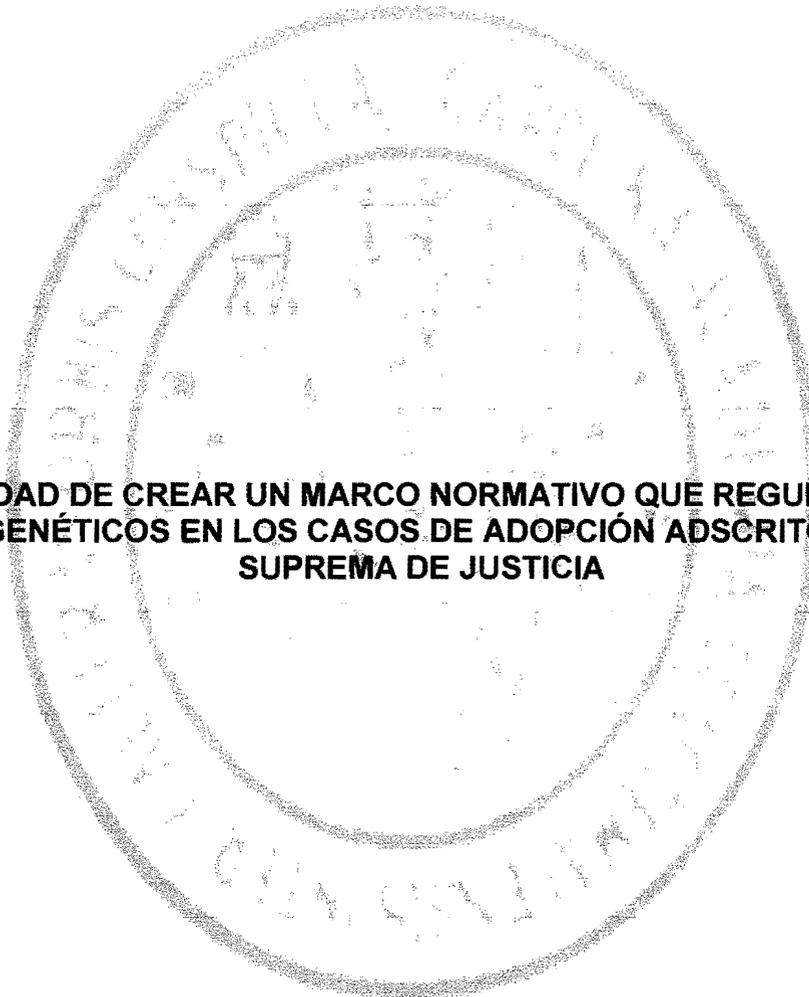


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA NECESIDAD DE CREAR UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE EL BANCO
DE DATOS GENÉTICOS EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN ADSCRITO A LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA**

SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**LA NECESIDAD DE CREAR UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE EL BANCO
DE DATOS GENÉTICOS EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN ADSCRITO A LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

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:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Secretario	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal	Lic. Nicolás Cuxil

Segunda Fase:

Presidente	Licda. Eloísa Mazariegos Herrera
Secretaria	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal	Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia

RAZON: “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).

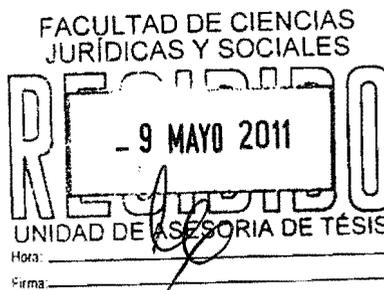


Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario



Guatemala, 29 de abril 2011

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

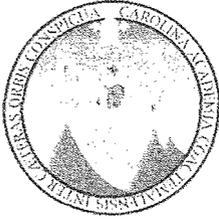


Respetable Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución, he revisado el trabajo de la Bachiller: **SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ**, en la preparación de su trabajo de Tesis denominado **LA NECESIDAD DE CREAR UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE EL BANCO DE DATOS GENÉTICOS EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN ADSCRITO A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**.

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- A) El tema de Tesis, es importante ya que trata de un problema que se ha presentado desde hace algún tiempo en la sociedad guatemalteca como lo es la adopción, como una institución del derecho de familia y de gran beneficio para la niñez.
- B) Los métodos y técnicas empleados en la investigación son idóneos, utilizando el método inductivo y analítico, los cuales permitieron a la bachiller la facilidad y eficacia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.
- C) La bachiller observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la redacción, utilizando correctamente la aplicación del idioma Español y la redacción jurídica respectivamente.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario



- D) Con respecto a la contribución científica esta derivó en el marco del derecho constitucional y civil respectivamente, para el efecto, es indispensable señalar que luego de dicho análisis jurídico y social se presentaron propuestas para una mejor aplicación jurídica del tema principalmente la necesidad de crear un marco normativo que regule el banco de datos genéticos para los trámites de adopción adscrito a la Corte Suprema de Justicia.
- E) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución al tema elaborado mediante propuesta de Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia.
- F) En cuanto a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros además de incluir legislación comparada que hacen que el contenido del tema sea más completo.
- G) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho por el enfoque que se le ha dado y además porque es una necesidad jurídica del país.

Por lo anterior expuesto, considero que el trabajo de investigación de la bachiller: **SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable y así se pueda continuar con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,

Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3,805

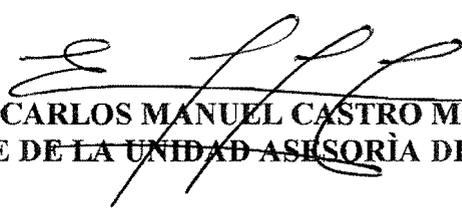
LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

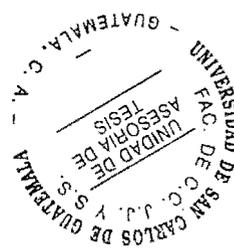


**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, once de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ**, Intitulado: **“LA NECESIDAD DE CREAR UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE EL BANCO DE DATOS GENÉTICO EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN ADSCRITO A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”**.

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 las 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 estime pertinentes”.


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.



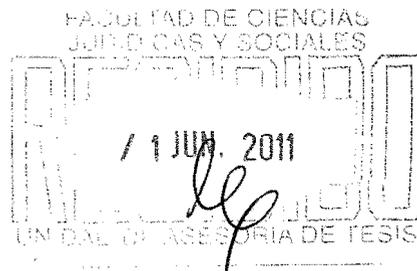
LICENCIADO
EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 25 de mayo 2011

Licenciado:

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



Respetable Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución, de fecha once de mayo del dos mil once, mediante la cual se me nombra como revisor de la tesis de la alumna: **SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ**, en la preparación de su trabajo de tesis denominado **LA NECESIDAD DE CREAR UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE EL BANCO DE DATOS GENÉTICOS EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN ADSCRITO A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**.

Dando cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a su distinguida persona el informe siguiente:

- A) El tema de Tesis, ha sido estudiado desde su origen en el derecho romano, en el derecho sirio y también en el derecho español y en cada uno de dichos países se han hecho múltiples estudios, análisis y se han creado diferentes teorías de una de las instituciones de mayor importancia dentro del derecho de familia como lo es la adopción.
- B) Los métodos y técnicas utilizados para el desarrollo de la presente investigación jurídica fue principalmente la aplicación del método inductivo y analítico, ya que por el tema desarrollado se requirió de mucho análisis doctrinario, jurídico y práctico de la institución de la adopción, sobre todo la viabilidad de la regulación del banco de datos genético, como mecanismo que debe contar la Corte Suprema de Justicia para resolver desde el punto de vista jurídico y científico las adopciones que ante los órganos jurisdiccionales se tramitan.
- C) Durante el desarrollo de la investigación relacionada con la adopción y el banco de datos genéticos la bachiller observó y cumplió con las observaciones y recomendaciones que le fueron sugeridas por el suscrito, principalmente en la redacción y aplicación del idioma español.

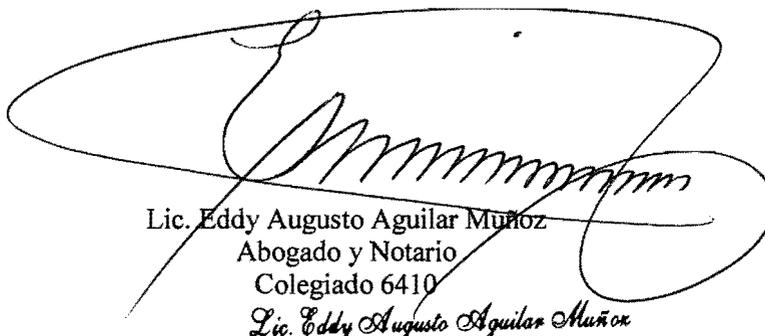


LICENCIADO
EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
ABOGADO Y NOTARIO

- D) El aporte científico realizado por la bachiller en el contenido general de la presente investigación jurídica, representa una importante contribución al mundo jurídico tomando en consideración el uso de la informática aplicable al derecho, principalmente en la tramitación de procesos relativos a la adopción y oportunamente se presenta un modelo de acuerdo para la implementación de un banco de datos genético, pertenecientes a la Corte Suprema de Justicia, fortaleciendo de esta manera, las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales competentes.
- E) Las conclusiones y recomendaciones, a que arribó la investigadora, son congruentes con el contenido general de la investigación.
- F) Respecto a la bibliografía utilizada, siendo la institución de la adopción donde se han desarrollado desde hace mucho tiempo diversos estudios, la investigadora utilizó los más idóneos de acuerdo al tema propuesto.
- G) El aporte para la comunidad jurídica, principalmente para los profesionales del derecho y estudiantes del mismo es valioso tomando en consideración que es necesario realizar en el futuro otras investigaciones similares, con el propósito de crear en los estudios del derecho críticas y análisis de una de las instituciones que ha generado mayores discusiones en cuanto a la aplicación de la misma.

Considerando que el trabajo de investigación jurídica de la alumna **SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ**, es de gran importancia, para los profesionales y estudiantes de derecho en materia civil de una de las ramas del derecho privado como lo es el derecho civil y en virtud de ello **EMITO DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,



Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Abogado y Notario
Colegiado 6410
Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz

ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de noviembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SANDRA PATRICIA HERRARTE JIMÉNEZ, Titulado LA NECESIDAD DE CREAR UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE EL BANCO DE DATOS GENÉTICOS EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN ADSCRITO A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 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.

[Firma manuscrita]

[Firma manuscrita]





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser la fuente de sabiduría e inteligencia, por acompañarme cada día de mi vida, a Él todo honor y toda gloria.

A MIS PADRES

Felipe Santiago Herrarte (Q.E.P.D.) Gracias papá porque tu ejemplo de perseverancia, responsabilidad, trabajo y esfuerzo hacen que tu recuerdo sea para mí el más grande. Gracias por el amor que me brindaste mientras estuviste a mi lado y desde el cielo se que te alegras junto conmigo porque este también era tu sueño. Elisa Jiménez Alfaro de Herrarte por ser una mujer como ninguna otra, llena de virtudes con un gran corazón y ánimo de servicio, con amor por creer en mi brindándome tu apoyo sin igual con paciencia, siendo artífice de este logro tan anhelado. Los amo

A MI HIJO

Carlos Eduardo. Por ser el motor que me impulsa cada día a ser mejor, por hacerme feliz al llenar mi vida de color y amor, por ser la luz de mis ojos, por tu comprensión a lo largo de este camino y por ser mi inspiración. Te amo.

A MIS HERMANOS

Héctor René y Gerardo Rafael. Por su apoyo incondicional en todo momento, y por ayudarme a alcanzar mis metas. Dios los guarde y los bendiga todos los días de su vida; con cariño a Carla Sandoval y Bety Cano, por formar parte de mi familia.

A MIS ABUELOS

Héctor Alfonso Jiménez Gallardo (Q.E.P.D.), María del Carmen Alfaro Calito de Jiménez (Q.E.P.D.), Albertina Herrarte (Q.E.P.D). Porque con su sabiduría supieron hacer una familia tan unida y con tanto amor como la nuestra.

A MIS SOBRINOS

Héctor Fernando, Miriam del Carmen, Josué Alejandro, Joseline Naomi, Carla Mariangela, Cristian Rogelio, Javier Fernando, Dana Sofía y Jorge Luis por ser parte tan especial en mi vida.

A MIS TÍOS

Héctor Alfonso, Josué Rogelio (Q.E.P.D.) Gladys Marina, Sonia Evelia. Por ser un gran ejemplo de esfuerzo, trabajo y dedicación. En especial a mi tío



Rubén Darío por ser uno de los pilares más importantes de mi gran familia, por estar siempre a mi lado y por ser como un padre para mí. Así mismo a Juanita Torres, Alfredo González y Carlos Sandoval por el cariño que me han demostrado toda la vida.

A MIS PRIMOS

Douglas Alfonso, Edgar Alfonso, Erick Rolando, Teresa del Carmen, Rubén Darío, Sergio Estuardo, Josué Fernando, Jennifer Sucelly, Héctor Alfredo, Jorge Luis y Leila Ivonne. A quienes considero mis hermanos.

A MIS AMIGOS ESPECIALMENTE A

Emilene Rodas, Ruth Santizo, Claudia Guzmán, Susana Gómez, Billy Palma, Jorge Hernández Rosario López, Fernando Paz, René Cabrera, Carmen Escobar, Hugo Cabrera, Jaime Villacorta, Oscar Sandoval, Lourdes de León, Evelyn Flores, Rony López, Debie Juárez, Por formar parte de mi vida y demostrarme su sincera amistad.

AL LICENCIADO

Otto René Arenas Hernández. Por su incondicional apoyo intelectual, moral y espiritual para poder cumplir el sueño de ser profesional.

A LOS PROFESIONALES

Lic. Edgar Castillo, Lic. Estuardo Castellanos, Licda. Ruth Alvarado, Dr. Marco Antonio Montes, Licda. Eluvia Araujo, Licda. Carolina Juárez, Lic. Eddy Aguilar. Por su aporte intelectual, Dios los bendiga por la amistad demostrada siempre.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO

Con cariño muy especial por todos los años que hemos convivido, por apoyarme ya que en todo momento sirvió para seguir adelante.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A USTED

Por ser partícipe de este acto tan especial y trascendental en mi vida y la vida de los míos.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La niñez.....	1
1.1 Aspectos generales.....	2
1.2 Causas de exclusión de la niñez.....	4
1.3 Interés superior del niño.....	6
1.3.1. Extensión y límite del interés superior del niño y la niña.....	7
1.3.2. Definición de interés.....	9
1.3.3. Presupuestos facticos y jurídicos del interés superior del niño y la niña... ..	10
1.3.4. EL interés superior del niño y la niña como un derecho preeminente.....	12
1.4 El derecho de opinión del niño.....	13
1.4.1. El derecho de opinión como garantía del ejercicio del derecho de autodeterminación y desarrollo de la personalidad del niño y la niña.....	13
1.4.2. Alcances y límites del derecho de opinión del niño y la niña.....	15
1.4.3. Límites procesales para la expresión de la opinión del niño y la niña.....	16
1.4.4. La audiencia judicial y la opinión del niño y la niña.....	18
1.5. Sistemas de protección.....	26
1.5.1. Los sistemas de protección social.....	27
1.5.2. Los sistemas de protección jurídica.....	27
1.5.3. Constitución Política de la República de Guatemala.....	27
1.5.4. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República.....	28
1.5.5. Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.....	29
1.5.6. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	29

CAPÍTULO II

2. La adopción.....	31
2.1 Antecedente histórico.....	32



2.1.1. La adopción en el derecho romano	32
2.1.2. La adopción en el derecho francés	35
2.1.3. La adopción en el derecho civil español	36
2.1.4. La adopción en el derecho germano	36
2.1.5. La adopción en otras culturas.....	37
2.1.6. La adopción en el derecho comparado.....	37
2.1.7. La adopción en el derecho japonés	39
2.1.8. Las adopciones en Guatemala	40
2.2 Concepto	47
2.3 Naturaleza jurídica	48
2.4 Clasificación	49
2.4.1. Adopción simple	50
2.4.2. Adopción plena	50
2.4.3. Adopción nacional	51
2.4.4. Adopción Internacional	51
2.5 Protección a la infancia desválida	52
2.6 Capacidad para adoptar.....	53
2.7 Quienes pueden adoptar.....	54
2.7.1. La adopción según los vínculos que crea modifica o extingue	55

CAPÍTULO III

3. Régimen nacional e internacional de la adopción	57
3.1. Aspectos generales.....	57
3.2. Legislación nacional.....	58
3.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	58
3.2.2. Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República	59
3.3. Régimen internacional.....	61



3.3.1. Convención relativa a la competencia, ley aplicable y reconocimiento de las decisiones en materia de Adopción, La Haya 1965	61
3.3.2. Convención europea sobre adopción de menores de Estrasburgo	63
3.3.3. Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores	65
3.3.4. Convenio sobre los derechos del niño	67
3.3.5. Convenio relativo a la protección del niño y a la protección en materia de adopción internacional	68

CAPÍTULO IV

4. El banco de datos genéticos	71
4.1. Aspectos generales	71
4.1.1. Base de datos de ADN	75
4.2. Concepto	77
4.2.1. Concepto de intimidad y privacidad genética	78
4.3. Utilidad de la información genética	80
4.4. Naturaleza de los datos genéticos	82
4.4.1. Los datos genéticos como datos de carácter personal y de carácter sensible	83
4.5. Características de los datos genéticos	85
4.6. Derecho comparado	86
4.6.1. Argentina	86
4.6.2. España	89
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95
ANEXOS	97
BIBLIOGRAFÍA	101



INTRODUCCIÓN

La presente investigación se hace necesaria, ya que como es de conocimiento general, se ha creado la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, lo que constituye en un avance jurídico y real del derecho de menores. Con la creación de esta ley y con la presión internacional derivado de las estadísticas y realidades en el tema del derecho de menores y las adopciones, también se propició crear precisamente la Ley de Adopciones, la cual establece un procedimiento más transparente y controlado por parte de las autoridades que se han creado para dicho efecto.

Es por ello que la hipótesis de esta investigación a comprobar expone lo siguiente: “Existen más desventajas que ventajas acerca del hecho que exista el banco de datos genéticos en el tema de las adopciones en Guatemala”.

Por otra parte, los objetivos propuestos en la presente investigación fueron, establecer la importancia de que se cree el banco de datos genéticos en el tema de las adopciones en la legislación guatemalteca, provocando la solución a una serie de controversias respecto a los hijos adoptivos, a los padres biológicos y adoptivos, así como fortalece el proceso de transparencia y efectividad para encausar la noble institución de la adopción en el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, creando al final de la investigación y comprobación de los resultados del trabajo realizado, las bases para la creación del marco normativo del banco de datos genéticos.

La presente investigación, se divide en cuatro capítulos los cuales se describen a continuación: el capítulo uno, inicia con la niñez, los aspectos generales, las causas de exclusión de la niñez, el interés superior del niño, el derecho de opinión del niño y los sistemas de protección; el capítulo dos, indica lo relacionado a la adopción, iniciando con el antecedente histórico, algunos conceptos sobre adopción, la naturaleza jurídica, la clasificación, protección a la infancia desvalida,



la capacidad para adoptar y quienes pueden ser adoptados; el capítulo tres, contiene el régimen jurídico nacional e internacional de la adopción, los aspectos generales del mismo; el capítulo cuatro, hace referencia al banco de datos genéticos, iniciando con los aspectos generales, los conceptos, la utilidad de la información genética, su naturaleza, las características de los datos genéticos y finalmente el derecho comparado.

Los métodos utilizados fueron el analítico y sintético y dentro de las principales técnicas, utilizadas fueron las bibliográficas, para la recopilación de documentos relacionados al tema en libros de texto, disposiciones legales, tanto de autores nacionales como de extranjeros, así como la utilización de tecnología como internet.

La trascendencia social de la presente investigación jurídica, conlleva a establecer y dar certeza jurídica a la institución de la adopción tramitada en Guatemala y con una garantía judicial de la creación de un banco de datos y de esta forma minimizar los actos irregulares que ocasionaron hace algún tiempo señalamientos, no sólo para los profesionales sino para las instituciones que intervenían en dicho trámite, además de dar cumplimiento a las normas internacionales relativas a la adopción.



CAPÍTULO I

1. La niñez

Se designa con el término de niñez a aquel período de la vida humana que se extiende desde el nacimiento del individuo hasta la llegada de la pubertad, entre los 11 y 12 años, cuando se dará paso a esta otra etapa de la vida.

La Niñez resulta ser el momento de la vida de las personas en la cual se crece más, a pasos agigantados se podría decir, ya que son prácticamente constantes los cambios físicos que se van desarrollando durante la misma y se encuentra conformada por tres etapas: lactancia, primera infancia y segunda infancia.

En tanto y tal como se menciona, el desarrollo, tanto físico, motor, como cognitivo, irán con mucha celeridad, observándose diferentes cambios que mencionaremos a continuación:

En cuanto a la parte física, el aumento del peso será de aproximadamente 4 libras por año, con lo cual el peso aproximado será de entre 26 y 33 libras. La talla aumenta entre 7 y 13 cm. cada año. Si bien la postura será erecta, todavía no se han desarrollado los músculos del abdomen, entonces, este permanece con aspecto de globo aún.

La frecuencia con la que respira un niño es más lenta y regular que la de un adulto y su temperatura corporal dependerá del ambiente en el cual se halle, sus emociones y la actividad que esté realizando. El cerebro todavía no alcanzó su máximo desarrollo, encontrándose en un 80 %.

Respecto de los movimientos que ya es capaz de hacer el individuo en la niñez se cuentan: caminar alrededor de obstáculos, disponerse en cuclillas por más tiempo, subir escaleras, balancearse en un pie, lanzar objetos sin perder el equilibrio, trepar a ciertas alturas.



Y en la parte concerniente a su disposición cognitiva y de habla, en esta etapa, el niño, ya empleará los objetos con un propósito, hará clasificaciones simples, disfruta de la lectura de historias, reconoce que con el lenguaje capta la atención de sus mayores, imita las palabras que escucha, posee un vocabulario de entre 50 y 100 palabras y juega.

