídico, social y familiar. Y como acto “son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares, emplazamiento significa... el acto creador del vínculo jurídico, eventualmente, hasta su modificación”¹¹.

¹¹ Díaz de Guijarro, Enrique. **Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar**, pág. 3.

El estado jurídico familiar indica una determinada situación permanente del hombre, la cual es regulada por el derecho y se refiere ya sea a su edad, capacidad, relaciones familiares, filiación o relación con el Estado.

El acto, contiene inmerso el elemento del consentimiento o intención voluntaria de causar o provocar algún o algunos efectos, en el caso de la adopción el de sustentarla materialmente con los requisitos formales que determina la ley y con la autorización jurídica pertinente, entonces al tener el adoptante la intención o voluntad de adoptar, tomar o recibir como hijo propio a la persona del adoptado, hijo natural de otras personas, para proveerle de todos los derecho y cumplir con las obligaciones determinadas por la ley para con los hijos naturales en igualdad de condiciones, hace manifiesta esa voluntad al realizar la adopción en sus fases o formalidades, por lo que es mayormente aceptable esta acepción que explica la naturaleza jurídica de la adopción como un acto, que si bien es cierto, conlleva el consentimiento y la materialización formal de un negocio, su objeto es humano y su interés el asistir a una persona carente de alguno o ambos padres; así como también, se encuentra regulada legalmente en la mayor parte de sus elementos y formalidades; sin embargo, su naturaleza es la de ser un acto jurídico, en virtud del cual una persona denominada adoptante manifiesta expresamente su voluntad de recibir o tomar como hijo propio, en igualdad de condiciones como si fuere hijo natural, a una persona denominada adoptado, sobre la base legal vigente con las formalidades esenciales, para proveerle de seguridad familiar en la sociedad en la cual se realice y dentro del marco jurídico imperante.

La base legal en la cual se ubica la definición de adopción, como una institución de protección, este acto sigue inmerso dentro de la institución ya sea, como uno de los actos iniciales, dando paso al proceso de adopción como la decisión de quienes van a adoptar, pero, ahora el dar en adopción y el adoptar a un hijo de otra persona como actos condicionados en los cuales ya no es decisión de los padres biológicos elegir a los adoptantes, o en su caso éstos elegir a un niño, sino que ahora por medio de las autoridades pertinentes quienes tratan de elegir a una familia para el niño, no un niño para una familia.

La naturaleza jurídica de la adopción radica en ser una institución protegida y tutelada por

el Estado, en consecuencia ser de derecho público, investida de principios generales, específicos, de naturaleza tutelar y de carácter internacional, para la tramitación de adopciones en las cuales se proteja al niño como sujeto principal de la adopción.

2.2 Requisitos personales para la adopción

2.2.1 Requisitos para el adoptante:

El adoptante es la persona que por medio de los procedimientos legales adopta una persona hijo de otra, con la finalidad de otorgarle todos los derechos y beneficios que la Constitución Política de la República otorga a los hijos biológicos.

Podrán adoptar tanto los hombres como las mujeres, 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. También podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño; cuando el adoptante sea el tutor del adoptado, sólo cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en esta ley.

Los sujetos que deseen adoptar a un niño, niña o adolescente deberán tener una diferencia de edad con el adoptado no menor de veinte años.

La pareja que desee adoptar a un menor bajo la nueva Ley de Adopciones, debe presentar al Consejo Nacional de Adopciones la siguiente papelería:

- Formulario de inscripción de solicitantes proporcionado por el Consejo Nacional de Adopciones.
- Solicitud para dar inicio al trámite de adopción (nombre completo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, número de documento de identificación, lugar para recibir notificaciones, números de teléfonos y firmas).
- Certificación de partida de nacimiento de la madre.
- Certificación de partida de nacimiento del padre.

- Certificación del asiento de cédula de vecindad de la madre.
- Certificación del asiento de cédula de vecindad del padre.
- Certificación de partida de matrimonio o certificación de su partida de unión de hecho.
- Carencia de antecedentes penales de la madre.
- Carencia de antecedentes penales del padre.
- Constancia de empleo o ingresos económicos del padre.
- Constancia de empleo o ingresos económicos de la madre.
- Certificación médica de salud física y mental de la madre.
- Certificación médica de salud física y mental del padre.
- Certificación médica de otras personas que convivirán con el adoptado (a).
- Fotografía de la madre.
- Fotografía del padre.

El Artículo 16 de la Ley de Adopciones establece los siguientes impedimentos para adoptar:

- a. Quienes padezcan de enfermedades físicas, trastornos mentales y de la personalidad, que representen un riesgo a la salud, vida, integridad y pleno desarrollo del niño, niña o adolescente;
- b. Quienes padezcan dependencia física o psicológica de medicamentos que no hayan sido prescritas por facultativo y cualquier otra sustancia adictiva;
- c. Quienes hayan sido condenados por delitos que atenten contra la vida, la integridad física, sexual y la libertad de las personas;
- d. Uno de los cónyuges o unidos de hecho sin el consentimiento expreso del otro;
- e. El tutor y el protutor, además de los requisitos del Artículo 13, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña o incapaz;
- f. Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o se les hubiese declarado separados o suspendidos de la misma, mientras ésta no haya sido restablecida por juez competente.

Las adopciones internacionales tendrán lugar cuando las autoridades competentes del Estado de Guatemala han examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del

niño y que una adopción internacional responde al interés superior del niño.

Conforme el Artículo 5, del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, las adopciones internacionales sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; que se han asegurado que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados y han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

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

Los requisitos que deberán presentar los solicitantes extranjeros para iniciar el proceso de adopción son los siguientes:

- a. Solicitud que contenga nombre completo de los solicitantes, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio, documento de identificación y lugar para recibir notificaciones;
- b. Mandato especial judicial a favor de una persona que pueda representarlo en Guatemala;
- c. Fotocopia legalizada de los documentos que acredite su identificación personal;
- d. Certificación de la partida de nacimiento extendida por autoridad competente;
- e. Carencia de antecedentes penales de cada uno de los solicitantes emitidos por la autoridad correspondiente de su país;
- f. Certificación de la partida de matrimonio de los solicitantes o de unión de hecho emitido por la autoridad correspondiente de su país;
- g. Constancia de empleo o ingresos económicos de los solicitantes;
- h. Certificación médica de salud física y mental de los solicitantes y de quienes conviven con ellos;
- i. Fotografías recientes de los solicitantes;
- j. Certificado de haber acudido y concluido el proceso de orientación o su equivalente ante la autoridad central en su país de origen;

- k. Certificado de idoneidad emitido por la autoridad central o su homólogo en el país de origen del o los solicitantes.

2.2.2 Requisitos para el adoptado

El adoptado puede ser un menor de edad o mayor de edad incapacitado, quien previamente ha sido declarado por juez competente en estado de adoptabilidad.

La adoptabilidad es una declaración judicial, dictada por un juez de la niñez y la adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como fin primordial la restitución del derecho a una familia para así, lograr el desarrollo integral del niño.

Según lo establece el Artículo 12 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007, los sujetos que pueden ser adoptados son:

- 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.

El menor adoptado puede ser pariente del adoptante. Este punto ha originado una

controversia que merece recordarse.

En 1841 se juzgó que esta adopción era permitida y consagrada así la jurisprudencia ya seguida en 15 cortes de apelación contra 19. Marín declaró que esta adopción estaba prohibida.

Por último, en 1846 volvió su primera solución y desde entonces no ha variado su jurisprudencia.

2.3 Los sujetos que intervienen en el proceso de la adopción internacional

2.3.1 Entidades. El Consejo Nacional de Adopciones (CNA), entidad autónoma central.

Dependencias:

- a) Consejo directivo
- b) Dirección general (jefe administrativo)
- c) Equipo multidisciplinario
- d) Registro

Consejo directivo:

- a) Representante propuesto por el pleno de la Corte Suprema de Justicia (un suplente)
- b) Representante del Ministerio de Relaciones Exteriores (un suplente)
- c) Integrante de Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia (un suplente)

Funciones por cuatro años, no reelegible. Responsable de reclutar posibles padres.

Dirección general:

Nombrado por el consejo directivo. Tres años en funciones. No reelegible.

Equipo multidisciplinario:

- a) Coordinador nombrado por el Consejo Directivo
- b) Equipo especialista, profesionales y técnicos

2.3.2 Entidades públicas o privadas dedicadas al cuidado de los niños. Estas entidades serán autorizadas y registradas por la autoridad central.

2.3.3 Organismos extranjeros acreditados

De acuerdo con el Convenio de La Haya, los organismos de adopción acreditados en los Estados contratantes del referido convenio, serán autorizados por la autoridad central del país que acredita y por la autoridad central de Guatemala, para realizar las funciones de conformidad con lo establecido en el Convenio de La Haya, tal y como sea acordado por la autoridad central de Guatemala. Los organismos extranjeros acreditados registrados deben cumplir con toda regulación aprobada por la autoridad central de Guatemala. Un organismo extranjero acreditado debe proveer la prueba de que está actualmente acreditado en un Estado de recepción del Convenio de La Haya, y que está autorizado para operar en Guatemala.

2.4 Injerencia notarial y de organismos públicos, embajadas, el Consejo Nacional de Adopciones.

2.4.1 Injerencia notarial

En la realidad actual, los abogados no son integrados dentro del proceso de adopciones. Conforme un comunicado del Consejo Nacional de Adopciones a familias estadounidenses interesadas en realizar una adopción, de fecha 23 de julio de 2009, enfatizan que en el proceso de adopción, de conformidad con la Ley, no interviene ningún abogado o notario y el consejo nacional de adopciones no permite la injerencia de ningún profesional, para agilizar o empujar los procesos, por lo que los interesados no deben pagar cantidad alguna para que sus procesos sean resueltos. Los Notarios, pueden aportar un gran apoyo al proceso de adopciones, pero al omitir la injerencia de estos

profesionales del derecho, los trámites se dejan en manos únicamente del gobierno, conllevando a orfanatos y expedientes estancados por meses o años, tras lo cual los padres adoptivos pueden hasta perder el interés.

La problemática planteada nos ubica en la necesidad de definir la naturaleza jurídica de la función notarial, su inserción en el marco general del proceso de adopciones conjuntamente con el Estado; el análisis de la competencia material que le puede ser asignada y la eventual modificación de esta competencia incorporando nuevas incumbencias, siempre en pos de aportar a los procesos de adopciones, nuevas herramientas que le permitan potenciar en un marco seguro y eficiente la aplicación adecuada del interés superior del menor.

Es necesario y conveniente que el notariado se replantee y reformule su propia naturaleza y las competencias materiales que le son propias, poniendo al servicio de la comunidad su capacidad, estructura y conocimiento, como un medio de contribuir a la aplicación eficiente del principio del interés superior del menor dentro del proceso de las adopciones.

Para incluir o permitir la participación de los notarios en el proceso de adopción, la autoridad central deberá como mínimo:

- Definir claramente su papel y sus límites en el proceso de adopción.
- Definir una escala de pagos considerados como razonables en el país para dichas tareas, tomando en consideración que la adopción no es un asunto comercial sino una medida de protección del niño; esto puede ser establecido en consulta con el Colegio de Abogados y con el Consejo Nacional de Adopciones.
- Definir una lista de los abogados autorizados, basada en una evaluación y supervisión del Estado.

La intervención notarial debe ser parte esencial de un sistema de derecho privado funcional y sólido, que acompañe al desarrollo de los sectores productivos y financieros de la economía; que garantice los derechos de los particulares; que disminuya la litigiosidad, que sea consistente con una regulación sana y segura de los derechos reales.

Incluso dentro del trámite del proceso judicial, la intervención notarial puede ser ventajosa a los fines de documentar pasos procesales, hoy a cargo de la función judicial en modo exclusivo. Tal el supuesto de cuestiones vinculadas con la etapa de entrega de informes, pruebas (si las hubiere); el cumplimiento de determinadas notificaciones. Herramientas tales como actas, permitirían que la intervención notarial sea profundizada sin necesidad de producir cambios legislativos que puedan motivar conflictos intersectoriales.

“El Notario como profesional del derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio, y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Los notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia”.¹²

2.4.2 Injerencia de organismos públicos, embajadas, el Consejo Nacional de Adopciones

En primer lugar está la injerencia para la seguridad jurídica, dentro y con motivo la administración del Estado, el cual ha de velar por la seguridad, previniéndola y repeliendo de actos anómalos e ilícitos de las personas y sus derechos.

En segundo lugar encontramos la injerencia a la seguridad jurídica dentro de la función judicial, la cual se materializa a través de los jueces y tribunales de justicia, quienes tienen la función de velar por el estricto cumplimiento y observancia de las leyes, así como la aplicación de la justicia y a su vez prevalecer la seguridad jurídica en cuanto a su función.

Iniciado el procedimiento y diligencias de protección integral de la niñez y la adolescencia ante un juez de la niñez y adolescencia, éste declarará en sentencia:

- La violación del derecho a una familia del niño
- La adoptabilidad del niño (a), y ordenará a su vez a la autoridad central que inicie el proceso de adopción. (Esto con base al Artículo 36 de la Ley de Adopciones).

¹² Miranda, Marcelo. **El instrumento notarial y la seguridad jurídica a la luz del derecho comparado**, pág. 29.

