

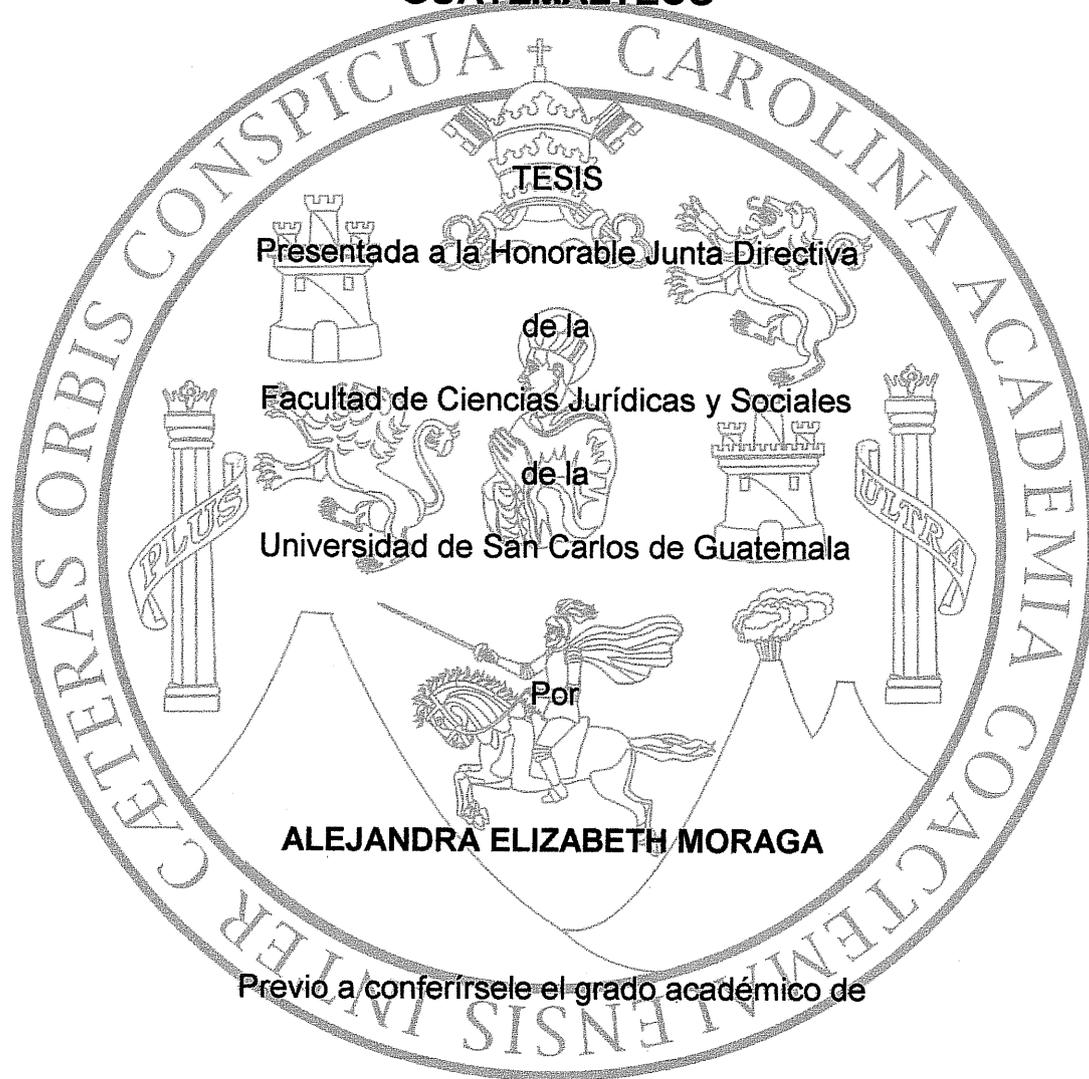
**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



GUATEMALA, NOVIEMBRE 2011

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

**EL DELITO DE ADOPCIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO PENAL
GUATEMALTECO**



LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre 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

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público).

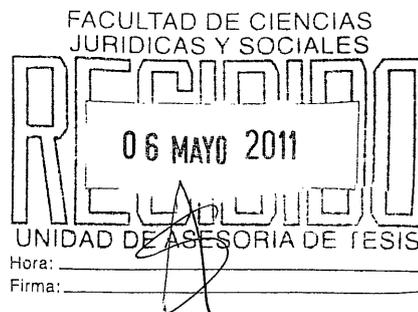


LICENCIADA
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala, 06 de mayo de 2011

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



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En cumplimiento de la resolución dictada por la dirección a su cargo, por lo cual se me designo Asesora de Tesis de la estudiante: **Alejandra Elizabeth Moraga**, en la realización del trabajo titulado **“EL DELITO DE ADOPCION IRREGULAR EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**, respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Que procedí al asesoramiento y análisis del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme a la perspectiva de la doctrina y exegética de los textos legales relacionados con el delito de adopción irregular.
- b) El trabajo realizado, contenido en cuatro capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.
- c) La estructura de la tesis y la metodología y técnicas de investigación utilizadas son adecuadas para el desenvolvimiento del tema y el logro de los objetivos que la investigación pretende arribar; así como la importancia de solucionar concretamente el problema de la adopción irregular en el Derecho Penal.
- d) En el desarrollo del trabajo de investigación se connota que la redacción es concisa y adecuada conforme a los requerimientos académicos de la unidad de tesis y está al nivel académico que corresponde; el cual ha sido elaborado con la terminología correcta referente al tema, ya que se aprecia el uso constante de síntesis del contenido utilizado.

Avenida Reforma 8-60 Zona 9
Edificio: Galerías Reforma
Torre II, 7º. Nivel, Oficina: 702
Guatemala, Centro América

*Tels. 23325988 * 23325999*
Telefax: 2332-5988
Celular: 53177129
e-mail: licmirandab@yahoo.com



**LICENCIADA
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR
ABOGADA Y NOTARIA**



- e) En el trabajo de mérito se destaca que el delito de adopción irregular que contempla la legislación penal guatemalteca no protege adecuadamente a la niñez y a la adolescencia en cuanto a los derechos establecidos en la legislación interna y convenios internacionales de la materia.
- f) Las conclusiones son acordes a lo expresado en el cuerpo de la investigación, las cuales son precisas en señalar los errores de la legislación en relación al estudio de la presente tesis; de todo esto las recomendaciones proponen las acciones que se deben de tomar en cuenta para brindar una solución no solo adecuada sino también precisa a la problemática expuesta en torno a la falta de regulación que pueda existir en la legislación.
- g) He guiado personalmente a Alejandra Elizabeth Moraga durante la aplicación de los métodos de investigación científica y técnicas para desarrollar las consecuencias jurídicas del tema de tesis, con el cual comprueba la hipótesis que se relaciona con la importancia de analizar jurídica y socialmente la realidad nacional.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Y Sociales del Examen General Publico, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Atentamente,

Licenciada Claudina Mirtala Miranda Balcazar
Abogada y Notaria
Colegiado 6127

LICENCIADA
CLAUDINA MIRTALA MIRANDA BALCAZAR
ABOGADA Y NOTARIA

*Avenida Reforma 8-60 Zona 9
Edificio: Galerías Reforma
Torre II, 7º. Nivel, Oficina: 702
Guatemala, Centro América*

*Tels. 23325988 * 23325999
Telefax: 2332-5988
Celular: 53177129
e-mail: licmirandab@yahoo.com*

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

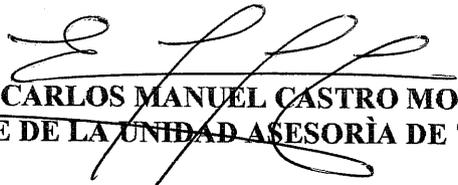
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **HUGO ROBERTO JÁUREQUI**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **ALEJANDRA ELIZABETH MORAGA**, Intitulado: **“EL DELITO DE ADOPCIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**.

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 ASESORIA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CMCM/ cpt.



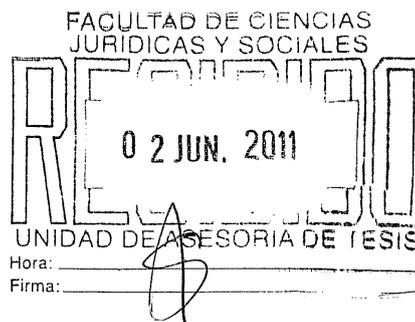


JAUREGUI & ASOCIADOS
BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

Guatemala, 2 de Junio de 2011

Licenciado

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



Respetable Licenciado:

En atención al nombramiento de esa dirección, de fecha dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011) en donde se me nombra **REVISOR** de Tesis de la Bachiller: **ALEJANDRA ELIZABETH MORAGA**, quien se identifica con numero de carné 200411821, sobre el tema intitulado: **“EL DELITO DE ADOPCION IRREGULAR EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**, mismo que procedí a revisar y de tal resultado me permito manifestar lo siguiente:

- a) En el desarrollo del tema la sustentante estudió el problema, habiendo observado la metodología, haciendo los cambios sugeridos, manteniendo la coherencia entre lo propuesto en su diseño de investigación y el informe final, por lo que hace de este un trabajo completo, reflejando la seriedad y actualidad del tema investigado.
- b) El tema elegido por la estudiante esta debidamente estructurado y la metodología y técnicas de investigación utilizadas en la tesis son adecuadas para el desenvolvimiento del mismo y el logro de los objetivos y soluciones que la investigación pretende arribar son satisfactorios.
- c) El presente trabajo de tesis, enfocado desde el punto de vista de su redacción es acorde a los términos jurídicos empleados, así mismo claro y ordenado.
- d) El desarrollo de dicho trabajo es de suma importancia en virtud de los altos índices de adopciones ilegales registrados en Guatemala, por eso se hace de vital



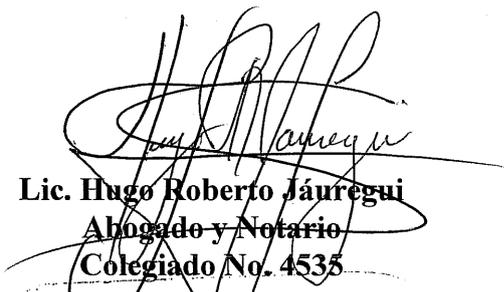
JAUREGUI & ASOCIADOS
BURETE JURIDICO PROFESIONAL

importancia reforzar las medidas de control en los procesos de adopción; constituyéndose así un aporte científico, técnico, valido y necesario para solventar las deficiencias expuestas.

- e) Las conclusiones son acordes al tema expuesto y procurando encontrar las mejoras en la legislación nacional; y las recomendaciones que se vierten proponen mejoras a los procesos de adopción imponiendo las penas reguladas a los responsables del delito de adopción irregular, como se menciona en la presente tesis.
- f) Que procedí a revisar la investigación del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme a la bibliografía descrita utilizada por la estudiante y aplicada a su trabajo de tesis y que evidencia una investigación seria, que es amplia en contenido doctrinal y legal, limitándose no sólo a la legislación nacional sino también al derecho comparado y de autores que gozan de solvencia y trayectoria que es estimada como valiosa en el mundo jurídico tanto nacional como internacional.
- g) En razón de lo anterior estando satisfechos los requisitos reglamentarios así como particularmente, lo dispuesto sobre la metodología, el tema objeto de estudio por parte de la Bachiller ALEJANDRA ELIZABETH MORAGA, se adecuó a las normas reglamentarias exigidas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y que fueron atendidas las observaciones pertinentes, dando cumplimiento a lo establecido en el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico.

Sobre el contenido científico y técnico de la tesis la metodología y técnicas de investigación utilizadas así como la redacción me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, para que el mismo sea discutido en Examen Público de Tesis.

Sin otro Particular, me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto,


Lic. Hugo Roberto Jáuregui
Abogado y Notario
Colegiado No. 4535
Lic. Hugo Roberto Jáuregui
ABOGADO Y NOTARIO

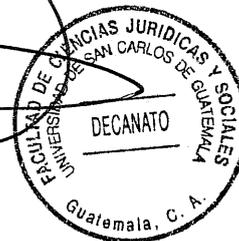


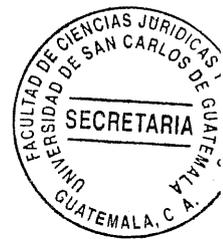
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de septiembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del
(de la) estudiante ALEJANDRA ELIZABETH MORAGA
Titulado EL DELITO DE ADOPCIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO PENAL
GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

A MI PADRE CELESTIAL:

Porque reconozco que todo lo que he logrado es porque Tu lo permitiste. Gracias por enviarme en esta dispensación.

A MIS PADRES:

Maria Elizabeth Moraga Marroquín, porque su amor desinteresado me enseñó que en la vida hay lazos mas grandes que la sangre y todo lo que soy lo debo a sus cuidados, comprensión, apoyo y dedicación.

José Ventura Marroquín Carranza, por esa fe inquebrantable en mi, por su amor incondicional y porque siempre se esforzó por hacerme sentir que pertenezco a una familia.

A LA RAZON DE MI VIDA:

Jair Alejandro de León Moraga, porque sin ti mi vida no tendría ningún sentido y eres la mejor muestra de que Dios me ama al enviarte para iluminar mi existencia.

A:

Juan Carlos Arévalo por dejarme en buenas manos, por respetar mis decisiones y brindarme su apoyo y amor incondicional.

A MIS HERMANOS:

Los amo a todos y el no haber crecido juntos no disminuye mi amor y mi admiración por ustedes.



A MIS ABUELAS:

Victoria Arévalo, Romelia Marroquín
(QEPE).

A LA FAMILIA:

de León Lorini por su apoyo y muestras de amor.

A MIS AMIGOS:

Evelyn Maldonado, Nery Martínez, Sigrid Hurtarte (la Coco), Celeste Alvarado (la Pony), Adriana Mérida, Julio Mario Morales, Belma Medina y familia, Cinthia Cumes, Henly Ramos, Jairo Aguirre, Jonathan Hernández, Luis Arturo Morales, Moisés Volvito, por acompañarme en los mejores años de estudio, por su apoyo, confianza y cariño que sin ustedes todo hubiera sido muy aburrido, los quiero.

A:

Daniel Rodríguez, por su apoyo incondicional, por creer en mi potencial y darme siempre una palabra de ánimo.

A:

Gloria de Castellano, Abby de León, Byron Estupe por su cariño y por brindarme la mejor experiencia laboral que podré llegar a tener.

A LOS QUE YA NO ESTAN:

Yenifer Galindo, amiga te extraño.



A LOS LICENCIADOS:

Quienes en las aulas universitarias compartieron sus conocimientos y experiencias haciendo de mi una profesional con valores y carácter.

A LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA:

Universidad de san Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Protección constitucional de la niñez y la adolescencia.....	1
1.1 Antecedentes históricos de la situación jurídica de la niñez y la adolescencia.....	4
1.2 Sistemas de regulación legal.....	10
1.2.1 Doctrina de la situación irregular.....	10
1.2.2 Características de las legislaciones tutelares latinoamericanas.....	12
1.2.3 Doctrina de la protección integral.....	14
1.3 Principios de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia...	16
1.3.1 Principio del interés superior del niño.....	16
1.3.2 Principio de la no discriminación.....	16
1.3.3 Principio de la efectividad de los derechos.....	18
1.4 Protección internacional.....	18
1.5 Las declaraciones y otros instrumentos jurídicos internacionales.....	19

CAPÍTULO II

2. La adopción.....	21
2.1 Antecedentes históricos de la adopción.....	21
2.2 Definición.....	22
2.3 Naturaleza jurídica.....	24
2.3.1 Los que sostienen que la adopción es un contrato.....	24
2.3.2 Los que consideran que la adopción es una institución.....	25
2.3.3 Los que consideran que la adopción es un acto.....	25
2.4 Clases de adopción.....	26
2.4.1 En cuanto a la nacionalidad de las partes.....	26
2.4.2 En cuanto al origen de los niños.....	26



Pág.

2.4.3	En cuanto a los efectos.....	27
2.4.4	En cuanto al trámite.....	27
2.5	Regulación internacional de la adopción.....	27
2.6	La adopción y su regulación en Guatemala.....	29
2.6.1	Primer periodo.....	30
2.6.2	Segundo periodo.....	30
2.6.3	Tercer periodo.....	34

CAPÍTULO III

3.	Procedimiento de adopción regulado antes de la vigencia de la Ley de Adopciones.....	39
3.1	Procedimiento.....	40
3.2	Instituciones intervinientes en el trámite de adopción.....	41
3.3	Procedimiento actual de la Ley de Adopciones.....	42
3.3.1	Proceso de adopción.....	44
3.3.2	Fase administrativa del proceso de adopción.....	45
3.3.3	Fase judicial del proceso de adopción.....	49
3.3.4	De la Post-adopción o seguimiento de la adopción.....	52

CAPÍTULO IV

4.	El delito de adopción irregular en Guatemala.....	53
4.1	Antecedentes históricos.....	53
4.2	Definición de la trata de personas.....	56
4.2.1	Su regulación en Guatemala.....	56
4.3	Modus operando de las adopciones irregulares mediante vía notarial.....	64
4.3.1	Agencia internacional de adopción.....	64
4.3.2	Madres biológicas o personas que asumen falsamente la calidad de madre biológica.....	66
4.3.3	Juzgados de la Niñez y la Adolescencia.....	67
4.3.4	Las enganchadoras o jaladoras y redes de robos de niños.....	68



	Pág.
4.3.5 Los notarios.....	68
4.3.6 Cuidadoras, casas cuna y hogares.....	70
4.4 El delito de adopción irregular en el derecho penal guatemalteco.....	71
4.4.1 El delito de adopción irregular.....	78
4.4.2 Estructura típica del delito de adopción irregular.....	79
4.5 Análisis jurídico.....	80
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

En los últimos años el trámite de las adopciones internacionales se ha convertido en una verdadera comercialización de niños, antes de que se implementara la Ley de Adopciones, el 98% de las mismas se hacían vía Notarial.

Tampoco pasa por alto la cifra de niños que desaparecen de centros hospitalarios donde han nacido, que se reportan como muertos al nacer sin entregar el cadáver a los familiares o incluso niños que son plagiados de los brazos de sus padres. A esto hay que agregarle las adopciones donde existen irregularidades en cuanto al contacto con los padres adoptivos. A pesar que los principios que inspiran la adopción prohíben el lucro de la misma, algunas agencias internacionales de adopción ofrecen a los niños como objeto de comercio indicando el costo del proceso de adopción en una pública subasta incluso por Internet.

Hoy en día resulta innegable la existencia de redes de adopciones internacionales que constituyen una verdadera organización criminal internacional, con estructuras complejas. En los mismos periódicos se publican anuncios aconsejando a las jovencitas que no aborten, sino que la mejor solución es que recurran a la adopción.

Han sido públicas las constantes denuncias de centros de abrigos de niños ilegales, por personas o instituciones privadas o en casas particulares que se encargan de su cuidado, controlada por personas que facilitan la comercialización, muchas veces notarios particulares o bufetes jurídicos que dirigen todo el proceso, sin que las mismas estén sujetas a algún control estatal de las condiciones y la atención que le prestan a los infantes, condiciones que en la mayoría de veces no favorecen al mejor interés del niño y que incluso vulneran sus derechos fundamentales.

Guatemala tomó como primera medida crear un ente rector de las adopciones, pero los robos de niños y niñas, la atracción de madres solteras a organizaciones con fachada de beneficencia y el tráfico de niños continúa.



Es tanto el riesgo para el bien jurídico, vida e integridad de los niños, niñas y adolescentes que se ha hecho una serie de reformas penales, legislando la figura de la adopción irregular.

Este es el objeto por el cual se realiza el presente análisis de tesis; determinar si la regulación legal del delito de Adopción Irregular, satisface o no la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes contenidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, comprobar si el delito de adopción irregular ha sido bien regulado dentro de la legislación guatemalteca.

La presente investigación consta de cuatro capítulos, en el primer capítulo se desarrolla la protección constitucional de la niñez y adolescencia, los sistemas de regulación legal, principios de la Ley de la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y su protección internacional; en el segundo capítulo, se analiza la adopción, definición, naturaleza jurídica, clases de adopción, sus efectos y su regulación internacional; en el tercer capítulo, se refiere al procedimiento de adopción regulado antes de la vigencia de la ley de adopciones, instituciones intervinientes en el proceso y el proceso actual de adopciones; el capítulo cuarto, finaliza con el delito de adopción irregular en Guatemala, antecedentes históricos, definición de la trata de personas, juzgados de la niñez y la adolescencia y su análisis jurídico.

Sirva para el Organismo Judicial esta investigación ya que en ella se explica de forma sencilla que la nueva legislación para la infancia se torna un instrumento complejo que exige un profundo conocimiento del derecho. La fundamentación rigurosa de las medidas adoptadas y una correcta y ponderada interpretación de la ley, constituyen los parámetros de acción del juez para la infancia; así como una correcta intervención de las instituciones colocan las bases mínimas para que la arbitrariedad sea sustituida por la justicia.

CAPÍTULO I

1. Protección constitucional de la niñez y la adolescencia

La protección que Guatemala debe de proporcionar a los niños, niñas y adolescentes, se encuentra plasmada con un rango constitucional, pues en el Artículo 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "Protección a menores y ancianos. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social."

El derecho constitucional guatemalteco que se inspira en fundamentos humanistas, reconoce el principio de supremacía constitucional, por el cual, en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución Política de la República de Guatemala. Dicho principio se regula con precisión en los Artículos 44, 175 y 204 de la Carta Magna. Este último precepto indica: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución Política de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado".

La Corte de Constitucionalidad como el ente encargado del control concreto de la constitucionalidad de las leyes ha manifestado que: "Uno de los principios fundamentales que informa al derecho guatemalteco es el de Supremacía Constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución Política de la República de Guatemala y ésta como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados, a efecto de lograr la consolidación del Estado de Derecho. Conforme a los Artículos 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pueden denunciarse ante la Corte de Constitucionalidad los vicios que, a juicio del solicitante, puedan contener las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general y por ello, contravenir normas de la Constitución



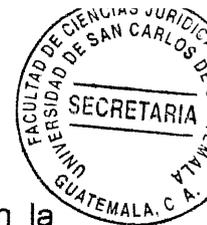
Política de la República de Guatemala, para que esta corte declare, si es el caso, la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, dejándola sin vigencia”.

En ese sentido, ningún otro precepto puede contradecir, disminuir o restringir sus preceptos y de hacerlo tales normas son nulas ipso jure tal y como se consigna en el Artículo 44 de dicho cuerpo normativo. Así mismo, la Carta Magna, establece en su Artículo 46 que: “...Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. La citada disposición ha generado dentro del foro guatemalteco una acalorada discusión en torno a si tal preeminencia sobre el derecho interno, incluye o no, a la misma Constitución Política de la República de Guatemala, a ese respecto entendemos que el único ente capaz de decidir tal polémica, es con fundamento jurídico la Corte de Constitucionalidad, como la encargada de la defensa del orden constitucional (Artículo 268 CPRG).

El pronunciamiento del más alto tribunal constitucional a este respecto cuenta con fallos contradictorios en este sentido, pero con predominio del criterio de Prevalencia Constitucional sobre las convenciones, que ha expresado en los siguientes términos:

Así pues, independientemente a la resolución que pueda tomar esta polémica, si se llega a emitir tres fallos similares al respecto, que sentarían Jurisprudencia, se observa que los principios y garantías cuentan con una amplia protección jurídica de mayor rango que la legislación ordinaria que vuelve ineludible su aplicabilidad y respeto en un proceso tanto por parte de los sujetos procesales como de las autoridades y ciudadanía en general, pues como lo señala el profesor Ramón Ferrer Barquero: “si en las constituciones antiguas los principios tenían un sentido programático, en las modernas, además de servir para determinar el contenido de las futuras leyes, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales.”¹

¹ Ferrer Barquero, Ramón. **Los principios esenciales del proceso penal y su reflejo constitucional: “problemas procesales en caso de suspensión de ciertos derechos.”** Pág. 223.



En ese sentido al haber sido adoptada, firmada y ratificada por Guatemala en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, mediante la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, la Convención Sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor, el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el Artículo 49.

El contenido de este documento está sustentado básicamente en dos ideas:

1. La consideración de los niños (niños, niñas y adolescentes) como sujetos plenos de derechos y por lo tanto, titulares absolutos de los mismos y merecedores de dignidad, libertad e igualdad. De este modo se deja de lado, o por lo menos se intenta dejar de lado, la idea del niño como objeto pasivo y plausible de la intervención y tutela tanto de la familia como del Estado y la sociedad en general. Todo esto teniendo siempre presente como objetivo principal el interés superior del niño.
2. El reconocimiento de los niños como personas con necesidad de cuidados especiales, es decir, que por la condición particular en que se encuentran dado su estadio evolutivo, son depositarios de derechos especiales además de los definidos para todos los seres humanos en general.²

Por ser una normativa en materia de derechos humanos adquirió rango Constitucional, por lo que existía una clara contradicción entre esta y la legislación de menores vigente. Está contradicción se resolvió al aprobarse en el año 2003 la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Para entender en una mejor forma este proceso se requiere un análisis histórico de dicha evolución y en ese sentido se procede a realizar la misma en el siguiente apartado.

² Pérez Chaca, Valeria. **¿Derechos vs. derechos?: Los derechos de l@s niñ@s alojados en el sistema carcelario. Relación con la pobreza y la exclusión social.** Pág. 37-50.

1.1. Antecedentes históricos de la situación jurídica de la niñez y la adolescencia

Hasta fines del siglo XIX los niños no eran considerados ni siquiera personas, es decir, los padres o dueños (en el caso de los esclavos) tenían poder absoluto sobre la libertad y lo que es peor, sobre la vida de cada niño que tenían "en su poder".³

Hace dos siglos la niñez no era considerada como un grupo social diferenciado jurídicamente de los adultos, por esto, la doctrina define a ese periodo como el de la "indiferencia jurídica", pues el niño y la niña eran tratados de la misma manera que el adulto, eran considerados como "los pequeños adultos" o los "hombres pequeños"; estos formaban parte del conglomerado social como un miembro más que debía satisfacer sus necesidades por sí mismo. Por ejemplo, en Guatemala, la minoría de edad solo constituía un atenuante en la responsabilidad penal, al niño o niña se le aplicaba la misma pena que al adulto y la cumplía en el mismo Centro Penitenciario. Si revisamos los códigos penales y procesales de 1877 y 1923, podemos verificar que el niño o niña trasgresor de la ley penal no era sujeto de ningún tipo de consideración especial.⁴

El triunfo de la Revolución Francesa acarrea cambios notables en las ideas y prácticas de control social. El control social se "humaniza" y juridifica. Es el nacimiento del Estado de Derecho. Desaparecen progresivamente los castigos bárbaros, y por sobre todo, la pena privativa de libertad se convierte en la pena más importante⁵, todo ello como aporte del periodo humanitario del derecho penal y de sus expositores en especial Cesar de Bonesana, marqués de Beccaría y su célebre obra De los Delitos y de las Penas, que fueron los antecesores de la Escuela de los Juristas, también conocida como Escuela Clásica del derecho penal.

³ Pérez Chaca, Valeria. **Ob. Cit.** Pág. 37.

⁴ Solórzano, Justo. **La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.** Pág.12.

⁵ García Méndez, Emilio. **Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia.** Pág. 2.

En una sociedad en la que el tiempo comienza a adquirir el valor de una mercancía, la pena privativa de libertad se convierte en la pena democrática por excelencia. El tiempo es la única propiedad que todos los hombres poseen por igual y el tiempo de la condena puede ser matemáticamente determinado de modo que corresponda exactamente a la naturaleza del delito. La pena privativa de libertad por tiempo determinado es una conquista democrática que corresponde también a la nueva forma de organización productiva de la sociedad.⁶

Paradójicamente, quien queda fuera del proceso productivo queda fuera de esta conquista democrática. Los "menores", incorporados marginal y clandestinamente al proceso productivo, quedan fuera del discurso oficial sobre el proceso productivo y por ende, privados de esta conquista democrática. El derecho de menores, todavía inexistente, se creará sobre esta base jurídica cultural colmada de eufemismos y "como si". Cualquier semejanza con la actual consideración jurídica de la situación laboral de los menores no es pura coincidencia.⁷

La legitimidad del derecho penal moderno, o lo que es lo mismo, la legitimidad de la pena, se asentará sobre la base del concepto jurídico de imputabilidad. Toda una categoría heterogénea de locos, mujeres, menores y otros, aparecerá en realidad estrechamente vinculada, tanto por el concepto real de vulnerabilidad cuanto por el concepto jurídico de inimputabilidad. Para ellos no habrá penas (ciertas y temporalmente), sino medidas de seguridad (cuya duración depende de la situación de cada caso). Con los códigos penales del siglo XIX y sus disposiciones relativas al discernimiento, llegamos prácticamente al fin de la prehistoria del control socio/penal de la infancia.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con el desarrollo de las ciencias naturales y la filantropía humanitaria surgió un movimiento social que exigió un trato

⁶ Darío Melossi y Massimo Pavarini. "Cárcel y Fábrica". Pág. 123.

⁷ García Méndez, Emilio. Ob. Cit. Pág. 5.

diferenciado para los niños y las niñas que logra sus objetivos con la creación de un derecho específico para este grupo social, denominado Derecho Tutelar de Menores. Con este nuevo derecho se da una valoración jurídica a la diferencia del menor de edad con respecto al adulto, pero esta es más útil para su negación que para la reafirmación de su igualdad jurídica, pues se desvaloriza a la persona menor de edad frente al adulto, se le excluye del sistema de garantías que el Estado liberal había construido para "todas las personas" y además, al ser objeto de una "tutela especial", sufre una intervención estatal arbitraria justificada y legitimada por el pensamiento benéfico que imperaba en esa época.