1.1. Aspectos generales

Niñez es un término amplio aplicado a los seres humanos que se encuentran en fases de desarrollo comprendidas “entre el nacimiento y la adolescencia - o pubertad.”¹ Philippe Ariès, medievalista e historiador francés, publicó en 1961 un estudio acerca de pinturas, petroglifos y registros que hacen referencia a la niñez. En este trabajo se concluye que antes del siglo XVII los niños fueron representados como adultos en miniatura. A partir de estos hallazgos los historiadores han aumentado el acervo documental que enriquece la investigación de la niñez en tiempos remotos.

Antes de Ariès, George Boas había publicado el libro culto a la niñez con el que analiza e interpreta el concepto de niñez y sus implicaciones tanto en el desarrollo personal como social.

Durante el renacimiento, las representaciones artísticas de los niños se incrementaron dramáticamente en Europa. Sin embargo, este hecho artístico no hizo mella en la actitud de abuso de la niñez especialmente al utilizarla como mano de obra barata y objeto de placer sexual.

La era victoriana ha sido descrita como la fuente de la concepción moderna de la niñez. Una ironía si se tiene en cuenta que debido a la Revolución industrial la explotación del trabajo infantil proliferó y se incrementó la prostitución infantil. Esta condición se redujo posteriormente gracias a la labor de los evangélicos y las denuncias públicas realizadas por autores de reconocido prestigio como Charles Dickens y Karl Marx. El trabajo infantil y la prostitución infantil fueron gradualmente reducidos y prohibidos en Inglaterra a través de las Actas Industriales de 1802-1878. Los victorianos conjugaron la función de la familia

¹ Ariès, Philippe. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Pág. 22



con el de la santidad de la niñez y de forma vaga esta actitud ha permanecido en las sociedades occidentales desde entonces.

Se puede indicar que en la actualidad existen 2 teorías o doctrinas referentes al menor: una es la denominada de la situación irregular y otra de la protección integral. Ambas doctrinas tienen un objetivo común y es de la protección integral del niño para lograr su pleno desarrollo y sus más claras potencialidades para convertirse en un sujeto que permita una contribución eficiente de una sociedad en democracia, libertad, justicia, igualdad.

La doctrina de la situación irregular esta sustentada desde tiempos atrás con el surgimiento del llamado derecho de menores y avalada entre otros instrumentos internacionales por la Declaración de Ginebra de 1924, la declaración de los derechos del niño (1959) preconiza en primer lugar la protección no solamente del niño en situación irregular, sino también del menor que por razones de conformación fundamentalmente, de la familia en que conviene, se desvíe de la regla normal impuesta por la sociedad.

La doctrina de la situación irregular protege fundamentalmente al niño, para unos desde el mismo momento de la adopción. Para otros desde el mismo momento del nacimiento y cuando tiene figura humana. El niño es protegido pero como quiera que el niño no es un ser totalmente independiente desde el momento en que es concebido, también se dispensa protección a la madre en la etapa de embarazo, del parto y post parto, protegiéndose además el derecho de ser amamantado por su progenitora.

La protección también comprende a la familia a esa familia nuclear, formada por padres y por hijos. Protege al niño en edad pre-escolar, en edad escolar, en el trabajo del denominado Juez de Menores y Tribunal de Apelación de Menores, establece un fuero especial cuyo objetivo fundamental es emitir las resoluciones teniendo en consideración el interés superior del niño. Este interés superior del niño no solamente se refiere según esta doctrina, a la resolución judicial sino también a la administrativa de cualquier orden.



En cuanto a los hechos que atentan o agraden a la sociedad, los considera actos antisociales, anímicos, es decir con circunstancias de la vida del menor de edad inimputable, es decir sin responsabilidad penal, en consecuencia el Juez tiene la obligación de imponer medidas que traten de rehabilitar o readaptar o proteger al menor de edad que puede estar en situaciones tales como: abandono moral y/o material, en estado peligroso (antisociales) menores deficientes sensoriales y mentales, menores impedidos físicos, menores en crisis familiar.

Esta doctrina, se conoce como también el término derecho de menores. Es explicable la posición que se adopte desde el punto de vista teórico, por que si tomamos como premisa que esta doctrina solamente quedó escrita en el papel y en la realidad no se cumple, tiene validez dicha recusación.

Es muy importante, el análisis histórico como uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la llamada cuestión criminal y a su control social.

En la década de los 70, la existencia de gobiernos autoritarios en la región tuvo las consecuencias perversas de que muchos intelectuales no aceptaban realizar cambios en la esfera de lo jurídico. En la década de los 80, con el advenimiento de la democracia y persistencia de deficiencias y malestares sociales, ponen en evidencia la necesidad de cambio gradual en cuanto se refiere a los niños y adolescentes.

1.2. Causas de exclusión de la niñez

Entre las causas para que el niño y el adolescente este en estado de abandono, se pueden mencionar algunas de ellas:

a) **Menores víctimas de guerra:** La violencia política y los conflictos armados en algunos países de Centro América y Sur América en las últimas décadas han causado un número enorme de víctimas. Las guerras llevadas a cabo entre grupos insurgentes, paramilitares y fuerzas armadas además de dejar una gran cantidad de heridos y

muerdos, han arrastrado a miles de niños al combate, destruido familias, agudizado la pobreza y han forzado al desplazamiento interno o al refugio internacional.

- b) **Menores víctimas de maltrato:** El menor que sufre en forma ocasional o habitual actos de violencia física y sexual o emocional tanto por parte del grupo familiar, como por parte de terceros va a ser una causa para abandonar su familia.
- c) **La pobreza crítica:** La pobreza crítica de los padres hace que abandonen a sus hijos, por falta de alimentos vestido, vivienda y no poder dar salud. La pobreza crítica es por falta de trabajo para muchos.
- d) **Menores víctimas de la violencia armada:** Esta categoría está conformada por todos los menores que producto de la violencia armada que vivió el país:
1. Han perdido por muerte, desaparición a uno o ambos padres o familiares cercanos, estas personas ya sean subversivos o personal de las fuerzas armadas y policiales.
 2. Tienen a sus padres encarcelados porque realizaron actividades subversivas o por que cometieron algún error en sus funciones policiales por lo tanto sus hijos están en estado de abandono.
 3. En esta categoría también se encuentra a aquellos menores que han sido llevados para participar en la subversión directamente.
 4. Menores víctimas de desastres o ecológicos. En esta categoría se incluye los menores heridos, huérfanos, desplazados y en general afectados por catástrofes naturales tales como inundaciones, sequía, acción volcánica o terremoto y desastres ecológicos.
- e) **Educación:** Pese a que la educación es un derecho universal para la niñez, existen en todo el mundo alrededor de 115 millones de niños y niñas, que no tienen la

oportunidad de asistir a la escuela, de los cuales 43 millones viven en países que son o han sido afectados por algún conflicto armado.

- h) Trabajo:** La pobreza y la marginación de muchas familias obligan a que éstas recurran al trabajo infantil. Dicha necesidad ha hecho que se perciba el trabajo infantil como normal, y el resto de la sociedad parece verlo con la misma naturalidad que las familias afectadas. En Guatemala la participación en el mercado laboral depende significativamente del género y el nivel de educación. La fuerza laboral consiste en 4 millones de personas, con un adicional de medio millón de niños entre los 7 y 14 años que se encuentran empleados. El trabajo infantil casi no tiene control social o legal, afectando en mayor medida a la población rural e indígena, que percibe baja o ninguna remuneración.
- i) La niñez de la calle:** la situación de la niñez se encuentran en sectores céntricos, zonas y municipios, así como en el interior del país, y constantemente aparecen nuevos grupos. La complejidad de esta situación amerita acciones estatales urgentes y la necesidad de involucrar a los niños y niñas afectados, preguntándoles directamente qué piensan y cuáles son sus necesidades.

1.3. Interés superior del niño

El derecho, como producto social, tiene por objetivo lograr una convivencia pacífica, racional y digna. Francisco Rivero Hernández, indica que: "Para lograrlo ha establecido un conjunto de normas encaminadas a la resolución de los conflictos sociales, que se expresan como conflictos de intereses entre particulares o entre estos y el Estado."² Para resolver tales conflictos el sistema jurídico contempla una serie de reglas que, en la mayoría de ocasiones, se perciben como demasiado formales y dogmáticas en relación con la carga emotiva que el conflicto arrastra consigo. Regularmente el derecho se limita a tomar en consideración, únicamente, la racionalidad y voluntad de los participantes del conflicto. Ello resulta insuficiente para la resolución de determinados casos, especialmente aquellos en los que se involucra a niños y niñas, pues en éstos la carga

² Rivero Hernández, Francisco. *El interés del menor*. Pág. 18

emotiva es más fuerte y las consecuencias son vitales y determinantes. "Para la niña o el niño, el conflicto de intereses representa no sólo una cuestión jurídica, sino, en primera instancia, un problema emotivo: representado por miedos, confusiones, frustraciones, etc."³ sentimientos que la lógica formal del derecho no alcanza o cubre. Por esto se afirma que, en estos casos, existe un interés adicional que debe conocerse y resolverse; el interés del niño o la niña.

Cabe recalcar que los efectos que una decisión jurídica puede tener sobre la vida del niño siempre van más allá de la resolución jurídica del caso. El sólo contacto del niño o niña con la administración de justicia puede generarle perjuicios que, desde un punto de vista psicológico, son difíciles de superar, además de la experiencia negativa o positiva que pueda adquirir sobre los conceptos de libertad, participación, responsabilidad o justicia, como consecuencia de su primera relación con algún organismo estatal. Por esto, es conveniente insistir en el drama humano que para un niño o niña implica su relación con gente que, además de ser extraña, tomará decisiones que afectarán sustancialmente su entorno físico y emotivo y que marcarán su futuro.

1.3.1. Extensión y límite del interés superior del niño y la niña

Sobre la extensión del interés superior del niño, el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, establece que este principio consiste en tener una consideración primordial en todas las medidas concernientes a la niñez. El concepto "todas las medidas" incluyen todo tipo de acción u omisión, intencional o imprudente que afecte a la niñez, en el aspecto material, físico, psicológico o espiritual. Por ello, hay decisiones concretas que deben tomarse y precauciones que deben observarse sobre algún aspecto que concierna a la niñez. El Artículo citado utiliza el término concerniente a los niños en plural, pues es evidente que muchos asuntos no sólo atañen a un niño o niña sino a varios de ellos o ellas.

Es importante establecer el límite del principio del interés superior, pues su fuente no puede partir de lo que, para el adulto, es el interés superior del niño o la niña, sino de

³ Ibid. Pág. 18

lo que, para el niño o la niña significa dicho interés. En razón de que, normalmente la persona que decide sobre una cuestión que afecta a un niño o niña (directa o indirectamente) en ningún caso puede operar aislada de sus propias convicciones y prejuicios (generados por su experiencia de vida). Por ello la propia convención ha fijado los parámetros y criterios dentro de los cuales dicho interés debe hacerse efectivo. Así, ha plasmado directamente como principios jurídicos que deben ser tomados en cuenta: “El derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, el desarrollo y la supervivencia y el respeto de la opinión. Es por esto que el comité de los derechos del niño ha subrayado que este principio debe aplicarse junto con los otros principios generales cada vez que la convención no establezca una norma específica.”⁴

En ese sentido, es conveniente señalar que la determinación del interés superior del niño debe hacerse en función del corto, mediano y largo plazo, y debe corresponder al espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, en su totalidad y, en concreto, al énfasis que ésta pone en el niño y la niña como individuo, con opiniones y sentimientos propios, como persona con plenos derechos, a la vez que como beneficiaria de protecciones especiales. Eekelaar, especialista en Derecho de Familia, citado por los autores Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh sostiene que: “La determinación de lo que se entiende por el interés superior del niño debe combinar elementos objetivos (criterios normativos) y subjetivos, pues en la medida en que el niño contribuye al resultado de la decisión así podrá demostrarse que esta se ha tomado en aras de su interés superior. Por esto los niños deben tener el máximo de oportunidades posibles para crear y perseguir las metas de vida que aquellos mismos han elegido.”⁵

El principio del interés superior del niño exige una neutralidad inicial respecto de los estereotipos sociales, judiciales y legales que se generan alrededor de la protección del niño. Estereotipos producto de concepciones sociales, no siempre racionales y, por lo regular, sobre generalizantes, como el estereotipo social que afirma que los niños son mejor educados con el uso de la fuerza física que sin ella, o el que los niños de corta

⁴ Solórzano, Justo. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Pág. 92.

⁵ Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh. **El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales**. Pág. 32

edad son mejor cuidados por la madre que por el padre, o que es mejor que el hijo tenga una filiación matrimonial que una no matrimonial.

1.3.2. Definición de interés

El interés, como categoría jurídica, es un concepto fundamental en la consideración instrumental del Derecho. Se entiende como un medio para la satisfacción de los fines esenciales de la persona. Dicho término se le debe a Ihering, para quien el interés en sentido subjetivo designa el sentimiento que se mantiene de las condiciones de la vida.

El interés comprende tanto bienes materiales como espirituales (o ideales), es decir, todos aquellos que para la persona son valiosos. Por lo tanto, la categoría jurídica de intereses alcanza desde los bienes y valores relevantes para la persona, hasta sus aspiraciones del ser humano, del tipo que sean: materiales o ideales, tanto en el ámbito individual como social.

En consecuencia, el concepto de interés jurídicamente protegible, alcanza los sentimientos de diversas índole que participan de manera importante en la vida de la persona, en tanto contribuyen a su felicidad y a su bienestar, a cuya satisfacción y fines está llamado el derecho, como un instrumento convocado a servir a los intereses de las personas. "En el caso de los niños y niñas, tiene especial importancia el interés constituido por sus bienes y valores no racionales, es decir sus sentimientos, afectos, aspiraciones e impulsos, puesto que son partes de su vida y satisfacen sus necesidades vitales; en virtud de que ellos y ellas aún no están en la capacidad de defenderlos y hacerlos valer."⁶

En ese sentido, el interés jurídico superior del niño comprende tanto los aspectos materiales o espirituales relevantes para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras del niño y la niña, e incluyen todos sus requerimientos vitales y aspiraciones.

⁶ Rivero Hernández, Francisco. *Ob. Cit.* Págs. 55 y 56

1.3.3. Presupuestos fácticos y jurídicos del interés superior del niño y la niña

La lógica argumentativa exige al juez una labor previa a la decisión judicial, que consta de dos momentos esenciales: en primer lugar, el momento de establecer los datos (tanto materiales como espirituales) y circunstancias reales del caso concreto que puedan afectar la situación vital del niño o la niñas; información que deberá obtener del propio niño o niña y de declaraciones colaterales, además de los estudios técnicos que pueda ordenar (de carácter psicológico, social y físico). En segundo lugar, el momento de establecer los criterios jurídicos que utilizará como parámetros de la resolución judicial, los cuales deberán buscar en la Constitución Política de la República de Guatemala, en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, en los Protocolos Facultativos e Instrumentos internacionales relacionados con la materia y en la legislación nacional.

Una vez realizada la labor, el juez o la juez, contará con argumentos fácticos es decir, argumentos creados por la autoridad competente que lleva a cabo en este caso la detención y pone a disposición de juez competente al adolescente en conflicto con la ley.

En cuanto a los argumentos jurídicos le permitirán realizar una elección racional sobre la medida más adecuada para el niño o niña y además dictar una resolución judicial conforme a derecho. Sólo una valoración sobre los hechos y las normas que protegen a la niñez le permitirá establecer para en el caso concreto, cuál es el interés superior del niño o niña que debe, por obligación constitucional, prevalecer y, por tanto proteger.

La elección racional presupone que el juez evaluará con la información fáctica, cuales son las opciones que tiene, cuales son los posibles resultados y cuales son las probabilidades de los resultados. Todas estas opciones deberá valorarlas desde el contexto de los criterios que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, en su conjunto establece, pues sólo dentro de ese contexto es posible reducir al máximo la subjetividad de quien toma la decisión. Los criterios de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, objetiviza la argumentación y dan parámetros válidos para la aplicación del interés superior. Como señalan Alston y Gilmour –Wlash, “la convención proporciona un

amplio marco ético que puede dotar de un contenido mucho más claro y determinado, a principio del interés superior.”⁷

En ese sentido, en diversas sentencias, la corte de constitucionalidad ha establecido que la falta de motivación o razonamiento valorativo y estimativo de los hechos y las pruebas en un caso de la niñez, implican violación a los principios del interés superior del niño debido proceso y derecho de defensa, pues estima la Corte que “En los casos de los derechos de la niñez el juzgador debe siempre agotar la investigación y posteriormente valorarla en razón directa con el bienestar del niño o niña.”⁸

Asimismo, señala la corte que la autoridad judicial debe de tener en cuenta los diversos factores socioeconómicos, físicos y morales que permitan determinar la verdadera situación de un niño o niña antes de resolver su caso, pues estos, conforme lo preceptuado en la convención, debe ocupar atención preeminente, como se deduce de lo establecido en los Artículos 3.1., 9.1., 20.1; que resaltan el interés superior del niño.

Por esto conviene insistir en que la información personal y circunstancial del caso concreto y de sus protagonistas es absolutamente determinante cuando se discuten derechos de la niñez, pues al hacer el interés superior del niño un derecho regulado en una cláusula general, la única manera de fijar sus alcances y límites, así como de interpretarlo, es a partir de la presentación fáctica del problema vivencial o conflictivo.

Sobre la información fáctica, el juez realizará el juicio de valor y sólo con base en ella y los criterios jurídicos adecuados podrá realizar la operación mental de la toma de decisión. Por tanto, Rivero Hernández, señala que: “Debe subrayarse cuan importante es que se le ofrezca al juez, por quien o quienes estén legitimados y con las garantías procesales pertinentes, todos los presupuestos y datos del caso y cuantos elementos de juicio puedan influir de forma relevante (pues puede haberlos intrascendentes) en la decisión por tomar.”⁹

⁷ Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh. *Ob. Cit.* Pág. 58.

⁸ Solórzano, Justo. *Ob. Cit.* Pág. 101

⁹ Rivero Hernández, Francisco. *Ob. Cit.* Págs. 95

1.3.4. El interés superior del niño y la niña como un derecho preeminente

Toda decisión judicial relativa al interés superior del niño debe tener presente que se refiere al interés del niño no como objeto de derecho, sino como sujeto de derecho. Es decir, el interés superior del niño constituye un derecho del niño, un interés que es protegido y garantizado por la ley, como indica Rivero Hernández, se trata de “un derecho único (del niño o niña) de inteligencia, ejercicio o concreción variable, según la situación de que se trate, o en conflicto con otros derechos o intereses.”¹⁰ Por esto, cuando concurra un conflicto de intereses en el que se involucre el interés de la niñez, por principio constitucional debe prevalecer el del niño o la niña, pues para la ley ese interés tiene más valor que otro interés o tipo de intereses. La Constitución Política de la República lo establece en los Artículos 1, 2, 3, 4, 47 y 50, entre otros. De ahí que, el interés superior del niño o niña se traduce siempre en un criterio judicial de valoración positiva de los derechos de la persona, menor de edad.

Al ser el interés superior del niño un derecho, este sólo puede ser aplicado desde la perspectiva propia del niño o la niña, como persona autónoma que enfrenta un problema en un momento y lugar determinados, y no desde la perspectiva del adulto, pues por buenas que parezcan sus intenciones, esto sólo favorece el ingreso de las convicciones y prejuicios personales de quien toma la decisión.

El interés superior del niño y la niña debe entenderse, entonces como una garantía que se orienta a asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos humanos de la niñez. Por esto, en ningún caso, su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, Tratados y Convenios en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala y principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.

En consecuencia, su aplicación siempre velará por la ampliación y eficacia de sus derechos, y su no aplicación implicará, violación a los principios del debido proceso, derecho de defensa y del propio principio del interés superior del niño, y se podrá recurrir

¹⁰ *Ibid.* Pág. 90

dicha resolución y las responsabilidades civiles y penales en que el juzgador o la autoridad pueda incurrir. Por lo tanto, las interpretaciones de aquello que constituye el interés superior del niño no pueden, en ningún caso modificar, reemplazar, anular, menoscabar, limitar ni tergiversar cualquier derecho garantizado por otros Artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.

1.4. El derecho de opinión del niño

Los niños y las niñas han pasado de ser considerados un objeto del derecho, al cual debía tutelarse y proteger desde la perspectiva del adulto, a ser sujetos de derechos que, como tales, participan activamente en la toma de las decisiones que les afectan. Dicho en otras palabras: "Pasan de ser un objeto de decisiones ajenas, donde otros decidían todo lo concerniente a el o ella, a ser sujetos de derechos donde se establece que no hagan otros, lo que él o ella, pueden decidir o hacer por si y para si. Se trata de potenciar y hacer realidad la regla básica de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida."¹¹

El derecho a la autodeterminación del niño y la niña ha sido catalogado, por algunos autores, como un derecho subjetivo de carácter sustantivo que le garantiza al niño y la niña, el derecho de realizar elección sobre su propia vida y a que esas decisiones sean tenidas en cuenta. En ese sentido, el derecho de autodeterminación, siempre remite a un derecho previo, instrumental y complementario, generalmente definido como un derecho o garantía procesal: el derecho del niño y la niña a ser oído en todos los asuntos que les atañen.

1.4.1. El derecho de opinión como garantía del ejercicio del derecho de autodeterminación y desarrollo de la personalidad del niño la niña

La participación activa del niño y la niña en el proceso de su propio desarrollo es un derecho esencial que no debe negársele, dado que el desarrollo de la personalidad humana implica la posibilidad de la realización personal. La protección jurídica del niño y

¹¹ Ibid. Pág. 113



la niña se orienta a que ellos adquieran conciencia de sí mismo, de sus actos, de sus decisiones y, principalmente, de los derechos que, al ir avanzando en el proceso de crecimiento y maduración, pasaran a administrar directa y personalmente al llegar a su mayoría de edad. En consecuencia, su protagonismo en el desarrollo de su propia personalidad es un derecho indispensable y que no puede negársele.