Toda vez, declarada la adoptabilidad del niño, niña o adolescente, la autoridad central debe dar inicio al proceso de adopción únicamente. La autoridad central debe seleccionar a las personas idóneas para el niño, con base en el principio de prioridad nacional, el cual consiste en dar oportunidad y si es posible, primeramente a padres adoptivos nacionales quienes así lo deseen, si no fuere posible, es entonces y sólo entonces cuando se llevará a cabo la adopción internacional, de forma subsidiaria y siempre cuando prevalezca el interés superior del niño, ello con base al Artículo 43 de la Ley de Adopciones.

La autoridad central, ha de dictaminar la procedencia de la adopción, tomando en consideración, los exámenes correspondientes, dictámenes, estudios y prohibiciones que contempla la ley de adopciones. Así como también, ha de emitir certificación de todo informe relacionado en el expediente, a los interesados, con objeto de poder adjuntarlo a su solicitud de homologación en la etapa judicial de la adopción, ente el juez que conozca del caso.

En este momento del proceso de adopción y para dar conclusión al mismo, procede homologar el proceso, lo cual significa, validarlo y autorizarlo judicialmente, ello a su vez, conlleva a declarar con lugar la adopción para tener validez estatal y certeza jurídica.

Se inicia con la recepción de la solicitud de adopción por parte del juez de familia, entonces, es momento de verificar el cumplimiento estricto del procedimiento de adopción, tanto en su parte administrativa, como la observancia de los requisitos legales y el cumplimiento del convenio de la Haya el juez de familia ha de homologar y declarar con lugar la adopción, en un plazo no mayor de tres días. En virtud de lo cual, ha de emitir la resolución judicial correspondiente, la cual ha de ordenar su inmediata inscripción en el registro correspondiente, para el efecto ha de emitir certificación de ella, al igual, incorporará certificación del dictamen emitido por la autoridad administrativa. Dicho registro competente, es el Registro General de las Personas abreviado RENAP, con base en lo que establece la ley en la materia, y cuya denominación legal es Decreto 90-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

Una adopción certificada conforme al convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados

contratantes. La certificación especificará, cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones. Convenio de la Haya. Con base al Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en su Artículo (hecho en la Haya el 29 de mayo de 1993).

2.5 Procedimiento administrativo:

Toda vez declarada la adoptabilidad del niño, niña o adolescente, la autoridad central debe dar inicio al proceso de adopción únicamente, el cual posee varias etapas especiales, que se dan en el siguiente orden:

- Proceso de orientación:

La orientación, consiste en proporcionar información y asesoría sobre los principios, derechos y consecuencias derivadas de las decisiones tomadas, dicho proceso es necesario e indispensable, además debe constar materialmente dentro del proceso general, o sea dentro del expediente administrativo.

Para realizar la adopción voluntariamente por los padres biológicos, la ley expresamente establece, que éstos pueden acudir ante la autoridad central a expresar dicha voluntad sólo después de cumplidas las seis semanas de nacido su hijo o hija.

- Pruebas científicas:

Concluido el proceso de orientación (con base en la solicitud expresa y voluntaria de dar en adopción a su hijo o hija), es el momento oportuno para recabar las pruebas científicas idóneas y necesarias para el ADN, toma de impresiones dactilares, tanto de los padres biológicos como plantares y palmares del niño (a) sujeto al proceso de adopción. (Con base al Artículo 36 de la Ley de Adopciones). Y en virtud de ello y de su relevancia dentro de todo proceso de adopción es necesario informarse sobre la definición y relación en el proceso que nos atañe; por lo cual se entrará a definir brevemente el concepto de ADN: cuya significación completa es la de ser el ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado ADN (y también DNA, del inglés *deoxyribonucleic acid*), es un ácido nucléico

que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y el funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos y algunos virus. “El papel principal de las moléculas de ADN es el de ser portador y transmisor entre generaciones de información genética, para construir otros componentes de las células, como moléculas y proteína. Los segmentos de ADN, llevan esta información genética llamada genes, pero otras secuencias de ADN tienen funciones estructurales, o están implicadas en la regulación del empleo de esta información genética. Esta información es leída usando el código genético, que especifica la secuencia de los aminoácidos de las proteínas. El código es interpretado copiando los tramos de ADN en un ácido nucléico relacionado, el ácido ribonucleico abreviado (ARN).”¹³

- Impresiones dactilares y palmares:

La intención de la tecnología de huella digital es identificar de manera precisa y única a una persona por medio de su huella digital y o palmar, siendo estas únicas e inconfundibles entre un ser humano y cualquier otro del mundo, lo cual conlleva a tener un archivo personalizado y de origen de cada ser humano. Certificando la autenticidad de las personas de manera única e inconfundible por medio de un dispositivo electrónico que captura la huella digital y de un programa que realiza la verificación, origen, marcas y rasgos únicos, lo que hace que en los procesos que se utilice un respaldo de información imperdible.

Con base a los estudios y pruebas recabadas, es procedente dictar la idoneidad.

- Proceso de selección de personas idóneas como potenciales adoptantes:

Declarada la adoptabilidad por el juez de la niñez y adolescencia, la autoridad central debe seleccionar a las personas idóneas para el niño, ello dentro del plazo de diez días a partir de la solicitud de adopción, con base en el principio de prioridad nacional, el cual consiste en dar oportunidad y si es posible, primeramente a padres adoptivos nacionales quienes

¹³ Bruce Alberts, Johnson Alexander, Lewis Julian, Raff Martin, Roberts Keith y Walters Peter, **Criminología dactiloscópica**, <http://www.terradaily.com/reports/Building.html>. (10 de abril de 2008).

así lo deseen, si no fuere posible es entonces y solo entonces cuando se llevará a cabo la adopción internacional, de forma subsidiaria y siempre cuando prevalezca el interés superior del niño, ello con base al Artículo 43 de la Ley de Adopciones.

- Resolución de selección:

La autoridad central para el efecto ha de emitir una resolución de selección de personas idóneas, haciendo constar el interés superior del niño, el derecho a su identidad cultural, tomando en cuenta aspectos físicos, médicos, socioeconómicos y psicológicos de los futuros adoptantes, dicha resolución ha de notificarse.

- Notificación de selección a los potenciales adoptantes:

Realizada la notificación de la resolución de selección, los futuros adoptantes han de emitir en un plazo no mayor de 10 días de realizada dicha notificación de selección, su aceptación expresa y por escrito, de la asignación del niño o niña, ante la autoridad central.

- Período de socialización y convivencia personal:

La autoridad central autorizará un periodo de convivencia y socialización personal, el cual consiste en el tiempo, relativamente corto, de convivencia entre los adoptantes y el niño adoptivo, con el objeto de comprobar la aceptación y adaptación recíproca en virtud de la cual se dé lugar a una unión e integración familiar posterior, periodo que nunca será menor a cinco días.

- Consentimiento del niño:

Dos días después de finalizado el período de socialización, la autoridad central solicitará al niño su opinión, si fuera procedente, con base a su edad y madurez, lo cual debe hacerse constar por escrito en dicho expediente, denominándose como el consentimiento del niño.

- Informe de empatía:

Concluido el período de convivencia y socialización, así como recabada la opinión del niño, en su caso, el equipo multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes a partir del periodo, un informe de empatía, el cual versará sobre la calidad de relación entre los potenciales adoptantes y el niño. El cual ha de ser certificado, con base al Artículo 46 Ley de Adopciones.

- Dictamen final administrativo:

La autoridad central, dentro de cinco días siguientes de concluido el proceso administrativo, ha de dictaminar la procedencia de la adopción, tomando en consideración, los exámenes correspondientes, dictámenes, estudios y prohibiciones que contempla la ley de adopciones. Así como también ha de emitir certificación de todo informe relacionado en el expediente, a los interesados, con el objetivo de poder adjuntarlo a su solicitud de homologación en la etapa judicial de la adopción, ante el juez que conozca del caso.

2.6 Procedimiento judicial

En este momento del proceso de adopción y para dar conclusión al mismo, procede homologar el proceso, lo cual significa, validarlo y autorizarlo judicialmente, ello a su vez conlleva a declarar con lugar la adopción para tener validez estatal y certeza jurídica.

- Remisión de las diligencias administrativas al juzgado de familia del ramo civil.

Se inicia, con la recepción de la solicitud de adopción por parte del juez de familia, entonces es momento de verificar el cumplimiento estricto del procedimiento de adopción, tanto en su parte administrativa, como la observancia de los requisitos legales y el cumplimiento del Convenio de La Haya.

- Resolución de homologación y con lugar la adopción nacional o internacional.

Sin más trámite y como establece la Ley de Adopciones, el juez de familia ha de homologar y declarar con lugar la adopción, en un plazo no mayor a tres días. En virtud de lo cual, ha de emitir la resolución judicial correspondiente, la cual ha de ordenar su inmediata inscripción en el registro correspondiente, para el efecto ha de emitir certificación de ella, al igual, incorporará certificación del dictamen emitido por la autoridad administrativa. Dicho registro competente, es el RENAP.

En dicha resolución el juez otorga la custodia del niño a los adoptantes, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero en su caso. Por ser una resolución de carácter meramente judicial, es procedente impugnarla a través de los recursos procesales y remedios establecidos por ley, en su caso, es apelable dentro del plazo de tres días de notificada ante el mismo juez que la dictó, ante la sala de familia jurisdiccional.

- Notificación y restitución del derecho de familia.

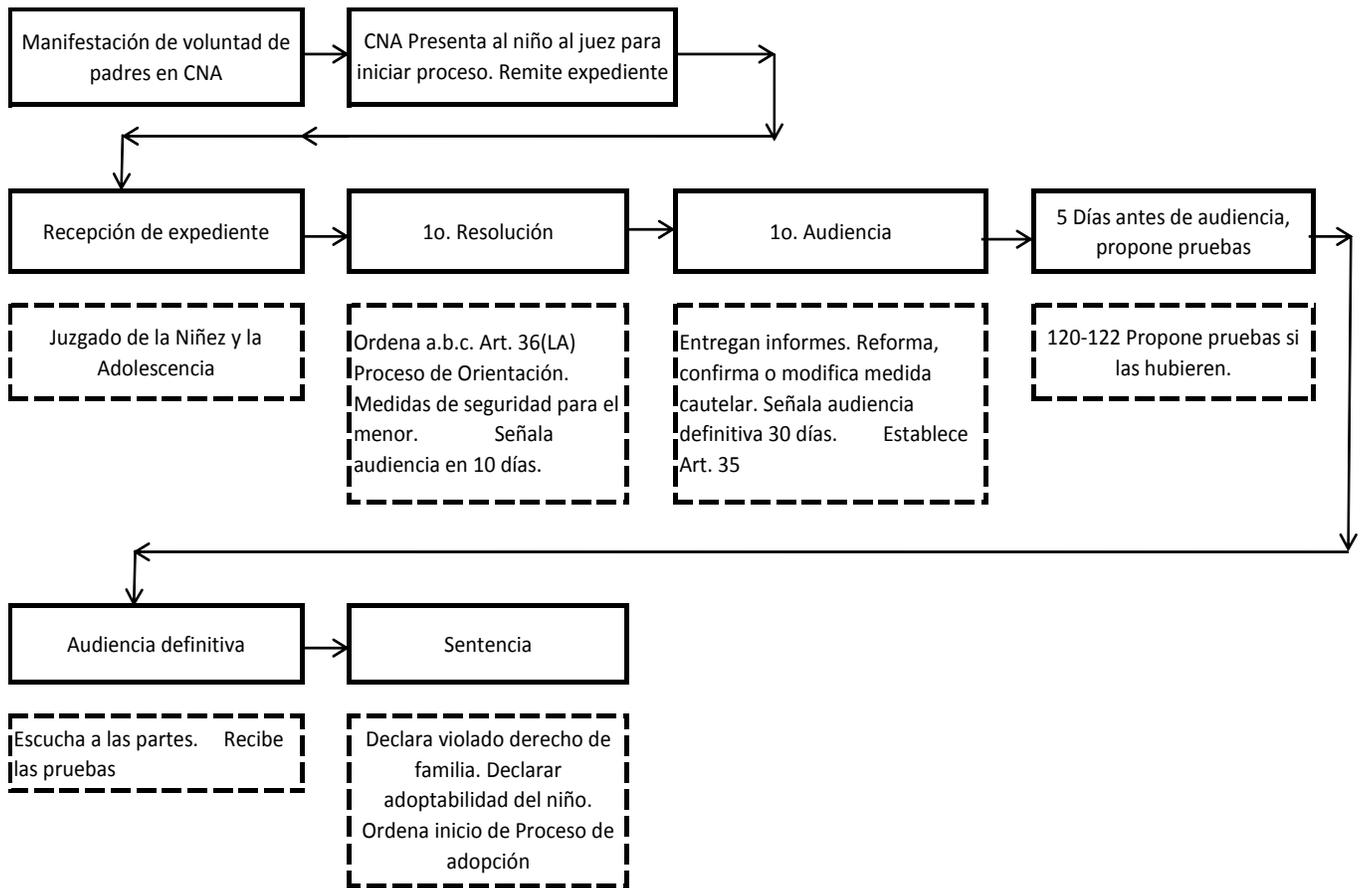
Una vez autorizada la adopción, debe notificarse a la autoridad central, para tenerse la restitución material del derecho de familia del adoptado por medio del acto de apersonamiento de los adoptantes y él o la adoptada. Con base al Artículo 54 de la Ley de Adopciones.