El derecho tutelar se origina en los Estados Unidos, con las ideas del Movimiento Reformista de finales del siglo XIX y principios del XX, el cual es definido por muchos historiadores y criminólogos, de esa época, como un movimiento "humanitario y progresista" que respondió a la problemática de las miserias de la vida urbana, la delincuencia juvenil y las precarias condiciones de promiscuidad en las cárceles, provocadas por la mezcla de mayores y menores. Como lo manifiesta Andrés Ibañez: "el acerante espectáculo de los menores delincuentes precoces aprisionados en los engranajes de la justicia penal de adultos, confirió notable atractivo a las propuestas y favoreció en gran medida la difusión del pensamiento conecionalista-positivista".⁸

En el movimiento reformista de los Estados Unidos, impulsor de los tribunales para menores, tuvo gran influencia el Positismo Criminológico europeo, principalmente a través de las obras de Lombroso, Garófalo y Ferri. Cesare Lombroso fue el fundador de la Escuela Positiva Italiana, a quien se debe el haber sido el primero en cambiar el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable; Raffaello Garófalo, pretendió estudiar al delito no como un ente jurídico, sino como un fenómeno natural o social; Enrico Ferri, logró conjugar la dirección antropológico-biológica de Lombroso con una concepción sociológica del delincuente,

⁸ Jiménez Burillo, Clemente. "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada". Pág. 213.

en conexión con los requerimientos sistemáticos que planteaba el pensamiento penal tradicional.⁹

Este movimiento provocó en EEUU un cambio metodológico en el estudio de la criminalidad del delito al delincuente. El estudio criminal se inclinó, como en Europa, a buscar las causas de la delincuencia juvenil en la persona del menor de edad. Verbigracia las conclusiones del Doctor Kerlin del institute of Feeble-Minded Children de Pennsylvania: "...si hubiera una clase de niños pequeños cuya herencia y cuyas aberraciones fueran tales que los predestinarán a los manicomios y las cárceles, se adelantaría mucho en la disminución de la delincuencia y la insania mediante un registro metódico y un adiestramiento de tales niños, o en caso de que esto fallara aislándolos pronta y totalmente de la comunidad. Se supone que esta imbecilidad moral es el padecimiento incurable de una víctima irresponsable, a quien se debe, píos cirineos de los pecados de la sociedad, generosos cuidados y protección contra sí mismo mediante un apartamiento grato y total de la comunidad que, a su vez, tiene el derecho de exigirle que no dañe a nuestro tronco común con lacras permanentes en la sangre y la moral."¹⁰

En consecuencia, puede afirmarse categóricamente que el surgimiento del Derecho tutelar de menores se da dentro de la concepción de la Escuela Positivista, en la cual, se traslada el punto de mira de la garantía del individuo a la defensa activa de la sociedad, se pasa de la responsabilidad individual a la responsabilidad social y desde la perspectiva metódica, supone el cambio del objeto de la ciencia penal del derecho ideal de la Escuela Clásica se pasó a la realidad empírica, de la búsqueda del deber ser a la investigación del ser. Al aplicar los métodos de las ciencias naturales para explicar la delincuencia juvenil se llegó a la conclusión de la anormalidad del delincuente menor de edad. El delito ya no es lo determinante pues sólo constituye un indicio más de la peligrosidad de su autor. Lo que caracterizó a esta escuela fue el impulso de una corriente criminológica que afirmó la predisposición criminal del delincuente.

⁹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho penal español, Parte general**. Págs. 122.

¹⁰ Platf. **Los Salvadores de los niños o la invención de la delincuencia**. Pág. 53.

Fue así como la criminología pragmática norteamericana, principalmente integrada en sus inicios por médicos y después por sociólogos y trabajadores sociales, reconoce al niño o niña delincuente como un enfermo, un caso patológico (siguiendo a Lombroso), que puede ser objeto de diagnóstico, vigilancia y curación, esta última bajo la idea del tratamiento en los centros penitenciarios y correccionales. Al determinismo biológico se unió el determinismo ambiental, como producto de las investigaciones sociológicas en los centros urbanos que aportaron valiosa información sobre la influencia social en el comportamiento delictivo de los niños y las niñas.

El nuevo marco jurídico es relativamente simple. Se trata de realizar las reformas procesales necesarias para otorgar al juez, que debía actuar como un buen padre de familia, poderes de carácter discrecional. Aquella porción de la infancia-adolescencia que por razones de conducta o de condición social entre en contacto con la compleja red de mecanismos de la caridad-represión, se convertirá automáticamente en "menor". Este es el nacimiento de una cultura de judicialización de las políticas sociales supletorias. Es decir, de tratar de resolver por medio de normas jurídicas, las deficiencias de las políticas sociales básicas. Unidos por el parámetro de la defensa social, entre los jueces y el movimiento social de los Reformadores se establece una clara relación de complementariedad.¹¹

Con enorme velocidad los sentimientos e ideas impulsados por los Reformadores, son importados en América Latina. En cuanto a los problemas, estaban allí y no hacía falta importarlos. Se trataba de recrearlos en función de los nuevos enfoques predominantes.

En una cultura jurídica que, como la latinoamericana, posee profundas diferencias con el sistema anglosajón. Las limitaciones que la tradición cultural europea continental impone al juez, tienen que ser resueltas a través de una hipótesis pseudo-taxativa de intervención. Es decir, se trata de fijar criterios de intervención judicial, pero definidos con una amplitud tal que de hecho los convierten en omnicomprensivos. La creación de

¹¹ García Méndez, Emilio. *Ob. Cit. Pág. 9.*



la figura del "menor en situación irregular", resulta la representación más acabada de lo anterior. El acento está puesto definitivamente en el tratamiento institucional de una conducta o condición que implica un desvío de las normas sociales, algunas de ellas consagradas penalmente, que se suponen mayoritariamente aceptadas.¹²

En conclusión, al aceptar que los delincuentes sufren de una patología especial y además, que son influenciados socialmente, la propuesta reformista se orienta al ideal rehabilitador de la delincuencia juvenil, dirigido a tratar al enfermo e irresponsable delincuente juvenil. La idea de tratamiento encontró fuerte acogida en el Sistema de Reformatorios, este sistema se diferencia del penitenciario en que "convierte" a los delincuentes juveniles en futuros ciudadanos a través del "tratamiento" garantizado con las "sentencias indeterminadas.

Este nuevo sistema tutelar es adoptado en Guatemala por la Ley de Tribunales para Menores, Decreto 2,043-37, del periodo presidido por Jorge Ubico, del 15 de Noviembre de 1937 y posteriormente es desarrollado en el Código de Menores, Decreto 61-69 del Congreso de la República, del 11 de noviembre de 1969 y luego en el Código de Menores, Decreto 78-79 del Congreso de la República, de noviembre de 1979.¹³

Con la aprobación y posterior vigencia de la Constitución, de 1985 y de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en 1990, se cuestiona el modelo del sistema tutelar de menores, pues éste se dirige solo a un sector de la población infanto-juvenil y no a su totalidad. La Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Sobre los Derechos del Niño establecen un cambio de doctrina que deja atrás el modelo que intentó tutelar a los niños y las niñas; que se encontraban en "situación irregular", en cambio proponen un nuevo modelo que persigue proteger a todos los niños y las niñas a quienes sufren de amenazas y violaciones en sus derechos humanos y de quienes se alegue que han violado la ley penal. El nuevo enfoque de los derechos de la niñez es totalizador y no sectorial, como el tutelar.

¹² **Ibid.**

¹³ Solórzano, Justo. **Ob. Cit.** Pág. 15.

La nueva doctrina, que promueve la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Sobre los Derechos del Niño, persigue una protección integral de la niñez y la adolescencia, que incluye el respeto de los derechos individuales y la promoción de los derechos-económicos, sociales y políticos. La nueva doctrina de protección integral establece un tratamiento jurídico especial para los niños y las niñas, reconoce los derechos especiales que su condición específica requiere y además, diferencia el tratamiento jurídico de la niñez víctima y la adolescencia transgresora de la ley penal. En ese contexto, los legisladores aprobaron, el quince de julio de 2003, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la que en términos generales es coherente con las modernas corrientes jurídicas de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

1.2 Sistemas de Regulación legal

Desde la antigüedad se aprecia disposiciones destinadas a excluir a los niños de determinadas penas o atenuarlas, lo cual también se hizo en la edad media. Puede afirmarse entonces que en la intervención penal frente a los niños y adolescentes ha existido un cambio de visión a lo largo de la historia. En un primer momento se incluyó a los niños y adolescentes dentro del sistema de control penal, se les sancionaba igual que a un adulto. En un segundo momento se trató de mantenerlos dentro del control social punitivo cambiando las apariencias y quitando las garantías, para luego mediante la nacionalización de los principios reconocidos internacionalmente se incluyó finalmente los derechos y garantías en el control penal del adolescente.

1.2.1 Doctrina de la “situación irregular”

En el mundo jurídico, se entiende por doctrina, el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución. Normalmente, en todas las áreas del

derecho de adultos la producción teórica se encuentra homogéneamente distribuida entre los distintos segmentos del sistema, lo que estimulando la pluralidad de puntos de vista asegura eficaces contrapesos intelectuales a la interpretación de las normas jurídicas. Los avances en la doctrina aparecen invariablemente acompañados por contradicciones y discrepancias.

Radicalmente diverso resulta el panorama de la producción teórica del derecho de menores en el contexto de la doctrina de la situación irregular. La ideología, hasta hace poco hegemónica, de la compasión-represión, ha determinado una uniformidad abrumadora de puntos de vista. Esta característica obedece, tanto al hecho de que la piedad siempre se manifiesta como dogma, cuanto a que prácticamente toda la producción teórica ha sido realizada por los mismos sujetos encargados de su aplicación (los jueces de menores). Esta situación explica el hecho, que pocas doctrinas sean más difíciles de definir que aquella de la situación irregular.¹⁴

Se trata en realidad, de una doctrina jurídica, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica, si por jurídico entendemos, reglas claras y preestablecidas de cumplimiento obligatorio para los destinatarios y para aquellos responsables por su aplicación. Esta doctrina, constituye en realidad, una colcha de retazos del sentido común que el destino elevó a categoría jurídica. Su misión consiste en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular. En este sentido las hipótesis de entrada en el sistema carecen de la menor taxatividad.

Niños y adolescentes abandonados, víctimas de abusos o maltratos y supuestos infractores a la ley penal, cuando pertenecientes a los sectores más débiles de la sociedad, se constituyen en clientes potenciales de esta definición. Más aún, como en una especie de auto-ironía, las leyes de menores extienden los alcances de la disponibilidad estatal al resto de la infancia que se encontrare en peligro material o

¹⁴ García Méndez, Emilio. **Ob. Cit.** Pág. 60.

moral. En este contexto, la arbitrariedad no puede jamás constituir la excepción y si el comportamiento rutinario de aquellos encargados de su aplicación.¹⁵

1.2.2 Características de las legislaciones tutelares latinoamericanas

La doctrina es uniforme en caracterizar a las legislaciones tutelares con los siguientes rasgos:

- “No diferencian el ámbito tutelar de lo penal, de tal modo que trata al adolescente que está en abandono del mismo modo que al que ha cometido una infracción a la ley penal. Promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social. Lo que se traduce en un derecho penal juvenil de autor por medio de un tratamiento tutelar del problema penal y un tratamiento penal del problema tutelar.
- Criminaliza la pobreza.
- El juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones. (arbitrariedad).
- Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para “beneficiar” y no “para castigar” a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección.
- Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.”¹⁶

¹⁵ **Ibid.**

¹⁶ García Méndez, Emilio. **Ob. Cit.** Pág.13.



Hasta aquí, se resume la evolución del control penal dirigido a la infancia señalando que si bien en un primer momento existía un control penal del niño indiferenciado de los adultos, siendo incluso sancionado del mismo modo y en los mismos lugares. Al volverse dominante la ideología correccional positivista y la doctrina de la situación irregular, al mismo tiempo que se retiran a los niños y adolescentes del ámbito del Derecho Penal para darles medidas educadoras y asistenciales frente a sus comportamientos, se eliminan los límites a la intervención punitiva, representados por las garantías penales y caracterizada por el uso de conceptos morales con los que se justificó el ejercicio de una violencia explícita y soterrada dirigida a modificar la conciencia del niño. En síntesis, como señala Paola Hall, las legislaciones tutelares han sido “una forma disfrazada y sustitutiva de control social”, pues “se huyó del tratamiento ordinario buscando una modalidad similar, aunque en apariencia diferente”.

La doctrina de la situación irregular que, por medio de sus leyes tutelares, alcanzó una influencia continental en América, durante prácticamente todo el siglo anterior, encuentra sus principales fundamentos en una ambivalencia entre la compasión que se promueve en su discurso y la fuerte represión que implica en la realidad.¹⁷

Para reforzar esta idea del “bien”, la doctrina de la situación irregular presenta a los niños y adolescentes como incapaces, necesitados de su “tutela”, lo cual aumenta significativamente la percepción de compasión, de su “bondad”, que a su vez, produce una verticalización de las relaciones adultos-adolescentes.

Como consecuencia directa de esta consideración, el derecho tutelar de menores recurre a las características personales, familiares y sociales de los adolescentes, derecho penal de autor, para justificar la aplicación de las respectivas “medidas”, más que en la comisión de un hecho delictivo, derecho penal de acto.

¹⁷ Ibáñez, Andrés. **Los Derechos del Niño y su responsabilidad Penal**. Pág. 26.

Conviene recordar, en este sentido, que el Derecho Penal tiene por objetivo regular el poder punitivo, lo que implica limitarlo, por lo que no es correcto entenderlo, al menos no exclusivamente, como el que faculta al Estado a castigar, pues no existe duda en que la idea de castigo es preexistente a su regulación.

1.2.3 Doctrina de la protección integral

Con el término "Doctrina de la Protección Integral" se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos, de carácter internacional, que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la "Declaración Universal de los Derechos del Niño", esta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos:

- a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).
- c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.
- d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

Este cuerpo de legislación internacional modifica total y definitivamente la vieja doctrina de la situación irregular. La doctrina de la protección integral incorpora en forma vinculante para los países signatarios todos los principios fundamentales del derecho a la nueva legislación para la infancia. En otras palabras, esta nueva doctrina de legítima

política y sobre todo jurídica, el viejo derecho de menores, colocados paradójicamente en situación totalmente irregular.¹⁸

La “doctrina de la protección integral” implicó la determinación de límites para los demás, que se originan en el respeto de los derechos, sea por el cumplimiento de los deberes correlativos que ellos generan, lo cual, a su vez, conlleva la disminución de los niveles de discrecionalidad en quienes, de una u otra manera, deben tomar decisiones que puedan afectar tales derechos, en específico los jueces y magistrados de menores.

Igualmente, se supera la idea de incapacidad de los niños y adolescentes, para asumir sin reparos la idea de responsabilidad. Es decir, así como se reconocen los derechos de los niños y adolescentes, se entiende también que ellos tienen deberes y que su incumplimiento conlleva responsabilidades, como en el caso de los adultos.¹⁹

La base de este sistema entonces, se centra más en la protección de derechos que en la protección de personas, sean éstas niños, adolescentes o adultos, lo cual elimina el peligro de una selección que estigmatice y segregue a aquellos más desfavorecidos.

Lo anterior, por cuanto recurrir a la protección de derechos, más que a la protección de personas, resulta más objetivo, lo cual reduce las posibilidades de discriminación, pues se entiende que, independientemente de las características de persona o condiciones de vida, a todos se nos deben respetar nuestros derechos, asegurándose así un trato igualitario.