Esta línea de pensamiento es la que reflejan la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención sobre los Derechos del Niño, pues garantizan el derecho del niño y la niña a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tomada debidamente en cuenta; igualmente garantizan que su educación estará encaminada a desarrollar su personalidad, sus aptitudes y su capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades, como lo establecen los Artículos 71 y 72 de la Constitución Política de la República. En ese sentido, el derecho de opinión participa y forma parte del proceso de formación del niño y la niña pues al escucharles y tomar en cuenta su voluntad, se favorece su educación rentadas a la libertad, la que persigue habilitarlos para que puedan hacer uso de ella conscientemente y con autocontrol de su voluntad, y les ayudará a llegar a ser personas adultas, autónomas y responsables. De lo que se trata entonces, es de fortalecer la autonomía del niño y a niña, creando las condiciones para que puedan participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

Se debe reconocer que al hablar de niñez se refiere a un grupo social heterogéneo en sí mismo, donde se encuentra diversas realidades, según los grupos etarios y cualidades personales, socioeconómicas y culturales de cada uno, que abarca desde la infancia, pasan por la adolescencia hasta llegar a la juventud. Por esto, la ley no puede fijar diferidas drásticas de tratamiento jurídico en lo relativo a tomar en cuenta o no la opinión del niño o niña, pues la dignidad humana y el derecho de expresarse lo tienen tanto, los niños y las niñas pequeñas, como los más grandes. Tomar en serio el respeto del desarrollo de la personalidad del niño y la niña implica asumir que su opinión, no sólo consta de la racionalidad que adquiere en las diferentes etapas de su desarrollo e interacción social, sino también, y principalmente, de sus sentimientos.

En ese contexto, el derecho de opinión implica no sólo escuchar al niño y niña, sino que va más allá, pues aunque no pueda manifestarse oralmente y con racionalidad si puede expresarse subjetivamente. El niño y la niña siempre tienen algo que decir y debe tomarse en cuenta. Sus sentimientos en el presente y para el futuro tienen un valor que no pueden dejar de ser escuchado para el bienestar de su persona. Puede decirse incluso, que respetarlos y tomarlos en consideración a efectos de su interés es mucho más importante, y necesario, que lo poco que él puede expresar, ante todo en las edades más tempranas. En ese sentido Baratta, citado por Solórzano indica que: “El principio incorporado en el artículo 12 tiene vigencia como principio general de la convención y se refiere, no solamente a la expresión verbal y las opiniones expresas, sino también a todos los signos y manifestaciones de experiencias intelectuales, emotivas o espirituales y a sus necesidades en las distintas edades y situaciones, por ejemplo manifestaciones físicas, emotivas, psicológicas, etc.”¹²

El reconocimiento del niño y la niña como sujetos de derecho implica principalmente la protección del desarrollo de su personalidad, y como parte de ésta, según se mencionó, debe favorecerse su participación activa de su propio desarrollo, a través de la toma en consideración de su expresión, que no se limita a la racionalidad objetivamente manifestadas por él, sino que comprende, además, todo lo relacionado con su subjetividad, es decir sus sentimientos. En consecuencia, la mejor manera de proteger el desarrollo de la personalidad del niño es favorecer su autonomía, pues ésta es la que le otorgará, progresivamente, seguridad y autoafirmación.

1.4.2. Alcances y límites del derecho de opinión del niño y la niña

Favorecer la autonomía ética del niño y la niña no significa que se les transfiera todo el poder de decisión. Las interrogantes sobre este tema son múltiples, desde la real capacidad del niño y la niña para expresarse, la influencia que en ellos ejercen determinadas situaciones, personas, su edad, falsas expectativas o promesas, sentimientos de culpabilidad, inexperiencia, entre otros. No se trata, como señala Eekelaar, citado por Rivero Hernández “de arrancar la decisión al niño, sino de crear y

¹² Ibid. Pág. 110

establecer el entorno y las condiciones más propicias para que éste pueda desarrollar su personalidad en transformación y por ese conducto, con su propia participación, modelar los resultados ulteriores.”¹³ Como señala el comité de los derechos del niño, al referirse al Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, éste no da al niño el derecho a la autodeterminación, pero sí el de participación activamente en la toma de decisiones; y al hacer hincapié en la evolución de las facultades del niño, mencionado en los Artículos 5 y 14, de dicha Convención, subraya la necesidad de respetar esa evolución en la toma de decisiones.

Crear las condiciones para la participación activa de niñas y niños y el desarrollo de su personalidad conlleva siempre, la obligación de escucharles, pues su opinión siempre será un elemento imprescindible para quien deba decidir, como señala Rivero: “Es mejor escuchar al niño y a la niña que permitir la ajena manipulación, desde fuera y por quien sea, con una pretendida superioridad de criterio y aséptica buena voluntad. Es preferible ayudar al niño y la niña a que desarrollen su propia valoración de intereses y una razonable perspectiva de lo que les conviene, que restringirles o excluirlos de la posibilidad de participación.”¹⁴

De lo que se trata, entonces, es de conocer cual es la expresión objetiva y subjetiva del niño y de la niña en relación con determinado acontecimiento de su vida y luego considerarlo (tomarlo debidamente en cuenta) para decidir lo que más interesa para su bienestar. Por esto, para comprender su opinión no es suficiente sólo con escucharle, lo cual siempre es necesario, sino que, además, resulta indispensable conocer cual es el contexto psicológico y social en que dicha opinión se genera, de ahí la importancia de la intervención de especialistas.

1.4.3. Límites procesales para la expresión de la opinión del niño y la niña

Las leyes procesales establecen las formas en que las partes de un proceso judicial podrán participar y prestar su declaración. Por lo regular, se expresa que la declaración

¹³ *Ibid.* Pág. 126

¹⁴ *Ibid.* Pág. 129

de parte deberá hacerse personalmente y que, por lo menos en materia civil, por las personas menores de edad prestará declaración su representante legal. Esto parece ser contradictorio con el derecho de opinión que estipula la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pues si se considera que el niño es afectado directa o indirectamente en un proceso judicial, debe ser éste quien personalmente preste su declaración, o mejor dicho, de su opinión.

Sin embargo, parece ser que esa reserva legal (exclusiva del ámbito civil) se realiza, en parte, con el objeto de que los intereses de la persona menor de edad sean correctamente protegidos por su representante legal, pues el niño, por su poca experiencia, aún no cuenta con los conocimientos necesarios para defenderse y, en algunos casos, su declaración formal, a solicitud de la otra parte, podría provocar más perjuicio que beneficio. Debe considerarse que, en materia civil, la incomparecencia a la citación de declaración de parte, sin causa justa, la negativa a contestar las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir los hechos demandados como ciertos. No obstante, debe resaltarse que el niño y la niña tienen el derecho de expresar su opinión en juicio, aún cuando no haya sido solicitado por su representante legal o por la otra parte, pues forma parte del proceso judicial y toda decisión que se tome en el afectara sus intereses y derechos.

En consecuencia, la expresión ya sea directamente o por medio de su representante o de un órgano apropiado, del segundo párrafo del Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, otorga cierta discrecionalidad al Estado, para que éste determine como debe ser escuchada la opinión del niño. No obstante, aunque la norma nacional exija que se haga a través de un representante legal, siempre permanece la obligación de transmitir la opinión del niño. En el mismo sentido se pronuncia el comité de los derechos del niño al indicar que la expresión en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, debe interpretarse, junto con la obligación del Estado de adoptar las medidas legislativas adecuadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, en el sentido de incluir los procedimientos que permitan al desarrollo de este Artículo, y no como una manera de permitir soluciones inadecuadas

en la regulación del derecho procesal, que impidan el desarrollo de opinión del niño y la niña.

Por esa razón el comité de los derechos del niño, recomienda que en la aplicación judicial de la convención sobre los derechos del niño y la niña, se priorice la incorporación de sus principios generales, especialmente de las disposiciones del Artículo 3, relativas al interés superior del niño y la niña y las del Artículo 12, concerniente a los derechos del niño y la niña a expresar su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta. Asimismo, recomienda que los Estados partes examinen la posibilidad de establecer otros mecanismos para facilitar la participación de los niños y las niñas en las decisiones que los afectan, como por ejemplo, facilitar al niño y la niña al acceso a la debida información acerca de las distintas posibilidades y las consecuencias que se derivan de cada una de ellas. Para ello, el juez, debe ser creativo, debe buscar el medio idóneo para escucharle, garantizar que dicha manifestación sólo puede utilizarse para favorecerle y en su interés y no a favor de una de las partes.

1.4.4. La audiencia judicial y la opinión del niño y la niña

El derecho del niño y la niña a expresar su opinión debe hacerse efectivo en el marco de una audiencia judicial y ésta, de acuerdo con su interés superior, debe cumplir con ciertos requisitos. La garantía de audiencia judicial es uno de los mecanismos que permite el juez reconocer al niño y la niña como persona humana, capacitada para participar e influir en los procesos de toma de decisiones que corresponda a sus vidas, puesto que, no hay mejor fuente que el propio niño y niña para poder conocer que es lo que les conviene para el desarrollo de su propia personalidad. La audiencia judicial, entendida como figura jurídico-procesal, permite, en parte, cumplir con esa exigencia de la convención. Pues no se trata sólo de oír, sino de escuchar y tener en cuenta una opinión, es decir, de pronunciarse judicialmente sobre la opinión objetiva y subjetiva del niño en determinado asunto que le afecta (directa o indirectamente).

a) La reserva judicial y el derecho de privacidad e intimidad del niño y la niña

El Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, establece que ningún niño o niña será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. Este Artículo es complementario de la protección de un derecho fundamental ya estableció tanto en el artículo 17 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección de la privacidad e intimidad a que alude este Artículo abarca todas las situaciones de la vida privada del niño y la niña, incluso el derecho a recibir asesoramiento y orientación confidencial, así como el acceso a la información acerca del niño o la niña contenida en informes o registros.

En ese contexto, para acceder a cualquier información sobre un niño o niña, debe existir previamente, una autorización judicial. El acceso a esa información debe ser estrictamente vigilado por el juez, en el sentido de que únicamente será válido cuando se ajuste al espíritu de la Convención. Esto implica que el niño y la niña siempre tienen que estar informados sobre quien o quienes tienen o tendrán acceso a su información. En expresión de la opinión del niño y la niña se conocerán aspectos de su vida privada y las personas que en ella participen deben ser advertidas de que la información que ahí se conozca tiene carácter confidencial.

El derecho de privacidad incluye el derecho del niño y la niña a revelar información que no puede ser conocida ni revelada, incluso a sus propios padres, familiares o amigos. En estos casos, el juez, debe tomar en cuenta que no existe una edad mínima a partir de la cual el niño o la niña puedan ejercer este derecho, incluso frente a sus propios padres o responsables, pues si se plantea una situación problemática, esta debe ser resuelta por vía del Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña. En él se da el derecho a los padres de dirigir y orientar al niño y a la niña pero no de forma ilimitada y absoluta, sino en consonancia con la evolución de sus facultades. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, establece un marco que

permite aclarar cuales son los derechos del niño y la niña, es especial respecto de las relaciones con sus padres.

El derecho de privacidad del niño y la niña es un límite al derecho de información y expresión de los medios de comunicación. No obstante su protección constitucional, pues como repetidas veces lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad, no existen derechos absolutos o limitados. Es decir, esos derechos (de información y expresión) están limitados por otros derechos fundamentales de carácter personalísimo, ante todo cuando se trata de un derecho de la niñez, pues no se debe olvidar, como señala Filloy Palmero, citado por Justo Solórzano que: “El niño y la niña, por su falta de madurez física y mental, necesitan de una protección legal especial, y lo más amplia posible, en proporción con el daño que se les pueda causar, a veces de carácter irremediable, en su honor y en su intimidad. La libertad de expresión e información frente a la niñez, puede convertirse en una fórmula que permita la lesión de otros bienes y derechos constitucionales como consecuencia de un ejercicio ilegítimo de la mediación informativa.”¹⁵

Fueron múltiples los inconveniente que representó para Guatemala la implementación del código de la niñez y la juventud contenida en el Decreto 78-96 tomando en consideración que dicho código fue un instrumento jurídico de promoción social, que persiguió lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y la juventud guatemalteca dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos. Tomando en consideración que fue un modelo europeo. Esta disposición legal no era acorde a la realidad guatemalteca e inmediatamente la sociedad guatemalteca se pronunció al respecto y el Congreso de la República debió suspender la tramitación y aprobación de la misma y posteriormente decretó la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia misma que se encuentra vigente.

Este principio es desarrollado por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República al establecer, en los Artículos 153 y 154, que los datos sobre los hechos cometidos por adolescentes

¹⁵ *Ibid.* Pág. 120

sometidos a esa ley serán confidenciales. Además, señala la prohibición de divulgar, por cualquiera, la identidad e imagen de uno o una adolescentes en conflicto con la ley penal y la de los miembros de su familia. A los infractores se les impondrá una multa entre cinco y veinticinco salarios mínimos del sector laboral al que pertenezcan dependiendo del daño provocado. La multa será cuantificada e impuesta por el Juez de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, con jurisdicción en el lugar donde se realizó la infracción, a través del procedimiento de los incidentes.

Debe mencionarse que la normativa Constitucional y de la Convención son muy claras en cuanto a la prohibición de divulgar públicamente la imagen de un niño o niña, o cualquier información que permita identificarlo, pues además de perjudicar al propio niño, niña o adolescentes, pueden generar un estereotipo equivocado sobre la niñez y adolescencia. Al respecto, el comité de los derechos del niño, ha expresado su preocupación: "En su actividad de información los medios de comunicación dan una imagen del niño, reflejan la percepción de quienes son los niños y como se comportan e influyen en esa percepción. Esta imagen podría crear y transmitir un respeto por los jóvenes, pero también propagar prejuicios y estereotipos que influye de manera negativa en la opinión pública y en los políticos."¹⁶

La generación de imágenes negativas de la niñez y adolescencia, a través de la construcción de estereotipos sociales, puede generar una influencia negativa en las decisiones que adopten los operadores de justicia, así como en la propia sociedad, tanto sobre la niñez víctima como sobre un grupo específico de niños o niñas.

Respecto de los estereotipos sociales que se construyen sobre los adolescentes en conflicto con la ley penal, debe resaltarse la forma en que los medios de comunicación, como instancia socializadora, influyen en las demandas sociales para mayor seguridad y protección penal, producto de la configuración irreal que de la criminalidad juvenil se presenta a los ciudadanos. Resulta interesante observar como, la prensa, utiliza los casos de criminalidad de adolescentes. Son habituales los titulares de periódicos sobre

¹⁶ Solórzano, Justo. **Ob. Cit.** Pág. 123

el aumento de la violencia juvenil y el hecho de que los delitos más graves son cometidos cada día por personas más jóvenes.

La percepción negativa de la criminalidad juvenil y el temor a ser una víctima más del delito, aumenta y distorsiona la realidad, con la consecuencia de generar una respuesta social desproporcionada ante los adolescentes en conflicto con la ley penal. Esta situación se agrava cuando se trata de hechos realizados por grupos juveniles (las denominadas maras), pues fortalecen las políticas represoras y se disminuyen las de carácter preventivo. Zúñiga Rodríguez, indica lo siguiente: "Hoy en día los verdaderos configuradores de imágenes y estereotipos sobre la criminalidad y sobre las demandas de la sociedad en torno del sistema penal, son los medios de comunicación. Estos no forman a la ciudadanía en una correcta respuesta hacia la desviación social, sino que deforman las imágenes de acuerdo con el nivel de audiencia aprovechan el morbo que despiertan los asuntos de sangre en todo el ser humano."¹⁷

En relación al secreto profesional que debe guardarse con los pacientes y clientes menores de edad, en el caso de médicos psicológicos, trabajadores sociales, abogados, entre otros. Pues este se suele invocar erróneamente en muchas ocasiones, para cubrir amenazas o violaciones a los derechos humanos de la niñez. Sobre este aspecto la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña otorga un marco que permite aclarar que el secreto profesional termina cuando a pesar del esfuerzo profesional, la salud moral o física del niño o la niña corre peligro grave. En estos casos el niño y la niña deben ser protegidos inmediatamente incluso de sus propios padres, el derecho profesional se transforma en una obligación jurídica de protección hacia el niño.

En ese sentido, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece, en el Artículo 29, que en los casos de sospecha o confirmación de maltrato contra el niño, la niña o el adolescente, detectados por personal médico o paramédico de centros de atención social, centro educativos y otros, deberán obligatoriamente comunicarlos a la autoridad competente de la respectiva localidad, sin perjuicio de otras medidas legales. Asimismo, el Artículo 44 de la citada Ley señala que las autoridades de los

¹⁷ Zúñiga, Laura. **Política criminal**. Madrid: Editorial Colex, 2001. Pág. 135

establecimientos de enseñanza pública o privada comunicarán a la autoridad competente los casos de abuso físico, mental o sexual que involucre a sus alumnos.

Por su parte, los Artículos 53, 54, y 55 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regulan los derechos del niño, niña y adolescente en relación con el maltrato, negligencia, discriminación, marginación, explotación, violencia, crueldad y opresión, ya sea por acción u omisión, señalan que el Estado de Guatemala deberá adoptar las medidas legislativas, administrativas sociales y educativas apropiadas para protegerlos contra toda forma de abuso físico, sexual, descuido o trato negligente y abuso emocional, y los definen de la siguiente manera:

1. **Abuso físico:** ocurre cuando una persona que está en una relación de poder con un niño, niña o adolescente, le infringen daño no accidental y le provoca lesiones internas, externas o ambas. La relación de poder se da cuando existe una diferencia de fuerza, edad, conocimiento o autoridad entre la víctima y el ofensor.
2. **Abuso sexual:** ocurre cuando una persona que esta en una relación de poder o confianza involucra a un niño, niña o adolescente en una actividad de contenido sexual que propicie su victimización y de la que, el ofensor, obtiene satisfacción. Se incluye cualquier forma de acoso sexual.
3. **Descuidos o tratos negligentes:** ocurren cuando la persona o personas que tienen a su cargo el cuidado y crianza de un niño, niña o adolescente, no satisface sus necesidades básicas de alimentación, vestido, educación, atención médica, teniendo la posibilidad de hacerlo.
4. **Abuso emocional:** ocurre cuando una persona daña la autoestima o el desarrollo potencial de un niño, niña o adolescente.

b) El derecho de información como requisito esencial para la participación

El autor Bernuz Beneitez, citado por Calvo García y Fernando Sola, indica lo siguiente: “Es preciso poner en relación este derecho con otros igualmente importantes, pues el derecho de opinión presupone el previo derecho a ser informado de sus derechos, de las circunstancias en que se encuentra, de las decisiones que puedan ser acordadas, así como el derecho a que se le resuelvan sus dudas legales. Todo esto, de una forma acorde con su edad y de una manera en que el niño y la niña puedan formarse una opinión.”¹⁸

El niño y la niña siempre deberán ser informados, de forma clara y adecuada, de los alcances jurídicos de la audiencia judicial. Debe indicárseles cuales son los antecedentes y probables consecuencias de caso concreto. Se les deberá facilitar el acceso a toda la información del caso así como de las posibles opciones y las consecuencias de cada una de ellas.

De la forma más comprensible para su edad y madurez. “El Artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Niña le garantiza al niño y la niña la libertad y su derecho a la información principalmente con respecto a los distintos escenarios de toma de decisiones en los que el y ella pueden expresar su opinión;”¹⁹ y además, el Artículo 12 de la Convención establece un derecho, para poder decidir libremente sobre el ejercicio de este derecho, los niños y las niñas debe estar previamente informados de las consecuencias límites, opciones, alternativas, entre otros, que genera la audiencia judicial.

La información previa que puede otorgársele al niño, niña sobre el ejercicio de su derecho de opinión, permitirá, que comprenda las razones de la medida que el juez se aleja o toma en cuenta su razonamiento. Todo esto resulta educativo y, en “consecuencia, toda actitud contraria es decir, mantenerle alejado de los mecanismos de información, sólo consigue alimentar la angustia que supone estar frente a un

¹⁸ Calvo García, Manuel y Fernández Sola, Natividad. **Los derechos de la infancia y de la adolescencia, primera jornada sobre derechos humanos y libertades fundamentales.** Pág. 301.

¹⁹ *Ibid.* Pág. 157

órgano jurisdiccional, que no obstante ser ajeno y extraño a su vida tomara decisiones que le afectaran.”²⁰

c) La forma y el lugar adecuado (objetiva y subjetiva: dialogar)

La opinión del niño debe ser escuchada y recibida en un ambiente que no le intimide, en virtud de que el ambiente institucional no es el más adecuado debe procurarse construir un ambiente físico y humano agradable para el. La audiencia no debe ser interrumpida hasta que se logre un ambiente de confianza y seguridad no puede iniciarse la entrevista, sólo esto garantizara que esta no sea una experiencia traumática y negativa para el niño. El juez debe tener presente que las reacciones, actitudes, expresiones faciales, lenguaje corporal y otros aspectos no verbales de la persona que pregunta, influenciarán la entrevista. Además, Bill France, citado por Justo Solórzano, señala que: “Debe recordarse que pedirle a los niños o niñas que testifiquen de un juzgado no es algo fácil, pues implica no, sólo compartir detalles íntimos frente a un grupo de extraños sino también, en algunos casos, frente al agresor. En lugar de hablar del hecho de forma natural, el niño se siente amenazado, pues solamente se le permite contestar lo que se le pregunta.”²¹

El juez debe vigilar porque el lenguaje utilizado en la audiencia no sea amenazante para el niño, este debe ser apropiado y claro sin dar lugar a sentimientos de culpabilidad en el niño. Se deben evitar las preguntas dirigidas o sugestivas, en cambio deben ser sencillas, directas, comprensibles y claras. El niño debe saber que tiene el derecho de pedir que le repitan o aclaren las preguntas, así como de expresar lo que el siente y piensa libremente. El juez, ante todo, debe tener presente que el interés superior es el del niño y la niña, no el de las partes o el formalismo.