- Certificado de adopción y reconocimiento estatal.

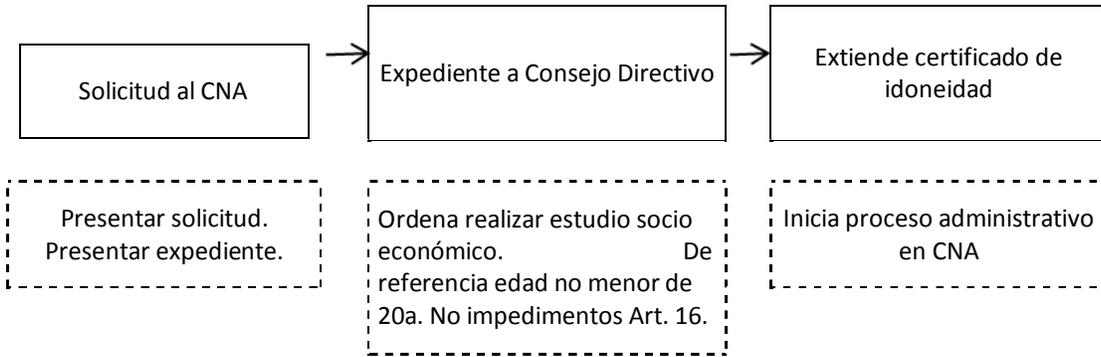
La autoridad central, luego de concluida la etapa administrativa y judicial con éxito y estando firme la resolución declarando con lugar la adopción, ha de emitir un certificado de adopción, indicando y probando, que dicho procedimiento ha sido realizado con éxito y de acuerdo a los preceptos legales en la materia, desde la perspectiva nacional y con observancia del derecho internacional aplicable en la materia, dicha certificación debe dictarse en un plazo no mayor de ocho días de notificada la resolución judicial.

En virtud de dicha certificación emitida por el Consejo Nacional de Adopciones como autoridad central, el Estado de Guatemala reconocerá la adopción, en cuanto a su realización de acuerdo a normas de derecho y como Estado miembro del Convenio de La Haya.

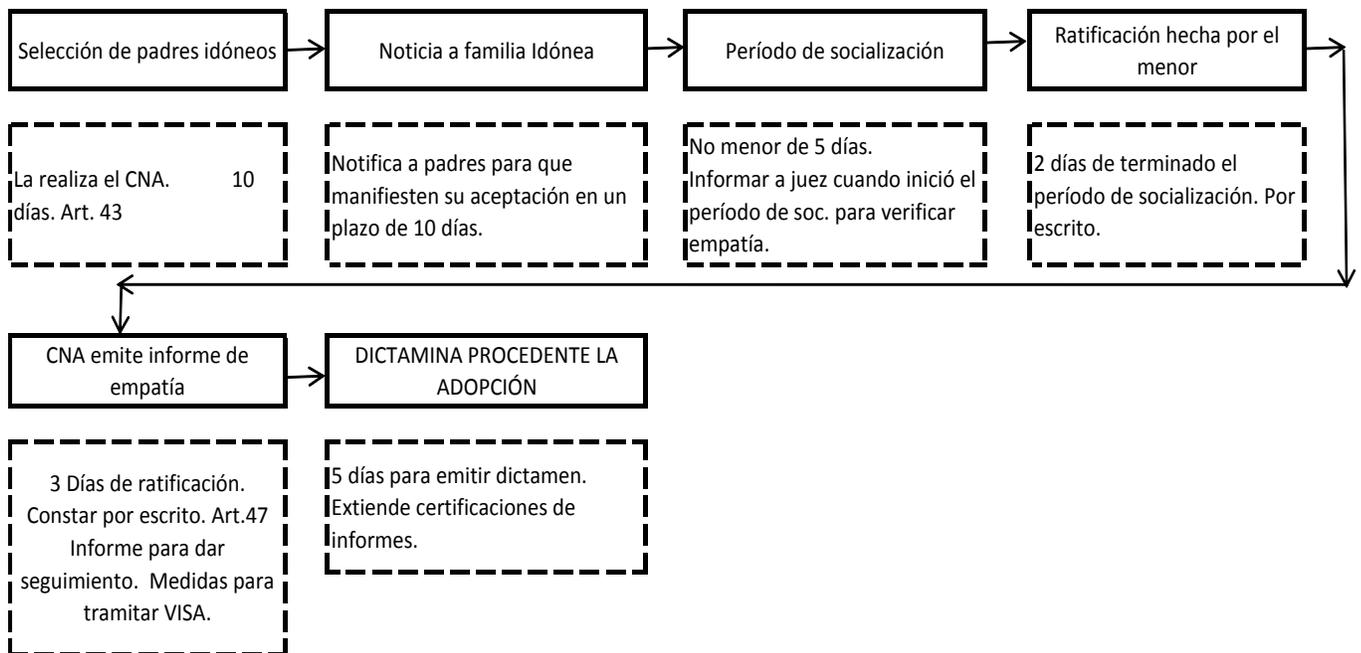
a) Fase para el menor.



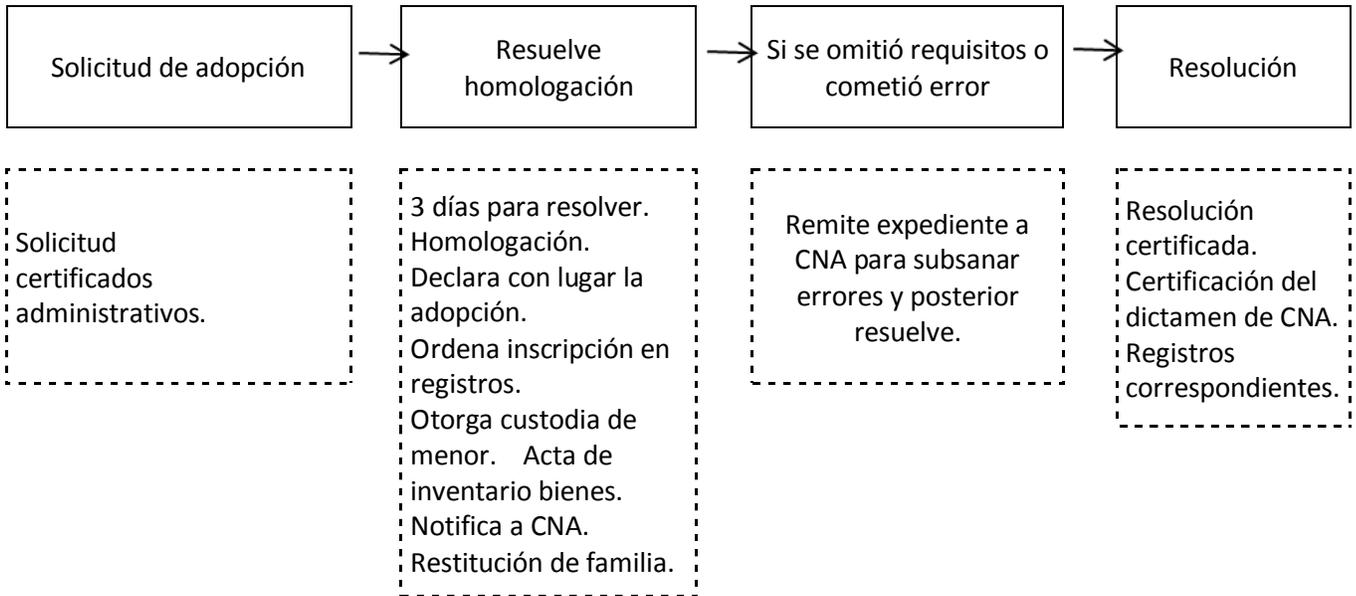
b) Fase para padres.



c) Fase administrativa.



d) Fase Judicial



CAPÍTULO III

3. Aplicación del principio del interés superior del niño en las adopciones internacionales.

Se puede decir que la Convención de la Haya es una convención de derechos humanos, aplicados al campo de la adopción. Es un instrumento de aplicación concreta de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Uno de los principios a subrayar es que la adopción no es un asunto individual: es una medida social y legal de protección a la infancia.

Es así como los procedimientos que llevan a la adopción internacional son de la responsabilidad de los Estados involucrados. Deben garantizar que la adopción considerada responde realmente al interés superior del niño y respeta sus derechos fundamentales.

Los procedimientos que llevan a la adopción no se dejan bajo la responsabilidad de los padres biológicos del niño, ni de las personas que tienen su guarda/tutela, ni de los padres adoptivos, ni de intermediarios diversos tales como abogados, médicos, etc. Se confían a organismos reconocidos como siendo competentes en materia de protección del niño en la adopción, oficialmente acreditados para esta tarea y supervisados por autoridades competentes del Estado. Estos organismos actúan en delegación del Estado, o sea en delegación de la sociedad, para proteger al niño.

La adopción internacional (y nacional en cierta medida) es un campo donde no es siempre evidente juzgar cuál es interés superior del niño, donde se pueden oponer opiniones. Es entonces siempre necesario a la vez reflexionar sobre el interés del niño y tener como referencia el respeto de sus derechos fundamentales.

3.1 ¿Qué es el interés superior del niño?

El principio del interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de

derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el Artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño; niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

Zermatten propone que el principio significa que el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar, si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño, de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, la cual fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924.

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de

principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de interés superior del niño.

Aquí enumeramos los “acontecimientos históricos del siglo XX que ilustran este interés:

1903: El primer oso de peluche, Teddy Bear

1907: Principio del escutismo (Baden Powell)

1912: Bebé Cadum hace su entrada en la publicidad

1921: Primera vacunación de un niño en Francia (tuberculosis)

1937: Blanca Nieves: 1er largo metraje para los niños

1959: 1eros pañales: revolución en la higiene y comodidad de los niños

1978: 1er nacimiento "medical o in vitro" (Louise Brown)

1979: El parlamento de los niños (Schiltigen)”¹⁴

Esta evolución de los acontecimientos se traduce también en una evolución del derecho y en el desarrollo durante este mismo siglo XX de nuevos instrumentos jurídicos:

1924: La declaración llamada de Ginebra

1948: Declaración de los Derechos del Hombre

1959: Declaración de los Derechos del Niño

1989: La Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño.

“Hasta entonces, en las codificaciones modernas, digamos desde el final del siglo XIX, los textos jurídicos relativos a los niños eran sobretodo textos con miras de protección: se les ha protegido primeramente contra el trabajo y no es, sino recientemente que se ha pensado en proteger contra otras formas de abuso o que se les ha dado el estatuto de

¹⁴ Turner, Johanna. **Journal La Croix**, págs. 67-96.

víctima. Para llegar a hablar de una noción como es el bien del niño, ha sido necesario esperar la revisión del derecho de la filiación al principio de los años setenta”,¹⁵ para ver introducido, relativamente a la adopción, la necesidad de que el establecimiento del vínculo de filiación sirva al bien del niño, mientras que hasta entonces era suficiente que se asegurara de que la adopción no era perjudicial para él.

El matiz es de talla: de una definición negativa: no hacer daño al niño, se ha llegado a una prescripción positiva: asegurarse del bien del niño.

Se puede decir pues, que la evolución de la ley ha seguido la evolución de las costumbres y se ha adaptado al concepto del niño nuevo, tal como está definido por la Convención y como está reconocido a nivel universal.

La Organización Mundial de la Salud, presentó la siguiente información:

- Para el año 2002, alrededor de 53 mil niños y niñas murieron en todo el mundo como consecuencia de homicidios.
- Entre el 80 y el 98% de los niños y niñas del mundo sufren castigos corporales muy graves aplicados con utensilios.
- Según la Organización Internacional del Trabajo, en el año 2004, 218 millones de niños trabajaban y 126 millones realizaban trabajos peligrosos.

“Cada año entre 133 y 275 millones de niñas y niños en todo el mundo son testigos de violencia doméstica con sus serias consecuencias y 8 millones de niños, a nivel mundial, viven en centros de acogida. En cierta medida estas cifras demuestran el mundo eufemístico e hipócrita en el que vivimos, ya que todas estas graves vulneraciones a los derechos humanos de los niños y niñas, consagrados en los estándares internacionales de derechos humanos, ocurren, a pesar de que la casi totalidad de la comunidad internacional, esto es, 193 Estados, han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño”.¹⁶

¹⁵ Loi Lenin R. **Révisant le droit de la filiation**, pág.25.

¹⁶ Pinheiro, Paulo Sérgio. **Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas**, págs. 47 y 55.

Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de derecho internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de *best interests of the child* o *the welfare of the child*, en el mundo hispano se habla del principio del interés superior del niño y en el modelo Francés se refiere a *l'intérêt supérieur de l'enfant*.

En la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño, existen algunos Artículos fundamentales que fijan los principios ineludibles, primordiales y que rigen la aplicación de toda la Convención. Se indica generalmente que los Artículos 1 al 5 son Artículos *umbrella*, es decir que cubren todas las demás disposiciones.

3.2 ¿Quiénes son los encargados de aplicar el principio?

Doctrinariamente, la situación irregular del niño, la negación de sus derechos y de su condición de ser humano, para gozar de garantías y protección estatal con derechos fundamentales, fue sustituida por el advenimiento de la convención, con la doctrina de protección integral, la cual establece criterios para la realidad del niño y como finalidad, su interés primordial, claro siempre sobre la base de principios y garantías, es allí cuando la adopción adopta cambios estructurales, desde ese advenimiento de la doctrina de protección y la vigencia de la convención de los derechos del niño, aunado a ello la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, entonces la adopción deja de ser la institución típica que provenía del derecho romano y se convierte en una institución de restitución del derecho de familia, la cual pasa de la esfera del derecho privado a la esfera del derecho público.