De la misma manera, la vulneración de un derecho a cualquier persona obliga, casi siempre y sin necesidad de recurrir a valorar sus condiciones personales, sociales y familiares, a dos tipos de acciones: al reestablecimiento del derecho vulnerado y a la responsabilización, de estar así contemplado en la ley, de quien lo vulneró, sea por acción u omisión.

¹⁸ García Méndez. Ob. Cit. Pág. 10

¹⁹ Rojas, Alejandro. **Manual Autoformativo**. Págs. 17 y 18.



1.3 Principios de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

Para abordar en forma sucinta lo relativo a los principios que inspiran la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se mencionan los siguientes:

1.3.1 Principio del interés superior del niño

Según este principio en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al interés superior del niño como una consideración primordial". Este principio se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos que le afecten.

Esta disposición es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos de la infancia y a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como las niñas y los niños son parte de la humanidad y sus derechos no se ejercen separados o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es considerado como una "consideración primordial". El principio es de prioridad y no de exclusión de otros derechos o intereses.

1.3.2 Principio de la no discriminación

El principio de no discriminación tiene una doble expresión en la Convención de los Derechos del Niño. En primer término, ella es en sí misma un tratado contra la discriminación, ya que justamente pretende asegurar que la infancia y la juventud tengan la titularidad de los derechos que les corresponden a todas las personas y para

lograrlo, no sólo los reafirma sino que establece nuevas protecciones en atención de que se trata de sujetos en desarrollo.

Ya en el primer párrafo del preámbulo de la Convención, la noción de igualdad tiene presencia destacada al señalarse que "la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", reconociéndose, en el párrafo tercero, "que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados" en los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas. A partir de estos reconocimientos se legitima la existencia de un tratado específico sobre derechos humanos de las niñas y los niños.

En el ámbito jurídico esto tiene importantes consecuencias. Por una parte el recientemente expuesto principio del interés superior del niño es una aplicación clara de un criterio de prioridad que encuentra su fundamento último en una concepción de la justicia que se funde en el reconocimiento que las desigualdades sólo son tolerables, si satisfacen, entre otras condiciones, el procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. Este principio, justamente pretende superar, a través del fortalecimiento de su posición jurídica, el carácter de grupo menos aventajado que tradicionalmente ha acompañado a la infancia.

La segunda expresión y más obvia, es que la no discriminación exige una igualitaria protección de los derechos de la infancia, atendiendo a sus particularidades. Los niños tienen igualdad de derechos y es deber del Estado promover la igualdad en la aplicación de ellos. Todas las niñas y los niños, cualquiera sea su condición 'tienen derecho a no ser discriminados en sus derechos de sobrevivencia, desarrollo, protección y participación.

1.3.3 Principio de la efectividad de los derechos

Ese principio de efectividad se basa en el compromiso de los Estados a adoptar "todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño. Respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (Artículo 4 de la CDN).

En consecuencia, la efectividad de los derechos a que hace referencia el Artículo cuarto de la Convención exige no sólo la recepción normativa de los derechos sino la adopción de mecanismos efectivos de garantía por parte del Estado. Es decir, se requiere de una protección efectiva, una continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos para asegurar su protección.

1.4 Protección internacional

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos son los instrumentos, que han sido ratificados por el Estado de Guatemala e imponen compromisos de obligatorio cumplimiento. En materia de derechos de la niñez y entre los que contienen normas de obligatoria observancia para la administración de la justicia penal juvenil, los más relevantes son:

- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos crueles, inhumanos y degradantes.

- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el mismo sentido que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el artículo 14. "Interpretación y aplicación. Este título deberá interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, con lo dispuesto a la citada norma legal, los convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y Ley del Organismo Judicial".

Los tratados internacionales son instrumentos que junto con las normas que constituyen costumbre internacional derivando obligaciones jurídicas para los Estados. Los otros instrumentos, complementan y contribuyen a la interpretación e implementación de estas obligaciones.

1.5 Las declaraciones y otros instrumentos jurídicos internacionales

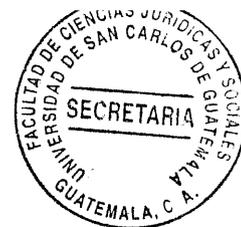
Las declaraciones Internacionales, en principio no tienen carácter vinculante, salvo en las partes que han adquirido obligatoriedad por constituir costumbre internacional, es decir que prueben una práctica generalmente aceptada como derecho, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, las declaraciones dan sentido a las obligaciones de los tratados y por haber sido suscritas en órganos en los que participa el Estado de Guatemala, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, son instrumentos cuya observancia y cumplimiento también es responsabilidad



del Estado. Entre las Declaraciones se encuentra la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Existen otros instrumentos sobre derechos humanos que tienen por objeto sistematizar criterios y lineamientos sobre temas específicos, para facilitar la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos. Estos se conocen bajo denominaciones como principios básicos, reglas mínimas y directrices. Son asumidos por la comunidad internacional de forma multilateral generalmente a través de las Asambleas Generales de órganos internacionales como la OEA y la ONU, con fundamento último en tratados internacionales como la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la OEA.

Finalmente, existen como parte de los instrumentos, las sentencias de tribunales internacionales en materia de derechos humanos, específicamente de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son de obligatorio cumplimiento para las partes en el proceso. Además, estas sentencias también contribuyen a la determinación del alcance y contenido de las obligaciones internacionales, para Estados que no son parte del caso.



CAPÍTULO II

2. La Adopción

Se entiende por adopción o filiación adoptiva al acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad.²⁰

Hace mucho tiempo la adopción se veía como un acto de caridad, hoy en día la adopción es vivir la experiencia de poder disfrutar tener un hijo de corazón cuando no se puede tener, en muchos casos, a un hijo consanguíneo. Antes de adoptar tiene que haber un proceso de reflexión, dejando un poco de tiempo transcurrir, pues no es solo una cuestión de cariño, sino de responsabilidad sumado a la disposición económica para suplir todas las necesidades del niño adoptivo.

2.1 Antecedentes Históricos de la Adopción

La figura de la adopción se conoce desde antiguas civilizaciones como la de Egipto, la de Caldea, Babilonia, India, Israel, Grecia y Palestina, se menciona en poemas homéricos, se recogió en el Código de Hammurabi y los hebreos la reconocen en el Antiguo Testamento; siendo en la Roma Imperial donde adquiere los elementos que hoy conforman esta institución jurídica; unido a ellos están los aportes que le dieron a esta figura el derecho germano, francés y el español.

El actual problema de adopciones ilegales en Guatemala tiene sus orígenes en el enfrentamiento armado interno ocurrido durante los años 1960-1996. La problemática estuvo acompañada de una serie de restricciones para limitar las ilegalidades y comisión de delitos y por otra parte, resistencias por parte de ciertos sectores que se

²⁰ <http://revista.consumer.es/web/es/20000301/interiormente/30566.php>.

beneficiaron de trámites de adopción internacional. Distintas investigaciones señalaron que las adopciones nacionales e internacionales en Guatemala estuvieron rodeadas de malas prácticas e ilegalidades desde su comienzo.

Durante el enfrentamiento armado interno, las fuerzas armadas del país jugaron un papel trascendente en los procesos de adopción. En una investigación realizada desde la Dirección de los Archivos de la Paz, recogida en el informe de la Secretaría de la Paz (SEPAZ) sobre las adopciones en aquella época, indican que: “En los expedientes que recogen información sustantiva sobre casos de niños dados en adopción, se encuentran datos que refieren a miembros tanto del Ejército como de la Policía Nacional, en el traslado de niños”.²¹

En el citado informe se menciona cómo los procesos de adopción adquieren su relevancia de conformidad con las instituciones de gobierno que “tuvieron a su cargo la legalización de adopciones y en cuyas manos estuvo la potestad de decidir sobre la vida y el futuro” de miles de niños y niñas guatemaltecas.

En su oportunidad, incluso la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) estableció la violación “generalizada” de los derechos de niños y niñas a la familia, la identidad y la cultura e incluyó recomendaciones específicas sobre “niños desaparecidos, adoptados ilegalmente o separados ilegalmente de sus familias”.²²

2.2 Definición

La palabra adopción proviene del latín “adoptio”, “onem”, adoptare, de “ad” y “optare”, desear. Según el texto de las partidas, adopción, que en romano quiere decir “profijamiento”, es “una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los

²¹ Secretaría de la Paz (SERPAZ), “Las Adopciones y los derechos humanos de la niñez guatemalteca”. Pág. 101.

²² Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) “Guatemala, Memoria del Silencio”. Pág. 24.

hombres ser hijos de otros, aunque no sea naturalmente." Entre las distintas definiciones que del instituto civil que nos ocupa se han elaborado en la doctrina, se exponen por su relevancia las siguientes:

- ✓ La adopción es el acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política, a quien no lo es por naturaleza, sin excluir el requisito que esto consiente para legalizar ciertas ilegitimidades.²³
- ✓ El término adopción comprende dos cosas distintas: por una parte, la institución de la adopción, por la otra, el acto de la adopción. La institución de la adopción, tiene por objeto permitir y reglamentar la creación entre dos personas, de un lazo ficticio o más bien, meramente jurídico de filiación legítima. El acto de adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción.²⁴
- ✓ La adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas.²⁵
- ✓ La adopción es aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejante a las que tiene lugar en la filiación legítima.²⁶

²³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual**. Pág. 30.

²⁴ Bonnecase Julien. **Tratado Elemental**. Pág. 255.

²⁵ Castan Tobeñas, José. **Derecho Civil Español Común y Foral**. Pág. 342.

²⁶ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 473.

En el Código Civil de Guatemala la adopción se define como "...el acto jurídico de asistencia social por la que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona".

2.3 Naturaleza jurídica

La doctrina y la legislación guatemalteca establecen con respecto a la naturaleza jurídica de la adopción, la existencia de tres tendencias las cuales son las siguientes:

2.3.1 Los que sostienen que la adopción es un contrato

"La controversia se centra en la doble intervención judicial y notarial, así como más recientemente en el carácter contractual o de negocio jurídico familiar que reviste la adopción".²⁷

La tesis contractual representa la posición tradicional que tuvo reflejo en la doctrina de diversos países, en España frente a la cual se objeta la diferencia entre los negocios puramente patrimoniales y los de derecho familiar, que reconoce la adopción es un negocio de derecho familiar.

En la legislación guatemalteca según los términos del Código Civil, antes de las reformas y la creación de la Ley de Adopciones, debía dársele un valor esencial al consentimiento del adoptante y adoptado (o su representante, en su caso), que realizan y consienten la adopción, si bien no podían llevarla a cabo como un negocio puramente privado, sino con la intervención y garantía de la aprobación judicial, que representaba la función protectora estatal necesaria para este acto, que no quedaba completo con dicha aprobación, sino que requería como requisito formal sustancial el otorgamiento de

²⁷ Espín Cánovas, Diego, *Manual de Derecho Civil*. Pág. 425.

escritura pública, siendo este un aspecto público y tutelar del Estado que se manifestaba en la fase judicial, mientras en la fase notarial que es la que recogía la expresión puramente privada del consentimiento, pero con carácter formalista.

2.3.2 Los que consideran que la adopción es una institución

Federico Puig Peña, indica que: "es una institución por medio de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejante a las que tienen lugar en la filiación legítima". Indica también que la adopción es una institución, porque es una base negocial. "Este negocio jurídico de adopción no es más que uno de los elementos sobre los cuales se asienta el instituto de la adopción".²⁸

Al efecto de esta corriente, el Código Civil guatemalteco sin mencionarlo a tomado parte de esta corriente doctrinaria, principalmente por el tipo de adopción que regula, pues sin desechar la voluntad de los particulares, están predeterminados en la ley la creación, organización, reglamentación, cuidado y revocación, mediante procedimientos que comprenden aspectos de fondo y forma obligatorios para las personas interesadas.

2.3.3 Los que considera que la adopción es un acto

Las corrientes doctrinarias entre las que destacan los juristas José Castantto Veñas, Fernando Flores Gómez, Diego Espín Canovas y otros que consideran a la adopción como un acto jurídico, especialmente porque es un modo de ingresar a la institución de la patria potestad y por considerarlo meramente un acto civil han encontrado que la naturaleza jurídica lo constituye el ser un acto jurídico.

El Código Civil guatemalteco en su Artículo 228, define claramente la naturaleza jurídica como un acto jurídico, superando la doctrina y otras legislaciones como la española al

²⁸ Puig Peña, Federico. Ob. Cit. Pág. 526.

considerarlo un acto jurídico de asistencia social; pero con la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, la adopción al ser regulada constitucionalmente en el Artículo 54 de la Carta Magna y al contemplarlo dentro del capítulo II De Los Derechos Sociales, le da la naturaleza jurídica de acto jurídico de asistencia social de naturaleza pública. Otorgando reconocimiento y protección a la adopción, al declarar de interés nacional la protección de los niños huérfanos y abandonados.

2.4 Clases de adopción

Considerando la nacionalidad, el origen, los efectos y la manera como se efectúa el trámite de las adopciones, podemos aludir a las siguientes clasificaciones:

2.4.1 En cuanto a la nacionalidad de las partes

- Adopción nacional: cuando tanto los adoptantes como el adoptado pertenecen a una misma nacionalidad y la adopción se lleva a cabo en su país de origen.
- Adopción internacional: cuando los adoptantes y el adoptado pertenecen a nacionalidades diferentes y la adopción se lleva a cabo generalmente en el país de origen del adoptado.

2.4.2 En cuanto al origen de los niños

- Adopción privada: se da cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes directamente por los padres biológicos o bien por alguna institución no gubernamental pero que tiene la tutela sobre el adoptado.

- Adopción estatal: se da cuando el niño adoptado es entregado a los adoptantes por una institución estatal que tiene sobre el niño adoptado la tutela.

2.4.3 En cuanto a los efectos

- Adopción plena: es aquella que reviste características de consanguinidad, es irrevocable, crea lazos de parentesco con todas las personas afines o consanguíneas de los adoptantes y en general otorga exactamente todos los derechos y obligaciones de la filiación biológica.
- Adopción simple: es aquella que no crea lazos de parentesco sino con los adoptantes, es revocable y en general tiene limitaciones en cuanto a derechos y obligaciones respecto de los hijos biológicos.

2.4.4 En cuanto al trámite:

- Adopción judicial: es aquella que se tramita ante un órgano jurisdiccional.
- Adopción notarial: es aquella que se tramita ante los oficios de un notario, en sede notarial.

2.5 Regulación internacional de la adopción.

La institución jurídica de la adopción también esta regulada en varios documentos internacionales tales como:

- Código de Derecho Internacional Privado.

- La convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional.
- Convenio de la Haya.
- Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.
- Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

2.6 La Adopción y su regulación en Guatemala

Después de haber desarrollado en el apartado anterior lo relativo a la normativa internacional en materia de adopciones, en el presente punto, se procederá a exponer lo relativo a la regulación legal que en Guatemala, ha tenido la Institución Civil de la Adopción, para ello se dividirá la exposición en tres grandes apartados, los antecedentes históricos de la regulación legal antes del actual Código Civil, es decir desde antes de la conquista, hasta 1964 época en que entra en vigencia el actual Código Civil; un segundo periodo, comprendido de la vigencia de esta nueva legislación hasta el año 2007, en que se crea la Ley de Adopciones y la tercera fase que se inicia con la normativa inspirada en la Convención de los Derechos del Niño y que se implementa la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, así como la citada Ley de Adopciones.