En ese sentido, debe resaltarse que, al aplicar la Convención el juez, debe ser creativo, tal y como sucede con distintos jueces de sentencia de país, quienes para recibir la declaración en el debate se bajan del estrado y se sientan al mismo nivel del niño, además establece previamente a las entrevistas, una relación de confianza. La forma de

²⁰ *Ibid.* Pág. 302

²¹ Solórzano, Justo. *Ob. Cit.* Pág. 130

la audiencia no puede ir orientada por el modo del interrogatorio, sino que debe procurarse el intercambio de impresiones y argumentos (no sugestivas) y buscarse un debate razonable acerca de la cuestión que se le consulta al niño o niña, de tal suerte que este sienta que participa del dialogo y que no solamente es objeto de recopilación de información. De lo que se trata entonces, es de dictar las medidas administrativas, judiciales y de cualquier tipo que eviten la victimización secundaria del niño o la niña.

d) La Corte de Constitucionalidad y el derecho de opinión del niño y la niña

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en diversas sentencias a favor de la consideración de la opinión del niño y la niña en todos los asuntos que les afecten. Ha manifestado que la voluntad de los niños y las niñas tiene un valor preponderante para decidir judicialmente cuestiones que les afectan y les conciernan, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad, al referirse al Artículo 9 inciso 1, 2, y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al indicar, en una sentencia de amparo, que otorgan a la declaración de voluntad del niño de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremo, un valor preponderante para decidir judicialmente asuntos que le afecten y le conciernan. Dicha Convención fue aprobada y ratificada por Guatemala. Si embargo, en la sentencia emitida (refiriéndose a la sentencia impugnada) por la autoridad reclamada, no aparece en los razonamientos que los elementos de opinión de los niños e interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se ordena en la citada Convención. Antes bien, se aprecia que no fueron tomados en cuenta con la intensidad regulada. Esta situación vulnera el debido proceso y derechos del niño representados por la postulante, por lo que se otorgó el amparo promovido.

1.5. Sistemas de protección

Los diferentes sistemas de protección a los derechos del niño se pueden dividir en dos: los sistemas de protección social y los sistemas de protección jurídica.



1.5.1. Los sistemas de protección social

Están por una parte muy amplia a cargo de la comunidad y por otra a cargo de la iglesia, que cuida la moral de las personas para proteger al niño y proporcionarle todo lo que necesite hasta de sea mayor de edad, lo cual en nuestra legislación es a los dieciocho 18 años.

El niño forma parte de la comunidad y ésta comunidad tiene con él una responsabilidad natural, derivada de la propia solidaridad que el grupo siente. Primero, de una manera intuitiva y, después, de un modo más racional. La sociedad considera al niño como un ser que requiere protección social especial pues él no puede hacerlo por sí sólo. Dejar sólo e indefenso al niño en la sociedad genera sentimientos agresivos y de soledad en el niño. El niño no puede ni tiene la madurez aún para tomar decisiones correctas y para su beneficio futuro.

En la actualidad, lo más importante es que todos lo seres humanos tengan la oportunidad de nacer y sin importar sus defectos, dejarlos desarrollarse y progresar cada día más. La sociedad tiene un compromiso de primer orden en cuanto a la protección de la niñez, de carácter integral, encaminada no sólo a considerarla como seres humanos desvalidos y desprotegidos, sino como sujetos con derechos.

1.5.2. Los sistemas de protección jurídica

Están a cargo del Estado imponiendo una política en pro de los derechos del niño. Partiendo de la Constitución Política de la República, el Estado de Guatemala protege al ser humano aún antes de nacer. En igual sentido se encaminan otros instrumentos de la legislación ordinaria. Existen muchas disposiciones que dan a los niños defensa legal como los códigos de menores, leyes de tribunales de familia, normas penales y laborales.

1.5.3. Constitución Política de la República de Guatemala

Guatemala ha incorporado un número de Artículos en la Constitución Política de la República de 1985, con el propósito de fomentar el respeto por los derechos humanos.

Por ejemplo, el Artículo 2 declara que es obligación del Estado garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo personal a todos los habitantes de la República.

Y se ha introducido en la Constitución Política de la República el puesto de Procurador de los Derechos Humanos, quien será el responsable de investigar todo tipo de demandas sobre abusos de derechos humanos hechas por cualquier persona (Artículo 275 de la Constitución Política de República de Guatemala). Además, los Artículos del 203 al 205 inclusive, reconocen la independencia del sistema judicial.

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

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece en su Artículo 2 que niño es toda persona “desde su concepción hasta que cumple trece años, y adolescente a toda aquella desde los trece años hasta que cumple los dieciocho”, que, de acuerdo con el Código Civil, es la edad en que los adolescentes pasan a ser legalmente mayores de edad.

En el Artículo 3 se establece que: “El Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, la presente Ley y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva.”

El Artículo 4, indica que: “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 lo relativo a la vida, libertad, seguridad,

paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.”

Y el Artículo 52 de la citada ley establece lo siguiente: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra el consumo, uso y abuso de sustancias que produzcan dependencia, para lo cual el Estado creará y apoyará las condiciones apropiadas para los programas correspondientes.”

1.5.5. Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña

La Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña en el Artículo 34 insta a los Estados Partes “a tomar todas las medidas apropiadas para impedir: a) La iniciación o la coacción para que un niño/a se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación de un niño/a en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación de un niño/a en espectáculos o materiales pornográficos.” En su Artículo 35, pide a los Estados Partes que tomen las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta y el tráfico infantil para cualquier propósito y de cualquier forma.

1.5.6. Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta declaración establece lo siguiente en el Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Y en su Artículo 2, establece que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”





CAPÍTULO II

2. La adopción

En todas las naciones del mundo, hay miles de niños desechados, explotados, mercantilizados, y hasta utilizados como elementos de experimentación médica. La historia humana registra períodos y épocas dramáticas en las que por razones políticas, económicas, sociales, los hombres se enfrentan unos con otros cuando se agota el dialogo y la comunicación pensante; en estas luchas un sector que siempre ha sido perjudicado es precisamente la niñez a quien se le ha condenado a la orfandad, a la frustración y en definitiva a su muerte.

En la actualidad miles de niños crecen totalmente faltos de protección, provisión y consejo de padres; y niños huérfanos carentes de toda protección y guía paterna, por lo que surge la inquietud de encontrar un paliativo a tan lamentable problemática. Los niños deben ser considerados como potencial de inteligencia, de vitalidad física, socialmente por ello si se usa y desarrolla ese potencial adecuadamente, se obtendrá el consiguiente beneficio para esa niñez que necesita ayuda, en vez de considerarlos como una carga indeseable para el conglomerado.

La adopción ha evolucionado a través del tiempo, por lo que su concepción y finalidad originaria ha cambiado en los últimos años. Esto se debe principalmente a la crisis que enfrenta la familia nuclear formada por generaciones entre padres e hijos, como tipo más difundido de la familia. El desarrollo social y económico de la sociedad ha producido profundos cambios en las características y funciones de la familia y, por ende, en la institución de la adopción.

La adopción como una institución del derecho de familia, ha sido objeto de distintos estudios a través de la historia, pues la misma siempre ha existido, en las diferentes civilizaciones, principalmente de índole europeo, pues sus raíces son de índole romano.

2.1. Antecedente histórico

No se conoce país civilizado en donde no se haya establecido normas legales en forma legislativa. Si se parte de que el Derecho, es un fiel reflejo de la vida de los pueblos, habrá de entenderse que las instituciones jurídicas tienden a tomar la tradición del Derecho Escrito o Consuetudinario, por lo que las normas prevén, resuelven y sancionan los conflictos humanos y su característica es la coercibilidad; la fuerza del Derecho está en la conciencia del deber.

Lo anterior, hace inferir acerca del porqué la adopción ha sido incorporada a la legislación de casi todos los pueblos, y por lo tanto, será la historia de la institución la que responderá a tal interrogante determinando la razón de su existencia a través de los tiempos.

2.1.1. La adopción en el derecho romano

El Derecho Romano Clásico, caracterizado por su dureza y sistema patriarcal, se fue humanizando bajo el influjo cristiano mediante reformas substanciales que no afectaron en sí la raíz del Derecho Arcaico. La figura de la *pater potestas*, que era el derecho de los padres con relación a sus hijos, continuó siendo la institución central del Derecho concerniente a padres e hijos. De esta manera, se reguló en el Derecho Romano de la siguiente manera: "En el Derecho Romano Clásico el hijo legítimo al nacer, quedaba sometido a la potestad de sus padres. Hijo legítimo era el concebido en un matrimonio *iustum*, si era concebido fuera de matrimonio, el hijo era ilegítimo aún cuando hubiese nacido dentro del matrimonio."²²

Con respecto a la prueba de la legitimidad no hubo presunciones en el Derecho Romano Clásico. "La máxima *pater is est quem nuptiae demonstrant*, en manera alguna la generó, pues solamente significó que el pretor no ha de indagar si el actor era realmente hijo legítimo del demandado, sino concretarse simple y llanamente a establecer si el actor ha nacido o no dentro del matrimonio, como una consecuencia de la naturaleza humana."²³

²² Schultz, Fritz. *Derecho romano clásico*. Pág. 136

²³ *Ibid.* Pág. 137

Es decir, que en el Derecho Romano Clásico, se conoció solamente un acto jurídico generador de la pater potestas, mismo que se le denominó: "Adoptio (optio elección, opción), podrían ser adoptio de un homo siu iuris (adrogatio). La legitimación de un hijo ilegítimo, por los padres de éste (distinta de la adopción o adoptio) no existió en el Derecho Romano Clásico."²⁴

Ni aun cuando los padres contraigan matrimonio, el hijo no adquirirá legitimidad alguna automáticamente; fué hasta en tiempos de Séptimo Severo que se abolió la prohibición, aunque limitada a los soldados romanos, se creó entonces la missio honesta de un soldado, y la ciudadanía romana era conferida a los hijos de éste, pero no por ello quedaban sometidos a la pater potestas de un padre.

El único objeto de la adoptio en el Derecho Romano Clásico, fué recrear la pater potestas y sin que tuviera explicación en la consecución de otras finalidades; era una manera de relacionar el parentesco entre padre e hijo. Sin pater potestas la mujer no podía adoptar, pues tenía ciertas limitaciones, mismas que se describen a continuación: "La materna potestas, durante la República se reguló la adopción en forma extensiva, el trámite era que, primero debía procederse a la extinción de la patria potestas original, la cual se adquiría mediante la triple venta por mancipatio (la venta única de una hija o de un nieto fue suficiente), de acuerdo al principio establecido en las doce tablas. El acto siguiente era una in jure cessio mediante la cual el adoptante reclamaba al adoptado como hijo suyo."²⁵

Puede decirse que la figura de la adopción clásica Romana, fue siempre la creación de una pater potestas del adoptandus; luego, el Derecho Romano Arcaico, fue objeto de una total reforma llevada a cabo en el período post- clásico, lo cual permitió que la institución alcanzará el aspecto de una sucesión hereditaria entre adoptante y adoptado.

En tratadista Vicenzo Arangio Ruiz, al puntualizar estas reformas substanciales del Derecho Romano Post-Clásico indica: "La adopción o adoptio es el traslado de un filius de

²⁴ *Ibíd.* Págs. 137 y 138

²⁵ *Ibíd.* Pág. 141

una familia a otra. Pero en el mundo del Antiguo Imperio, la importancia de la adoptio era superada por la adrogatio con la cual un pater familias se hacía súbdito de otra familia.”²⁶

La adrogatio, estaba permitida solamente a los padres que no tuvieran descendientes que servía para crear un heredero superficial o artificial. La adoptio, en cambio tuvo como función especial la de facilitar el desplazamiento de las fuerzas laborales, abundantes en un grupo, hacia otro que careciere de ellas. “Fue en consecuencia, un acto meramente privado que se cumplía entre los dos padres de familia interesados sin que en él tuviese lugar la voluntad del adoptado.”²⁷

La figura de la adoptio (adopción) se distinguió de la errogación en que la primera consistió en que un alien iuris, salía de su familia de sangre y de la potestad de su pater familias, para pasar a formar parte de la familia del adoptante. Mientras, para formar lo descrito en el segundo caso, la brogatio, fue la adopción de un sui iuris, o sea la incorporación en la familia del adoptante, tanto el adoptado como de las personas sometidas a su potestad. Y aún más allá, porque implicaba también la transferencia de su matrimonio al adoptante”²⁸

El tratadista Vélez Sarfiel, estima que el Derecho Romano en general distinguió dos clases de adopciones: “La adoptio plena y la adoptio minus plena. La primera era la realizada por ascendiente con el consiguiente efecto de la sujeción total del adoptado al adoptante; la segunda, era la que permitía que el adoptado conservará su situación familiar previa, por lo que no quedaba bajo las patria potestad del adoptante, sino que simplemente permitía la sucesión ab-intestado, en la sucesión de este último. La adopción románica atendió siempre al aseguramiento de una relación pater no familiar de índole legal, fría y unitaria, más que una autentica protección o preocupación de un menor de edad, pareciera ser que roma incorporo la adopción a su legislación bajo presión de que las costumbres, la religión y la aplicación de las demás leyes no hacia indispensable, pues el heredero el pater familias era indispensable aun para el entierro y funerales de éste.”²⁹

²⁶ Arangio, Vincenzo Ruiz. *Instituciones del derecho romano*. Pág. 524

²⁷ *Ibid.* Pág. 525

²⁸ Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Pág. 71

²⁹ Vélez, Sarfiel. *Anteproyecto del código civil argentino*. Pág. 3



2.1.2. La adopción en el derecho francés

Los legisladores franceses, consideraron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados un individuo que la naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasi-paternidad que desde su principio hizo preveer problemas inminentes. La adopción, quedó reducida a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptado, como una ficción jurídica. El adoptado no salía de su núcleo familiar, pues quedaba sujeto la potestad de sus padres, careciendo de parientes en la familia del adoptante.

La adopción en el Derecho Francés buscó crear vínculos de afecto, tendientes a perpetuar una tradición aristocrática y patronímica llamada: "adopción aristocrática y patronímica."³⁰

La adopción en el código Francés, según Ambrosio Colín y Henry Capitant, creó relaciones exclusivamente entre el adoptante y el adoptado. Sin embargo, el 19 de junio de 1923, mucho tiempo después, Francia sancionó su ley de adopción, en la que no sólo la establece para los huérfanos de la guerra, sino para todo aquel que necesite la protección de un verdadero padre.

Desde aquí se hace presente el cuadro de la gran cantidad de seres abandonados a la miseria que las grandes ciudades, que demandó una ley que les permitirá considerarlos como hijos legítimos a los que había de protegerlos, y luego brindarles educación, despertando así sus efectos, en el niño principalmente quien jamás supo de la dulzura y caricias paternas. Francia, según Colín y Capitant, es el primer país del mundo en incorporar a su legislación la institución de la adopción con mucho de los rasgos distintivos que modernamente tienen, atribuyendo tal mérito al Código de Napoleón. Los juristas franceses de la época se esforzaron por hacer renacer por institución ya casi olvidada en Europa; fué Napoleón Bonaparte, a través de sus legisladores, quien buscó la formación de las bases de un estatuto de familia amplio, confiable y eficaz. Sin embargo, no es sino hasta 1923 que Francia transforma totalmente la adopción del Código de

³⁰ Colín y Capitant. *Curso elemental de derecho civil*. Pág. 664

Napoleón y así que ésta deje de estar fundada de intereses privados para recuperar su fin político social. Los juristas de la época, estimaron que la institución de la adopción debería cumplir con un orden y función social y de ayuda o colaboración para los menores de edad.

2.1.3. La adopción en el derecho civil español

El tratadista Federico Puig Peña, en su obra Compendio de Derecho Civil consigna que el Código Civil Español, en su capítulo cinco del título siete en el libro uno (Artículos 173 a 180): reguló la institución de la adopción de la siguiente manera: "Reglamentó la adopción prescindiendo de las antiguas conceptualizaciones que reconocía el derecho romano, pero sin que la institución llegara a orientarse en un sentido práctico y moderno, toda vez que sometía, al igual que la generalidad de los códigos latinos, a condiciones muy rigurosas, aparte de que era una institución que respondía más al interés del adoptante que a la del adoptado, sin que pudiera afirmarse que generaba una relación de paternidad y filiación, ni que fuera por origen ni orientación, unificación de protección del menor de edad, ni encaminada a favorecer a los huérfanos puesto que también los mayores podrían ser adaptados y lo mismo podían hacerlo los sometidos a la patria potestad."³¹

Posteriormente, el Código Civil Español es reformado y vuelve hacer la distinción entre la adopción plena y la menos plena; la primera establecida para los niños abandonados o expósitos y en ella el hijo prácticamente alcanzaba la calidad de legítimo. La segunda, se aplicaba a todos con conflictos y efectos limitados.

2.1.4. La adopción en el derecho germano

Las leyes tienen su razón en los fenómenos de la convivencia y en el grado de influencia que ejerza la conciencia humana sobre las mismas. Así, en el Derecho Germánico, la institución de la adopción tuvo como finalidad esencial proveer de descendencia a un guerrero que nada poseía como una situación meramente político-social, pero en manera alguna un vínculo de parentesco. De allí que, como cita el autor argentino José Ferri:

³¹ Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil*. Pág. 175

“Solamente se tutelaron figuras como el afratorio que ligaba a persona extraña por motivo de asistencia y mutua; el afresissement, que incorporaba a los hijos de anteriores matrimonios de los cónyuges al nuevo vínculo matrimonial otorgándoles el derecho de ser hijos y herederos comunes. Y finalmente, se tuvo la institución de la *eindindscharf* por lo cual se designaba heredero a quien en el mismo acto de disolución testamentaria se le imponía con obligación de llevar el apellido del testador.”³²

2.1.5. La adopción en otras culturas

En los pueblos Orientales, la adopción está plenamente arraigada por el derecho consuetudinario, y también por los mismos conceptos filosóficos y religiosos que conforman las culturas, así como en el mundo judeo-cristiano, la adopción tiene una trascendencia espiritual divina. Con la influencia que el cristianismo comenzó a ejercer sobre el Imperio Romano, la adopción cobró auge no sólo como un acto de protección de misericordia y amor al prójimo, sino como un acto de justicia social toda vez que la roma Imperial tenía un alto costo de vidas humanas en cada conquista de territorios nuevos.

La Santa Biblia tiene innumerables referencias acerca del concepto de la adopción en su sentido literal y espiritual, reflejándola esencialmente en el pasaje de Gálatas 4:4-5 cuando dice: “Pero cuando vino el cumplimiento del tiempo, Dios envió a su hijo nacido de mujer y nacido bajo la ley, a fin de que recibiésemos la adopción de hijos.”³³

2.1.6. La adopción en el derecho comparado

En cuanto a la edad del adoptado, el Código Civil Francés exigía la de veintiún años para considerarlo mayores de edad, por consiguiente capaz para no ser adoptado sin que medie consentimiento, esto se refiere a la denominada adopción para mayores de edad, que en algunas legislaciones es requisito que el menor haya sido adoptado en su minoría de edad.

³² Ferri, José. *La Adopción a través de la Doctrina y Legislación Extranjeras, Proyectos y Anteproyectos Nacionales.* Pág. 36

³³ *La Santa Biblia* Versión Reyna Valera, 1960. Pág. 861

Lo mismo estableció el Código Civil Italiano en 1865. No obstante, en 1923, la Ley Francesa suprime todo límite de edad, Italia también lo hace en 1939. No establece límite de edad ni máximo mínimo los Códigos Austriaco, Napolitano, Español, Alemán, Suizo, Checoslovaco; en Hispanoamérica, en los Códigos Boliviano, Brasileño, Colombiano, Cubano, Chileno, Panameño, Peruano, Uruguayo, Venezolano, Argentino, Mexicano y Guatemalteco.

La situación en cuanto a la adopción de mayor de edad, la mayoría de los Códigos Civiles de los citados países, incluido el de Guatemala, coinciden en que ésta puede realizarse, pero que debe excluirse la patria potestad del adoptante sobre el adoptado por razones obvias. En el siglo pasado hubo varias legislaciones que imponían el requisito de que el adoptado pudiera someterse a la patria potestad del adoptante como una muestra plena de consentimiento del nuevo vínculo, lo cual es inexistente en la actualidad.

De lo expuesto anteriormente, se genera la conclusión de que adopción puede concebirse en dos sentidos, cualidad ésta que la mayoría de las legislaciones le atribuyen, siendo las siguientes:

- a) En sentido usual: entendida como un acto jurídico que tiene por objeto tomar como hijo a quien no lo es del adoptante;
- b) En sentido jurídico: Se reconoce la adopción como un acto jurídico de carácter formal, solemne e irrevocable que atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad, y que en todo caso suple sustituyendo en beneficio del adoptado, la filiación sanguínea.

De lo expuesto en el derecho comparado, llega a constituir una práctica institucionalizada por la que un individuo, perteneciente por nacimiento a un determinado grupo de parentesco, adquiere nuevos lazos de igualdad en cuando a la naturaleza, pero definidos socialmente como equivalentes a los vínculos sanguíneos.

La adopción, en la mayoría de legislaciones se refiere a la transmisión de la propiedad hereditaria, la continuidad de la familia, o el bienestar directo del adoptado. Esta última ha predominado en tiempos de guerra, más saturados de seres abandonados, principalmente menores.

La adopción en el derecho de los Estados Unidos de América, país que presenta una situación muy especial aún para sí misma como nación, y para con el resto de países que, como Guatemala, giran en torno a su hegemonía social, económica y hasta política. El autor Euge Winstein, en su obra enciclopedia de las ciencias sociales al referirse al tema antes descrito, indica: "La sociedad americana, se ha visto visitada por lo que se le llama oleada de adopciones, lo que produce que la demanda supere a la oferta en una proporción de siete a uno."³⁴

Es ahí donde radicó el problema de la desnaturalización de la adopción como institución en Guatemala, puesto que esa demanda, no escatimaba cifras dinerarias para obtener menores en adopción, lo que desarrolló un auténtico mercado negro, adelantándose incluso al nacimiento de la criatura, desde luego, amparados en la existencia de una cadena de personas involucradas que consuman una adopción legitimada de conformidad con las formalidades del derecho guatemalteco.

2.1.7. La adopción en el derecho japonés

En la sociedad japonesa constituye "un sistema peculiar la adopción, consistiendo en la práctica institucionalizada, por lo que se adopta como hijo a quien deberá ser esposo de la hija con el fin de asegurar la continuidad familiar, patrimonial, social, la que refleja hondas repercusiones para la familia del adoptado, y los adoptantes. Aquí los derechos de adopción no son tan amplios ya que el adoptado mantiene lazos con su propia familia de orientación sanguíneas, y por otra parte, no existe el tabú del incesto."³⁵

³⁴ Weinstein, Euge. **Enciclopedia de ciencias Sociales**. Pág. 98

³⁵ **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Pág. 68

Evidentemente, todas las legislaciones examinadas derivan de los principios establecidos en la legislación creada por los romanos, que estructuraron parte de su sociedad, sobre las bases de la adopción, unas veces tratando de que no se extinguiera una familia, lo cual tenía una gran importancia en la vida política y religiosa del pueblo, y otras otorgando una estatus por el cauce jurídico de la adopción.