Es allí en donde surge el conflicto que a nivel teórico genera la inmersión pública de la adopción, con base al conservadurismo jurídico, el cual hasta entonces mantuvo a la adopción como institución familiar dentro del derecho privado. Sin embargo, debemos observar el hecho que el Estado, el cual por ley, no cumplía con su deber de proteger la vida, seguridad, paz, y el desarrollo integral, así como garantizarle a sus ciudadanos el goce y disfrute de sus derechos, dentro de los cuales está el derecho a tener y pertenecer a una familia estable y en su caso a poderse restituir dicho derecho, por lo tanto es el Estado quien debe establecer las provisiones y mecanismos encaminados a perfeccionar

la institución de la adopción. Los procedimientos que llevan a la aplicación del principio superior del niño dentro de la adopción internacional son de la responsabilidad de los Estados involucrados.

Deben garantizar que la adopción considerada responde realmente al interés superior del niño y respeta sus derechos fundamentales.

3.3 Los convenios que regulan el interés superior del niño

La Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985, como la mayoría de constituciones latinoamericanas, faculta para aprobar tratados, convenios o cualquier arreglo internacional al Congreso de la República (Artículo 171, inciso I) con mayoría simple (mitad más uno) del total de diputados, siempre y cuando:

- a) Afecten leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos;
- b) Afecten el dominio de la nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito sudamericano;
- c) Obliguen financieramente el Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del presupuesto de ingresos ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado;
- d) Constituyan compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales;
- e) Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional.

Adicionalmente, el Artículo 172 señala que para aprobar antes de su ratificación tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, es necesario que:

- a) Se refieran al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional o al establecimiento temporal de las bases militares extranjeras; y

b) Afecten o puedan afectar la seguridad del Estado o pongan fin a un estado de guerra.

La preocupación por establecer principios generales dirigidos a proteger a los menores en los casos de adopciones internacionales no es reciente en nuestro continente. El Congreso Panamericano del Niño se reunió en varias ocasiones y en 1979, la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares tuvo lugar en Montevideo.

Desde tiempos remotos, que no se precisa la fecha, se ha venido haciendo declaraciones a favor de los niños, declaraciones nacionales, internacionales; se describen tres:

DECLARACIÓN DE GINEBRA

La primera declaración sistemática fue compuesta por la pedagoga suiza Englontine Jebb, el 28 de septiembre de 1924, la asamblea de las Naciones Unidas, la denominó Declaración de Ginebra, la cual fue una respuesta de esperanza frente al holocausto que significó la primera guerra mundial, era una esperanza de paz.

Cuando estalló la segunda guerra mundial en 1939 las declaraciones se convirtieron en un simple papel sin valor.

La Declaración de Ginebra consta de 5 puntos. Ellos son los siguientes:

- I. El niño debe ser colocado en condiciones de desarrollarse de una manera normal, física y espiritualmente.
- II. El niño hambriento debe ser alimentado, el enfermo debe ser asistido, el retrasado debe ser estimulado, el extraviado debe ser conducido, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- III. El niño debe recibir el apoyo en época de calamidad.
- IV. El niño debe ser dotado de medios con que ganarse la vida; debe ser protegido contra la explotación.
- V. El niño debe ser educado y sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.

DECLARACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

El 1 de diciembre de 1948 fue proclamada por las Naciones Unidas, denominándola Declaración de los Derechos del Hombre, siendo cambiado el Título el 05 de febrero de 1952, la Declaración de los Derechos Humanos consta de un preámbulo y 30 Artículos.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Su texto es el siguiente el cual contiene 10 principios:

Principio I

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños, sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, nacionalidad o posición social, posesión económica, nacimiento de otros motivos de él o de su familia.

Principio II

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual, socialmente en forma saludable y normal en condiciones de libertad y dignidad.

Al promulgar la ley con este fin, la consideración fundamental será el interés superior del niño.

Principio III

El niño tiene el derecho desde su nacimiento a su nombre y a una nacionalidad.

Principio IV

El niño debe gozar de beneficios de la seguridad social, tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, la madre y él recibirán cuidados especiales, incluso prenatal

y postnatal.

Principio V

El niño físico o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social, debe recibir tratamiento, la educación y el cuidado especial, que requiere.

Principio VI

El niño para el pleno, armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión.

Principio VII

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita, obligatoria por lo menos en etapas elementales. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones para lograr el fin perseguido.

Principio VIII

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio IX

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono crueldad y explotación. No se le permitirá al niño trabajar antes de una edad adecuada.

Principio X

El niño debe ser protegido contra las prácticas que pueden fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole, debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos paz y fraternidad universal, así como con aptitudes al servicio de sus semejantes.

3.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño/a de las Naciones Unidas. El 20 de noviembre de 1989 se aprobó en el seno de las Naciones Unidas, la Convención

Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Guatemala mediante el Decreto Legislativo 27-90, el 10 de mayo de 1990. La convención es un instrumento de derechos humanos, de carácter vinculante que la convierte en obligatoria para los Estados partes.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la convención es que es integral, es decir, en ella no se separan los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo cuatro grupos de derechos: sobrevivencia, protección, desarrollo y participación.

Dentro del grupo de derechos de protección se encuentra el derecho de los niños privados de su medio familiar a recibir protección especial y asegurar que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado teniendo en cuenta el origen cultural del niño. De ahí que el Artículo 20 establece:

1. Los niños temporal o permanentemente privados de sus medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en este medio, tendrán derecho a la protección especial del Estado.
2. Los niños asegurarán, de conformidad con sus leyes nacionales otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre sus cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en otra familia, la Kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

El Artículo 21 encontramos la referencia expresa de la adopción en la convención y en éste se establece que en los Estados que reconocen y/o permiten la adopción se cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción es admisible, así como las autorizaciones de las autoridades competentes.

Para adecuar la normativa nacional a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño/a, el Congreso de la República aprobó la Ley de Protección de la Niñez y Juventud, el 4 de junio del 2003.

3.3.2 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño/a Relativo a la Venta de Niños/as, la Prostitución infantil y la Utilización de Niños/as en la Pornografía, ratificado por Guatemala en el 2001.

Entre otras, este protocolo establece la obligatoriedad para los Estados de adecuar su legislación de manera que sancionen las conductas que se pretenden cambiar, así como las medidas necesarias para ayudar a las víctimas de explotación sexual comercial a superar los daños psico-sociales recibidos.

3.3.3 Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y la cooperación internacional en materia de adopción internacional.

La Convención de 1993 (abreviada CLH-1993): ratificada por sesenta y tres Estados. Varias organizaciones no gubernamentales.

Generalmente llamado la Convención de La Haya de 1993 es un instrumento de implementación concreta de la Convención sobre los Derechos del Niño en el campo de la adopción internacional.

Es la primera convención de aplicación mundial en materia de adopción internacional que tiene valor ejecutivo para los Estados que lo ratifican.

Los objetivos principales del convenio son:

- Establecer salvaguardas para asegurarse de que las adopciones entre países ocurran en los mejores intereses del niño y con el respeto por los derechos fundamentales de él o ella según lo reconocido en Derecho Internacional.
- Establecer un sistema de cooperación entre los estados contratantes para asegurar que los salvaguardas sean respetados, y al mismo tiempo prevenir el rapto, la venta o el tráfico de niños.

- Asegurar el reconocimiento entre Estados Contratantes de adopciones hechas acorde con la convención.

Desde octubre de 2008, esta convención ha sido ratificada por 76 países. Irlanda y La Federación Rusa son signatarios, pero no han ratificado. Un número ya importante de estados han ratificado o se han adherido a la Convención de la Haya de 1993. El servicio social internacional (abreviado SSI) considera que esta Convención es un paso adelante importante hacia un mejor respeto de los derechos del niño cuando se considera la adopción.

3.4 ¿Cuándo procede el otorgamiento de adopciones internacionales?

La adopción internacional procede cuando no ha sido posible efectivizarla en el país de origen del menor, con consentimiento libre de la institución o del familiar biológico a cuyo cargo estuviera. En caso de ser un niño con suficiente madurez también él manifestará su conformidad, ya que se entiende por niño a todo menor de 18 años.

Las autoridades centrales deben velar por el cumplimiento del convenio y los organismos acreditados entregar la documentación e informes pertinentes.

Hay países que tiene legalizado dar niños para la adopción internacional como China, Corea, Rusia, India, Etiopía, Vietnam, Chile, Guatemala, Colombia, Paraguay y Haití. Rumania sólo permite que se adopten niños por personas de otros países si son familiares directos del menor.

El CNA decidió reabrir la adopción de niños por parte de extranjeros para el mes de junio de 2010, ya que de 608 niños en espera de ser adoptados, 214 tienen alguna discapacidad intelectual, enfermedades crónicas o más de 7 años, razones por las cuales suele ser difícil ubicarlos en hogares adoptivos guatemaltecos.

El CNA comenzó en noviembre de 2009 un proceso de selección de organizaciones de adopción, como denomina a las agencias que se dedican a gestionar las adopciones entre particulares y Estados.

3.5 Importancia de la aprobación de la Convención de La Haya de 1993.

Los condicionamientos sociales y jurídicos, los cuales envuelven al fenómeno de la adopción internacional, llevaron a la décimo sexta sesión de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado a considerar la necesidad de elaborar un convenio sobre la adopción internacional.

La Convención de 1993 (abreviada CLH-1993): “ratificada por sesenta y tres Estados. Varias organizaciones no gubernamentales. Generalmente llamada la Convención de la Haya de 1993, es un instrumento de implementación concreta de la Convención sobre los Derechos del Niño en el campo de la adopción internacional. Es la primera convención de aplicación mundial en materia de adopción internacional que tiene valor ejecutorio para los estados que lo ratifican. Un número ya importante de estados han ratificado o han adherido a la Convención de la Haya de 1993.”¹⁷

La nueva consideración de la adopción como institución orientada a la protección del menor en aras de su principal interés, ha aumentado las exigencias relativas a la idoneidad de los adoptantes. En efecto, además de cumplir los requisitos de capacidad exigidos por las leyes, se requieren exigentes exámenes psicológicos y sociológicos encaminados a buscar los mejores padres para un menor necesitado de una familia. De este modo se procura conseguir el éxito de la adopción, entendiendo por tal la plena y total integración del menor en el círculo familiar y social donde deberá convivir los años siguientes a la adopción.

El procedimiento de marcado carácter judicialista propio de la concepción tradicional de la adopción, sufre importantes modificaciones hasta llegar a ser considerado como un proceso en el cual se puede y se debe intervenir, a la luz de la norma constitucional tomando las consideraciones finales sobre el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1993, el cual es ambicioso en la amplitud de su aplicación material, pues es susceptible de ser aplicado a cualquier adopción transnacional, siendo irrelevante, a estos

¹⁷ **XXXIII Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional**, <http://sip.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv17670.htm> (10 de julio de 2010)

efectos, el contenido de la institución adoptiva salvo la exigencia de creación de un vínculo de filiación, los sujetos susceptibles de ser adoptantes y adoptados, el procedimiento previsto para su constitución e incluso, la intervención de autoridades públicas en todo el proceso y en la etapa post adoptiva o de fiscalización posterior.

Sin embargo, la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 no conlleva, en ningún caso, la constitución de una adopción que no se adapte al modelo de adopción imperante en los dos estados más relacionados con el supuesto Estado de origen y Estado de recepción.

La ratificación del Convenio de La Haya de 1993, no implica para los Estados partes, la unificación de sus normas materiales ni de derecho internacional privado sobre la adopción, en todo caso, cada Estado mantiene sus propias concepciones. Esta amplitud sin compromiso es una de las causas favorables para su ratificación o adhesión por parte de más de cincuenta estados en tan sólo ocho años, desde 1993 al 2000.

El Convenio de La Haya contiene diversas materias, pero en este caso específicamente:

- Regulando lo referente a la materia de protección del niño y,
- Cooperación en adopciones internacionales.

Fue hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993, y éste para su aplicación y efectividad se divide en dos áreas; éstas a su vez en tres etapas, las áreas en que se dividen son:

- La protección integral de los menores sujetos a adopciones y,
- La cooperación entre Estados.

Partiendo de esas dos áreas, ubica los momentos de pre adopción, adopción en sí y post adopción.

CAPÍTULO IV

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

Dicho Decreto emana como un marco jurídico sustentable para dar cumplimiento al Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación entre estados en materia de adopciones internacionales, la cual entró en vigencia con fecha treinta y uno de diciembre del año dos mil siete, modificando la estructura legal que enmarca los procesos de adopción nacionales e internacionales, así como el papel del Estado, como ente de protección integral a los niños y niñas en Guatemala con observancia en lo que establece el Artículo 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Su objetivo es regular la adopción como institución de interés nacional, la forma y el procedimiento a seguir judicialmente como administración estatal encargada de proteger y fiscalizar el interés primordial del niño.

Indica la ley promulgada, que con el objetivo de crear un ordenamiento jurídico que de primacía al interés superior del niño frente a cualquier otro, que sea acorde a los principios contenidos en la doctrina de protección integral de la niñez, para que exista un procedimiento ágil y eficiente, el pleno del Congreso de la República, aprobó el Decreto 77-2007, Ley de Adopciones.