2.6.1 Primer periodo

En Guatemala los denominados niños expósitos eran entregados a los rectores o en cargados de la casa de expósitos para la educación de estos, de conformidad con El Decreto de Carlos III del 2 de junio de 1788 y estos rectores podían dar a los niños al cuidado de personas que reunieran los requisitos de idoneidad. No era propiamente un prohijamiento porque no se les otorgaba la calidad de hijos.

Posteriormente a realizada la denominada independencia política de Centroamérica en 1821 y en términos de la conformación de su discurso jurídico, en 1824, se dicta la Constitución de la República Federal Centroamericana, que en su Artículo 13 abolió la esclavitud, pero que, en igual forma, pretendía un idioma nacional, la extinción de las lenguas indígenas, cargos y empleos públicos sólo para gente alfabetizada, que sea exenta del pago de impuestos y que se obligue a los indios a vestir y a calzar como ladinos. Esto configura el denominado colonialismo interno y la constitución de un Estado etnocrático.

El medio siglo que sucede a la emancipación ha sido considerado por muchos historiadores como “el periodo de anarquía”, en este sentido Edelberto Torres Rivas caracteriza precisamente como “la anarquía” el caso centroamericano, en el periodo comprendido entre la independencia y la revolución liberal (18-1871).

En este contexto durante esta etapa no existe cambio alguno en la regulación de la adopción en la legislación nacional pues se seguían aplicando las normativas del periodo colonial.

En 1947, surge la primera Ley de Adopción (Decreto Legislativo No. 375), publicada el 5 de mayo de 1947. La Constitución de 1956, en su Artículo 91 establece: "La adopción está instituida en beneficio de los menores de edad. Los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes". La Constitución de 1965, en su Artículo 87 último párrafo establece: "Se instituye la adopción en beneficio de los menores de edad.



Los adoptados adquieren la condición legal de hijos de sus adoptantes." La Constitución de 1956 y la 1965 le dan el mismo tratamiento.

2.6.2 Segundo periodo

El segundo periodo se inicia como se explicó al principio de este Capítulo con la regulación contenida en El Código Civil, Decreto-Ley 106 y sus reformas.

Se empezará indicando que al igual que en la mayoría de leyes en nuestro país, durante este periodo la regulación que estaba vigente en materia de adopciones era anterior a la Constitución Política de la República de Guatemala, pues el Código Civil es de los años sesenta y cuatro, la Ley Reguladora de Tramitación Notarial en Asuntos de Jurisdicción Voluntaria es del año 1977 y la actual Carta Magna se promulgó en 1985, por lo cual las leyes ordinarias relacionadas no podían desarrollar adecuadamente una Constitución con un fundamento filosófico posterior y por lo mismo distinto a estas.

Hasta antes de la vigencia de la Ley de Adopciones, en Guatemala esta noble institución de asistencia social estaba regulada, como se ha dicho, por la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, la que con una mínima especificación sobre la materia orientaba la función del Notario sobre la base normativa de índole civil que regulaba la adopción; de tal cuenta, que lo más que corregía en ella era la formalización de la solicitud, las pruebas recabadas, la audiencia para el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación y la manera de aprobar las diligencias en escritura pública, así como los oficios respectivos a los registros correspondientes.²⁹

Este procedimiento, dejaba al arbitrio del Notario y de la envilecida fe pública la formalización de un infante y sus adoptantes, sin mayor control que en la etapa final por

²⁹ Juárez, Erick, *La Ley de Adopciones de Guatemala*. Pág. 2.

la institución ya referida, que en no muchos de los casos dictaminaba favorablemente desconociendo las circunstancias y condiciones en que se daba la misma, así como el drama del niño, niña o adolescente y la trama de la adopción, simplificada como un trámite de adquisición de bienes inmuebles por usucapión o en el peor de los casos la enajenación de bienes muebles e inmuebles.

Esta ley regulaba el procedimiento a seguir ante notario, el cual constituía el 98% de las adopciones, que se realizaron durante su vigencia. Según la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria en su Artículo 28 disponía que las adopciones formalizadas ante notario público no requieran la previa aprobación judicial. Por lo que al no existir un control público respecto al origen de los niños ni un control judicial del procedimiento de adopción, se dio lugar a una serie de adopciones legales en su forma, pero ilegales en su fondo; el origen de los niños solía ser con frecuencia desconocido e incontrolado no existiendo barreras para que determinados abogados dedicados a la adopción conviertan éstas en un auténtico tráfico de niños, puesto que no se limitan los honorarios que ellos podían exigir a los adoptantes ni los métodos, modos o formas que tenían de convencer a las madres de escasos recursos económicos y con un gran número de hijos para que consientan en el negocio, métodos que a veces llegan a la coacción.

Los Artículos del 29 al 33 de la citada norma legal, se refieren al procedimiento, que es el siguiente:

- Solicitud ante notario de la persona interesada en adoptar, con presentación de partida de nacimiento y proponiendo el testimonio de dos personas honorables para que acrediten la idoneidad del adoptante.
- Informe favorable de la trabajadora social del Tribunal de Familia competente.
- Elaboración de inventario notarial si el niño tuviere bienes.

- Informe favorable del Ministerio Público, en la práctica es de la Procuraduría General de la Nación.
- Comparecencia ante notario del adoptante y los padres del niño, o la persona o institución que ejerza la tutela.
- Extensión del testimonio e inscripción en el Registro Civil.

Como se aprecia claramente, dicho procedimiento no ofrecía ninguna garantía de velar por los intereses del niño, no se le daba participación, ni para que consintiera; oyes; los consentimientos nunca se prestaban ante juez, de modo que el notario pudo, faltando a la ética de su profesión, eludir dichos consentimientos falsificando alguna firma o consiguiéndolos a través de medios ilegales (coacción, corrupción por dinero, y otros); la idoneidad del adoptante se basaba en el testimonio de dos personas podían estar compradas o no conocer siquiera al adoptante y menos si en caso de adopción internacional, no se hacía ningún seguimiento.

Si bien es cierto, esta normativa es de carácter procedimental y en consecuencia tiene como fin realizar las normas sustantivas de la adopción contenidas en el Código Civil, también cierto es que Capítulo VI de ese Código, trascendía la importancia de la adopción a los aspectos patrimoniales del adoptante hacia el adoptado y de este hacia aquel, tal y como se puede apreciar de la lectura de los Artículos 230, 231, 235, 236, 237, 238, 241, 242 y 244; los Artículos restantes, referían lo relativo a la definición de adopción, los efectos jurídicos, adopción conjunta, formalización en escritura pública, cesación y revocación de la adopción.

De ello se advierte e insiste en que la legislación en materia de adopción, derogada, omitía el interés superior del infante, así como su opinión, la tutela jurídica de sus derechos antes, durante y posterior al proceso de adopción; de hecho, no establecía filtros para el perfil de los infantes en adoptabilidad, como el perfil de los adoptantes, aún y cuando consideraba a la adopción como un acto jurídico de asistencia social, lo



perfilaba como el acto por el cual una pareja o persona adulta adquirirían en su etapa de madurez o soledad un niño, niña o adolescente, cual si fuera una mascota, sobre la que se tiene un poder absoluto de uso, goce y disposición.

Por tales razones, en el 2004 la Organización de las Naciones Unidas clasificó a Guatemala como el cuarto país en cantidad de adopciones internacionales, de las cuales un alto porcentaje fueron ilegales, sea por la forma de obtener al infante, la manera de sustraer la voluntad de los padres biológicos, alteración de datos, cobro por niño al adoptante, así como por la falta de controles respecto a los futuros padres y su posicionamiento en el país de origen, lo que implicó la falta de seguimiento de la adopción internacional. Es así, como los suntuosos hoteles de la ciudad capital se constituían en el centro de operaciones ilícitas, en los que en días específicos se veía el contraste de adultos blancos cargando en sus brazos a bebés morenos y en un lugar estratégico determinados notarios que controlaban la red del crimen organizado.

La facilidad de los trámites de adopción, lo desprolijo de su regulación y la falta de controles de las condiciones y circunstancias de los infantes en pro de su interés superior, generaron el pronunciamiento de la Unión Europea, que en el año 2005 recomendó suspender las adopciones de sus ciudadanos en el país de Guatemala. Ello sólo fue la confirmación del mercado de infantes que ascendió a más de 3,500 por año, de los cuales por debajo del 5% eran adoptantes nacionales.

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

2.6.3 Tercer periodo

Este tercer periodo comprende los meses precedentes a la nueva legislación y sus últimas reformas. Guatemala ratificó la “Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño” en 1990, (Decreto 27-90 del Congreso de la República). A partir de ese momento, la concepción sobre los derechos del niño toma un giro muy importante, es decir, un nuevo paradigma para ver y entender los derechos humanos de los niños y de las niñas.

Con la aprobación de la “Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia”, (Decreto 27-2003 del Congreso de la República), el concepto de adopción tiene una marcada evolución, pues el Código Civil de 1964 la define como “el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona” y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se le da el reconocimiento de Institución y agrega que en el ejercicio de ésta se atenderá, primordialmente, al interés superior del niño y niña, (Artículo 22 de la misma ley). Ello marca otro momento importante, en el entendimiento de la adopción, proveniente de la regulación específica, que protege y garantiza los derechos humanos específicos de los niños y niñas.

Aunado a lo anterior, se establece que el “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, preparado en la Haya en 1993, Guatemala lo hizo parte de su derecho interno en el año 2002, por medio del Decreto 50-2002 del Congreso de la República. Sin embargo una sentencia de la Corte de Constitucionalidad, en el 2003, dejó sin efecto el proceso de adhesión de dicho instrumento; por lo que fue aprobado, nuevamente, por el Decreto 31-2007 del Congreso de la República de Guatemala.

El Convenio regula la creación de una Autoridad Central. (Artículo 6 del Convenio Relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopciones Internacionales, CLH). Esta autoridad es la responsable del trámite administrativo,

investigación, control, registro, asesoría técnica a jueces y a los padres biológicos, para fortalecer los vínculos de parentesco que permite agotar el recurso familiar, antes de que se acuda a la adopción. La Autoridad Central es un ente que garantiza el seguimiento y la debida protección de la niñez sujeta a la adopción, planteando la forma de relación entre autoridades centrales del país receptor y de origen. La Ley de Adopciones creó y designó al Consejo Nacional de Adopciones como la Autoridad Central en materia de Adopciones Internacionales.

De marzo a septiembre de 2003, hubo una moratoria a los trámites de adopciones, aplicada por la Procuraduría General de la Nación, en virtud de que el Convenio cobró vigencia en el mes de marzo y en septiembre, con la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, que dejó sin efecto el decreto de aprobación de dicho convenio, los procedimientos tradicionales de adopciones fueron reanudados, hasta que una nueva legislación establezca concordancia con la Convención de Derechos del Niño y la Convención de La Haya. En el transcurso de este largo proceso, la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, que entró en vigencia el 31 de diciembre de 2007. Este es el marco más importante que regula esta figura legal. Pues cambia totalmente el paradigma, porque reivindica el reconocimiento jurídico de institución social de la adopción.

Analizando desde un enfoque técnico dicha normativa, el texto de la ley, no excede en principios programáticos innecesarios, toda vez que refiere tres principios que son esenciales, el primero respecto a la protección y tutelaridad de los derechos de la niñez y adolescencia en el ámbito de las adopciones, asegurando el pleno goce de sus derechos y por ende evitar la sustracción, venta, explotación o cualquier otra forma de abuso de que pueda ser objeto. El interés superior, como principio rector de toda legislación vinculada a la infancia, no es redundante al ya vigente en la Convención de los Derechos del Niño ni en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, toda vez que especifica la forma en que debe aplicarse en el ámbito de las adopciones, lo que permite comprender en estima una nueva dinámica, al establecer que la adopción es un medio por el cual un infante tiene derecho a una familia y no como



anteriormente se consideraba que una familia, pareja o persona sola tenía derecho a un infante. En cuanto al principio de igualdad, si se considera innecesario toda vez que el derecho a la nacionalidad está regulado en el texto del Código de Derecho Internacional Público y en la Convención de Viena, así como en otros tantos textos de derechos internacional.

Las normas vigentes que se vieron afectadas con la aprobación de la Ley de Adopciones, fueron los Artículos 228 al 251 y 309 del Código Civil, los cuales fueron derogados a excepción del Artículo 228 que fue reformado para remitir todos los aspectos de adopción a la ley de la materia; asimismo, los Artículos 258, 435 y 1076 del Código Civil, los que fueron reformados para su contextualización. Con relación a la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, los Artículos 26 al 33, salvo el 27 y 28. Luego, por aspectos de técnica legislativa acuñada internacionalmente, se derogan todas aquellas disposiciones que sean contrarias a las normas jurídicas aprobadas, con lo cual se cumple el control de logicidad interna del sistema jurídico nacional.

En otro contexto, la ley es practicable por sí sola y suficiente para iniciar y finalizar el proceso de adopción, sin que sean necesarias normas complementarias de naturaleza ordinaria; de esa cuenta y al ser practicable las normas jurídicas las mismas no son sustituibles por convención entre particulares ni por contratación, toda vez que son de carácter imperativas y deben ser observadas rigurosamente, salvo la propia excepción que establece el Artículo 39 de la ley, en los casos de adopción del hijo del cónyuge o de un mayor de edad, en donde pueden acudir directamente ante un notario para formalizar la adopción mediante escritura pública, siendo suficiente para ello el dictamen de la Autoridad Central.

Conforme a la técnica legislativa, la ley cumple con renunciar a dictar normas sobre procedimiento judicial, toda vez que las mismas se encuentran reguladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, lo que advierte el Artículo 35 de la Ley de Adopciones y remite a las mismas el procedimiento de protección en el que se



declara la adoptabilidad; respecto a la homologación, es clara la exclusión de normas procedimentales, incluso de forma, contenido y plazo de la resolución por estar regulados en la Ley del Organismo Judicial en los Artículos 141, 142 y 143. Sin embargo, respecto a la apelación de la resolución final establece normas de procedimiento judicial, confusas por cierto e innecesarias por tener regulación específica en el Código Procesal Civil y Mercantil o en su caso en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, a la cual debió remitirse para el efecto.

Por otro lado la reciente vigencia de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República, en la que se encuentra la reforma y adición de figuras delictivas en el Código Penal, como la suposición de parto, supresión y alteración de estado civil, adopción irregular y trámite irregular de adopción, se buscó crear una tipología adecuada y acorde a la Ley de Adopciones, el verificar si este objetivo se alcanzó es la razón fundamental del presente trabajo de tesis.





CAPÍTULO III

3. Procedimiento de adopción regulado antes de la vigencia de la Ley de Adopciones

Los procesos de adopción nacional o internacional llevados a cabo en Guatemala hasta el 31 de diciembre de 2007, se realizaron mediante la figura del trámite de adopción notarial.