2.1.8. Las adopciones en Guatemala

Como todas las instituciones jurídicas en general, la figura de la adopción, tiene sus más profundas raíces en el Antiguo Derecho Romano que influyo a Napoleón y de este paso a los Códigos Civiles de Hispanoamérica y de muchos países, entre otros guatemaltecos.

Concretamente, en Guatemala, la primera noticia que se tuvo acerca de la adopción se encuentra en el Decreto Gubernativo 176, del 8 de marzo de 1877, producto de la Revolución liberal de 1871; mas tarde, el 13 de mayo de 1933 la Asamblea Nacional Legislativa aprueba en sus sesiones ordinarias el proyecto presentado por una comisión para reformar 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, contenida en el Decreto legal de 1932.

En ambos ordenamientos jurídicos, el Código Civil de 1877 y el Código Civil de 1933, no se contemplaba jurídicamente la figura de la adopción y el título IX se regula la referente a la tutela quizás como un sustitutivo o semejanza con dicha institución.

Posteriormente, el Congreso de la República emite el Decreto 375 de fecha 1947 o Ley de Adopción, en el cual por primera vez su tutela jurídicamente a dicha institución, la que en 1963, es derogada por el Decreto-Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República Enrique Peralta Azúrdia, el cual dedica un apartado específico a la adopción, tutelándose en el capítulo VI en los Artículos 228 al 251 con una sistemática y técnica jurídica muy completa y ajustada a la época de su promulgación.



En la actualidad existe la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala. En cuanto al consentimiento de los adoptados, así como la limitación para ser adoptado y sobre todo la edad mínima del adoptante, llenando además los requisitos de idoneidad, bienes del adoptado y el orden de preferencia de los adoptantes como lo es pareja unida en matrimonio, pareja unidad de hecho reconocida legalmente, persona sola, soltera, viuda o divorciada. Asimismo, en los tramites administrativos y judiciales previos a la adopción estos serán totalmente gratuitos, buscando de esta manera que el animo de lucro que se ha generalizado con la institución de la adopción sirva de limitante para declarar la nulidad de lo actuado y suspensión del proceso en caso de encontrar alguna anomalía a su vez, certificar lo conducente al Ministerio Publico para que inicie la persecución penal en contra de los implicados.

Otro aspecto importante, es la clasificación de los tipos de adopción contemplados en la ley, como lo es la adopción nacional considerada de interés publico para que los menores que carezcan de familia sean beneficiados por la adopción nacional además, que se considera la adopción nacional la realizada por algunos guatemaltecos y extranjeros residentes en el territorio nacional. La regulación de la adopción internacional, considere subsidiaria de la nacional y procederá únicamente cuando se haya agotado todas las posibilidades de que un niño sea ubicado nacionalmente, entonces el menor de edad podrá ser sujeto de adopción internacional, como ultimo recurso. Las personas individuales o matrimonios de nacionalidad extranjera deben llenar y garantizar que en su legislación concede al menor de edad dado en adopción, los mismo o mejores derechos que los que contempla la legislación guatemalteca, asimismo, todos los tratados y convenciones que el Estado de Guatemala, haya aceptado y ratificado en materia de derechos humanos de la niñez. Otro aspecto importante en cuando a las adopciones internacionales, únicamente deben operar entre países con los que se suscriben convenios bilaterales o multilaterales.

En cuanto al procedimiento para la adopción la ley regula un fase administrativa que tiene por objeto estudiar la situación del adoptado, calificar la idoneidad de los posibles adoptantes y prestar el asesoramiento necesario. Corresponde a esta fase elaborar un informe sobre la identidad y demás datos personales del niño o adolescente sujeto a

adopción, estudiar las solicitudes de los candidatos a adoptantes. La iniciación de la fase administrativa comprende de presentación de la correspondiente solicitud, misma que deberá cumplir los requisitos que establece para todo escrito inicial el código procesal Civil y Mercantil, la documentación requerida, cartas de recomendación, fotografías, constancias de trabajo, estudio socioeconómico, disponibilidad para los padres de participar en un curso como una especie de asesoramiento sobre las obligaciones frente a su nuevo hijo; los anteriores requisitos también son exigidos en caso la adopción fuera de carácter internacional.

Una de las nuevas modalidades de la ley consiste en las diferentes sanciones que pueden ser objeto cualquier persona que haya solicitado la adopción tanto a nivel nacional como internacional y que hay falseado de cualquier forma la información proporcionada o intencionalmente oculte otras que debiera presentar, pudiendo ser denunciados estos hechos juntamente con la documentación respectiva al Ministerio Publico, como órgano encargado de la persecución penal de Guatemala.

Previo al procedimiento de adopción será necesario que el juez de familia del lugar en donde se encuentre el menor de edad dicte el auto de abandono en el que se declara su estado de adaptabilidad sin el cual no podrá iniciarse el procedimiento de adopción.

En cuanto al procedimiento judicial, este se inicia con la solicitud que deberán presentar las personas que pretendan adoptar a los juzgadores de familia competentes, llenando los requisitos que exige el Código Procesal Civil y Mercantil y acompañar la documentación que se requiera incluyendo certificación completa del procedimiento administrativo. Los procedimientos de adopción, alimentos, patria potestad, guardia y custodia, en función del interés superior del niño o niña, tendrán preferencia en su trámite en cualquier otro que estuvieren concurriendo. Recibida la solicitud y la propuesta de adopción el juez tendrá un plazo de quince días para sellar audiencia de adopción la cual se celebrará quince días siguientes para que aporte información solicitada por el juez, si se tratare de adopción internacional el plazo que se dará es de 45 días para aportar nueva información.



El objeto de la audiencia es para citar a los padres biológicos del menor de edad quienes deberán expresar su consentimiento, al adoptado si tuviere doce años también deberá presentar su consentimiento para ser adoptado; finalizada la audiencia deberá dictarse la sentencia en un plazo de tres días siguientes a la fecha de la última audiencia en ella se otorgará la adopción con efectos plenos y se fija la acción de seguimiento de la misma hasta que el o los menores dados en adopción adquieran la mayoría de edad en el caso de adopciones nacionales y en caso de adopción internacional el seguimiento en el país receptor deberá remitirse informes semestrales de la situación del adoptado. Contra la sentencia que se dicte procede el recurso de apelación el cual deberá plantearse dentro de los tres días siguientes de la última notificación y se tramitará de acuerdo con los que dispone el Código Procesal civil y Mercantil. Así mismo procede la nulidad contra actos o resoluciones que se dicten durante el trámite del proceso ya sea por quebrantamiento del proceso o violación de la ley como lo regulan los Artículos 613 al 618 del Decreto Ley 107

Sin embargo, es de hacer mención que una vez firme y ejecutoriada la sentencia que otorga la adopción, la misma será inscrita mediante la anotación respectiva al margen de la partida de nacimiento, para cuyo fin se remitirá certificación de la sentencia al Registro Civil pudiendo posteriormente, extender certificaciones de la misma, en la cual se haga constar el nombre de los padres adoptivos.

En la citada Ley se regula en el Artículo 17 la autoridad central indicando que: Se crea el Consejo Nacional de Adopciones (CNA), como una entidad autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Consejo Nacional de Adopciones será la autoridad central de conformidad con el Convenio de La Haya.

La sede del Consejo Nacional de Adopciones está en la capital de la República, sin embargo, para el cumplimiento de sus funciones, podrá establecer oficinas en los departamentos que se haga necesario y será la institución encargada de velar por el fiel cumplimiento de los trámites administrativos de todos los expedientes de adopción.

Las funciones del Consejo Nacional de Adopciones, además de las contenidas en el Convenio de La Haya, son las siguientes:

- a) Asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción;
- b) Promover la adopción nacional, con prioridad en los niños institucionalizados;
- c) Asignar a cada niño en proceso de adopción la familia adecuada de acuerdo a su interés superior;
- d) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres en la medida necesaria, para realizar el proceso de adopción;
- e) Reunir y conservar la información sobre los orígenes del niño, principalmente su identidad y la de sus padres, su historial médico y el de sus padres, garantizando el acceso a la mencionada información;
- f) Velar por los niños en estado de adoptabilidad que ingresen a los hogares de protección y abrigo o al programa de familias temporales del Estado, quienes previa autorización judicial a solicitud de la Autoridad Central, podrán ser ingresados a entidades de abrigo privadas que se encuentren debidamente registradas y autorizadas de conformidad con esta ley;
- g) Mantener un registro actualizado de los niños vulnerados en su derecho de familia y de la institución donde se encuentran en resguardo;
- h) Elaborar un expediente de cada niño en estado de adoptabilidad que se encuentre albergado en sus instituciones o requerir su equivalente en las instituciones privadas, de acuerdo con el Artículo 16 del Convenio de La Haya donde conste:
 - 1. Sus datos personales y circunstancias, incluyendo fotografías del mismo;
 - 2. Su identificación plena, mediante la certificación de la partida de nacimiento; y el documento que contenga su impresión plantar y palmar; la impresión de

las huellas dactilares de la madre y del padre, cuando sea el caso, así como otros medios científicos;

3. Su historial médico.

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

- q) Establecer el número de organismos extranjeros acreditados que se permitirán funcionar en el país y autorizar a aquellos que tengan el permiso para actuar. Los organismos extranjeros acreditados deberán demostrar que están debidamente autorizados en su país de origen;
- r) Requerir a las instituciones que estime conveniente la información necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones y funciones;
- s) Promover la cooperación entre autoridades competentes, con la finalidad de brindarles la protección necesaria a los niños;
- t) Verificar que en cada etapa del proceso de adopción se observe lo preceptuado en la presente ley;
- u) Emitir el certificado de que la adopción internacional fue tramitada de conformidad con el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional;
- v) Cualquier otra función que considere pertinente para el efectivo cumplimiento de sus atribuciones.

Las ventajas en la aplicación de la Ley de Adopciones es la siguiente:

- a) Implementación y exigibilidad del examen de ADN, para los padres biológicos, se frena cualquier especulación en cuanto a la certeza de la paternidad del menor dado en adopción.
- b) Finalizado el trámite de la adopción tanto en su fase administrativa como judicial se plantea de carácter obligatoria tanto de nivel nacional como internacional un seguimiento para determinar el bienestar del menor dado en adopción, dichos seguimiento se hará hasta que el menor cumpla la mayoría de edad.
- c) Previo al procedimiento de la adopción será necesario que el juez de familia dicte un auto de abandono en el que se declarará su estado de adoptabilidad.

- d) La disponibilidad de participar en curso para padres adoptantes que significa una asesoría sobre las obligaciones frente a su nuevo hijo.
- e) Como protección para los menores dados en adopción se requerirá un certificado médico.

2.2. Concepto

Como una institución milenaria, es lógico que existan definiciones que tratan de explicar desde cada punto de vista de su objeto o finalidad de dicha institución social, de esa diversidad se mencionan las siguientes:

Para el tratadista Federico Puig Peña, adopción es: "Una institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a la que tienen lugar en la afiliación legítima."³⁶

El maestro Edgar Baqueiro, define la institución de la adopción de la siguiente manera: "El vínculo jurídico creador del parentesco civil, entre adoptante y adoptado y que confiere los derechos y deberes establecidos entre padres e hijos."³⁷

Asimismo Castán Tobeñas, citado por Edgar Baqueiro, manifiesta que: "La adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no enteramente idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación por naturaleza."³⁸

El tratadista, Guillermo Cabanellas define la adopción de la siguiente manera: "La adopción es acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política a

³⁶ Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil*. Pág. 475

³⁷ Baqueiro Rojas, Edgar. *Diccionarios jurídicos temáticos*. Pág. 6

³⁸ *Ibid.* Pág. 218

quien no lo es por naturaleza, sin excluir el resquicio que esto concierne para legislar ciertas ilegitimidades.”³⁹

El maestro Magallón Ibarra, se refiere a la adopción de la siguiente manera: “Nos referimos a la adopción que como paternidad fingida es constitutiva artificialmente de la relación paterno filial, y que tiene una dimensión de tal jerarquía, que sitúa al hijo adoptivo en el mismo nivel y en la misma condición que el hijo legítimo que la naturaleza le ha dado a unos esposos. A este tipo de filiación también se le llama civil y hemos encontrado en ella tal expresividad que es en verdad, la adopción, una imagen de la naturaleza adoptio naturae.”⁴⁰

2.3. Naturaleza jurídica

La llamada explosión demográfica de los últimos decenios, es decir el aumento rápido y violento de la población mundial, ha originado un rejuvenecimiento de la especie humana en el sentido de que la proporción de jóvenes ha aumentado en forma considerable, lo que ha provocado en muchos países un agravamiento en las malas condiciones de vida y la no satisfacción de los necesidades básicas de la niñez

Esta circunstancia ha conformado una filosofía distinta alrededor de la adopción, pues se trata de proteger la infancia desvalida por la vía de proporcionar a cada niño un hogar igual al que naturalmente no tuvo, y más que eso de tomar todas las medidas necesarias para que la filiación sea tan exacta que el menor crea que en verdad ese es y ha sido siempre su hogar y que consecuencia, quienes le han adoptado, sin que el menor lo sepa, han sido y son sus padres legítimos.

Efectivamente, se trata de legitimar a un hijo, o sea, de darle la calidad de hijo legítimo con todas sus consecuencias; que, aunque es una legitimación ficticia en cuanto la falta ese vínculo natural, se da toda la realidad necesaria para que el adoptado responda al concepto de hijo legítimo.

³⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 174

⁴⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario. **Instituciones del derecho civil**. Pág. 49

Sobre la base de estos planteamientos se han originado debates y discusiones alrededor de la naturaleza jurídica de la adopción, especialmente en relación al secreto del nacimiento, o sea la ocultación al hijo de su verdadero origen, y el secreto de la adopción propiamente dicha, en que se trata de ocultar a terceros la verdadera filiación del hijo adoptivo.

La autora argentina Graciela Medina, sobre la naturaleza jurídica de la adopción indica que: “Jurídicamente la palabra adopción puede utilizarse en tres sentidos diferentes. En un primer sentido, adopción es el acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que surgen relaciones similares a las que se origina con la paternidad y filiación biológica; en un segundo, es el estado de filiación adoptiva que para las partes deriva a este acto; finalmente puede entenderse a la adopción como un proceso.”

2.4. Clasificación

Desde hace mucho tiempo, todos los sistemas legales, han mantenido dos clases básicas de adopción: una, que da al hijo adoptado una posición y un tratamiento semejantes a los que derivan de la filiación natural, pero reconociendo que no es propio y que por lo tanto, tiene una familia con la cual los lazos se mantienen aunque distanciados; y la otra es que la asimilación es total y el hijo pasa a ser considerado hijo legítimo como si hubiera sido realmente concedido dentro del matrimonio, destruyéndose, en consecuencia todos los vínculos con la familia natural.

Estas dos clases de adopción se denominan adopción simple y adopción plena, han coexistido sin que se contradigan o se excluyan, pues ambas persiguen propósitos diversos aunque parecidos. A continuación se describen los aspectos más importantes de ambas:



2.4.1. Adopción simple

Tiene por objeto la creación de un vínculo familiar semejante al de la familia legítima. Origina entre adoptante y adoptado una serie de derechos y obligaciones que buscan limitar la relación filial legítima, pero sin pretender que ésta sea sustituida por aquella en términos absolutos.

Los derechos y obligaciones que genera no son iguales a los de la filiación legítima sino más reducidos, el adoptado puede tener cualquier edad, se acepta la existencia de un solo adoptante, el adoptado sigue vinculado a su familia natural y sobre todo, se asienta en el hecho de que se crea un vínculo jurídico y familiar entre dos personas que no son padre o madre e hijo, que conservan sus verdaderas identidades de seres humanos sanguíneamente desvinculados pero que, no obstante, desean tratarse recíprocamente de modo análogo al de la filiación natural; es decir, que adoptante y adoptado saben que no son padre e hijo.

La adopción simple, ha sido calificada como un contrato destinado a crear entre adoptante y adoptado ciertos derechos y obligaciones; un contrato de derecho de familia en que, los efectos están fijados imperativamente por la ley y no por las partes; y un contrato solemne porque sólo se perfecciona por el cumplimiento de formalidades extinguidas (escritura pública e inscripción de ésta en el registro respectivo).

2.4.2. Adopción plena

Esta forma de adopción, crea vínculos personalmente sólidos entre adoptantes y adoptado, cuyos efectos tienen un carácter bastante amplio, pues el parentesco que surge de una conformación jurídica, se extendía a los parientes consanguíneos y afines a la nueva familia a la cual se integran el adoptado, y la afiliación natural, era propia definitivamente, teniendo como característica importante la irrevocable línea.

Para el efecto el tratadista Diego Espín Canovas, menciona como características principales de la adopción plena las siguientes: "Incorpora al adoptado a la familia

adoptiva considerándola legalmente como hijo legítimo, y produciendo sus efectos; el vínculo con sus parientes consanguíneos se extingue por completo, Excepto el de contraer matrimonio; la acción plena producen los máximos efectos de la institución, por lo que se exigen mayores requisitos, que se manifiestan en primer término en lo referente a las personas de adoptante y adoptado.”⁴¹

Es precisamente, las características antes citadas, este tipo de adopción que muchas legislaciones existen requisitos bien determinados, en algunos casos la reserva para menores en estado de abandono o expósitos.

Actualmente, en la adopción plena se ha acogido como fórmula de solución y algunas legislaciones de corte moderno, al decir, que cuando la preocupación fundamental es evitar que una familia viva sin un hijo.

Es importante indicar que la adopción plena también se le conoce como adopción civilizada, aprobación de hijos y es internacional la doctrina, siendo esta última la que destaca la verdadera función, al establecer la calidad de hijo legítimo que da al menor adoptado.

2.4.3. Adopción nacional

Son aquéllas en las cuales los objetos que intervienen son guatemaltecos. Tanto el adoptado y adoptante son originarios de Guatemala, además debe iniciar y finalizar el trámite de adopción ante un Juez de Primera Instancia de Familia.

2.4.4. Adopción internacional

En este sentido, cuando los adoptantes tienen una nacionalidad diferente a la del adoptado, regularmente se le llama adopción entre países o adopción internacional.

⁴¹ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 411

Este tipo de adopción, se plantea con mucha frecuencia en cuestiones de derecho internacional privado, aparte de que también da lugar a cuestiones de índole cultural que han procurado a los gobiernos, sin embargo, parece haber acuerdo en que con todas las dificultades que, para el menor pueda ofrecer la adopción internacional, debido el cambio del medio ambiente, de hábitos y costumbres y aún de idioma, es una solución favorable para el menor abandonado, y es obvio que esas dificultades disminuyen en la medida en que el adoptado tenga menos edad, hasta desaparecer cuando la legitimación se hace en los primeros meses de vida.

2.5. Protección a la infancia desvalida

Los niños deben ser considerados como potencial de inteligencia, de vitalidad en todo sentido, con vista al consecuente beneficio para ellos, debiéndose cambiar el punto de vista de los niños que crecen en la pobreza y en la extrema pobreza, que los tiene calificados como una carga indeseable para el conglomerado social.

La llamada explosión demográfica de los últimos decenios, es decir el aumento rápido y violento de la población mundial, ha originado un rejuvenecimiento de la especie humana en el sentido que la proporción de jóvenes ha aumentado en forma considerable, lo que ha provocado en muchos países un agravamiento de las malas condiciones de vida y la insatisfacción de las necesidades básicas de la niñez.

Esta circunstancia ha conformado una filosofía distinta alrededor de la adopción, pues se trata de proteger la infancia desvalida por la vía de proporcionar a cada niño un hogar igual al que naturalmente no tuvo, y más que eso de tomar todas las medidas necesarias para que la filiación sea tan exacta que el menor se sienta como que en verdad ese es y ha sido siempre su hogar natural y que, en consecuencia, quienes le han adoptado, han sido y son su padres legítimos.

Efectivamente, se trata de darle la calidad de hijo legítimo al hijo adoptivo con todas sus consecuencias; que, aunque es una legitimación ficticia en cuanto le falta ese vínculo

natural que se crea a través de la sangre, se de toda la realidad necesaria para que el adoptado responda al concepto de hijo legítimo.

2.6. Capacidad para adoptar

Puede adoptar toda persona que esté en el pleno goce de su capacidad civil o sea mayor de edad, aunque no indica la ley guatemalteca claramente esta situación; el Código del año de 1877 exigía que el adoptante fuera mayor de treinta años, el Código Civil contenido en el Decreto 106 no indica una edad determinada.

De conformidad con la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, en el Artículo 13 regula: “Podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado. Podrán adoptar las personas solteras cuando así lo exija el interés superior del niño. Cuando el adoptante sea el tutor del adoptado, únicamente procederá la adopción cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y siempre que el adoptante cumpla con los requisitos de idoneidad establecidos en la ley.”

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

En el Artículo 16 se regulan los impedimentos para adoptar: "Tienen impedimento 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 trece, que no hayan rendido cuentas de la tutela ni entregado los bienes del niño, niña o incapaz;
- f) Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o se les hubiese declarado separados o suspendidos de la misma, mientras ésta no haya sido reestablecida por juez competente."

2.7. Quienes pueden ser adoptados

Es regla general que el adoptado debe ser menor de edad e hijo de otra persona, sin embargo la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República en su Artículo 12 regula: "Podrán ser adoptados:

- a) El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado;
- b) el niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia;

- c) Los niños, niñas o 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 quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela.

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

2.7.1. La adopción según los vínculos que crea, modifica o extingue

Desde siempre, todos los sistemas legales, han mantenido dos clases básicas de adopción: una, que da al hijo extraño una posición y un tratamiento semejante a los que derivan de la filiación natural, pero reconociendo que no es propio y que por lo tanto, tiene una familia con la cual los lazos se mantienen aunque distanciados; y la otra, en que la asimilación es total y el hijo pasa a ser considerado hijo legítimo como si hubiere sido realmente concebido dentro del matrimonio, destruyéndose, en consecuencia, todos los vínculos con la familia natural.

Estas dos clases principales de adopción se denominan adopción simple y adopción plena, y las mismas han coexistido sin que contradigan o se excluyan, pues ambas persiguen propósitos diversos aunque parecidos.



La adopción simple se da en países como Marruecos, Paraguay, República Dominicana, México Distrito Federal y Estado de Veracruz y Guatemala.