La Ley de Adopciones 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, dicho ente será la autoridad central de conformidad con el Convenio de La Haya.

El Consejo Directivo es el órgano responsable de desarrollar las políticas, procedimientos, estándares y líneas directivas para el procedimiento de adopción. El Consejo Directivo estará integrado en la forma siguiente:

- Un representante designado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia.
- Un representante designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Un representante de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.

El Consejo Nacional, suple las funciones que realizaba la Procuraduría General de la Nación en los procesos de adopción, cada miembro tendrá una duración en sus puestos por cuatro años, sin posibilidades de reelección.

Según el Acuerdo Gubernativo 182-2010, tendrá su sede en las instalaciones centrales del Consejo Nacional de Adopciones. El período de sesiones se inicia el día dos del mes de enero y finaliza el día treinta y uno de diciembre del mismo año.

El Consejo Directivo podrá celebrar como máximo dos sesiones ordinarias por semana y, extraordinarias, las veces que sea necesario, previa convocatoria por parte de cualquier miembro del Consejo Directivo. Las sesiones constarán en acta y serán firmadas por los directivos presentes y la Secretaria General hará las veces de Secretaria del Consejo Directivo.

4.1 Funciones del Consejo Directivo

Su función fundamental es el desarrollo de políticas, procedimientos, estándares y líneas directivas para el procedimiento de adopción, además de las siguientes:

- a) Aprobar la distribución del presupuesto de ingresos y egresos asignado para cada ejercicio fiscal y su ejecución, el plan operativo anual, la memoria anual de labores, los estados financieros y las modificaciones presupuestarias establecidas en las normas de ejecución presupuestaria del Consejo Nacional de Adopciones;
- b) Aprobar los procesos de contratación y adquisición de bienes, servicios y suministros, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento;
- c) Aprobar los convenios de cooperación nacional e internacional, para los programas y actividades que realiza el consejo;
- d) Aprobar la creación o modificación de disposiciones internas, en materia de adopción,

conforme a las leyes aplicables;

- e) Aprobar la política salarial del Consejo Nacional de Adopciones y definir los puestos de servicio exento;
- f) Aprobar la creación, fusión y/o supresión de unidades administrativas y/o puestos, de acuerdo a las necesidades institucionales;
- g) Aprobar la creación e implementación de sedes regionales; y,
- h) Otras que sean inherentes al Consejo Directivo.

A lo anterior agrega que, el CNA es responsable del reclutamiento de posibles padres adoptivos en Guatemala. Dicha autoridad central debe realizar los estudios a los hogares de los posibles padres adoptivos y mantener una lista de quienes puedan ser elegibles e idóneos para adoptar.

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

En materia de orientación a la familia biológica, en procesos de adopción nacional e internacional y búsqueda de orígenes, el equipo multidisciplinario tendrá a cargo las siguientes funciones:

Respecto a la familia biológica:

1. Orientación a padres biológicos.
2. Recepción del consentimiento de dar su hijo en adopción.
3. Realización de acciones orientadas a la preservación familiar.
4. Promover el inicio del proceso judicial de protección a favor del menor, en caso fuera necesario.

Respecto del menor:

1. Su evaluación en los ámbitos sociales, psicológicos, médicos y legales.
2. Preparación del niño para la adopción y promoción de su proceso de reparación psicoterapéutica.
3. Selección de la familia idónea. En el caso de las adopciones internacionales, deberá hacerse en coordinación con la autoridad central del país de recepción y/o el organismo extranjero acreditado debidamente autorizado para el efecto.
4. Presentación de los documentos del niño a la familia asignada.
5. Acompañamiento en el primer encuentro niño - familia asignada.
6. Recepción de la aceptación expresa de la familia asignada.
7. Aviso al Juez de la Niñez competente y al hogar o familia sustituta del inicio del período de convivencia y socialización.
8. Supervisión psicosocial del período de convivencia y socialización.
9. Informar al menor respecto a su proceso de adopción.
10. Emitir opinión respecto a la empatía del niño con la familia y expedir el certificado de empatía.
11. Emitir opinión orientada a la resolución final del proceso administrativo.
12. Evacuación de las audiencias.
13. Elaboración de la solicitud de homologación de la adopción al Juez de Familia competente.
14. Seguimiento de la inscripción de la adopción en el Registro Nacional de las Personas.

Respecto a la familia adoptiva:

1. Acciones de reclutamiento de familias interesadas.
2. Recepción y análisis de solicitudes de adopción.
3. Evaluación psicológica, social y legal de los solicitantes.
4. Emitir opinión para orientar la expedición del certificado de idoneidad.

Respecto al seguimiento post adoptivo y la búsqueda de orígenes:

1. Supervisar la adecuada integración del menor con su familia adoptiva.

2. Promover actividades de orientación y apoyo a la familia adoptiva.
3. Promover el seguimiento de la integración del menor a su familia con las autoridades correspondientes.
4. Formación de un registro histórico familiar, social, legal, médico y psicológico de los niños adoptables.
5. Recepción y trámite de las solicitudes de personas adoptadas.
6. Recepción de solicitudes de familias biológicas sobre sus hijos dados en adopción, con el único objetivo de registrarlas y utilizarlas cuando el adoptado requiera información.
7. Asesoría y acompañamiento al adoptado, familia biológica y/o adoptiva, para los encuentros familiares.

Las entidades privadas dedicadas al abrigo de niños serán autorizadas y registradas por la autoridad central.

Otro de los aspectos de dicho Decreto, es que luego de haber sido declarada la adaptabilidad por el Juez de la Niñez y Adolescencia, la autoridad central, realizará la selección de una familia idónea para el niño en un plazo de 10 días contados a partir de la solicitud de adopción, debiéndose dar prioridad a su ubicación en una familia a nivel nacional.

En caso se determine 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, entre otros aspectos.

4.2 Derechos y garantías que establece la Ley de Adopciones

El Estado reconoce y garantiza en dicha ley, derechos y garantías inherentes que no excluyen otros que no figuren en ella expresamente; en primer lugar los derechos humanos, derechos constitucionales y derechos específicos. Como son el derecho a la vida, a la familia estable, un nombre identidad, una nacionalidad, salud, integridad, seguridad física, emocional y económica; a la educación, a conocer su origen e identidad cultural, ser protegido y tutelado en el seno familiar, en condiciones de igualdad y a no ser discriminado.

4.3 Ventajas y desventajas de la Ley de Adopciones

Ventajas:

- Gratuidad.
- Es el Juez quien dicta el auto de adopción.
- La autoridad administrativa y judicial que interviene actúa según nuestro derecho, sobre todo velando por el interés del menor y en beneficio de los administrados.
- El seguimiento post adopción, favorece la continuidad de aplicación del interés superior del menor en estos procesos.

Desventajas:

- Actualmente, el tiempo de espera es bastante largo: alrededor de 2 años.
- La edad de los menores susceptibles de adopción suele ser elevada.
- La mayoría de los menores susceptibles de adopción internacional se encuentra en situación de riesgo o con necesidades especiales.
- Lentitud del proceso legal.
- Existen bastantes solicitantes de adopción y una sola autoridad que resuelve los expedientes.

4.3.1 Postura a favor de la nueva Ley de Adopciones

Muchos afirman que al aprobarse la Ley de Adopciones, Guatemala ha dado un gran paso de acuerdo a los compromisos adquiridos internacionalmente, dentro del marco de la Haya y de la Constitución Política de la República, en relación a la protección integral de los niños, ya que Guatemala era uno de los países que más niños daba en adopción al exterior, fenómeno que no se suscita en los demás países latinoamericanos con similares características de pobreza y subdesarrollo.

Más de dos mil niños que se encuentran en condiciones de abandono, o sea en condiciones de adoptabilidad en hogares y centros de cuidado infantil por parte de la Secretaría de Bienestar Social, no han sido tomados en cuenta para las adopciones,

siendo destinados a permanecer en hogares hasta la mayoría de edad, lo cual refuta la teoría o postura de quienes sustentan que por motivo de dicha ley, no van a tramitarse más adopciones y aumentará el abandono infantil, y otro argumento en contra de tal postura es que anteriormente se tenían niños por encargo, para parejas que pagaban por bebés guatemaltecos, ahora los niños quienes sí están en condiciones de abandono, rara vez si es que nunca, hubiesen podido tener acceso a tener una familia por adopción, el cual se encontraba monopolizada por el comercio infantil. Por lo tanto la nueva Ley de Adopciones se destina a quienes si deben ser sujetos de adopción, devolviéndole el espíritu bondadoso y real a la adopción como mecanismo de restitución familiar, no de venta o tráfico de niños.

Según el ex Procurador General de la Nación, Mario Gordillo, la postura en el año de aprobación de la ley era, que en virtud de ella, se reduciría en el país las solicitudes de adopción, habría mejores y mayores controles estatales y eso no permitirá el tráfico infantil, así como de reducirse el robo y venta de niños.

4.3.2 Postura en desacuerdo con la Ley de Adopciones

Entre éstas, algunos afirman que “la Constitución al reconocer y proteger la adopción, da paso a tramitarse más y libremente mejor, como las demás instituciones de derecho de familia y por tanto del derecho privado, afirmando también que la seguridad jurídica que nace de las adopciones autorizadas ante un notario era suficiente en cuanto a que en los demás países que adoptaban en Guatemala se exigía el examen de ADN¹⁸, aunado a ello la entrega y consentimiento expreso de la madre, ante notario daba la suficiente certeza y seguridad jurídica como para dudar de la legalidad de dichas adopciones.

La nueva Ley sustituye la voluntad de los padres biológicos al elegir a los adoptantes, y en cuanto a los beneficios económicos a las madres biológicas, éstos eran compensatorios y además quien vende o cobra por un hijo no lo merece, y por ello justificaba más aún que el menor no debía estar con las madres biológicas.

¹⁸ Bermejo, Luz Marie. **Secuencia genética del ser humano**, pág. 47.

Sin necesidad de la ley nueva, ya existía intervención y control estatal, con la participación de la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Embajada de Estados Unidos; el Registro Civil, trabajadoras sociales de los tribunales de justicia; y con dicho argumento sustentan que no es necesario el intervencionismo estatal en una figura cuya naturaleza es de derecho privado.

Desde la perspectiva de los notarios de adopción y algunos padres adoptivos, las estadísticas que en los últimos 10 años, la tasa de adopción internacional guatemalteca aumentó dramáticamente, no reflejan un aumento de demanda para adopciones en países desarrollados, sino una disminución en las oportunidades de adopción internacional en otros países, por la implementación del Convenio de La Haya, antes que el inicio en Guatemala. Estos críticos señalan que el fin del convenio es eliminar las adopciones internacionales.

Para los opositores de las nuevas regulaciones, la combinación de bajas de tasas de natalidad en estos países, y altas tasas de natalidad en Guatemala han creado una situación donde ambos lados ganan, mientras, los niños no deseados por sus familias biológicas reciben una oportunidad de vida diferente.

Algunos abogados que trabajaban en este campo, consideran que las adopciones internacionales eran una forma de abordar los problemas de la pobreza en Guatemala. Para nosotros, la adopción no es un negocio, es una misión dijo una abogada.

4.4 Reglamento de la Ley de Adopciones

Aunque la Ley de Adopciones entró en vigor en diciembre del 2007 y ésta daba 60 días para emitir su propio reglamento, fue hasta el día 12 de julio de 2010, que en el Diario Oficial, bajo Acuerdo Gubernativo 182-2010, el Consejo Nacional de Adopciones -CNA- y sus dependencias dieron a conocer la aprobación del Reglamento de la Ley de Adopciones.

Desde enero del 2008, cuando empezó a funcionar el Consejo Nacional de Adopciones (CNA), hasta diciembre de 2010 han sido tramitadas 339 adopciones con el nuevo

proceso. Sin embargo, estas fueron sin un procedimiento preestablecido, por la falta de un reglamento.

El objetivo del reglamento es desarrollar los procedimientos técnicos y administrativos de adopción establecidos en la Ley de Adopciones, así como también, regular el funcionamiento del Consejo Nacional de Adopciones y sus dependencias para el estricto cumplimiento de la Ley.

En relación a las adopciones internacionales, este reglamento se refiere a que procederán después de proponer el expediente del niño a dos familias residentes en Guatemala, de conformidad con lo establecido, y que éstas no hayan aceptado el expediente del niño.

También podrá ser propuesta la adopción internacional para aquellos niños con necesidades especiales, al verificar en el registro de solicitantes de una adopción nacional, que no se encuentran personas o familias dispuestas a adoptar niños con estas características.

El reglamento indica que se entenderá como niños con necesidades especiales los siguientes:

- a) Los que sufren de un desorden del comportamiento o trauma;
- b) Los que tienen alguna discapacidad física o mental;
- c) Los mayores de siete años; y,
- d) Los que son parte de grupos de hermanos.

Para que el menor pase a formar parte del Registro de Niños Adoptables Internacionalmente, el equipo multidisciplinario deberá informar inmediatamente a la Dirección General que se ha agotado la posibilidad de adopción nacional, para la emisión de la constancia correspondiente.

Previo a iniciar procedimientos de adopción internacional, el Consejo Nacional de Adopciones celebrará acuerdos bilaterales con las autoridades centrales de países

cooperantes, sobre los mecanismos de colaboración recíproca.