Una vez que un niño era entregado por su madre biológica para ser dado en adopción o declarado en situación de abandono por un juez, el notario tramitaba el proceso de adopción, el cual, por tratarse de un proceso de jurisdicción voluntaria, debía contar con un visto bueno de la PGN para posteriormente ser inscrito en el Registro Civil.

El Juez de Menores intervenía únicamente para declarar, en su caso, la situación de abandono de niños que eran posteriormente sujetos a trámite de adopción notarial. Con la entrada en vigor de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en 2003, se crearon los Juzgados de Niñez y Adolescencia y se dispuso, entre otras cosas, la incorporación de la adopción judicial. Sin embargo, este punto no fue incorporado por falta de implementación de la ley, ni se establecieron procedimientos para ello, por lo que los procesos notariales continuaron siendo la regla y el Juez de Niñez y Adolescencia simplemente sustituyó al juez de menores en los casos de niños en situación de abandono.³⁰

³⁰ Goicoechea, Ignacio. "Informe de la Misión de Relevamiento Fático sobre la Adopción Internacional en Guatemala", Pág. 177.



3.1 Procedimiento

A continuación se explica brevemente el procedimiento de adopción notarial vigente al momento de la aprobación de la Ley de Adopciones el 7 de diciembre del 2007. Para el 2007 existían dos posibles vías de inicio de la adopción notarial. En primer término, el trámite de adopción notarial podía iniciar cuando una madre que deseaba dar a su hijo en adopción, acudía ante notario público para que éste se hiciera cargo del proceso.

Posteriormente, el notario solicitaba a la madre que presentara toda la documentación tanto de ella como del niño que iba a ser dado en adopción. Asimismo, el notario le solicitaba ratificar su consentimiento mediante acta notarial. En caso de que la madre fuera casada, el notario solicitaba el consentimiento de ambos padres. El notario asignaba al menor en guarda y custodia a una tercera persona para su cuidado, mediante un acta notarial, no obstante que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la entrega de custodia únicamente pudiera realizarse mediante una resolución judicial.

En segundo término, el trámite de adopción notarial también podía iniciar cuando un niño era declarado por un juez de la Niñez y Adolescencia (anteriormente Juez de Menores), en situación de abandono o sus padres biológicos perdían la patria potestad mediante sentencia de un Juzgado de Niñez y Adolescencia.

En dicho caso, el notario tramitaba también los procesos de adopción de niños abandonados por considerarse estos en situación de adoptabilidad. El notario mantenía el contacto con una o varias agencias internacionales de adopción y en general era el notario quien contactaba y nombraba a un mandatario, para que representara a los padres adoptantes propuestos por la agencia internacional.

En algunos casos el notario fungía también como mandatario, representando a los padres adoptantes. En este momento el notario acudía ante la Procuraduría General de la Nación y presentaba un aviso notarial de inicio de trámite de adopción. El formato del



aviso era mediante un formulario implementado en 2007 por la PGN en donde se anexaba la documentación inicial de madre o padres biológicos, persona que tenía a su cuidado el niño y los datos del niño, del mandatario y de los padres adoptantes.

Con el apoyo de la persona que tenía a su cuidado al menor, el notario facilitaba los siguientes trámites: estudio socioeconómico de la madre biológica del niño por parte de una trabajadora social del Juzgado de Familia; estudio médico del niño con un pediatra y a partir del 2007 prueba de ADN del niño y su madre.

Una vez formado el expediente, incluyendo los documentos correspondientes de los padres adoptantes, el notario lo presentaba ante la Procuraduría General de la Nación para su correspondiente dictamen favorable. La PGN revisaba la documentación y en caso de considerarlo necesario emitía sus observaciones o providencias y regresaba el expediente al notario, de lo contrario el trámite era considerado "procedente".

Una vez obtenido el dictamen favorable de la PGN, el notario faccionaba el Acta Notarial de Adopción y acudía ante el Registro Civil a inscribir a éste, acto mediante el cual se cambiaba de nombre al niño. En casos de adopción internacional se enviaba el expediente a la Dirección General de Migración para la tramitación de su pasaporte.

3.2 Instituciones intervinientes en el trámite de adopción

El proceso de adopción notarial tenía un control estatal meramente formal en el que intervenían las instituciones siguientes:

- La Procuraduría General de la Nación
- Juzgados de la Niñez y Adolescencia
- Juzgados de Familia

- Registro Civil
- Dirección General de Migración

3.3 Procedimiento actual de la Ley de Adopciones

La norma jurídica entro en vigencia el 31 de diciembre del 2007, estableciendo que la adopción debe ser dictada por un juez de la niñez y la adolescencia, luego de un proceso que examine los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño.

El Decreto 77-2007, indica que le 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, tráfico, así como cualquier otra forma de explotación o abuso.

Cuando una familia extranjera inicie el trámite de adopción de un niño guatemalteco, la Autoridad Central deberá asegurarse que el menor adoptado gozará de los mismos derechos en el país que va residir.

Además, la situación de pobreza o extrema pobreza de los padres, no constituye motivo suficiente para dar en adopción a un niño. El Estado debe promover y facilitar la creación de políticas, instituciones, programas y servicios de apoyo que mejoren las condiciones de vida y promuevan la unidad familiar.

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

El Consejo Directivo estará integrado en la forma siguiente:

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

Dentro de las funciones de los directivos será el de desarrollar políticas, procedimientos, estándares y líneas directivas para el procedimiento de adopción.

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

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

Las entidades privadas dedicadas al abrigo de niños serán autorizadas y registradas por la Autoridad Central. Otro de los aspectos de dicho Decreto, es que luego de haber sido declarada la adaptabilidad por el Juez de la Niñez y Adolescencia, la Autoridad Central, realizará la selección de una familia idónea para el niño en un plazo de 10 días

contados a partir de la solicitud de adopción, debiéndose dar prioridad a su ubicación en una familia a nivel nacional.

En caso se determine la imposibilidad para llevar a cabo la adopción nacional, subsidiariamente se realizará el trámite para la adopción internacional siempre y cuando esta responda al interés superior del niño, entre otros aspectos.

3.3.1 Proceso de adopción

El proceso de adopción se inicia, al momento en el cual los padres biológicos del niño, niña o adolescente, deciden darlo en adopción y hagan manifiesto ese deseo voluntario de realizar dicho proceso, ante la autoridad central, a su vez, como podremos ver en el análisis general de la ley, es el Consejo Nacional de Adopciones, es entonces cuando da inicio el proceso de orientación a dichos padres; ratificado su deseo de realizar la adopción, seguidamente, la autoridad pone al menor a disposición del juez de la niñez y la adolescencia, con el objeto de dar inicio al proceso de protección de la niñez y la adolescencia, ello para obtener en sentencia la declaración de violación del derecho a una familia, del niño, así también con el objeto de ordenar la restitución de dicho derecho por medio de la figura de la adopción.

Este pequeño esbozo sintetiza la parte inicial del proceso con base en el Artículo 36 de la Ley de adopciones y a la Ley de Protección Integral a la Niñez y a la Adolescencia. Por lo tanto se podrá sintetizar el proceso de adopciones en dos etapas, una administrativa y otra judicial, con intervención estatal a través del Consejo Nacional de Adopciones; a través del Juzgado de la niñez y la adolescencia.

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

- La violación del derecho a una familia del niño.

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

Para comprender dicho paso dentro del procedimiento general de adopción es necesario entender el significado de la adoptabilidad, claro la cual he de definir legalmente en el análisis de la Ley de Adopciones más adelante; entonces, que es adoptabilidad? es el conjunto de condiciones, en las que se encuentra el niño, niña y/o adolescente, a quien se pretende dar en adopción; condiciones que le hacen sujeto de la adopción, o sea hacen viable dicho proceso; dichas condiciones pueden ser las siguientes:

- El hecho de que existe la necesidad de una familia adoptiva.
- Existen las condiciones efectivas y médicas de ser beneficiado con la adopción.
- El menor es legalmente adoptable, por existir el consentimiento de los padres biológicos, o sujetos del proceso, así como de las autoridades administrativas y judiciales, las cuales por precepto de ley han de intervenir en el proceso de adopción; así como del cumplimiento de los requisitos legales y administrativos pertinentes, por medio de la adecuada asesoría e información relativa a los efectos jurídicos de la adopción y el consentimiento libre y expreso, no con fines de lucro y posterior al nacimiento del niño sujeto del proceso.

3.3.2 Fase administrativa del proceso de adopción

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

- Proceso de Orientación:

Primeramente la orientación, consiste en proporcionar información y asesoría sobre los principios, derechos y consecuencias derivadas de las decisiones tomadas, dicho proceso es necesario e indispensable, además debe constar materialmente dentro del proceso general, o sea dentro del expediente administrativo. Para realizar la adopción voluntariamente por los padres biológicos, la ley expresamente establece, que estos pueden acudir ante la autoridad central a expresar dicha voluntad solo después de cumplidas las seis semanas de nacido su hijo o hija.

- Pruebas científicas:

Concluido el proceso de orientación (con base en la solicitud expresa y voluntaria de dar en adopción a su hijo o hija), es el momento oportuno para recabar las pruebas científicas idóneas y necesarias para el ADN, toma de impresiones dactilares, tanto de los padres biológicos como plantares y palmares del niño (a) sujeto al proceso de adopción. (Con base al Artículo 36 de la Ley de Adopciones).

Y en virtud de ello y de su relevancia dentro de todo proceso de adopción es necesario informarse sobre la definición y relación en el proceso que nos atañe; por lo cual entraré a definir brevemente el concepto de ADN: Cuya significación completa es la de ser el ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado ADN (y también DNA, del inglés deoxyribonucleic acid), es un ácido nucleico que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y el funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos y algunos virus. “El papel principal de las moléculas de ADN es el de ser portador y transmisor entre generaciones de información genética, para construir otros componentes de las células, como moléculas y proteína. “Los segmentos de ADN, llevan esta información genética llamada genes, pero otras secuencias de ADN tienen funciones estructurales”, o están implicadas en la regulación del empleo de esta información genética. Esta información es leída

usando el código genético, que especifica la secuencia de los aminoácidos de las proteínas. El código es interpretado copiando los tramos de ADN en un ácido nucleico relacionado, el ácido ribonucleico abreviado (ARN).»³¹

- Impresiones dactilares y palmares:

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

- Con base a los estudios y pruebas recabadas, es procedente dictar la idoneidad.
- Proceso de selección de personas idóneas como potenciales adoptantes:

Declarada la adoptabilidad por el juez de la niñez y adolescencia, la autoridad central debe seleccionar a las personas idóneas para el niño, ello dentro del plazo de diez días a partir de la solicitud de adopción, con base en el principio de prioridad nacional, el cual consiste en dar oportunidad y si es posible, primeramente a padres adoptivos nacionales quienes así lo deseen, si no fuere posible es entonces y solo entonces cuando se llevará a cabo la adopción internacional, de forma subsidiaria y

³¹ <http://www.terradaily.com/reports/Building.html>.

siempre cuando prevalezca el interés superior del niño, ello con base al Artículo 43 de la Ley de Adopciones.

- Resolución de selección :

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

- Notificación de selección a los potenciales adoptantes:

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

- Período de socialización y convivencia personal:

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



- Consentimiento del niño:

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

- Informe de empatía:

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

- Dictamen final administrativo:

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



3.3.3 Fase judicial del proceso de adopción

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

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

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

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

Sin mas trámite y como establece la Ley de Adopciones, el juez de familia ha de homologar y declarar con lugar la adopción, en un plazo no mayor a tres días. En virtud de lo cual, ha de emitir la resolución judicial correspondiente, la cual ha de ordenar su inmediata inscripción en el registro correspondiente, para el efecto ha de emitir certificación de ella, al igual, incorporará certificación del dictamen emitido por la autoridad administrativa. Dicho registro competente, es el Registro General de las Personas abreviado RENAP, en base en lo que establece la Ley en la materia y cuya denominación legal es Decreto 90-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

En dicha resolución el juez otorga la custodia del niño a los adoptantes, para los efectos de inmigración y adopción en el extranjero en su caso. Por ser una resolución de carácter meramente judicial, es procedente impugnarla a través de los recursos procesales y remedios establecidos por ley, en su caso, es apelable dentro

del plazo de tres días de notificada ante el mismo juez que la dictó, ante la sala de familia jurisdiccional.

- Notificación y restitución del derecho de familia:

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

- Certificado de adopción y reconocimiento estatal:

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

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

“Una adopción certificada conforme al Convenio, por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará, cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones”. Con base al Convenio relativo a la protección del niño

y a la cooperación en materia de adopción internacional, en su Artículo 23. (Hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).

3.3.4 De la post-adopción o seguimiento de la adopción

El Estado deberá velar por los niños, niñas y adolescentes adoptados en otro país, comprobando si gozan de por lo menos los mismos derechos y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen, para lo cual, implementará las medidas necesarias. Aquí estamos frente a la efectividad del principio de reciprocidad en materia de adopciones internacionales, con base al Artículo 24 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Congreso de la República de Guatemala.

- Autorización de programas de las entidades privadas de bienestar social:

Los hogares y programas de cuidado y protección de niñas y niños deberán solicitar la autorización de sus programas en la Secretaría de bienestar social de la Presidencia de la República de Guatemala, con base a lo establecido por los Artículos 76 literal a) y 259 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, "Autoridad competente en reinserción y resocialización. La Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República es la autoridad competente y responsable de llevar a cabo todas las acciones relativas al cumplimiento de las sanciones impuestas a los adolescentes y de las medidas de protección..."; Así también en observancia a lo estipulado por el Artículo 5 literal k) de la Ley Orgánica de la Secretaria de Bienestar Social.



CAPÍTULO IV

4. El delito de adopción irregular en Guatemala

Para poder abordar el problema que dio origen a este trabajo de investigación de tesis, que consiste en la efectividad o no de la figura de la adopción irregular, como medio de garantizar los derechos contenidos en la ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y en los distintos Convenios Internacionales vinculados a esta materia.

En ese orden de ideas, la tesis que se sostiene es que al legislar las acciones que describen la adopción irregular, tanto en el tipo penal de trata de personas, como en el tipo autónomo de Adopción Irregular, se crea una duplicidad que permite la aplicación preferente del último frente al primero y con eso se causa una desprotección al bien jurídico tutelado constituido por la libertad y seguridad sexual de los niños, niñas y adolescentes.

De esta forma para poder analizar en una mejor forma la regulación de esta figura en Guatemala, así como sus efectos, necesariamente se debe analizar el ilícito de trata de personas de donde se desprende el delito analizado.