Actualmente, la adopción plena se ha acogido como fórmula de solución en algunas legislaciones de corte moderno, es decir cuando la preocupación fundamental es dar una familia a un niño que no la tiene y no dar un hijo a los padres que carecen de él.

Es importante indicar que la adopción plena también se le conoce con los nombres de adopción privilegiada, arrogación de hijo y legitimación adoptiva, siendo ésta última la que destaca la verdadera función, es decir, la calidad de hijo legítimo que da al menor adoptado.

Entre los países que establecen una adopción plena se puede mencionar a España, Senegal, Venezuela, China, Estado Mexicano de Oaxaca, Estado Mexicano de San Luís de Potosi, Nepal, Vietnam, El Salvador, en donde la adopción es total, pues se rompe con cualquier lazo con la familia biológica y se crean vínculos de parentesco jurídico entre el adoptante, la familia de éste y el adoptado.

CAPÍTULO III

3. Régimen nacional e internacional de la adopción

3.1. Aspectos generales

Pocas naciones han legislado expresamente sobre conflicto de leyes en materia de adopción. Ante ese silencio, la doctrina busca la determinación de la ley aplicable y la encuentra en la que rige el estado civil y las relaciones de familia, encontrándose de esta manera el principio general. El problema se suscita cuando se plantea el problema concreto, puesto que lo ideal sería la adopción de una sola ley, fuera esta la del adoptado o la del adoptante; y es aquí donde se presentan enormes dificultades doctrinarias.

Las leyes sobre adopción en las diversas legislaciones, se han ido modificando en la actualidad adaptándose a los cambios sociales y a las nuevas orientaciones en la materia; pero el problema se acentúa en el ámbito internacional por la carencia de mecanismos legales adecuados, con lo cual podría proveerse la solución de algunos problemas que se dan en la práctica.

Cuando la adopción se cumple a nivel internacional, da origen a una relación jurídica extranacional. Al respecto señala el tratadista Alfonsín que: "la relación jurídica es nacional cuando todos sus elementos son nacionales y afectan únicamente a una sola sociedad y carecen de elementos foráneos. Es extranacional cuando debido a la interpretación social una relación jurídica no tiene todos sus elementos nacionales y afecta a más de una sociedad."⁴²

Fuera de la nueva terminología que Alfonsín plantea anteriormente y que pudiera ser objetada, el problema radica cuando los padres naturales, el niño o los adoptantes se encuentran sometidos a status diversos. Por ejemplo: "una adopción legalmente pronunciada de acuerdo a la legislación de un país y que otorga determinado estado civil

⁴² Calvento Solari, Ubaldo. *La adopción de menores en Latinoamérica. Reunión de expertos sobre adopción de menores*, Documento numero 19. Pág. 27

a un menor, puede no tener la misma eficacia en su país de origen, donde pudiera corresponderle un estado civil diferente.”⁴³

Por todo ello, en América y en Europa han existido intentos de solucionar estos conflictos de leyes a través de acuerdos y convenciones internacionales, particularmente en Europa, por ser más recientes estos esfuerzos, cobrando mayor interés su conocimiento. Además, se cuenta con los seminarios llevados a cabo en Quito, Ecuador en el año de 1983 y el de Bolivia en 1984.

3.2. Legislación nacional

Dentro de la legislación nacional en lo que a la materia de adopción se refiere la Constitución Política de la República de Guatemala que es la piedra angular o concepción de la misma, acompañada de sus demás leyes ordinarias.

3.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala

En esta normativa se encuentra regulada la figura jurídica de la adopción en el Artículo 54; donde se reconoce y se protege a la misma y otorga la calidad de hijo al adoptado y declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y los niños abandonados; incentivando y promoviendo la adopción para su plena realización en el ámbito legal no solamente por la protección que se le brinda a un menor si no que por el reconocimiento del título de hijo propio con todas las facultades, derechos y deberes que esta figura conlleva y por ende el reconocimiento de la paternidad como consecuencia de tan noble acto de asistencia social.

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce y promueve a la adopción como la solución de los diversos problemas de orfandad y niñez abandonada otorgándoles no solamente la oportunidad de realizarse dentro de un seno familiar si no que también la protección necesaria que los mismos necesitan como menores desvalidos

⁴³ *ibid.* Pág. 27

para desarrollarse plenamente dentro de la sociedad y realizarse plenamente como personas, protegiendo y promoviendo el desarrollo de la familia y del menor.

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

La Ley de adopciones contiene en las disposiciones generales un concepto de adopción tanto a nivel nacional como internacional. Los derechos de los niños y niñas que éste como candidatos para darse en adopción y lo relativo a la prueba de ácido desoxiribonucleico (ADN), mismas que se elaboran durante la tramitación administrativa de la adopción en general.

Al respecto la citada ley define a la adopción como la: Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.

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

En cuanto al procedimiento administrativo lo regula en los Artículos que a continuación se describen:

El Artículo 43 regula la selección de familia de la manera siguiente: Declarada la adoptabilidad por el juez de niñez y adolescencia, la autoridad central, realizará la selección de las personas idóneas para el niño, en un plazo de diez días contados a partir de la solicitud de adopción, debiéndose dar prioridad a su ubicación en una familia nacional, si se determina la imposibilidad para llevar a cabo la adopción nacional, subsidiariamente se realizará el trámite para la adopción internacional siempre y cuando ésta responda al interés superior del niño.

En la resolución de selección de personas idóneas se hará constar que en la colocación del niño se ha tomado en cuenta su interés superior, el derecho a su identidad cultural, características físicas y resultado de las evaluaciones médicas, socioeconómicas y psicológicas.

La autoridad central verificará que en cada etapa del proceso de adopción se observe lo preceptuado en la presente ley. La selección de los padres adoptantes para un niño determinado debe realizarse considerando los siguientes criterios;

- a. Interés superior del niño;
- b. Derecho a la identidad cultural;
- c. Aspectos físicos y médicos;
- d. Aspectos socioeconómicos;
- e. Aspectos psicológicos.

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

Recibida la aceptación por la autoridad central, ésta autorizará un período de convivencia y socialización de manera personal entre los solicitantes y el niño, no menor de cinco días hábiles, tanto en las adopciones nacionales como internacionales. La Autoridad Central deberá informar al juez que se inició el período de convivencia y socialización.

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

Al concluir el proceso de socialización y tomando en cuenta la opinión del niño, el equipo

multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes, contados a partir del período de socialización un informe de empatía que señalará la calidad de la relación establecida entre los potenciales adoptantes y el adoptado.

Cuando se concluye el proceso administrativo, la autoridad central dictaminará dentro de los cinco días siguientes la procedencia de la adopción considerando las prohibiciones que esta ley establece en el Artículo 10.

La autoridad central extenderá certificaciones de los informes, para que los interesados puedan adjuntarlas a su solicitud de homologación ante el juez que conozca del caso.

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

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

3.3. Régimen internacional

A nivel internacional se encuentran las siguientes convenciones:

3.3.1. Convención relativa a la competencia, ley aplicable y reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, la Haya 1965

La Convención intenta eliminar el conflicto de las leyes, indicando la ley aplicable, cuando personas de distintas nacionalidades intervienen en un proceso de adopción y de hayan domiciliadas en países diferentes. Desde el punto de vista jurídico, especialmente en lo

que se relaciona con la legislación aplicable a la adopción, se base en dos principios diferentes en el principio de la nacionalidad y el principio del domicilio.

El sistema de la nacionalidad prevalece en muchos Estados de Europa, mientras que el domicilio rige en los países anglosajones, en países latinoamericanos, en algunos Estados escandinavos y en Suiza. La Convención para expresar el concepto domicilio, usa el término residencia habitual.

Dentro de la autoridad competente se encuentran las siguientes:

- a) Las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptante, o cuando se trate de una adopción, realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado en el cual tienen los dos esposos su residencia habitual;
- b) Las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante, o cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado de nacionalidad común.

Por otra parte se puede indicar que esta Convención no es aplicable a:

- a) Cuando los adoptantes no tienen la misma nacionalidad ni su residencia habitual es el mismo Estado contratante;
- b) Cuando el o los adoptantes y el niño tienen todos la misma nacionalidad, así como su residencia habitual en el Estado del que ellos son nacionales;
- c) Cuando no está legislado sobre adopción por una autoridad competente, porque la misma convención establece que autoridades son competentes para legislar en materia de adopción al establecer que tienen competencia, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptante, o cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado en el cual tienen los dos esposos su residencia habitual; las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante o cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado de su nacionalidad común.

De conformidad con la ley aplicable se puede indicar que la convención se inclina en principio por la ley interna del país, que pertenecen las autoridades encargadas de pronunciar la adopción. Sin embargo, se hace una concesión al principio de la nacionalidad.

Las autoridades de la residencia habitual de los adoptantes deben respetar, además, de sus leyes algunas disposiciones de la ley nacional del adoptante o de los esposos adoptantes, cuando el Estado de que son nacionales, en el momento de la firma o ratificación de la Convención hayan hecho alguna declaración especificando prohibiciones para la adopción que estén ya señaladas por su ley interna. Por ejemplo, la exigencia de una diferencia de edad entre él o los adoptantes del niño o bien la existencia de una adopción anterior del niño por otras personas.

De acuerdo con la Convención las adopciones pronunciadas por una autoridad competente y que caigan en él campo de aplicación de la misma, deben ser reconocidos de pleno derecho por todos los Estados contratantes. En virtud de lo anterior, al niño se le considera sin reserva como hijo adoptivo del o de los adoptantes.

3.3.2. Convención europea sobre adopción de menores de Estrasburgo

Esta Convención realizada por el Consejo de Europa en 1967, cuyo objetivo era armonizar las legislaciones nacionales en materia de adopción de los países miembros, contiene principios mínimos que constituye de cierta manera garantías para el menor en lo que respecta a la adopción. Esta convención plantea una formula distinta para la solución de estos conflictos. En vez de dar normas para decidir cual será la ley aplicable en casos de conflicto, compromete a las partes contratantes a buscar la autoridad de sus respectivas legislaciones sobre la materia. El preámbulo de la Convención indica lo siguiente: "Aun cuando la institución de la adopción de menores existe en todos los Estados miembros del consejo de Europa, hay en los países diferentes puntos de vista sobre los principios que deben regir la adopción y diferencias en los procedimientos y en los efectos de la adopción y que la aceptación de principios y prácticas comunes respecto de la adopción de menores contribuirá a disminuir las dificultades provenientes de esas

diferencias y, al mismo tiempo promoverá el bienestar de los menores que sean adoptados." En merito de tales consideraciones los Estados miembros del consejo de Europa decidieron aprobar el Convenio.

Dentro de estos principios se encuentran los siguientes:

- a) Aplicable solo a menores que en el momento de solicitarse la adopción no hayan cumplido 18 años, sean solteros y no se reputen mayores;
- b) La adopción solo es válida cuando es pronunciada por un autoridad judicial o administrativa, en adelante llamada autoridad competente;
- c) Requerirá en todo caso, el consentimiento a lo menos de la madre del menor, del padre, si el menor fuere hijo legitimo y del cónyuge del adoptante, si no hubiere padre o madre que pudiera consentir, el consentimiento será prestado por cualquier persona o institución legalmente autorizada para ejercer ese derecho en su lugar;
- d) La legislación no permitirá la adopción de un menor , sino por dos personas unidas en matrimonio o por una sola persona;
- e) La legislación no permitirá que un menor sea adoptado de nuevo, sino cuando lo sea por el cónyuge del adoptante, cuando el adoptante haya fallecido, cuando la adopción anterior hay sido declarada nula o cuando ala adopción anterior hay llegado a su fin;
- f) La edad del adoptante no podrá ser inferior a 21 años, ni mayor de 35 años, a menos que se adopte al hijo propio o que haya razones muy especiales;
- g) La autoridad competente no pronunciara una adopción sino cuando ella sea en interés del menor y en general, no se entenderá llenada esta exigencia si la diferencia de edad entre adoptante y adoptado fuere menor que la que separa ordinariamente a padres e hijos;
- h) La autoridad competente no pronunciará una adopción sino después de una apropiada investigación sobre el adoptante, el adoptado y la familia de éste;
- i) La adopción conferirá al adoptante o a los adoptantes, respecto del adoptado, todos los derechos y obligaciones que corresponden al padre o madre respecto a

su hijo legítimo, y conferirá al adoptado respecto del adoptante, todos los derechos y obligaciones que un hijo legítimo tiene respecto de su padre o madre;

- j) Adquiere el patronímico del adoptante o puede agregarlo a su propio nombre;
- k) En materia de sucesiones, el adoptado tendrá los mismos derechos que la ley asigne al hijo legítimo;
- l) la ley no restringirá el número de número de niños que un persona pueda adoptar;
- m) Mientras el adoptado sea menor de edad, la adopción no podrá ser revocada sino por decisión de una autoridad judicial o administrativa;
- n) Se dictarán disposiciones que permitan efectuar una adopción sin que identidad del adoptante sea revelada a la familia del adoptado, permitiendo que el procedimiento de la adopción sea realizado en forma confidencial.

Hasta aquí los convenios que mayor relevancia han tenido a la fecha y que continúan vigentes, ahora se darán a conocer los más recientes realizados en Quito Ecuador, en 1983 y el de Bolivia en 1984, con el objeto de mostrar la nueva panorámica que pretende desarrollar en sus innovaciones al derecho de familia y de menores en la actualidad.

3.3.3. Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de adopción de menores

Esta convención constituye la tercera conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, realizada en la Paz Bolivia, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos, a través de la Secretaria General de dicha organización.

Su campo de aplicación es para la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparan al menor adoptivo a la condición de hijo cuya filiación tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptando su residencia habitual en otro Estado parte.

Los aspectos más relevantes son los que a continuación se enumeran:

1. La Ley del domicilio del adoptante regirá distributivamente:
 - a) Capacidad del adoptante;
 - b) Edad y estado civil del adoptante;
 - c) Consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso;
 - d) Demás requisitos para ser adoptado.
2. La ley de la residencia habitual del menor regirá:
 - a) Capacidad para ser adoptado;
 - b) Consentimiento;
 - c) Procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo;
 - d) Demás requisitos para ser adoptado.
3. Demás requisitos para ser adoptado
4. Los requisitos de publicidad y registro quedan sometidos a la ley del Estado donde deben ser cumplidos.
5. Se garantiza el secreto de la adopción.
6. Las relaciones entre adoptante y adoptado en la adopción plena se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima.
7. En caso de adopciones distintas de la adopción plena o instituciones afines, las relaciones entre adoptante y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante.
8. Los vínculos del adoptado con su familia de origen se consideran disueltos, subsistiendo los impedimentos para contraer matrimonio.
9. Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de residencia habitual al momento de la adopción.
10. Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones. en caso de adopción plena el adoptado, el adoptante y l familia de éste tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.
11. La adopción es irrevocable.
12. En la adopción simple, la revocación se regirá por la ley de residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción.

3.3.4. Convenio sobre los Derechos del Niño

El 20 de noviembre de 1989, en su cuadragésima cuarta asamblea de las Naciones Unidas se aprobó la convención sobre los derechos del niño. El Perú suscribió la Convención pre citada el 26 de enero de 1990 la misma que fue aprobada, mediante resolución legislativa Nª 22278, el 3 de agosto del mismo año por el Congreso de la República en cumplimiento de la facultad que le confiere los Incs. 1 y 3 del Art. 186 de la Constitución Política del Perú.

La convención sobre los derechos del niño entro en vigencia el 2 de septiembre de 1990, tras su necesaria ratificación por 20 Estados. Los Estados se encuentran preocupados por la protección integral del niño, no debe olvidarse que a pesar de los adelantos científicos que realiza el hombre, en muchos países del mundo muere cada hora de cada día muchos niños por falta de alimento, de abrigo, de cuidado o son marginados, olvidados no quieren recordar que han sido niños ni de las sabias enseñanzas de Jesús "Dejad que los niños vengan a mi porque de ellos es el reino de los cielos."

En el Artículo 21 de la Convención sobre los derechos del niño está considerado la adopción. Los Estados que reconocen y/o permiten el sistema de adopción, cuidaran de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velará porque la adopción del niño solo sea autorizado por las autoridades competentes.
- b) Reconocerán que la adopción por personas que vivan en otros países pueda ser considerado como otro medio de cuidar del niño en el caso de que este no puede ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no puede ser atendido de manera adecuada en el país de origen.
- c) Velaran por que el niño objeto de adopción en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto a la adopción por personas que residan en el país.

- d) Velarán las medidas apropiadas para garantizar que nieguen el caso de adopción por personas que residan en otro país, la colocación no da lugar a beneficios financieros para quienes participan en ella.

3.3.5. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Protección en materia de Adopción Internacional

Para regular la adopción internacional en forma universal y evitar el tráfico de niños, en el año 1993 se aprobó un Convenio de carácter internacional, en él participaron 63 países, y comúnmente se le denomina, el Convenio de La Haya, que constituye el marco base de la normativa de las Comunidades Autónomas con relación a la tramitación de las adopciones internacionales y de acreditación de organismos privados mediadores en Adopción Internacional. El Convenio trata de establecer, fundamentalmente, las garantías necesarias para que la adopción se realice teniendo en cuenta el interés superior del niño y el respeto de sus derechos reconocidos internacionalmente. Los objetivos del Convenio son esencialmente, los siguientes:

- a) Prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños a través de un sistema de cooperación entre países.
- b) Desarrollar un sistema de cooperación basado en la distribución de responsabilidades entre las Autoridades Centrales de los Estados de origen y de recepción, con objeto de garantizar todo el procedimiento y muy especialmente, los aspectos más delicados, como son la adoptabilidad del niño, los consentimientos necesarios y capacidad e idoneidad de los adoptantes.

De acuerdo con esta distribución de competencias, al Estado de origen le corresponde los aspectos relacionados con el niño, sus familiares y las instituciones o autoridades que lo tengan a su cargo. Las responsabilidades del Estado de recepción guardan relación con los futuros padres adoptivos o solicitantes de una adopción internacional.

- c) Garantizar que la salida del niño de un país se realice con la seguridad de que no existirán problemas de entrada y residencia definitiva en el país receptor.
- d) Establecer un control sobre la obtención de beneficios indebidos.

- e) Establecer un compromiso de seguimiento sobre la adaptación del menor en la nueva familia y sociedad del país de recepción.

El mencionado convenio fue presentado en La Haya el 29 de Mayo de 1993 en el que los Estados signatarios del presente Convenio, reconocen que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad amor y comprensión, Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en la familia de origen. Reconociendo que la adopción Internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen.

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

Se puede entender a la adoptabilidad de un menor como el resultado del proceso de investigación biofísico, social y legal, realizado por profesionales cualificados, necesario y previo a la adopción propiamente dicha. El abordaje de los casos es individualizado, tomando en consideración las necesidades de los niños preponderantemente para la construcción del proyecto de vida individual, por esta razón, debe ser un requisito sine qua non para las adopciones nacionales e internacionales.

Se toma en cuenta las necesidades de los niños como elementos fundamentales, no abarca únicamente el aspecto legal o jurídico, tiene que ver con diversas disciplinas tales como la psicopedagogía, sociología, medicina y el derecho. Así pues, se determina el hecho de que el niño se beneficie de una familia adoptiva para desarrollar su potencial y cambiar a fortalezas sus debilidades.

La base y eje central del actual convenio de la Haya es la cooperación internacional con el fin de luchar contra el tráfico que se desarrolla en torno a las adopciones independientes en coordinación con la convención de derechos del niño, aprobada en la O.N.U., el 20 de noviembre de 1989 en donde se contempla

- a. La adopción como una de las formas de protección de la infancia.
- b. el carácter subsidiario de la adopción internacional.
- c. La necesidad de suscitar una cooperación internacional para disminuir y combatir las adopciones clandestinas.

El Convenio relacionado es en términos generales, de gran interés para el establecimiento de garantías en los procesos de adopción de niños de origen extranjero. En la última sesión de la Comisión Especial estaban representados 63 países.

Respecto de los derechos de niño: El Convenio de la Haya es un convenio de cooperación, que no incide en las legislaciones internas en cuanto a las adopciones nacionales y que garantiza que estas adopciones se realicen teniendo en cuenta el interés del niño y la defensa de sus derechos fundamentales.

Estimo que es de relevante importancia el control que el Convenio establece sobre la idoneidad de los padres adoptantes y la adoptabilidad del menor, pues contempla que la autoridad competente valore y certifique la idoneidad de los solicitantes para la adopción, así como la preparación para la misma; que las autoridades competentes aseguren la adoptabilidad del niño, garantizando que se han dado los consentimientos requeridos y controlando que no ha existido pago indebido; establece la intervención en todo el proceso de adopción, de Autoridades Centrales, tanto en el país de origen como de recepción, que garantizarán el procedimiento para la adopción.

Entre los países que han suscrito el Convenio podemos mencionar algunos como; España, México, Rumania, Sri Lanka, Chipre, Polonia, Ecuador, Perú, Costa Rica, Burkina Faso, Filipinas, Canadá, Venezuela, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Andorra, Holanda, Francia, Colombia, Australia, Moldavia, Lituania, Paraguay, Nueva Zelanda, China, Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Nicaragua, entre otros, siendo en total a la fecha treinta y nueve.



CAPÍTULO IV

4. El banco de datos genéticos

Los bancos de datos genéticos contienen información que permite estudiar enfermedades y otras características de la persona humana a partir de su estructura genética.

Mas allá de los beneficios indudables que reporta el estudio de los cromosomas para determinar fisonomías clínicas y resolver causa y tratamientos para los padecimientos de la salud, lo cierto es que la manipulación de estos datos por inescrupulosos provoca un riesgo que es preferible no correr.

Estos datos pueden identificar al ser humano en detalles que hasta para el mismo podrían ser desconocidos, circunstancia que demuestra la penetración de la intimidad y la necesidad de lograr un punto de equilibrio entre los derechos potenciales que enfrentan.