Existirá siempre un seguimiento post adopción internacional, el cual consistirá en lo siguiente:

- a) El Consejo Nacional de Adopciones mantendrá el seguimiento por un período de dos años, a partir del desplazamiento del niño;
- b) Encontrándose el niño en el Estado receptor, el Consejo Nacional de Adopciones requerirá información cuando lo considere oportuno a la autoridad central sobre la adaptación y desarrollo del niño adoptado, con respecto a su familia y entorno social;
- c) El Consejo Nacional de Adopciones solicitará a la autoridad central del país receptor, que realice por lo menos una visita al hogar de la familia adoptante y que envíe un informe semestral, hasta concluir el período de seguimiento; y
- d) La autoridad central del Estado receptor debe promover servicios de asesoramiento para el seguimiento de las adopciones y brindar el apoyo que la familia pida en caso de preguntas, dudas y/o dificultades.

4.5 Medidas de protección y fiscalización

El Estado ha de perseguir penalmente, los delitos que se realicen con ocasión de adopciones, tanto nacionales como internacionales y bajo el amparo de la legislación anterior como vigente en virtud de las adopciones que se tramitaron en la vía notarial, mientras no se había aprobado la nueva ley, para lo cual el Fiscal General de la República de Guatemala creó el instructivo general penal de ilícitos cometidos con ocasión del trámite de adopciones irregulares de observancia en todo el territorio de la República, y en virtud del cual se da seguimiento a los expedientes de adopción realizados con anterioridad a la Ley de Adopciones, realizados notarialmente.

Notificada a las fiscalías distritales, municipales, de sección y agencias específicas, con fecha 27 de septiembre del año 2006, al número 04.2006, el cual aún sigue rigiendo para la persecución penal de delitos en materia de adopciones, hasta la fecha.

Desarrollando principios como el de oficiosidad, legalidad, territorialidad y protección a los

niños sujetos de adopciones, en virtud de los cuales se daba cumplimiento a lo que establece el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de los niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía infantil.

En cuanto a la oficiosidad de la persecución, los fiscales deberán revisar los antecedentes de cada caso a fin de identificar las conductas que no se dan con apego a las leyes, que no sean producto de información fidedigna o que vulneren el interés superior del niño o sus derechos fundamentales. Dicho instructivo desarrolla conceptos tales como:

a) Venta de niños

Es todo acto por el cual una persona transfiere un niño a otra persona a cambio de un beneficio económico y con la finalidad de obtener una adopción irregular.

b) Adopción irregular

Un expediente de adopción es irregular, toda vez cuente con alguna o todas, de las situaciones siguientes:

- ❖ Cobro de beneficios económicos indebidos originados de tal proceso;
- ❖ Obtención ilícita del niño;
- ❖ Consentimiento viciado de la madre biológica, (ya sea por coacción, engaño, error o precio), además, si dicho consentimiento se haya obtenido sobre la base del asesoramiento previo;
- ❖ Suposición de parto, con el objeto de sustituir a una madre por otra, en este caso se dan los ilícitos penales de falsedad material o ideológica por parte del facultativo o la comadrona;
- ❖ Alteración de medios probatorios, respecto a exámenes de ADN;
- ❖ Falsificación de documentos, duplicados o alterados en relación al estado civil de alguno de los intervinientes;
- ❖ Falta de autorización en la entrega de un niño a otra persona en un proceso de adopción, sin orden judicial; autorización y entrega de tutela sin autorización judicial;

- ❖ Alteración en los documentos por parte de los traductores jurados;
- ❖ Colaboración o participación de trabajadoras sociales del organismo judicial o de la Secretaría de Bienestar Social o de la Procuraduría General de la Nación, mediante su intervención o encubrimiento;
- ❖ Agencias internacionales de adopciones que median para la obtención de niños por obtener lucros;
- ❖ Cualquier persona que de otra forma participe, facilite, induzca, financie, o colabore en trámites de adopción con fines de lucro.

c) Procedimientos o mecanismos por parte de la autoridad

Los fiscales del Ministerio Público han de investigar la operación de la red de crimen organizado que coadyuva en la sustentación de adopciones irregulares en el país:

- Averiguando la forma en la cual obtienen a los niños y los documentos,
- El grado de participación y los sujetos, de conformidad con las denuncias recibidas de oficio,
- Investigación de los notarios cuyos expedientes tengan anomalías en el trámite de adopción, a fin de determinar la comisión de algún delito,
- Tomar medidas cautelares de secuestro de expedientes de las adopciones que se traten de establecer como irregulares.

Han de establecerse los delitos cometidos por personas particulares y/o por organizaciones o redes criminales internacionales, y para ello el Ministerio Público solicitará la cooperación internacional, la cual ha de regirse por la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y por otras normas de carácter internacional que rigen la materia y de los cuales Guatemala sea parte integral.

Entre los delitos específicos que pudieren cometerse con ocasión de un proceso de adopción irregular, se encuentran:

- ❖ Trata de personas por promoción o por inducción;

- ❖ Delito continuado cuando se investiguen dos o más adopciones a una misma persona u organización criminal;
- ❖ Abuso de autoridad;
- ❖ Falsedad material e ideológica;
- ❖ Coacción, amenazas;
- ❖ Sustracción de menores, robo de niños, entre otros.

Cuando se reciban denuncias o se conozca de oficio, sobre una adopción irregular, la autoridad ha de establecer, primeramente, la identidad del niño o niña, obtener en la medida de lo posible las certificaciones, impresiones digitales y palmares de la madre biológica con base al Artículo 27 de la Ley de Protección Integral a la Niñez y a la Adolescencia, así como iniciar la persecución penal que el caso amerite.

4.6 Realidad nacional en materia de adopciones en Guatemala.

Con el cumplimiento del Convenio de La Haya, y como resultado del largo caminar de la adopción hasta hacerse viable su institucionalización y pasar de la legislación del derecho privado al derecho público, nacen conflictos de diversa naturaleza, en primer lugar, con naturaleza política y legal.

El Estado, en cumplimiento con la parte legal e institucional de aprobar la Ley de Adopciones, además, crear y sustentar materialmente a la autoridad central, la cual, como Consejo Nacional de Adopciones ha de desempeñar funciones de autoridad central; sin embargo, no podemos deslindarnos del interés primordial de todo esto, quien es la niñez guatemalteca.

La ley establece que el Estado ha de ser protector y garante de derechos a la niñez, en condiciones de abandono u orfandad, tutelando públicamente todo proceso de adopción, para restituir el derecho a una familia. La situación nacional real; sin embargo, nos aleja de ese paraíso que pregonan las leyes, pues los infantes con acceso a un proceso de adopción, no son todos los que están en condiciones de adoptabilidad, si bien, antes de la Ley de Adopciones, los niños a cargo de hogares y casas de la Secretaría de Bienestar Social no se tomaban en cuenta para darse en adopción, tampoco ahora el Estado tiene

medidas reales para sacar a los niños de la calle, niños trabajadores, quienes son explotados, abusados, maltratados, y no están siendo protegidos; ellos, aunado a los niños voluntariamente entregados por sus padres biológicos, son realmente los sujetos a quienes debe proteger el Estado y garantizar su resguardo.

La Ley de Adopciones es clara, niños que se den en adopción, niños en hogares de cuidado infantil estatales y privados con autorización estatal, pero y los niños que viven en las calles, o que tienen padres desnaturalizados y los utilizan como medio de sustento, ellos realmente no son sujetos con acceso a un proceso de adopción; por lo tanto, si el Estado, protege, garantiza y reconoce la adopción, ésta debe ser destinada materialmente a todos los niños en condiciones de abandono y desamparo.

No se puede decir que un niño maltratado, desnutrido, o que limpia parabrisas en las calles no es huérfano y no está abandonado por el solo hecho de tener padres, malos, pero padres, es allí donde debe participar y enfrentar este problema el Estado, quién está obligado legalmente a garantizar a los infantes el derecho a una familia sana, estable y amorosa, independientemente de ser destinado a un proceso de adopción, pero cuyas circunstancias familiares y sociales lo colocan en una situación de vulnerabilidad, desamparo y carencia de familia estable, por tanto, adoptable.

Mientras en teoría, la Convención de La Haya es un ideal excelente, en la actualidad su implementación impide muchas adopciones. Países como India y Guatemala, los cuales ambos tienen una plétora de tráfico infantil, prostitución, y una superabundancia de huérfanos, ahora están cerrados a las adopciones, debido a la Convención de La Haya.

El protocolo hace que los gobiernos trabajen increíblemente con lentitud, creando un proceso riguroso que pocos pasan, y en vez de ayudar a los niños a salir de orfanatos, esto los mantiene dentro de ellos, creciendo y creciendo hasta que pasan la edad de adopción y simplemente esperan hasta que ellos sean adultos legales.

El Convenio de La Haya es un convenio multilateral, que se centra en la cooperación de autoridades pero no contiene normas destinadas a solucionar los conflictos de jurisdicción, ni los conflictos de leyes, ni regula la constitución de la adopción internacional.

El convenio únicamente exige que la adopción se constituya como un bien en el Estado de origen, bien en el Estado de recepción, y el Estado que la constituya se someterá a sus propias normas jurídicas con inclusión de las que integran su sistema de derecho internacional privado.

Por tanto, las adopciones sujetas al convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades centrales de ambos Estados se encuentren de acuerdo en su constitución. La pregunta a realizar es cuándo pueden o no estar de acuerdo. Según la doctrina internacionalista hay acuerdo cuando se constata la inexistencia de obstáculos jurídicos o de oportunidad que impidan la continuación del proceso.

Según la organización *Hope Adoption*, la Convención de La Haya es un paso ejemplar en la dirección correcta por la mayor parte de los gobiernos, pero por otro lado, esto en realidad dificulta la mayor parte de adopciones a las familias que normalmente calificarían, causando que niños pierdan las oportunidades que les podría haber salvado y cambiado sus vidas.

En aras de la protección del interés superior del niño se debe abocar, no solamente a la institución estatal encargada de llevar a cabo el proceso de la adopción, sino también a la utilización de otros recursos humanos, dándoles mayor injerencia a los profesionales del derecho, dentro de este proceso.

Tres años y medio después del cierre de las adopciones de Guatemala, muchas de las familias que con amor tomaron la decisión de adoptar en Guatemala, continúan encontrando dificultades inimaginables para poder realizar este proceso. Si realmente se quiere proteger a los niños de Guatemala, si se fiscalizan los hogares adoptivos de niños nacionales, internacionalmente, en observancia de los principios de identidad cultural y nacional, protección y desarrollo en condiciones de igualdad, no debieran existir niños en condiciones de adoptabilidad fuera de los márgenes activos o positivos de la adopción, como alternativa subsidiaria para reintegrarlos a hogares.

Esta situación debe regularse primordialmente, no se puede hablar de cómo entregar un niño a una familia, si no se crean las condiciones para resguardar a estos niños o al

menos a todos, no a una minoría. Es conveniente crear leyes adjetivas en relación con derechos humanos y derecho internacional o legalizar la forma de cómo obtener medios para tutelar a la niñez en general y sin excepciones. Pues si con ambas aún no hay eficacia, habiendo cuerpos legales, hay carencias en cuanto a la legislación familiar, tutelar y de la cual devengan cambios significativos en la estructura social del país.

La legislación internacional antepone como principio fundamental el interés primordial de los niños, niñas y adolescentes. La Ley de Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia establece procesos de protección y resguardo de menores, así como de aquéllos que se encuentren en conflicto con la ley penal, la Ley de Adopciones regula la protección y fiscalización estatal a dichos procesos, entonces no debiera de existir un número tan grande de niños sin acceso a protección, salud, educación, alimentación, vivienda, familia, entre otros, o al menos no tantos. Por lo que se hace necesario que se tomen medidas reales y eficaces a corto plazo para cumplir con lo que, sin ir tan lejos, está enmarcado en la Carta Magna, tutelar y garantizar los derechos de los niños niñas y adolescentes, en condiciones de igualdad.

El *Joint Council on International Children's Services*, una organización de base profesional que proporciona foros de expertos de bienestar infantil para compartir e intercambiar información, ideas, y sus visiones de la adopción internacional y del bienestar infantil, se ha convertido en una organización fuerte, que sirve para promover los estándares más altos para los niños que viven fuera de la atención familiar. Es una voz líder para los funcionarios de gobierno, las delegaciones y embajadas extranjeras tanto en los Estados Unidos, como en el extranjero. “El *Joint Council on International Children's Services*, ha aumentado sus esfuerzos diplomáticos con el Gobierno de Guatemala. Al hacerlo, ha notado que se carece de una fuente de datos definitivos sobre los casos de espera y se les ha dicho que esta misma falta de datos es un obstáculo para los esfuerzos de la Embajada de Guatemala para ayudar a las familias en espera”.¹⁹

La necesidad del apoyo de otros países, es inminente, pero el proceso burocrático actual ha hecho que los menores y adolescentes pierdan la fe en ser adoptados; y apreciarían

¹⁹ **Procesos de adopciones internacionales.** www.jcics.org (20 de julio de 2010)

más estar en un hogar y ser apadrinados, que intentar integrarse a una familia.

Siendo preeminente el principio del interés superior del niño y su debida aplicación en las adopciones nacionales e internacionales, la realidad proyecta ineficacia y desidia en llevar a cabo los supuestos, que este principio establece por parte de la entidad estatal encargada, convirtiéndose en un obstáculo en cuanto a la celeridad procesal y lo engorroso del trámite.