4.1 Antecedentes históricos

El tráfico de mujeres es un fenómeno que hunde sus raíces en la historia y que estuvo ligado desde sus orígenes a las guerras, la esclavitud y la objetivación sexual de las mujeres. En la época medieval, las personas tenían un valor como mercancía, por lo cual eran comercializadas, siendo trasladadas de una localidad a otra con el objeto de efectuar transacciones monetarias (compraventa) con ellas. El objeto de este

intercambio de dinero por personas podía ser múltiple, entre ellos, mano de obra, objeto sexual, entre otros.³²

El tráfico de mujeres y la prostitución en América Latina y el Caribe se remonta a la época de la conquista, cuando los españoles, dando cumplimiento a la “ley de guerra”, tomaban o entregaban el “botín de mujeres” al vencedor, ello originó el comercio sexual en la región y los establecimientos para su ejercicio. Durante la época colonial, las mujeres, particularmente las africanas e indígenas, eran motivo de tráfico con un triple propósito: reducir las a mano de obra gratuita, a reproductoras de nuevos esclavos, es decir, de más mano de obra gratuita y servir de objeto sexual. Este último propósito estaba siempre presente sin que importara que el objetivo principal fuera cualquiera de los otros dos y podía darse dentro del mercado matrimonial, como concubina o simplemente como mujer a libre disposición del patrón.

Durante la colonia aparecieron las primeras normas para penar dicha actividad y también el proxenetismo, con sanciones que podían llegar hasta la pena de muerte. En todo el siglo XX, pero de forma más acentuada después de cada guerra mundial, este tráfico continuó y también fueron víctimas las mujeres europeas, que huyendo del hambre y el horror de la guerra, eran presa fácil de los traficantes y ya en el Siglo XIX, surge el concepto de Trata De Blancas, para referirse al traslado de mujeres y niñas desde Europa hacia las colonias africanas para que ejercieran la prostitución lo que generó que la sociedad de la época viera afectada su “moral pública” y de esta forma varios países europeos pactan en 1904 el “Acuerdo Internacional para Suprimir la Trata de Blancas”. Este tratado tenía por objeto prohibir el tránsito de mujeres europeas entre fronteras para que ejercieran el comercio sexual.

Seis años más tarde, en 1910, el concierto internacional admite que este traslado de mujeres, no solamente se da a través de las fronteras de los países, sino que también al interior de los mismos, estando asociada a otras violaciones a los derechos humanos

³² Góngora Vargas, Andrés. *Trata de Personas, más cerca de lo que imaginas*. Pág. 5.

como la esclavitud y la servidumbre, de esta manera se celebra la “Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Blancas”.

Posteriormente, la comunidad internacional acuerda la “Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños” de 1921 y luego, la “Convención Internacional de Ginebra” relativa a la Trata de Mujeres de 1933.

Todas estas convenciones fueron celebradas al amparo de la Sociedad de las Naciones, antecesora de la actual Naciones Unidas que surge en el año 1945 en el período post guerra, con lo que se ve nacer una nueva concepción universal de derechos humanos, que trae como consecuencia que tres años más tarde en 1948 nazca a la vida del derecho internacional la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, que viene a establecer en su Artículo 4º como prohibición la esclavitud, servidumbre y la trata de esclavos en todas sus formas.

Transcurrido casi todo el siglo XX, la comunidad internacional, no lograba visibilizar las dimensiones del fenómeno de la Trata de Personas, lo que dificultaba por una parte realizar un abordaje integral y por otra permitía que éste comenzara a extenderse por todo el mundo, ya no sólo focalizado en algunas regiones, favorecido además, en gran medida por el buen desarrollo económico de algunos países que para los fines de las organizaciones o agrupaciones dedicadas a este rubro, significaban un buen mercado.

Las formas actuales de tráfico no son muy diferentes y se refieren al mercado matrimonial, de entretenimiento sexual a oficiales y soldados, a la mano de obra barata, a la venta de servicios a través de Internet y por supuesto, a las actividades turísticas y al comercio sexual, cuyos fines de explotación son el negocio mayoritario.

Es por estas razones, que en el año 2000, se celebra la “Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado” y el “Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y

Niños”. De esta forma, se crea un estatuto internacional que regula y le da una real dimensión al fenómeno criminal de la Trata de Personas.

4.2 Definición de la trata de personas

La trata fue primeramente definida en el derecho internacional a través del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (2000). Conocido como el “Protocolo de Palermo” o el “Protocolo de la Trata” ésta es la definición más ampliamente apoyada de la trata de personas y proporciona una base esencial para la reforma de las leyes nacionales, que de conformidad con dichos documentos deben efectuar los distintos países.

Puede entenderse que la trata de personas es el comercio ilegal de personas con propósitos de esclavitud reproductiva, explotación sexual, trabajos forzados, retirada de órganos, o cualquier forma moderna de esclavitud. Es un delito internacional contra los derechos humanos también se lo denomina la esclavitud del siglo XXI.

4.2.1 Su regulación en Guatemala

Para el caso de la regulación legal en Guatemala, este particular tipo delictivo, tuvo un desarrollo conceptual de conformidad con la detección del tipo de actividad ilícita que se ha dado en la realidad social.

La Organización de Naciones Unidas, e incluso antes de su existencia, como se apuntó en el apartado 4.1 que se refiere a la evolución histórica de dicho ilícito penal. Así pues entre los instrumentos que se han emitido para combatir este flagelo, se encuentra en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 317 (IV), de 2

de diciembre de 1949, que entró en vigor el 25 de julio de 1951, de conformidad con el Artículo 24, enuncia “considerando que, con respecto a la represión de la trata de mujeres y niños, están en vigor los siguientes instrumentos internacionales:

- 1) Acuerdo Internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948;
- 2) Convenio Internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificado por el precitado Protocolo;
- 3) Convenio Internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947;
- 4) Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificado por el precitado Protocolo”

El actual problema de adopciones ilegales en Guatemala tiene sus orígenes en el enfrentamiento armado interno ocurrido durante los años 1960-1996. La problemática estuvo acompañada de una serie de restricciones para limitar las ilegalidades y comisión de delitos y por otra parte, resistencias por parte de ciertos sectores que se beneficiaron de trámites de adopción internacional.

Distintas investigaciones señalaron que las adopciones nacionales e internacionales en Guatemala estuvieron rodeadas de malas prácticas e ilegalidades desde su comienzo. Durante el enfrentamiento armado interno, las fuerzas armadas del país jugaron un papel trascendente en los procesos de adopción. En una investigación realizada desde la Dirección de los Archivos de la Paz, recogida en el informe de la Secretaría de la Paz (SEPAZ) sobre las adopciones en aquella época, indican que: “En los expedientes que recogen información sustantiva sobre casos de niños dados en adopción, se

encuentran datos que refieren a miembros tanto del Ejército como de la Policía Nacional, en el traslado de niños”.

En el citado informe se menciona cómo los procesos de adopción adquieren su relevancia de conformidad con las instituciones de gobierno que “tuvieron a su cargo la legalización de adopciones y en cuyas manos estuvo la potestad de decidir sobre la vida y el futuro” de miles de niños y niñas guatemaltecas.

En su oportunidad, incluso la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) estableció la violación “generalizada” de los derechos de niños y niñas a la familia, la identidad y la cultura e incluyó recomendaciones específicas sobre “niños desaparecidos, adoptados ilegalmente o separados ilegalmente de sus familias”.

“La adopción regulada en el Código Civil, puede ser formalizada ante notario público, sin que se requiera la previa aprobación judicial de las diligencias”. (Decreto 54-77, 1977, Artículo 28).

“La solicitud de la persona que desee adoptar a otra, puede hacerse ante notario, presentando la certificación de la partida de nacimiento correspondiente y proponiendo el testimonio de dos personas honorables, a efecto de acreditar las buenas costumbres del adoptante y su posibilidad económica y moral para cumplir las obligaciones que la adopción impone y el informe u opinión favorable bajo juramento de una Trabajadora Social adscrita al Tribunal de Familia de su jurisdicción”. (Decreto 54-77, 1977 Artículo 29).

Con esta nueva normativa, la Procuraduría General de la Nación (PGN) fue prácticamente la única institución del Estado encargada del control y aval de los casos de adopción notarial como un trámite de jurisdicción voluntaria, el cual se realizaba de conformidad con la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Decreto No.54-77), es decir, bajo los oficios de un notario. En un principio, únicamente se presentaban avisos notariales cada vez que se iniciaba un



proceso de adopción ante notario y la PGN otorgaba una especie de “visto bueno” a través de un dictamen.

No obstante, este control por parte de la PGN no se realizó debidamente y durante años ni siquiera se requirieron obligatoriamente avisos notariales. Según información proporcionada por funcionarios de la misma Procuraduría, no hay en los archivos de la PGN, registros físicos de los trámites correspondientes a los años 2004-2006.

En 2002, Guatemala se adhirió al Convenio Relativo a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya), el cual debía entrar en vigor en 2003. Sin embargo, su vigencia fue impugnada por un grupo de abogados interesados en mantener el sistema de adopciones por la vía notarial. La Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el proceso de adhesión a dicho instrumento, argumentando que la adhesión la había hecho el Presidente de la República y que las reservas hechas por Guatemala a los Artículos 11 y 12 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados excluían otras formas de manifestación de la voluntad del Estado de obligarse por un tratado, que no fuera la suscripción o la ratificación.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, contempla como formas de manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado, la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión, o cualquier otra forma que se convenga. Es decir, es una enumeración abierta, con lo cual las reservas de Guatemala a dichos Artículos eran innecesarias.

Con esta resolución de la Corte de Constitucionalidad, se dio pie a la continuación de los procesos notariales de adopción, es decir con poca participación activa en controles por parte del Estado, sólo a través de la PGN y se permitió la consolidación de redes de trata y tráfico de niños alrededor de estos procesos teniendo como consecuencia un fuerte incremento en el número de adopciones tramitadas entre los años 2003 y 2007 (año en que es aprobada la Ley de Adopciones).

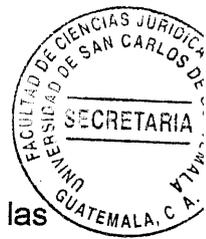


En 2003, entró en vigor la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, también conocida como “Ley PINA” (Decreto No.27-2003). La Ley PINA reconoce la institución de la adopción y establece la obligación de atender primordialmente el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

En dichas disposiciones se establece que el interés superior del niño constituye el fin axiológico que debe aplicarse en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, para asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando los vínculos familiares, entendiendo como interés de la familia, todas aquellas acciones que favorezcan la unidad e integridad de la misma. Así, las adopciones debían realizarse conforme los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos ratificados por Guatemala en esta materia, que establecen como único medio para una adopción internacional, la vía judicial y promueven la aplicación de principios básicos en materia de adopciones.

Con la entrada en vigor de la Ley PINA se crean como entes encargados de protección de la niñez a nivel judicial, los Juzgados de la Niñez y Adolescencia y a nivel institucional la Procuraduría de la Niñez. Sin embargo, pese a lo establecido en la Ley PINA respecto a que la adopción debía ser judicial, el nuevo sistema de protección, entendiendo con esto la Procuraduría General de la Nación (Procuraduría de la Niñez) y los Juzgados de Niñez y Adolescencia, continuaron las prácticas establecidas por parte de los notarios.

No obstante el fallo de la Corte de Constitucionalidad en contra de la adhesión de Guatemala al Convenio de La Haya, la preocupación alrededor de procesos irregulares de adopción por parte de la sociedad civil y la comunidad internacional generó, a inicios del 2007, que la PGN elaborara un ‘Manual de Buenas prácticas’. En dicho manual se establecieron controles que aparentemente cumplieran con la normativa constitucional e internacional, relacionada con la protección del niño y de la adopción.



Sin embargo, aún con manuales de buenas prácticas y directrices institucionales, las ilegalidades continuaron sucediendo, porque el manual legitimó el trámite notarial y no se establecieron controles profundos sobre los casos en trámite de adopción, prevaleciendo el control meramente formal.

En mayo de 2007, la Corte de Constitucionalidad reconoció la adhesión de Guatemala al Convenio de La Haya en Guatemala hecha por el Presidente de la República en 2002. Por su parte, la PGN se presentó como una institución de control un poco más estricto de los procesos de adopción notarial mediante el Acuerdo 051-2007 relacionado con el registro de avisos notariales. Estos avisos debían presentarse por parte de los notarios de manera obligatoria ante la PGN dentro de los diez días siguientes a la fecha de inicio del expediente de adopción.

La tramitación notarial de las adopciones nacionales e internacionales estuvo rodeada de cuestionamientos, malas prácticas e irregularidades en los procesos. En algunos casos, la adopción se realizaba en perjuicio del interés superior del niño al no buscar opciones o recursos idóneos en su entorno familiar. Se consolidaron redes de trata de niños que, entre otras actividades se dedicaban a falsificar documentos, robar niños, falsificar pruebas de ADN y amenazar a las madres para entregar a sus hijos en adopción.

Dichas irregularidades constituyeron delitos tipificados en el Código Penal de Guatemala. Sin embargo, la falta de investigaciones por casos de trata de personas con la finalidad de adopciones ilegales, así como la falta de observancia del interés superior del niño, propiciaron que la situación se mantuviera impune durante muchos años. Entre los años 2000 y 2007, más de 20 mil niños salieron de Guatemala con destino al extranjero sin que su trámite fuera realizado con controles mínimos.

La definición del tipo penal de trata de personas que se encontraba regulada en el Código Penal de Guatemala hasta el 4 de marzo de 2005, era la siguiente: "Trata de Personas Artículo 194.- Quien, en cualquier forma promoviere, facilitare o favoreciere la



entrada o salida del país, de mujeres para que ejerzan la prostitución, será sancionado con prisión de uno a tres años y con multa de quinientos a tres mil quetzales. En la misma pena incurrirá quien realice las actividades a que se refiere el párrafo anterior, con varones. La pena se aumentará en dos terceras partes si concurriera cualquiera de las circunstancias a que se refiere el Artículo 189 de este Código.”

Dicha figura estaba ubicada dentro de los delitos contra el pudor, y el mismo consistía en promover, facilitar o favorecer la entrada o salida del país de mujeres para el ejercicio de la prostitución. En su primera modalidad, se refería este delito a la prostitución femenina. Es en esta modalidad que se ha conocido tradicionalmente el hecho con el nombre de “Trata de Blancas” (nombre desde luego erróneo, por no ser sólo las mujeres de raza blanca las víctimas de este delito). La segunda modalidad, de reclutamiento de personas para el ejercicio de la prostitución, se refiere a las de sexo masculino y la tercera a una forma que podemos llamar agravada, cuando concurren las circunstancias señaladas en el Artículo 189, que establecen las formas agravadas de corrupción.

Dicha legislación tenía incluso la ventaja de incluir ya a los varones como víctimas de la trata de personas pues en algunos países durante mucho tiempo se habló del delito de trata de mujeres y menores, tal es el caso de Argentina que en su momento legisló: “Según el Artículo 127 Bis del Código Penal se impone con reclusión o prisión de tres a seis años al que “promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución”.

Ante el incremento del número de víctimas la comunidad internacional diseñó varios instrumentos para combatirlo, entre ellos encontramos la Convención de Naciones Unidas Contra el Crimen Organizado Transnacional, especialmente los protocolos adicionales de Trata de Personas. En mayo del 2002 las Naciones Unidas mediante el Consejo Económico y Social dio a conocer el informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, relacionado con los “principios y directrices recomendados sobre



los derechos humanos y trata de personas” el cual es un instrumento guía para los gobiernos, organismos internacionales y Organizaciones no Gubernamentales.