4.1. Aspectos generales

El presente siglo está “inmerso en la era de la biología, si el siglo pasado fue denominado el de la era atómica, el presente debe denominarse el de la era genómica; importantes descubrimientos científicos e innovaciones técnicas y tecnológicas afectan de manera sensible las relaciones humanas, las estructuras sociales, económicas, culturales y, en gran medida, la forma en la cual el derecho debe solucionar los nuevos problemas ocasionados por las aportaciones de la biología, la medicina y las nuevas tecnológicas de la información y la comunicación.”⁴⁴

Los juristas especialistas de esta materia “reconocen que en el terreno legal se ha visualizado un grupo de temas, denominados de frontera, los cuales deben encontrar una respuesta internacional adecuada, más o menos homogénea, sea a través de la aplicación de normativas generales existentes o a través de la sanción de normas

⁴⁴ Romeo Casabona, Carlos María. *Del gen al derecho*. Pág. 1

específicas, las cuales deberán responder con mayor precisión a nuevas situaciones novedosas y complejas a la vez.”⁴⁵

En los ámbitos de la biología y la genética, el progreso ha sido desmesurado, la ciencia y la técnica se han confundido con un poder no conocido en otros estadios de la historia. Hoy se sabe que no todo lo científicamente posible, es ética y jurídicamente deseable, puesto que la técnica puede comprometer no sólo el presente, sino también el futuro de la humanidad, en forma irreversible. Surge el riesgo de desarrollar prácticas contrarias al reconocimiento de la igualdad y los derechos humanos.

Esta preocupación ha impulsado la promoción de un orden internacional, en el cual, sin limitar los beneficios de la investigación y la aplicación de la genética, se puedan prevenir, y hasta cierto grado evitar, todos aquellos intentos perjudiciales de la aplicación de la ciencia. “El movimiento bioético se concibe como una forma de pensamiento y acción que se ocupa de estudiar, regular y plantear posibles soluciones al poder transformador de las ciencias de la vida, para asegurar que el conocimiento científico no se vuelva en contra de la humanidad y, en cambio, sea fuente de bienestar para los individuos y las naciones.”⁴⁶

La bioética tiene el objetivo de proteger los derechos humanos apelando al respeto del cuerpo humano, la protección de las personas en las investigaciones biomédicas, el respeto por el comienzo de la vida, el derecho a la vida privada y la presencia de la ética en las intervenciones en salud.

El resultado del avance científico y la necesidad de contar con mejores herramientas para el diagnóstico y tratamiento de diversas enfermedades, ha resultado en la proliferación de los bancos de datos genéticos. No resulta fácil saber cuántos bancos hay, porque actualmente hay incluso hospitales pequeños que tratan datos o, al menos, poseen muestras de ADN destinadas a ser objeto de tratamiento.

⁴⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *La bioética, un reto del tercer milenio*. Pág. 2

⁴⁶ Valerio-Monge, Carlos. *Investigación y consulta genética en Costa Rica: retos para la bioética*. Pág. 36

La creación de bancos de datos genéticos comenzó en la década de los setenta, cuando un grupo de biólogos y matemáticos de la Universidad Rockefeller (Nueva York) propusieron que se estableciera una base de datos para guardar las secuencias de ADN que se iban descubriendo, en esas bases de datos se mantuvo la información sobre descubrimientos de sistemas adeníticos que solían variar entre animales, virus y bacterias, así como la información de los investigadores que habían descubierto dichos sistemas.

Es hasta 1982 cuando “se establece el GenBank en Los Álamos (Estados Unidos), simultáneamente se desarrolló un programa específico de búsqueda de las secuencias, cuya sigla en inglés es BLAST, el que fue desarrollado por David Lipman, para almacenar información relativa a secuencias genéticas humanas; en el caso de la información genética de seres humanos, el peligro de la nominación de las características génicas individuales y la potencial filtración de información, ha de ser altamente preocupantes en el claro sentido de la defensa del derecho a la intimidad y a la no discriminación.”⁴⁷

En Europa, en particular Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia, Holanda, Irlanda, Francia, Italia, Grecia, Portugal, España, Austria, Suiza y Alemania, han establecido ciertas normas para el manejo del material genético en los procesos penales.

El uso de la información genética permite saber muchas cosas; no obstante, se plantean nuevos desafíos que podrían derivar en un atentado en contra de la justicia y las libertades. Frente a este escenario, el problema de los gobiernos radica en definir cómo regular el uso de dicha información, principalmente como consecuencia de la imposibilidad actual de proteger contra su mal uso de los bancos de datos en general.

La protección jurídica de los datos genéticos actualmente se caracteriza por tener una regulación limitada y muy dispersa, y es en el derecho internacional donde se han alcanzado avances normativos, principalmente en la UNESCO y en el Consejo de Europa.

⁴⁷ Albarellos, Laura. **Bancos de datos genéticos en Argentina y su posible utilización para conculcar derechos humanos.** Pág. 1

A nivel internacional, las condiciones para la realización de las pruebas genéticas y el posterior tratamiento de los datos vinculados a las mismas ha sido objeto ya de consideración jurídica. El primer texto con carácter internacional y universal es La Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos (DUGHGH), aprobada por la XXIX Comisión de la Conferencia General de la UNESCO, en París, el 11 de noviembre de 1997, por la que se prohíbe toda discriminación por razones genéticas y se establece la obligación de proteger la confidencialidad de los datos genéticos asociados a una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad.

Se trata de la primera norma jurídica dedicada a la regulación de los avances en el genoma humano y su incidencia en los derechos humanos; tal declaración consta de veinticinco Artículos, donde principalmente desarrolla la dignidad humana y el genoma humano, los derechos de las personas interesadas, investigación sobre el genoma humano, solidaridad y cooperación internacional.

La DUGHGH preside la idea principal de la no discriminación de las personas por razón de su patrimonio genético y el respeto a sus derechos fundamentales. "Su contenido abarca los dos problemas principales relativos al genoma humano: la intervención en los genes humanos y la utilización de la información genética"⁴⁸ En opinión del catedrático Romeo Casabona, "el aspecto mas relevante de la Declaración es, sin duda, la propia materia que quiere ser el objeto de la misma: la protección de los derechos humanos en relación con el genoma humano"⁴⁹

La preocupación que se presenta en la actualidad no es la utilización de la información en la investigación y en la medicina, sino fuera de este contexto, sobre todo en el ámbito laboral y el de seguros. Por eso es necesario un código de protección de la confidencialidad genética; no es suficiente con una serie de declaraciones bienintencionadas, sino que debe ser prescriptivo y directivo, de modo que neutralice la amenaza derivada del abuso de la información. "El auge de la utilización de los datos

⁴⁸ Álvarez González, Susana. **Derechos fundamentales y protección datos genéticos**. Pág. 145

⁴⁹ Romeo Casabona, Carlos. **Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano**. Pág. 42

genéticos ha demostrado la insuficiencia de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.⁵⁰

La anterior intranquilidad es uno de los factores principales para que en la 9ª Sesión del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (Montreal, 26 a 28 de noviembre de 2002), se inclinara por la preparación y factura de La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO, elaborada por un grupo de redacción del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, cuya principal finalidad es garantizar que la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de datos genéticos y datos proteómicos humanos y de las muestras biológicas sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Trata de conciliar el lógico interés de la medicina y de la ciencia en general por la obtención y estudio de datos genéticos humanos con el respeto a la dignidad humana y a la protección de los derechos y libertades fundamentales, todo ello en aras de evitar fenómenos de discriminación o estigmatización de una persona, familia, grupo o comunidades.

4.1.1. Bases de datos de ADN

Las bases de datos de ADN de individuos han surgido gracias, por un lado, a grandes avances en la informática, más concretamente en el procesamiento de datos, y, por el otro, a los avances que se han producido en materia genética. “La combinación de los adelantos informáticos con los conseguidos en genética pueden utilizarse con gran eficacia, como se esta demostrado en varios países, en la lucha con cierto tipo de criminalidad.”⁵¹

La información genética es un instrumento de enorme valía para el Estado, para cumplir con determinadas actividades, como la averiguación de los delitos, y, en especial, la identificación de los delincuentes, con lo cual la creación de bases de datos de ADN viene

⁵⁰ Álvarez González, Susana. **Ob. Cit.** Pág. 146.

⁵¹ Mora Sánchez, Juan. **Propuestas para la creación y regulación legal en España de una base de datos de ADN con fines de investigación criminal.** Pág. 52.

siendo desde hace unos años una cuestión inquietante para la seguridad de los diferentes países.

La obtención y la utilización de los datos genéticos en la investigación criminal, y en los procesos civiles de investigación de la paternidad, es una gran herramienta para la identificación de las personas y de esta manera colabora a la administración de justicia, por medio de la obtención del perfil genético, la cual es una pericia científica realizada sobre la muestra biológica, destinada a determinar la identificación de una persona.

Las bases de datos de perfiles de ADN pueden crearse con diferentes finalidades:

- a) Con el objeto de obtener y almacenar información genética que facilite la solución de conflictos relativos a la filiación, es decir, en los procesos civiles de paternidad.
- b) Bases de datos de perfiles de ADN para la identificación de individuos que han fallecido en atentados terroristas, catástrofes o accidentes, y para la identificación de terroristas (caso de Estados Unidos después del día 11 de septiembre de 2001, y el atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid).
- c) Bases de datos de perfiles de ADN con fines de Investigación criminal.

Los datos genéticos constituyen un elemento de incalculable valor para la identificación de personas vivas o de desaparecidos. "La progresiva información o computarización desarrollada en todos los ámbitos sociales no es ajena al ámbito de la investigación penal es un instrumento de vital importancia y esencial eficacia en la lucha contra la criminalidad."⁵²

En las bases de datos de ADN para investigaciones criminales son dos las finalidades principales: identificar a los desaparecidos e identificar a los criminales.

⁵² Etxeberría Guridi, José Francisco. La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal. Pág. 20

1. Bases de datos para identificar personas desaparecidas. Su finalidad es la identificación de personas desaparecidas, comparándolas con la información de sus familiares; lo que se trata es de almacenar los perfiles de ADN de cuerpos o partes de cuerpos aún sin identificar, que deben ser comparados con los análisis genéticos provenientes de personas con parientes desaparecidos que voluntariamente facilitasen muestras propias para ser incluidas.
2. Bases de datos de ADN con el objeto de identificar a los autores materiales de delitos graves¹⁹, es decir, para investigación criminal e identificación de los delincuentes. En estas bases de datos se almacenan los datos procedentes de personas implicadas en algún hecho criminal o perfiles procedentes de la escena de un crimen.

4.2. Concepto

La genética es “la rama de la biología que estudia los principios y mecanismos de la herencia de los seres vivos, especialmente los medios por los que los distintos caracteres se transmiten a la descendencia y las causas de las semejanzas y diferencias entre organismos relacionados.”⁵³

Los genes son “la unidad mínima de información biológica, en ellos se encuentran todas las instrucciones bioquímicas de cada ser vivo.”⁵⁴

Genoma es el “conjunto de genes de cada individuo, es decir, la totalidad de la información contenida en los genes, se transmite de generación a generación perpetuando las características comunes de la especie y las particulares de cada individuo y sus predecesores. Así, todos somos hijos y padres de seres humanos, aunque con diferencias en cuanto a la estatura, el color de la piel y de los ojos, gestos y comportamientos.”⁵⁵

⁵³ Soberón, Xavier y Bolívar Zapata, Francisco. *Gen y genoma*. Pág. 61-83.

⁵⁴ Durán Díaz, Edmundo. *Criminología y bioética. La manipulación genética*. Págs. 46 y 47.

⁵⁵ Penchaszadeh, Víctor. *Genética y derechos humanos. Seminario. Salud y derechos humanos*. Pág. 79.

Respecto a la delimitación del término de información genética, para efectos jurídicos se debe distinguir entre el material genético propiamente dicho y la información genética: “el material genético siempre nos acompañará desde los primeros estadios de la vida hasta el momento de nuestra muerte, mientras que la información genética se obtiene al realizar una serie de técnicas o metodologías que permiten la extracción de ciertos datos específicos, que en su conjunto integran la mencionada información genética, podemos concluir que la información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en un soporte determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información específico.”⁵⁶

La información genética es peculiar e importante, deja ver por una parte la identidad del individuo, por otra, puede revelar el estado de salud presente y en determinados casos el estado futuro de la persona o un grupo de personas, además, es una información diversa a la comúnmente manejada en el ámbito del derecho y la medicina, ya que los datos genéticos y las huellas genéticas se derivan de una serie de técnicas precisas y sofisticadas; no sólo revelan la identidad de una persona, sino también la de su prole. Por todo esto es preciso protegerla y delimitar con precisión una definición jurídica de la información genética, así como un campo normativo cuya finalidad sea regular los criterios de obtención, manejo, almacenamiento y privacidad.

4.2.1. Concepto de intimidad y privacidad genética

Las relaciones en sociedad ocasionan en la mayoría de los casos la necesidad de que una persona conozca o se allegue datos, información, documentos o circunstancias de carácter único y personal, los cuales son de otra persona; abogados, contadores, banqueros, notarios, sacerdotes, sicólogos, médicos y actualmente genetistas, pueden llegar a conocer aspectos de la vida íntima y privada de un individuo, aspectos que en la mayoría de los casos deben guardarse en sigilo como medida de protección contra posibles ataques a los intereses de cada persona.

⁵⁶ Martínez Bullé Goyrí, Víctor. *Diagnóstico genético y derechos humanos*. Pág. 182.

Actualmente la intimidad y la privacidad son reconocidas como bienes o valores para las personas, usualmente se vinculan con otros valores básicos: dignidad, libertad, igualdad, seguridad y autodeterminación, todos ellos, indispensables para el desarrollo de la personalidad.

En este sentido “la intimidad se configura como un derecho negativo o de protección frente a injerencias arbitrarias. Este derecho recuerda la noción de el act privacy acuñada por el juez Cooley (The Elements of Torts, 1873) y reconocida por Samuel Warren y Louis Brandeis a finales del siglo XIX en la célebre obra The Right to Privacy: el derecho a no ser molestados, a estar solos, a que nos dejen en paz (the right to be alone).”⁵⁷

Siendo el genoma humano, un conjunto de información vinculada a la esencia propia del individuo, merece un resguardo especial por parte del derecho, pues no existe nada más confidencial, privado, reservado, secreto o interno que los datos genéticos de una persona, por esta razón actualmente se habla de un nuevo ámbito del derecho a la intimidad: el genético.

Es preciso señalar que “no toda información genética es privada. Existe información genética asociada a rasgos fenotípicos, es decir, rasgos externos los cuales son del conocimiento público, como son el color de los ojos, la estatura, la complexión, etcétera. La información genética que merece protección es la de manejo sensible y generalmente asociada a la salud y predisposición a ciertas enfermedades de origen genético y manifestación tardía, esa información es privada, al menos hasta que aparecen los primeros síntomas o hasta que el individuo revela intencionalmente esta información.”⁵⁸

Las injerencias a ese derecho así establecido “proscriben la intervención de toda autoridad pública, salvo que esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad pública o nacional, el bienestar

⁵⁷ Seoane Rodríguez, José Antonio. **De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos: La protección iusfundamental de los datos genéticos en el derechos español (primera parte)**. Pág. 85.

⁵⁸ Acosta Sariego, José. **Bioética para la sustentabilidad**. Pág. 521.

económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos o libertades de los demás.”⁵⁹

Este derecho se configura en lo esencial como un derecho negativo o de defensa, el cual persigue proteger una esfera íntima y privada, puede concebirse como una facultad de exclusión, ejercida por el titular a efecto de limitar a los demás el acceso o tratamiento de su información genética, pero las facultades no se limitan a las negativas, paulatinamente se han incorporado poderes de disposición o control manifestados en forma de consentimiento o autorización para el empleo o tratamiento de los datos o información propias de la esfera particular del ciudadano.”⁶⁰

En su vertiente positiva o prestacional, “El derecho a la intimidad genética implica la facultad del titular de exigir la intervención de los poderes públicos para proporcionar una efectiva protección a la información genética.”⁶¹

De esta manera las autoridades deben tomar las medidas correspondientes para garantizar que la información genética de las personas no pueda ser accesible a nadie o sólo pueda ser empleada para los fines para los cuales el titular consintió.

La intimidad genética es parte sustancial de la dignidad de la persona y como tal se sustenta en los principios de a) transparencia, la cual encuentra su base en el conocimiento de la información, derecho de cada individuo a saber sus características genéticas, y b) opacidad, es decir, la facultad de cada uno de reservarse aquella información genética que no se quiere hacer pública.

4.3. Utilidad de la información genética

Los datos genéticos humanos obtenidos gracias a muestras biológicas de sangre, tejidos, saliva, esperma, etcétera, desempeñan un papel cada vez más importante en la vida social del hombre. Responden a las preguntas planteadas por jueces, policías y juristas,

⁵⁹ Torres-Dulce Lifante, Eduardo (coord.) **Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen**. Pág. 214.

⁶⁰ Seoane Rodríguez, José Antonio. **Ob. Cit.** 85.

⁶¹ Romeo Casabona, Carlos María (coord.). **Genética y derecho**. Pág. 34.

sobre las pruebas de paternidad, la identificación de delincuentes o la identidad de las víctimas de accidentes. También responden, en diverso grado, a los interrogantes de los médicos. Existen pruebas genéticas que ya pueden detectar con precisión algunas patologías, otras, en cambio, son menos concluyentes porque sólo indican una predisposición.

En materia de salud, la medicina del futuro ya no atenderá a los rasgos fenotípicos de las enfermedades, es decir, a la sintomatología que presenta cada individuo al momento de enfermarse, más bien, a las características genéticas de cada sujeto, en este orden de ideas, ya se pueden catalogar las enfermedades en aquellas que tienen un origen predominantemente genético (enfermedades dominantes) en donde existe la presencia de una mutación en la copia de un gen, se conocen aproximadamente 300 clases, entre las que cabe citar el "enanismo acondroplásico, la corea de Huntington y la neurofibromatosis de Von Recklinghausen."⁶² Otro tipo de enfermedades son las recesivas, en las que para que, se manifieste, las dos copias de genes deben estar alteradas. De éstas, se conocen aproximadamente 1,500, entre ellas el albinismo, varias anemias hereditarias y la enfermedad fibroquística del páncreas.

Existe "un segundo grupo de enfermedades, producto de varias mutaciones o variaciones en múltiples genes (enfermedades multigénicas). Esta conjunción de genes confiere al organismo una susceptibilidad especial que, en interacción con factores medioambientales, puede producir un defecto o una enfermedad. Se trata de algunos casos de diabetes, diversos tipos de cáncer, la hipertensión arterial, la arteriosclerosis coronaria y ciertas enfermedades mentales. Será sólo a partir de interacciones desfavorables como una dieta inadecuada, stress, pobreza, marginalidad, exposición a sustancias cancerígenas con los productos de estos genes que se manifestará la enfermedad para la cual es susceptible la persona."⁶³

⁶² Penchaszadeh, Víctor. **Ob. Cit.** Págs. 79 y 80.

⁶³ Valerio-Monge, Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 4

En resumen, las enfermedades genéticas afectan múltiples sistemas del organismo, son crónicas, determinan discapacidades importantes y requieren de atención médica multidisciplinaria, compleja y prolongada.

4.4. Naturaleza de los datos genéticos

El genoma humano es el conjunto de todo el material genético; es decir, de todos los factores hereditarios de la persona contenidos en los cromosomas, entendiendo que todas las células de dicho organismo contienen tal información genética; por lo tanto, el genoma es información sobre cada individuo, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece. Entonces, se trata de una información genética tridimensional, ya que abarca al mismo tiempo un aspecto individual, familiar y universal, como lo ha dicho Nicolás: “El genoma de un individuo abarca dos elementos: el elemento material (base física, que es la molécula de ADN) y el elemento inmaterial (la información que portan los genes).”⁶⁴

La información genética, junto con los avances científicos, hace especialmente vulnerables y transparentes a los seres humanos, y esa transparencia posibilita claramente el control de los individuos, con el consiguiente menoscabo de su autonomía y derechos, fundamentalmente por las posibilidades de utilizar el perfil genético para discriminar a las personas en las más diversas facetas de su vida. “Sitúa al individuo en una posición de transparencia inimaginable hasta el momento actual. El miedo que genera a nivel social el posible mal uso de la información genética, susceptible de ser utilizada para la creación de una nueva casta o grupos de exclusión en base a deficiencias genéticas, ha supuesto que, frente a las ventajas de su utilización, exista un consenso generalizado sobre la necesidad de imponer límites a ésta.”⁶⁵

En el mismo sentido lo ha señalado Malem Seña: “vuelve a los hombres y mujeres seres transparentes, casi sin secretos, y, en ese sentido, vulnerables ante los demás”⁶⁶ (1995: 126). Esta transparencia posibilita claramente el control de los individuos con el

⁶⁴ Nicolás Jiménez, Pilar. **La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal**. Pág. 20.

⁶⁵ Álvarez González, Susana. **Ob. Cit.** Pág. 20

⁶⁶ Malem Seña, Jorge. Privacidad y mapa genético. En: **Revista derecho y genoma humano** 2 (enero-junio de 1995).

consiguiente menoscabo de su autonomía y derechos; pero además, los datos genéticos son particularmente susceptibles de ser utilizados para discriminar a las personas en las más diversas facetas de su vida, de carácter personal o familiar, en el aspecto laboral o para suscribir un seguro de vida, de enfermedad o de accidente, con lo cual discriminaría grupos de población “defectuosa o no apta” para participar en ciertas actividades.

El acceso a esta información dará a conocer aspectos muy importantes de la persona a la que se refiera, afectando de forma muy directa su esfera íntima, pero será también de gran utilidad para proteger su salud. La información genética proporciona, o está en disposición de hacerlo en el futuro, determinadas informaciones científicas, médicas y personales que se mantendrán durante toda la vida de una persona.

4.4.1. Los datos genéticos como datos de carácter personal y de naturaleza sensible

Los datos genéticos son datos de carácter personal, cuyo vínculo con la persona se produce de forma más estrecha que en otro tipo de información personal; la cuestión o el problema está en saber si son o no son datos públicos o datos sensibles. La doctrina ha clasificado los datos de carácter personal en diferentes grupos. En primer lugar se encuentran los datos públicos, que son aquellos que “de acuerdo con el valor que les atribuye la conciencia social, son conocidos por cualquiera”⁶⁷ El Doctor Davara Rodríguez define como datos públicos “aquellos datos personales que son conocidos por un número cuantioso de personas sin que el titular pueda saber, en todos los casos, la fuente o la forma de difusión del dato, ni, por la calidad del dato, pueda impedir que, una vez conocido, sea libremente difundido dentro de unos límites de respeto y de convivencia cívicos, tendiendo en cuenta además que la conciencia social es favorable a su publicidad, siendo frecuente su difusión como si no se tratara de datos personales.”⁶⁸ De esta forma, son públicos, por ejemplo, los datos identificativos del nombre, apellidos, edad o profesión de una persona que, aunque no está obligado a darlos a cualquiera que se los

⁶⁷ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. *Manual de derecho informático*. Pág. 51.