Siendo los primeros meses de vida elementales para crear ese vínculo familiar de afinidad entre el adoptado y adoptante, esta etapa debe ser prioridad para unir al menor con su nueva familia y evitar que el proceso de adaptación deje graves secuelas emocionales en el menor y crearse la plena identidad en su nuevo núcleo familiar.

En conclusión, se puede inferir que, entre más breve es el lapso procesal más acorde se está en proteger el principio del interés superior del menor, sin olvidar el cúmulo de derechos que en virtud del mismo se estaría cobijando. El problema actual radica en que los procesos duran más de dos años en concluirse, además, que los procesos realizados por año son mínimos comparados con el número de menores huérfanos esperando a ser nombrados adoptables para iniciar ese proceso.

Al haber excluido completamente a los notarios en esta función, los procesos de adopciones actualmente se han convertido engorrosos, lentos e ineficientes por parte de la institución estatal y esto debido a la demanda que existe de niños abandonados.

4.7 La adopción internacional como medio para la protección de los derechos de los niños en situaciones post desastre.

La Ley de Adopciones, actualmente no contempla la situación de adopciones en situaciones post desastre y por lo tanto, Guatemala debe regirse por los tratados y convenios internacionales que tratan sobre este tema.

La adopción internacional siempre ha tenido defensores y detractores. Más allá de la polémica generada por sucesos, cabe recordar que la Convención Internacional de los

Derechos del Niño establece que todos los menores tienen derecho a conocer a sus padres y, en la medida de lo posible, a ser criados por éstos. De acuerdo con el enunciado del convenio, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), sostiene que las familias que necesiten apoyo para mantener a sus hijos deberían recibirlo y sólo tendrían que considerarse formas sustitutivas de cuidado de los niños, en caso de no tener familiares, o de que no estén dispuestos o no sean capaces de hacerse cargo de ellos.

En tal caso, lo ideal sería que los niños crecieran en otro ámbito familiar de su país de origen. Si esto no fuera posible, la adopción internacional es una solución preferible a su permanencia en orfanatos u otros centros de atención institucional.

Con la aprobación del Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, se instaura un sistema de colaboración entre los Estados para evitar el secuestro, la venta o el tráfico de menores. El objetivo principal del convenio es asegurar que las adopciones internacionales se realicen garantizando el interés superior del niño, pero también favorece a los progenitores adoptivos al darles seguridades de que sus hijos no han sido objeto de prácticas inadecuadas.

La década larga de vigencia del convenio ha aportado avances notables. Uno de ellos es la situación de los menores separados de sus padres durante conflictos armados o desastres naturales. Actualmente se prioriza la necesidad de localizar a posibles familiares antes de plantearse la posibilidad de adopción. Con todo, la ineludible aplicación rigurosa del convenio por parte de los Estados ha sido muy desigual.

En general, los conflictos ligados al derecho internacional tienen dos bases fundamentales: los conflictos armados y aquéllos surgidos a raíz de desastres que dan lugar a situaciones que resultan o pueden resultar en vulneraciones importantes a los derechos humanos.

Dentro de este ámbito los grupos más vulnerables son los niños, niñas, adolescentes, mujeres y personas de la tercera edad.

La situación de los niños en situaciones de desastres ha sido desde tiempos inmemoriales

una preocupación inminente y una problemática de múltiples aristas, que requiere una acción rápida y efectiva, una respuesta clara de la comunidad internacional, que en la mayoría de los casos no ha sido fácil de encontrar.

El tema de la situación post desastres de los niños, niñas y adolescentes es de especial interés. Cuando sucede un desastre natural como un terremoto, un maremoto, un tsunami, que por su magnitud llega a involucrar a la comunidad internacional... ¿cuál es la respuesta más coherente, rápida y efectiva que puede permitir proteger los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes?... una de las respuestas más comunes ha sido la adopción internacional.

Efectivamente, después de un desastre como un terremoto, el resultado consiste en miles de niños huérfanos. Como una reacción natural existen muchas personas dispuestas a adoptarlos, pero en la mayoría de los casos, se trata de familias que no se encuentran en el país de origen de los niños, lo que implica necesariamente desplazar a las personas menores de edad y acudir a la adopción internacional.

Por otro lado, debe contemplarse que so pretexto de adopción internacional, ésta puede dar lugar a situaciones tan extremas como un solapado tráfico de menores.

Si bien es cierto, a nivel jurídico existen convenciones como la Declaración de Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre adopción internacional, debe cuestionarse si estas normas jurídicas internacionales, que se encuentran plasmadas en las legislaciones internas de cada país, son realmente efectivas.

Según las principales organizaciones internacionales de apoyo a la infancia, en la fase de urgencia los esfuerzos deben concentrarse en poder aportarles protección en su mismo entorno.

Las organizaciones internacionales de infancia y acción humanitaria, insisten en la necesidad de aclarar que, bajo el respeto a la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, no aconsejan tanto, el acogimiento como la adopción internacional, como formas de dar respuesta en este momento de emergencia a las

necesidades de este sector de población.

Su razonamiento se centra en el hecho de que tras una catástrofe natural, existen muchos desaparecidos y eso impide conocer la situación familiar en la que quedan muchos niños y niñas. Además, explican que este tipo de medidas de protección a la infancia que suponen un desarraigo con el entorno de origen, están especialmente no recomendables en los momentos inmediatamente posteriores a las catástrofes por las consecuencias emocionales que generan en sus vidas.

Está demostrado - afirman- que la evacuación de niños y niñas víctimas de una catástrofe y su colocación temporal en familias en el extranjero es más traumática que útil. El cambio en el entorno conlleva un nuevo trastorno en sus vidas que se añadiría a los diversos traumas que acaban de vivir.

En este sentido el acogimiento temporal tampoco parece ser la mejor respuesta: el posterior retorno, finalizada la fase de emergencia, conllevaría una readaptación al contexto social de origen, lo que constituiría un nuevo factor estresante para su desarrollo.

En la fase de urgencia los esfuerzos se concentran en poder proporcionarles protección básica en su entorno habitual de vida: registro a fin de preservar su identificación, alojamiento, alimentación, cuidados médicos y atención afectiva, reagrupándoles con otros menores o adultos de su propia familia o comunidad.

La ayuda en la emergencia se debe concentrar en el apoyo a las familias para asegurar su supervivencia, en programas de salud y de alimentación y en la rápida reconstrucción de espacios para la vida familiar y comunitaria.

En el caso de la adopción internacional, excepto en los casos donde el procedimiento estuviera a punto de finalizar, se hace necesario garantizar las condiciones de adoptabilidad de los menores de edad, así como la transparencia en el procedimiento, su total legalidad y toda la información necesaria sobre el niño o niña.

Las organizaciones internacionales de las Naciones Unidas explican en un comunicado,

que establecen plazo mínimo de dos años para reiniciar esta medida de protección, que siempre ha de ser subsidiaria a otras medidas de atención a la infancia que se puedan ofrecer desde el propio país.

Reconociendo algunas de las dificultades y de los desafíos asociados a la adopción internacional y en un esfuerzo para proteger a los implicados contra la corrupción y la explotación que a veces lo acompaña, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Privado Internacional desarrolló el Convenio Sobre la Protección de Niños y la Cooperación en lo que se refiere a la adopción entre países, que entraron a regir el 1 de mayo de 1993.

Los objetivos principales del convenio son:

- ✓ Establecer salvaguardas para asegurarse de que las adopciones entre países ocurran en los mejores intereses del niño y con el respeto por los derechos fundamentales de él o ella según lo reconocido en el Derecho Internacional.
- ✓ Establecer un sistema de cooperación entre los Estados contratantes para asegurar que los salvaguardas sean respetados y al mismo tiempo prevenir el raptó, la venta o el tráfico de niños.
- ✓ Asegurar el reconocimiento entre Estados contratantes de adopciones hechas acorde con la convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone de varias medidas de protección especial para niños en caso excepcionales como conflictos armados, refugiados o desastres naturales: partiendo del derecho a la protección detallado en el Artículo 3, el que deben asegurar los Estados en cualquier condición de esta naturaleza, así como el asegurarse de la reunificación familiar en el Artículo 10; los traslados ilícitos regulado en el Artículo 11 y la puesta en marcha de cuidados especiales y alternativos cuando la familia no esté permanente o temporalmente, regulado en el Artículo 20, entre otros derechos que están orientados a asegurar un entorno protector a la infancia bajo estas circunstancias.

Este conjunto de medidas toman en cuenta la corresponsabilidad del Estado, la familia y el entorno comunitario en la protección efectiva de la infancia en condiciones de emergencia o desastres naturales. En casos de emergencia, la Convención sobre los Derechos del

Niño procura activar medidas de protección orientadas a garantizar los derechos básicos (salud, educación, alimentación, entornos seguros, etc.).

Asimismo, es importante mantener registros tanto de niños, niñas y adolescentes extraviados o que queden sin entorno familiar y asegurar su reencuentro, cuando esto sea posible. El Estado debe asegurarse también de garantizar todo este proceso de registro, protección y reencuentro familiar. La adopción en condiciones de emergencia no es aconsejable, sino hasta agotar todas las medidas emprendidas por el Estado, ya mencionadas: registro de niños (as) sin entorno familiar, el cuidado alternativo y los esfuerzos por la posible reunificación familiar.

Se puede concluir que, respecto a la adopción de niños en contextos nacionales de emergencia por desastres naturales, sólo debe ser considerada como una opción subsidiaria a los esfuerzos del Estado por la colocación familiar local o los cuidados alternativos, en tanto se superan las condiciones de emergencia y se pueda asegurar el estatus legal del niño.

4.8 Derecho comparado

En materia de legislaciones a nivel de Latinoamérica y Francia se ilustrarán legislaciones nacionales, específicamente las relacionadas a adopciones de niños procedentes de países diferentes al del cual son originarios los adoptantes:

4.8.1 La adopción en el derecho de México

En el orden jurídico mexicano existen disposiciones encaminadas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los niños, las cuales se han desarrollado en consideración a la calidad y características específicas del menor, regulándose las relaciones jurídicas con particulares o con instituciones públicas, en las cuales se encuentra involucrado el niño.

La Constitución mexicana contempla como principios y valores fundamentales, los preceptos relativos a la protección de la familia y de los menores, y se integran como parte

de las garantías esenciales de todo mexicano. De esta forma, el Estado asume su compromiso de afianzar al grupo social básico y velar por que el menor reciba toda la atención necesaria.

La adopción internacional en México se plantea como aquella en la cual la solicitud de adopción se presenta por personas, cuya ciudadanía es distinta a la mexicana y tienen residencia habitual en su país de origen. Este tipo de adopción se rige por los instrumentos internacionales ratificados por México en materia de adopciones, y son los siguientes:

- ✓ La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores.
- ✓ La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Esta convención es de carácter regional, por ello, sólo obliga a su cumplimiento a los Estados integrantes de la Organización de Estados Americanos (OEA) si la hubieren ratificado. Su aplicación establece su concentración a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo, cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte. De conformidad con lo estipulado por el Código Civil para el Distrito Federal, la adopción internacional siempre tendrá la modalidad de adopción plena; en la cual las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima; y los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio. En el mismo orden de ideas, también establece la irrevocabilidad de la adopción internacional.

4.8.2 La adopción en el derecho de Argentina

Debe entenderse que la adopción internacional no está permitida en Argentina, hasta tanto se deje sin efecto la reserva sostenida por el Estado, en cuanto a la Convención

Internacional sobre los Derechos del Niño por los medios que prevé la Constitución Nacional Argentina. “El Estado de Argentina está obligado, por la Convención de los Derechos del Niño, conforme el Artículo 75 de la Constitución Nacional, a poner en práctica políticas públicas que aseguren a los niños, salvo casos excepcionales, permanecer con su familia de origen y crecer dignamente en ella y por ello es que la adopción internacional debe considerarse como último recurso estableciéndose límites, tales como: edad, condiciones de salud, institucionalización, etc.”²⁰

La adopción internacional en Argentina será procedente sólo en virtud de observarse la jurisdicción y competencia, las cuales deben ser del país de origen del menor, el domicilio del adoptado o en su caso el de la residencia habitual, debiendo reconocerse el vínculo en el país receptor. A diferencia de la legislación guatemalteca, en ella se aceptará la intermediación de agencias o cualquier forma de organismos privados en el proceso adoptivo, así como también la actuación por procuración.

- ✓ Se debe sostener el derecho del menor al conocimiento de su origen y la posibilidad de reconstruir su historia; es decir, el derecho a la identidad (al igual que los principios que rigen en Guatemala);
- ✓ Autorización judicial para la salida de menores bajo guarda fuera del país sin sus progenitores;
- ✓ Controlar el proceso pre y post adopción y demás trámites, mediante la cooperación judicial internacional;
- ✓ No aceptación de las adopciones por hecho consumado, vigilancia y estrictez en la selección de los futuros padres adoptivos;
- ✓ Nulidad absoluta para cualquier adopción que tenga como presupuesto necesario la comisión de un ilícito, que haya sido víctima del mismo el menor y/o sus progenitores;
- ✓ Solamente se aceptará la adopción internacional con residentes de los países con los cuales se hayan celebrado tratados bilaterales al efecto.

²⁰ **Constitución de la Nación Argentina.** Congreso General Constituyente, 1994.