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 51

demandare, no puede impedir que una vez conocidos sean difundidos, no pudiendo ser archivados.

En el segundo grupo están los datos sensibles, que son aquellos que solamente serán conocidos o por voluntad del titular o en circunstancias especiales y descritas en la ley. Se fundamentan en que se presentan en situaciones especiales para la personalidad y la dignidad humana. El profesor Pérez Luño define los datos sensibles como “aquellos que tienen una especial incidencia en la vida privada, en el ejercicio de las libertades o riesgos para prácticas discriminatorias.”⁶⁹

En la categoría de los denominados datos sensibles es donde se sitúan los datos relativos a la salud. Son informaciones susceptibles de una reconsideración respecto a la categoría general por sus especiales peculiaridades y características. Las posibles agresiones a los derechos fundamentales serán más directas y virulentas cuando se deriven de la utilización ilícita de datos especialmente protegidos.

Entonces, por datos sensibles se debe entender aquellas informaciones relativas a cuestiones extraordinariamente delicadas, íntimamente unidas al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana y que tienen un “engarce directo con la noción de dignidad humana.”⁷⁰ Se trata de datos que, como afirma Garriga Domínguez, hacen referencia a aspectos que, como la salud, están íntimamente ligados al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana, que tienen una especial incidencia en la vida privada, y que pueden presentar un riesgo para prácticas discriminatorias. Dentro del grupo de informaciones sensibles, necesariamente se ha de situar los datos relativos a la salud y, muy especialmente, a las informaciones genéticas.

Los datos genéticos proporcionan información sobre el estado de salud actual, pero también sobre su pasado y futuro, por lo que “esta nueva técnica puede ser caracterizada

⁶⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique. *La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales*. Pág. 152.

⁷⁰ Garriga Domínguez, Ana. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Pág. 11

sumariamente como un instrumento para presentar públicamente el cuadro más amplio posible de las características y, hasta psicológicas, de una persona”⁷¹

Si sensibles son todos los datos relativos a la salud, los datos genéticos lo son en grado máximo ya que pueden dar una imagen detallada de la condición física de las personas y de su estado de salud; “los datos genéticos son datos extremadamente sensibles, pues no solo informan acerca de las posibles enfermedades y características de un individuo, sino que constituyen probablemente uno de los aspectos más íntimamente relacionados con su dignidad, su identidad y con su personalidad”⁷²

4.5. Características de los datos genéticos

Las características de los datos genéticos son las siguientes:

- a) La información genética es única y distingue a una persona de las demás;
- b) revela características específicas de un individuo que lo singularizan frente a cualquier otro, permitiendo su identificación, salvo en los gemelos monocigóticos.
- c) Puede revelar información sobre la persona y tener implicaciones para sus consanguíneos (familia biológica), incluidas las generaciones anteriores y posteriores.
- d) Los datos genéticos pueden caracterizar a un grupo de personas (comunidades étnicas).
- e) La información genética puede revelar vínculos de parentesco y familiares.
- f) La información genética es con frecuencia desconocida por el propio portador.
- g) La información genética no depende de la voluntad individual puesto que los datos genéticos son inmodificables.
- h) Es permanente e inalterable, ya que acompaña al individuo a lo largo de toda su vida, salvo existencia de mutaciones genéticas espontáneas o provocadas (ingeniería genética). Se halla presente prácticamente en todas las células del organismo, durante la vida e incluso después de la muerte.

⁷¹ Malem Seña, Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 81.

⁷² Álvarez González, Susana. **Ob. Cit.** Pág. 20.

- i) Los datos genéticos pueden obtenerse o extraerse fácilmente.
- j) Teniendo en cuenta la evolución de la investigación, la información genética podrá proporcionar aún más información en el futuro y ser utilizada por un número creciente de organismos con distintos fines.
- k) Los datos genéticos tienen la capacidad predictiva de enfermedades, en la medida que en algunos casos permite conocer anticipadamente la aparición futura de enfermedades.

4.6. Derecho comparado

Los países que cuentan con legislación sobre los bancos de datos genéticos son los siguientes:

4.6.1. Argentina

El banco nacional de datos genéticos es un organismo autónomo y autárquico dentro de la órbita del ministerio de ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de Argentina, que funciona en el Servicio de Inmunología del Hospital Carlos G. Durand.

Fue creado en 1987 y modificado en 2009 para garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética que sea necesaria como prueba para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad cuya ejecución se haya iniciado en el ámbito del Estado nacional hasta el 10 de diciembre de 1983. Dentro de ello debe permitir la búsqueda e identificación de hijos e hijas de personas desaparecidas, que hubiesen sido secuestrados junto a sus padres o hubiesen nacido durante el cautiverio de sus madres. También ayudar a la justicia y a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales especializadas en la materia objeto de esta ley en la identificación genética de los restos de personas víctimas de desaparición forzada.

Todos los servicios prestados, relacionados con las funciones establecidas en el Artículo anterior, son gratuitos y dispone del Archivo Nacional de Datos Genéticos con toda la información genética necesaria para cumplir sus fines. Cualquier familiar directo de

personas desaparecidas o presuntamente nacidas en cautiverio tiene derecho a solicitar y a obtener los servicios del Banco Nacional de Datos Genéticos en los términos a los que se refiere esta ley, incluyendo el registro de sus datos en el Archivo Nacional de Datos Genéticos.

El Banco Nacional de Datos Genéticos no proporciona información a particulares sobre los datos registrados, ni tampoco a entidades públicas o privadas. La información genética almacenada sólo podrá ser suministrada por requerimiento judicial, en causa determinada, a los fines exclusivos de respaldar las conclusiones de los dictámenes periciales elaborados por el mismo y posibilitar su control por los peritos de parte. Las personas que presuman ser hijos o hijas de personas desaparecidas como consecuencia del accionar represivo ilegal del Estado o aquellas personas presuntamente nacidas durante el cautiverio de sus madres; tendrán acceso exclusivo a los informes, dictámenes y resultados de pruebas genéticas que los involucrasen directamente, lo que deberán acreditar ante el organismo.

La Ley 23.511. Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) (1987) lo regula en los Artículos siguientes:

Artículo 1. Créase el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) a fin de obtener y almacenar genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. El BNDG funcionará en el Servicio de Inmunología del Hospital Carlos A. Durand, dependiente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, bajo la responsabilidad y dirección técnica del jefe de dicha unidad y presentará sus servicios en forma gratuita.

Artículo 2. Serán funciones del Banco Nacional de Datos Genéticos:

- a) Organizar, poner en funcionamiento y custodiar un archivo de datos genéticos, con el fin establecido en el Artículo 1º;
- b) Producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial;



c) Realizar y promover estudios e investigaciones relativas a su objeto

Artículo 3. Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio que residan en el exterior y deseen registrar sus datos en el BNDG, podrán recurrir para la práctica de los estudios pertinentes a las instituciones que se reconozcan a ese efecto en el decreto reglamentario. La muestra de sangre deberá extraerse en presencia del Cónsul argentino quien certificará la identidad de quienes se sometan al análisis. Los resultados debidamente certificados por el consulado argentino, serán remitidos al BNDG para su registro.

Artículo 4. Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, a negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales, requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales.

Artículo 5. Todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del banco nacional de datos genéticos. La acreditación de identidad de las personas que se sometan a las pruebas biológicas conforme con las prescripciones de la presente ley, consistirá en la documentación personal y, además en la toma de impresiones digitales y de fotografías, las que serán agregadas al respectivo archivo del BNDG. El BNDG centralizará los estudios y análisis de los menores localizados o que se localicen en el futuro, a fin de determinar su filiación, y los que deban practicarse a sus presuntos familiares. Asimismo conservará una muestra de la sangre extraída a cada familiar de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, con el fin de permitir la realización de los estudios adicionales que fuesen necesarios.



4.6.2. España

La Constitución Española de 1978, en su Artículo 18.4, proclama el derecho de autodeterminación informativa, o derecho a la protección de datos personales. El Artículo 18.4 se inscribe dentro de un precepto dedicado a la protección de la intimidad en general. Pero el que realmente ha desarrollado esta garantía, hasta configurarla como un derecho fundamental autónomo, es el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, señala que “un sistema normativo que autoriza la recogida de datos con fines legítimos pero sin incluir garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, vulnera el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta”. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en la sentencia 292/2000 que el Artículo 18.4 de la Constitución incorpora un derecho fundamental autónomo.

En igual sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto mediante la sentencia 290/2000, de lo que resulta indiscutible la existencia de un ordenamiento jurídico del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, como un derecho independiente y autónomo respecto del derecho a la intimidad consagrado en el Artículo 18.1 de la Constitución española de 1978.

Debido a la obligación de transposición al derecho interno español de la Directiva 95/46/CE, se promulgó la Ley Orgánica 15/1999, de 23 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El Artículo 3 de la LOPDP contiene una serie de definiciones, entre las que se encuentran la del dato de carácter personal; se entiende por tal “cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”. Este concepto se debe completar con lo dispuesto en el Real Decreto 1720/2007, que define en su Artículo 5 como dato de carácter personal “toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable”.

Los datos genéticos, como información de carácter personal perteneciente a un individuo identificado o identificable, se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la LOPDP, tal y como indica el Artículo 2: “La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptible de tratamiento y a todo uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

Los datos relativos a la salud o datos médicos quedan incluidos entre aquéllos a los que la legislación dispensa mayores garantías, por lo cual la obtención de los datos personales debe fundamentarse en la calidad de los datos que se regula en el Artículo 4 de la LOPDP, Artículo 8 del Real Decreto 1720/2007.

De esta manera la obtención de datos relativos a la salud y los datos genéticos estarán condicionados por los principios de protección de datos recogidos en el título II de la LOPDP. En el mismo título se regulan diferentes cuestiones en concreto, los principios de calidad de los datos, el derecho de información en la recogida de los mismos y la necesidad de que el afectado otorgue su consentimiento. Los principios relativos a la calidad de los datos personales actúan como límite a la obtención de los datos de carácter personal, facultando, asimismo, que posteriormente la persona afectada pueda ejercitar un control positivo sobre las informaciones que le conciernen. Si bien estos principios afectan la obtención y tratamiento de cualquier información personal, el respeto a los mismos se presenta como fundamental frente a la utilización de una información cuya naturaleza y extrema sensibilidad puede dar lugar a prácticas discriminatorias.

Finalmente se puede establecer la importancia que representa al Organismo Judicial como uno de los Organismos de Estado encargado de la administración de justicia, el avance de la tecnología y contratación de personal calificado en asuntos genéticos para que los jueces del ramo de familia puedan disponer de una base de datos que ayude y facilite el diagnóstico e interpretación así como la peritación en los casos que fuere necesario cuando una de las partes del proceso que se tramita sea un menor, cuya situación jurídica se este ventilando con fines de adopción sea esta a nivel nacional e internacional.



Además, los jueces competentes en la tramitación de diligencias de adopción puedan contar con una herramienta efectiva en caso de duda de un documento en el expediente respectivo pudiendo solicitar la asesoría o consultoría en su caso a personas conocedoras de la genética y de esta manera dichos funcionarios judiciales puedan emitir una resolución judicial más acorde a la aplicación del derecho como al avance de la ciencia con respecto a ciertas características o elementos de la persona humana.





CONCLUSIONES

1. La niñez en Guatemala, principalmente la que esta desprotegida no tiene respaldo en muchas oportunidades de carácter familiar, tomando en consideración que cada gobierno de turno no le da continuidad a los programas ya efectuados lo que limita que la niñez tenga acceso a beneficiarse, lo que genera además el estancamiento de las instituciones creadas para cumplir con una labor social indispensable.
2. La institución de la adopción en los países subdesarrollados como el caso de Guatemala contenía una disposición legal bastante irregular lo que facilitó en su oportunidad la venta de niños hacia el extranjero debido a la falta de voluntad política por parte del Congreso de la República, ya que durante muchos años no aprobada una ley de adopciones de acuerdo a la realidad de la institución de la adopción.
3. La adopción es una de las principales instituciones del derecho de familia y como tal ha sido estudiada en derecho romano, griego, sirio español y otros y en cada una de las disposiciones legales se ha procurado garantizar la efectividad de la misma a través de una normativa que beneficie directamente al niño o niña, lo cual en Guatemala no había ocurrido.
4. El banco de datos genéticos es una necesidad en Guatemala, principalmente que sea implementado por la Corte Suprema de Justicia tomando en consideración que en la actualidad no existe una unidad administrativa para consulta en cuanto a las dudas que se les presenten a los jueces en la tramitación de expediente relacionados con adopciones.



RECOMENDACIONES



1. El Organismo Ejecutivo debe elaborar políticas públicas a largo plazo con la finalidad de dar cumplimiento al mandato constitucional así como a las leyes ordinarias e instrumentos internacionales ratificados por Guatemala de protección a la niñez, debido a que la comunidad internacional constantemente apoya todas las actividades en beneficio de la niñez de Guatemala.
2. La comunidad internacional se obligue a ejercer una efectiva fiscalización para los trámites de adopción de niños y niñas, principalmente aquellas de carácter internacional tomando en cuenta de que son múltiples los procesos de adopción tramitados en Guatemala.
3. La Escuela de Estudios Judiciales, el Consejo Nacional de adopciones y los jueces de familia les corresponde celebrar convenios interinstitucionales con la finalidad que los operadores de justicia den cumplimiento efectivo a todos y cada uno de los instrumentos internacionales en materia de adopción y de esta forma lograr una mejor aplicación de los mismos.
4. La Corte Suprema de Justicia mediante acuerdo publicado en el Diario de Centroamérica tiene que implementar un registro judicial de banco de datos genéticos a efecto de facilitar la actividad que desarrollan los jueces de familia principalmente en la tramitación de expedientes de adopción y de esta manera administrar justicia para la niñez en forma correcta.





ANEXOS



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
ACUERDO NÚMERO _____ 2011

CONSIDERANDO

El Decreto numero 77-2007 es la normativa jurídica que regula la Ley de Adopciones creado para dar cumplimiento y efectividad a una de las instituciones del derecho de familia más útiles para los menores edad que no tienen padres.

CONSIDERANDO

Para el Efectivo cumplimiento de lo preceptuado del artículo diecinueve de la Ley de Adopciones inciso a) que establece que el consejo directivo del Consejo Nacional de Adopciones estará integrado por un representante designado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia.

POR TANTO

Con fundamento en lo considerado y lo que preceptúan los artículos 203 y 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1, 2, 17, 19 inciso a) de la Ley de Adopciones y 95 inciso d) de la Ley del Organismo Judicial, e integrada como corresponde,

ACUERDA:

IMPLEMENTACIÓN DEL BANCO DE DATOS GENÉTICOS EN CASOS DE ADOPCIÓN

Artículo 1. Créase el Banco de Datos Genéticos a fin de obtener y almacenar genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación.

Artículo 2. Serán funciones del Banco de Datos Genéticos:

- a) Organizar, poner en funcionamiento y custodiar un archivo de datos genéticos, con el fin establecido en el artículo 1º;
- b) Producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial;



c) Realizar y promover estudios e investigaciones relativas a su objeto.

Artículo 3. Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio que residan en el exterior y deseen registrar sus datos en el Banco de Datos Genéticos, podrá recurrir para la práctica de los estudios pertinentes a las instituciones que se conozcan a ese efecto en el decreto reglamentario.

Artículo 4. Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente.

Los jueces nacionales requerirán ese examen al Banco de Datos Genéticos admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El Banco de Datos Genéticos también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales.

Artículo 5. Todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del Banco de Datos Genéticos. La acreditación de identidad de las personas que se sometan a las pruebas biológicas conforme con las prescripciones de la presente ley, consistirá en la documentación personal y, además, en la toma de impresiones digitales y de fotografías, las que serán agregadas al respectivo archivo del Banco de Datos Genéticos.

El Banco de Datos Genéticos centralizará los estudios y análisis de los menores localizados o que se localicen en el futuro, a fin de determinar su filiación, y los que deban practicarse a sus presuntos familiares. Asimismo conservará una muestra de la sangre extraída a cada familiar de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, con el fin de permitir la realización de los estudios adicionales que fueren necesarios.



Artículo 6. Sin perjuicio de otros estudios que el Banco de Datos Genéticos pueda disponer, cuando sea requerida su intervención para conservar datos genéticos o determinar o esclarecer una filiación, se practicarán los siguientes:

- a) Investigación del grupo sanguíneo;
- b) Investigación del sistema histocompatibilidad (HLA-A, B, C y D);
- c) Investigación de isoenzimas eritrocitarias;
- d) Investigación de proteínas plasmáticas.

Artículo 7. Los registros y asientos del Banco de Datos Genéticos se conservarán de modo inviolable y en tales condiciones harán plena fe de sus constancias.

Artículo 8. Toda alteración en los registros o informes se sancionarán con las penas previstas para el delito de falsificación de instrumentos públicos y hará responsable al autor y a quien los refrende o autorice.

Artículo 9. El presente acuerdo debe publicarse en el diario de Centro América órgano oficial de la República de Guatemala, y entra en vigencia ocho días después de su publicación. Dado en el Palacio de Justicia en la ciudad de Guatemala el _____ de _____ del año 2011.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBARELLOS, Laura. **Bancos de datos genéticos en Argentina y su posible utilización para conculcar derechos humanos.** <http://www.alfaredi.org/revista/data/68-3>.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana. **Derechos fundamentales y protección datos genéticos.** Madrid: Dykinson, 2007.
- ARIÉS, Philippe. **El niño y la vida familiar en el antiguo régimen.** Madrid: Taurus, 1987.
- ARANGIO, Vincenzo Ruiz. **Instituciones del derecho romano.** Barcelona: Editorial Boch, 1950.
- ALSTON, Philip y Bridget Gilmour-Walsh. **El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales.** Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar. **Diccionarios jurídicos temáticos.** Madrid: Editorial Harla, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977.
- CALVO GARCÍA, Manuel y Fernández Sola, Natividad. **Los derechos de la infancia y de la adolescencia, primera jornada sobre derechos humanos y libertades fundamentales.** España: Mira Editores, 2000.
- COLIN y Capitant. **Curso elemental de derecho civil.** Barcelona: Editorial Nauta, 1963.
- DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de derecho informático.** Navarra: Aranzadi, 2001.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Madrid: UNESCO, 1975.
- DURÁN DÍAZ, Edmundo. **Criminología y bioética. La manipulación genética.** Revista Anual de la Asociación de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, año XLV, núm. 37, t. I, Ecuador, 1994.
- ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.** París: Editorial Norvux, 1409.



- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. **La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal**. Madrid: Agencia de Protección de datos, 1998.
- FERRI, José. **La Adopción a través de la Doctrina y Legislación Extranjeras, Proyectos y Anteproyectos Nacionales**. Buenos Aires: Editorial Revista Facultad de Derecho, 1945.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. **Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos. **Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- HONG ENRÍQUEZ, Rolando Pablo y Sautié Castellanos, Miguel. **Genómica, privacidad y asesoramiento genético**. La Habana: Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, 2002.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, **La bioética, un reto del tercer milenio. II Simposium Interuniversitario**, México, UNAM-Universidad Panamericana, 2002.
- La Santa Biblia** Versión Reyna Valera, 1960. Nueva York: Editorial Mundo Hispano, 1990.
- MALEM SEÑA, Jorge. Privacidad y mapa genético. En: **Revista derecho y genoma humano 2** (enero-junio de 1995).
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **Instituciones del derecho civil**. México: Editorial Porrúa, 1998.
- MORA SÁNCHEZ, Juan. **Propuestas para la creación y regulación legal en España de una base de datos de ADN con fines de investigación criminal**. Bilbao-Granada: Comares, 2002.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia. **La información genética, espejo de uno mismo**. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar. **La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal**. Bilbao-Granada: Comares, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.



- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil**. Barcelona: Editorial Nauta, 1966.
- PENCHASZADEH, Víctor. **Genética y derechos humanos**. Seminario. Salud y derechos humanos. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **El interés del menor**. Madrid: Editorial Dykinson. Rivero, 2000.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. **Del gen al derecho**. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996; o, del mismo autor, **Genética y derecho**, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- ROMEO CASABONA, Carlos. **Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano**. Bilbao-Granada: Comares, 2002.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. **Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación**. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- SCHULTZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Barcelona: Editorial Boch, 1960.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. **De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos: La protección iusfundamental de los datos genéticos en el derechos español** (primera parte). *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, núm. 16, enero-junio de 2002.
- SOLÓRZANO, Justo. **Los derechos humanos de la niñez y su aplicación judicial**. Guatemala: Organismo Judicial – UNICEF, 2003.
- SOBERÓN, Xavier y Bolívar Zapata, Francisco. **Gen y genoma**. Ciencias de la Vida, México: UNAM-Siglo Veintiuno Editores, 2001.
- Unescopresse. **Hacia una declaración internacional sobre los datos genéticos humanos**. Artículo núm. 2003-4, junio de 2003, consultado el 1o. de julio de 2004 en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13155&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html.
- VALERIO-MONGE, Carlos. **Investigación y consulta genética en Costa Rica: retos para la bioética**", en www.uaca.ac.cr/acta/1997may/carlos01.htm,
- VARSÍ ROSPLIGIOSI, Enrique. **Bioética y derechos humanos: una aproximación a la protección del genoma**. <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/>.
- VÉLEZ, Sarfiel. **Anteproyecto del código civil argentino**. Buenos Aires, 1947.
- WEINSTEIN, Euge. **Enciclopedia de ciencias Sociales**. Estados Unidos: 1980.



ZÚÑIGA, Laura. **Política criminal**. Madrid: Editorial Colex, 2001.

Legislación:

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

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

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

Convención relativa a la competencia, ley aplicable y reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, la Haya 1965.

Convención europea sobre adopción de menores de Estrasburgo. Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008.

Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de adopción de menores. Adoptada en: La Paz, Bolivia, 1984.

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Protección en materia de Adopción Internacional. Realizada el 29 de mayo de 1993.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.