4.8.3 La adopción en el derecho de Colombia

El Código del Menor de 1989 permite la adopción por extranjeros, requiriéndose una autorización del gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del menor al mismo, teniendo como requisito, que aquéllos quienes deseen adoptar conjunta o individualmente, cumplan con ciertas calidades específicas.

4.8.4 La adopción en el derecho de Ecuador

Firmante de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al igual que Perú, autoriza la adopción por extranjeros no residentes siempre y cuando exista un convenio con el país respectivo.

4.8.5 La adopción en el derecho de Brasil

En Brasil se sancionó, en 1990, el Estatuto del Menor y el Adolescente, el cual se refiere a la adopción internacional. Establece un período mínimo de quince días de residencia en el país para los menores de dos años, en tanto para los mayores de esa edad, se extiende a los 30 días. La sentencia debe dictarse en el país de origen y debe existir una agencia o institución en el país de residencia a los efectos de posteriores contralores.

En Brasil también se encuentra el Estatuto del Niño y el Adolescente, Ley 8069 de julio de 1990, en el cual se requiere el consentimiento del futuro adoptado a partir de los doce años.

4.8.6 La adopción en el derecho de Perú

En Perú, el Código de los Niños y los Adolescentes, sancionado por Decreto-Ley 26.102 en diciembre de 1993, dispone en su Artículo 11 que el niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y por los medios que elija, y que se tome en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

4.8.7 La adopción en el derecho de Bolivia

En Bolivia se entiende por adopción internacional los casos en los cuales los solicitantes son de nacionalidad extranjera y residen en el exterior, o siendo de nacionalidad boliviana, tienen domicilio o residencia habitual fuera del país y el sujeto de la adopción es de nacionalidad boliviana, radicado en el país.

La adopción internacional es una medida excepcional que procede en atención al interés superior del niño, niña o adolescente, siempre y cuando se hayan agotado todos los medios para proporcionarle un hogar sustituto en territorio nacional.

Para que proceda la adopción es indispensable que existan convenios entre el Estado boliviano y el Estado de residencia de los adoptantes, ratificados por el poder legislativo. En dichos convenios, cada Estado remitirá a la autoridad central con el objetivo de trámite de las adopciones internacionales y los efectos del seguimiento correspondiente.

La autoridad central realizará sus actuaciones directamente o por medio de organismos debidamente acreditados en su propio Estado y en el Estado boliviano.

La información sobre esta designación, el ámbito de sus funciones, así como el nombre y dirección de los organismos acreditados y de sus representantes en Bolivia, deberán ser comunicados oficialmente al Estado boliviano por medio de la autoridad central correspondiente.

Los extranjeros residentes en Bolivia, con una permanencia menor de dos años, se registrarán por las disposiciones de la adopción internacional y, los extranjeros residentes en el país con una permanencia mayor, se sujetarán a las disposiciones que rigen la adopción nacional.

4.8.8 La adopción en el derecho de Venezuela

En Venezuela el proyecto de Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente se pronuncia en igual sentido, estableciendo para la adopción, el consentimiento del

candidato a adopción si tiene doce años o más.

4.8.9 La adopción en el derecho de Francia

Cuando se lleva a cabo la codificación en Francia, casi un siglo antes que en Guatemala, la adopción no hubiera entrado en el código, de no ser por expreso deseo del propio Napoleón Bonaparte, y ello pese al entusiasmo despertado por dicha institución en los legisladores revolucionarios apenas unos años antes, lo cual se puede observar en los antecedentes generales de la adopción en la presente tesis.

En el Código Civil de Francia de 1804, la adopción es resultado de un acuerdo de voluntades, entre sujetos mayores de edad; la adopción de menores sólo era admisible en los casos en que fuera precedida de una situación de tutela de hecho o de oficio, por lo que era difícilmente equiparable a la adopción, que es objeto de tratamiento legal en las legislaciones contemporáneas.

Con todo, su finalidad sucesoria era manifiesta, pues a ella y a la transmisión del apellido se reducían los efectos de la adopción que reguló el derecho francés durante más de un siglo.

Indirectamente, la finalidad de obtener un beneficio fiscal en la transmisión de bienes por causa de muerte era la que, en general, se perseguía. De tal manera, en estos países, las secuelas de la guerra civil, impulsaron la reforma de la adopción, la primera guerra mundial, movió al legislador francés a reformar la existente regulación de la materia, lo cual se llevó a cabo por la Ley del 19 de junio de 1923, a fin de permitirle con carácter más amplio, a como estaba en el sistema anterior.

4.8.10 La adopción en el derecho de España

En España existe una tendencia manifiesta en un todo, de acuerdo a los principios contenidos en la Convención de La Haya, al respetar la autonomía a través de establecer como requisito, el consentimiento del menor, y por lo menos escucharlo para conocer su opinión respecto a su adopción.

4.8.11 La adopción en el derecho de Chile

El 26 de julio de 1999, durante el gobierno de Eduardo Frei, se promulgó la Ley número 19.620, que establece normas sobre la adopción de menores. Este cuerpo legal establece que la adopción es una, y que su efecto principal consiste en conferir al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes, con los mismos derechos que los hijos biológicos; esto quiere decir, que no existe excepción, distinción o discriminación alguna frente a los derechos del niño o niña.

Así mismo, el enfoque que otorga la ley, no es el otorgar un niño a una familia, sino que encontrarle una familia al niño. Las personas que podrán adoptar son las siguientes:

- ✓ Con prioridad pueden adoptar los matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile.
- ✓ Si no hay matrimonios interesados; los solteros, divorciados o viudos, chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país.
- ✓ Si tampoco hay matrimonios interesados, pueden adoptar los cónyuges chilenos o extranjeros no residentes en Chile. En este caso la adopción deberá ser patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante este servicio.
- ✓ Los abuelos del menor.
- ✓ El viudo o viuda que en vida del cónyuge difunto haya iniciado los trámites de adopción o bien que el difunto haya manifestado su voluntad de adoptar.

4.9 Análisis comparativo entre el sistema de adopciones en Guatemala ante los países descritos anteriormente.

Los países referidos cuentan con un sistema establecido, funcional, con leyes y reglamentos que lo regulan; por lo que puede observarse el respeto al interés superior del menor. Es de resaltar el sistema establecido por Argentina en donde se permite la participación de la procuración notarial que permite agilizar los procesos, como darle una solidez legal a los trámites correspondientes.

En Guatemala, debido al establecimiento del Consejo Nacional de Adopciones en un

período muy corto, aún no se consolida el proceso de adopciones internacionales en donde se ve afectado el interés superior del menor; teniendo aún pendiente casos por resolver.

Es de hacer notar que aún existen casos por resolver que se regían dentro del proceso anterior a la aprobación de la Ley de Adopciones, y que el CNA no ha dado resolución de los mismos; mientras tanto los menores se encuentran bajo una jurisdicción estatal, afectando su estado emocional, entre otros problemas que afectan por la no aplicación del interés superior del menor. Es importante reconocer la participación notarial en estos procesos, ya que anteriormente, éstos quedaban registrados legalmente y en un período de tiempo menor al que se está llevando a cabo en la actualidad.

CONCLUSIONES

1. Uno de los argumentos utilizados para rechazar la adopción internacional, es que la prioridad debe ser dada a la protección de la identidad cultural del niño/a y al mantenimiento del niño en su país de origen. En varios casos, esto expresa un orgullo nacionalista que, por no aceptar enviar sus niños a países extranjeros, se conforma con verlos mantenidos por toda su niñez y juventud en instituciones donde sus derechos básicos no son respetados.
2. La permanencia del niño en una institución con plazo indefinido, debido a una burocracia paralizante, afecta en el desarrollo del menor, ya que, estudios demuestran que por cada tres meses que un niño permanece en una casa de abrigo sufre un mes de retraso en su desarrollo normal.
3. A la fecha, el Consejo Nacional de Adopciones, no ha preseleccionado los organismos extranjeros acreditados para la adopción internacional, aduciendo que se está fortaleciendo la adopción nacional, lo que ha disminuido la credibilidad de dicha institución y la posibilidad de adopción de los niños sometidos a este proceso.
4. La legislación guatemalteca no es suficiente, siendo cuerpos normativos viables pero ineficaces, omitiendo la importancia de la participación del notario en este importante proceso de acuerdo entre las partes, además que margina a muchos niños que debieran ser tomados como sujetos de adopción.
5. Guatemala es un país en desarrollo que tiene probabilidades altas de riesgos naturales. El Consejo Nacional de Adopciones no tiene una normativa interna, previamente establecida para el procedimiento de niños huérfanos en caso de un desastre natural.

RECOMENDACIONES

1. El Consejo Nacional de Adopciones deberá revisar los criterios para declarar la idoneidad de los adoptantes, dándoles primordial importancia al interés superior del niño, independientemente del país de origen de los aspirantes a ser padres de estos menores.
2. Que el Consejo Nacional de Adopciones proponga un mecanismo eficaz para agilizar los procesos de adopción que en la actualidad duran más de dos años y así evitar que los hogares e instituciones que albergan a los menores, se conviertan en su hogar permanente, pues los primeros años de vida de un menor es el período idóneo para la adaptabilidad al seno de una nueva familia.
3. Urge que el Consejo Nacional de Adopciones y el Organismo Legislativo, específicamente la Comisión de la Niñez y la Juventud, retomem la discusión sobre el análisis del marco jurídico del proceso de adopción internacional, revisión de criterios y estudio de los procedimientos administrativos para concretar la aplicación del interés superior del menor en dicho trámite.
4. Que el Congreso de la República proponga la participación del notario dentro de los procesos de adopciones, pues se ha demostrado que su injerencia en el proceso ha dado frutos positivos a favor de la niñez, lo cual podría hacerse mejorando los controles de la legalidad dentro del procedimiento y dándole al Consejo Nacional de Adopciones el papel de contralor del mismo.
5. El Consejo Nacional de Adopciones podría ampliar los lineamientos y normativas relativos a la Adopción Internacional después de un desastre, que actualmente se describen en las Directrices de Naciones Unidas sobre el cuidado de niños privados de atención parental.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y GRACIAS GONZÁLES, José Antonio. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Guatemala: Ed. Fénix, 2005.
- BERMEJO, Luz Marie. **Secuencia genética del ser humano**, 2a. ed.; Madrid, España: Ed. Boletín de la Sociedad Española, 1998.
- BRAÑAS ALFONSO, Manuel. **Derecho civil**, 2a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- BRUCE ALBERTS, Johnson Alexander y otros. **Criminología dactiloscópica**, <http://www.terradaily.com/reports/Building.html>. (10 de abril de 2008).
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. **Derecho de menores**, 1999. <Http://www.monografias.com/educacion/index.shtml>. (16 de marzo, 2010)
- DE LARIOS, Elizabeth. **Adopciones internacionales**, <http://www.cna.gob.gt/portal/adopcionesinternacionales.html> (13 de marzo de 2010).
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. **Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar**, 4a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Nemesis, 1985.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil**, 4t.; 4a. ed.; Madrid, España (s. E.), 1975.
- FOSSAR BENLLOCH, E. **El derecho internacional de protección del menor, en consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas**, 11t.; Única ed.; Madrid (s.E.), 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. **Elementos del derecho civil IV**. Fascículo tercero, 3era. Ed., Barcelona, Bosch: Ed. Dykinson, 1982.
- MIRANDA, Marcelo. **El instrumento notarial y la seguridad jurídica a la luz del derecho comparado**. Revista internacional del notariado, 54 ed; (s.l.i.) Ed. Tecnos, 1977.

MONROY ROSALES DE GUERRA, Hilda Antonia. **La adopción un acto solemne de asistencia social.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Ed. Universitaria, 2003.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al derecho romano.** 2t; ed. de la revista de Derecho Privado, Madrid España (s.E.), 1997.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Helliasta, 1992.

O'CALLAGHAN, Xavier. **Compendio de derecho civil,** 4t.; 2a. ed.; Madrid, España: Ed. Edersa, 1991.

PAZ GUZMÁN, Luis. **La nueva ley de adopciones,** <http://homohominilupus.wordpress.com/2007/12/14/ley-de-adopciones-aprobada-en-guatemala/> (12 de marzo, 2010).

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas,** doc. A/61/299, Comité Ed. multidisciplinario de expertos, (s.l.i.) 2006.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español. Derechos reales.** 2a. ed.; Barcelona, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.

RAMÍREZ GRONDA, Juan. **Diccionario de ciencias jurídicas.** 1a. ed.; Buenos Aires Argentina: Ed. Helliasta, 1965.

TURNER, Johanna. **Journal La Croix.** (s.e.); París, Francia: Ed. Fragmenta, 1988.

ZERMATTEN, Jean, **El interés superior del niño, del análisis literal al alcance filosófico,** informe de trabajo, 3-2003, http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf (13 de marzo de 2010)

Legislación:

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

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Convención de La Haya, sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

Guía de buenas prácticas en la elaboración de adopciones internacionales en virtud de la Convención de la Haya, de 1993 elaborado por la Oficina Permanente de las Naciones Unidas.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106. 1976.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1976.

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1946.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

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

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

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del año 2000.

Reglamento de la Ley de Adopciones, Acuerdo Gubernativo 182-2010.

XXXIII Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, <http://sip.parlamento.gub.uy/htmlsta/pl/convenios/conv17670.htm> (10 de julio de 2010)