El Protocolo en mención cambia totalmente el concepto de trata de personas pues la ha definido como: “La captación, transporte, traslado, acogida o recepción, recurriendo a la amenaza, uso de fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación”.....“Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

Saliendo totalmente de la concepción limitativa de la explotación sexual, en Guatemala a este respecto modificó el Artículo 194 del Código Penal mediante el Artículo 1 del Decreto 14-2005 del Congreso de la República de Guatemala y entró en vigencia el 4 de marzo de 2005.

Con dicha reforma el texto del Artículo 194 quedó de la siguiente forma: "Artículo 194. Trata de Personas. Quien en cualquier forma promueva, induzca, facilite, financie, colabore o participe en la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de una o más personas recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, al plagio o secuestro, o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, prostitución, pornografía o cualquier otra forma de explotación sexual, será sancionado con pena de seis a doce años de prisión.

En igual pena incurrirá quien, valiéndose de las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, someta a otra persona a mendicidad, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud o prácticas análogas a ésta. El consentimiento

dado por la víctima de trata de personas o su representante legal cuando se trate de menor de edad, a toda forma de explotación descrita, no se tendrá en cuenta como atenuante. La pena se aumentará en una tercera parte cuando la víctima fuere una persona menor de edad, persona con discapacidad o de la tercera edad.

Cuando la víctima sea menor de edad se cometerá este delito aunque no se recurra a cualquiera de los medios enunciados en el párrafo primero de este Artículo.

Si en el hecho descrito la víctima resultare con lesiones, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes; en caso de fallecimiento de la víctima se aplicará la pena que corresponda."

Como se puede observar con esta normativa y respetando el espíritu de la legislación internacional la adopción irregular, era un supuesto dentro del tipo penal de la figura de trata de personas, es decir, era un medio más de cómo podía cometerse dicho delito y que había sido detectado a nivel internacional como otra de las formas de cometer este nuevo modelo de esclavitud.

4.3 El Modus Operandi de las adopciones irregulares mediante vía notarial

El sistema de operar las adopciones irregulares que se dieron en el periodo de vigencia de las adopciones notariales, que fue investigado por la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala CICIG en su informe 2010. Para ello se describirá los distintos sujetos o entidades que platicaban en el mismo y su función.

4.3.1 Agencia Internacional de adopción

Para garantizar protección a los niños sujetos a procedimientos internacionales de adopción, la Convención de La Haya propone a los Estados un sistema de cooperación



que consiste en instituir autoridades centrales y establecer un procedimiento internacional que incluya también a las agencias intermediarias.

Los representantes de las agencias que tramitan casos de adopción internacional de niños guatemaltecos, además de estar en contacto permanente con la familia adoptante, también lo están con los facilitadores y/o notarios. Sin embargo, al contrario de lo que establece el Convenio de La Haya, las agencias internacionales de adopción contactaban a sus facilitadores y/o representantes, quienes se daban la tarea de ubicar a un niño que cumpliera con las características que demandaban los padres adoptantes. Con el paso de los años, algunas agencias instalaron en los países de origen del niño, representaciones, sedes y programas de adopción para facilitar su trabajo.

Las irregularidades más comunes que han sido identificadas por los padres adoptantes en contra de las agencias de adopción son el engaño o abandono del proceso cuando éste se dificulta. Existen precedentes en los cuales algunos padres adoptantes han presentado denuncias en Estados Unidos por extorsión y fraude cometidos por algunas de las agencias tramitadoras de adopciones internacionales, principalmente por haber recibido el pago por el proceso y no haber obtenido a ningún niño en adopción.

Actualmente también existen casos documentados, en donde las agencias cometieron ilegalidades directamente en los países de origen del niño sujeto a trámite de adopción. Durante los últimos años, el número de agencias que realizaban adopciones con Guatemala es de aproximadamente 100 agencias de adopción, entre estas se encuentran agencias consultoras, agencias de supervisión, agencias que realizan estudios socioeconómicos y otros.

En relación a las irregularidades identificadas por la CICIG en investigaciones penales, se encuentran aquellas relacionadas con el vínculo entre la agencia internacional de adopción y las personas que robaban, compraban o sustraían niños que posteriormente eran sometidos a procesos de adopción internacional. Estas personas trabajaban para

las agencias de adopción en calidad de facilitadores, es decir, les apoyaban en la tramitación de procesos participando como intermediarios entre la agencia en el extranjero y el notario; y/o jaladora, y/o casa cuna en Guatemala.

Tal es el caso “Asociación Primavera”, en donde el facilitador en Guatemala de una agencia, está siendo investigado por los delitos de trata de personas y la sustracción de una menor. En 2008, el Departamento de Estado de los Estados Unidos le negó la acreditación a esta agencia, sin embargo ésta continuó tramitando adopciones internacionales de niños guatemaltecos

Otra irregularidad identificada con las agencias de adopción son los facilitadores contratados por éstas y que se dedican a ubicar niños que puedan ser sujetos de trámites de adopción internacional.

Independientemente de su origen y legalidad en el trámite. Así los facilitadores se asocian con notarios, mandatarios y jaladoras.

En otros casos, los abogados contratados directamente por las agencias y como representantes, tramitan adopciones irregulares. Tal es el caso en contra de un abogado que, junto a la cuidadora y jaladora coaccionaron a una menor de edad para dar a su hijo en adopción. Lo anterior tuvo como consecuencia que algunas de las agencias de adopción internacionales, buscaran países con débil legislación, pocos controles o facilidad para corromper a sus autoridades, de cara a realizar un número importante de adopciones de niños y niñas provenientes de dichos países.

4.3.2 Madres biológicas o personas que asumen falsamente la calidad de madre biológica

En relación a las ilegalidades asociadas a la maternidad, en algunos casos las madres vendían a sus hijos o los entregaban en adopción a cambio de favores y/o beneficios

económicos. En otros casos las madres eran amenazadas, engañadas o coaccionadas para entregar a sus hijos en adopción.

Otra modalidad es aquella en que la persona que se presentaba como supuesta madre biológica, en realidad era una mujer que había robado a un niño ajeno o que estaba en contacto con personas que se dedicaban al robo de niños. Finalmente está la modalidad mediante la cual se falsifica la documentación de la madre. En caso de mujeres menores de edad, se tiene conocimiento que, para que pudieran dar a sus hijos en adopción, se les tramitaba cédulas de vecindad falsas. También se falsificaron documentos con la intención de cambiar el estado civil de la madre, para hacerla pasar por madre soltera y con esto llevar a cabo el trámite sin la necesidad de la firma del padre. Además, se tuvo conocimiento que en muchos de los trámites de adopción, las presuntas madres no eran las madres biológicas, otras eran menores de edad y otras eran casadas. Se alteró la identidad de todas estas mujeres, en su mayoría pobres, con domicilio en áreas rurales.

4.3.3 Juzgados de la Niñez y Adolescencia

Tal y como se estableció en apartados anteriores, con la entrada en vigor de la Ley Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, se crearon los Juzgados de Niñez y Adolescencia, conocidos como Juzgados de Menores. Algunos de los niños robados eran presentados ante los Juzgados de Niñez y Adolescencia para ser declarados en situación de abandono, colocándolos de manera inmediata en situación de adoptabilidad.

Esta modalidad es lo que actualmente se conoce como “lavado de niños” con lo cual se evitaba a los tramitadores tener que buscar madres biológicas falsas y utilizar documentos falsificados durante todo el proceso. Mediante la declaratoria de situación de abandono, el niño estaba en situación de adoptabilidad. Tal es el caso contra el Juez de Niñez y Adolescencia del Departamento de Escuintla, a quien se le presentó

solicitud de antejuicio por los delitos de conspiración, prevaricato, abuso de autoridad, incumplimiento de deberes y trata de personas. Dicha solicitud fue aprobada y está siendo investigado por el Ministerio Público. Por otra parte, algunos de los jueces de la Niñez y Adolescencia decretaban el abrigo y cuidado del niño en casas cuna, cuidadoras y hogares que no estaban acreditados y cuyos representantes legales serían aquellos que posteriormente se encargaban de llevar a cabo el trámite de adopción.

4.3.4 Las enganchadoras o jaladoras y redes de robo de niños

Las enganchadoras o jaladoras eran normalmente las personas que convencían a las madres de dar a sus hijos en adopción, engañándolas y aprovechándose de su situación de vulnerabilidad y/o pobreza.

4.3.5 Los notarios

En Guatemala existen aproximadamente trece mil quinientos abogados colegiados activos. Alrededor de 500 notarios y mandatarios tramitaron adopciones en el período de transición. Estos mismos abogados, venían realizando trámites de adopción desde años anteriores. Como se ve, la actividad de las adopciones nacionales e internacionales estaba reservada únicamente a un grupo de abogados que apenas cubre el 4% del total de abogados colegiados activos.

Se pudo identificar que los notarios y mandatarios trabajaban asociados, y por regla general tramitaban casos con abogados de sus propios bufetes, intercambiando los roles de notario y mandatario. Los grupos de abogados que han tramitado adopciones irregulares están bien organizados y por regla general trabajan con las mismas cuidadoras, o casas cuna y jaladoras y tramitan adopciones de niños cuyo origen es el mismo municipio o departamento.



Normalmente las jaladoras acudían directamente con los niños y las madres o supuestas madres ante el notario para que éste iniciara el trámite de adopción. En algunas ocasiones las jaladoras acudían con el notario que les ofreciera un mejor beneficio económico, en otros casos, los notarios contrataban jaladoras que colaboraban con ellos en la mayoría de los casos de adopción que éstos tramitaban.

Los notarios trabajaban regularmente con los mismos registradores civiles por lo que tramitaban adopciones de niños nacidos en los mismos municipios u hospitales. Hay casos en que los notarios fungen también como facilitadores y/o representantes de agencias internacionales de adopción. Los notarios eran quienes iniciaban el proceso de adopción. Primero emitían un acta de guarda y custodia en la cual remitían al niño a un hogar de su confianza, o con una cuidadora privada, por regla general los notarios trabajaban siempre con las mismas cuidadoras.

De conformidad con la Ley PINA, Artículo 112, otorgar abrigo temporal a un menor es competencia exclusiva del Juez de Niñez y Adolescencia, sin embargo los notarios continuaron efectuando actas de guarda y custodia desde el 2003 fecha en que se aprobó la Ley PINA, hasta finales del 2007, fecha en que entró en vigor la Ley de Adopciones.

Posteriormente se iniciaba el trámite y faccionaba un acta notarial donde hacían constar el consentimiento de la madre o supuesta madre para dar a su hijo en adopción. Los notarios debían informar a la Procuraduría General de la Nación sobre el inicio del trámite mediante la presentación de un 'aviso notarial'. Al completar el expediente de adopción, el notario remitía el expediente completo a la PGN y ésta podía emitir su dictamen favorable.

A lo largo del proceso se cometían diversas irregularidades, como utilización de documentos falsos, voluntad de la madre coaccionada, "compra-venta" de niños y otros. A la fecha existe una condena en los tribunales guatemaltecos, en contra de un notario

por el delito de trata de personas con la finalidad de adopción irregular. Actualmente se encuentran bajo investigación en el Ministerio Público al menos 25 notarios.

4.3.6 Cuidadoras, casas cuna y hogares

Luego que el niño era declarado en situación de abandono por un juez o luego que la madre ratificaba ante notario su consentimiento para dar a su hijo en adopción, las cuidadoras o casas cuna eran aquellas encargadas del cuidado y abrigo del niño sujeto a un proceso de adopción. Muchas cuidadoras a su vez eran jaladoras o personas cercanas a ellas, como amigas, parientes o vecinas.

Las cuidadoras daban seguimiento a todo el trámite de adopción y recibían, por parte de los notarios y/o jaladoras, pagos mensuales para el cuidado y manutención del niño.

En algunos casos, las representantes legales o asesoras legales de las casas cuna, eran las facilitadoras de los trámites de adopción ante las agencias internacionales de adopción, ante los notarios y mandatarios, los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, para el caso de niños declarados en situación de abandono, los Juzgados de Familia y ante la Procuraduría General de la Nación.

Un ejemplo de ello es el caso “Asociación Primavera”, en donde la casa cuna aparece como actor principal de una red de trata de personas con finalidad de adopción irregular. En relación a las casas cuna, las investigaciones realizadas por el Ministerio Público han identificado la existencia de casas cuna clandestinas, las cuales no contaban con la acreditación correspondiente ante el Ministerio de Gobernación o la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.

Finalmente, en los allanamientos realizados los últimos años en casas cuna o casas de cuidadoras privadas, se han encontrado niños sujetos a trámites de adopción en malas condiciones de salud.

En el proceso se vieron involucrados ocasionalmente médicos, comadronas, enfermeras, que colaboraron en atender partos o en sustraer menores, empleados del Registro Civil, de la Procuraduría General de la Nación, e incluso oficiales de Juzgados, y otros pero de forma contingente.

4.4 El delito de adopción irregular en el derecho penal guatemalteco

Entre 1992 y 2005 se presentaron al Congreso de la República ocho iniciativas de ley en materia de adopciones.

Finalmente, el 11 de diciembre de 2007, el Congreso de la República aprobó la Ley de Adopciones (Decreto 77-2007), con lo que se inició una nueva etapa en la cual se contemplaba un mecanismo de seguimiento destinado a fiscalizar el funcionamiento del sistema y garantizar así la situación, seguridad e integridad de los niños adoptados.

La permisiva legislación sobre adopciones vigente hasta finales de 2007, dio lugar a un lucrativo negocio y a la consecuente formación de redes de personas dedicadas a la captación de niñas y niños para enviarlos al extranjero, lo cual con frecuencia ha significado la comisión de múltiples delitos (secuestro, falsificación de documentos, etc.). En ese sentido, un avance significativo fue la adhesión de Guatemala al Convenio de La Haya, para la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional y la vigencia de la Ley de Adopciones, aprobada por el Congreso de la República, a través del Decreto No. 77-2007.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Adopciones el 31 de diciembre de 2007, el control sobre los procesos de adopción quedó a cargo de una Autoridad Central denominada “Consejo Nacional de Adopciones” (CNA) y del Organismo Judicial (Juzgados de Familia y Juzgados de la Niñez y Adolescencia), permitiendo que el Estado asumiera un mayor control de los trámites de adopción, en los que se definen derechos de personas, en este caso niños.

Es importante destacar que, una vez entrada en vigencia la Ley de Adopciones, se establecieron disposiciones transitorias por las cuales todos los procedimientos notariales y judiciales de adopción que se encontraran en trámite al momento de la vigencia de la ley, debían ser registrados ante la Autoridad Central (CNA), en un plazo no mayor de treinta días y que, para los efectos del registro del caso, éstos continuarían el trámite de conformidad con la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Estos casos debían ser verificados y supervisados por la Autoridad Central. Los casos no registrados en el plazo señalado se resolverían de acuerdo a los procedimientos establecidos en la nueva ley. Estas disposiciones transitorias que pretendían establecer algunos controles y seguimientos a los trámites de adopción notarial, dieron lugar a una serie de irregularidades.

En ese sentido, las principales unidades responsables de la lucha contra el tráfico y la trata de personas en esa época, tanto de la Policía Nacional Civil, como del Ministerio Público se vieron desbordadas en su trabajo. Sólo de enero a julio de 2007, el Ministerio Público recibió 51 casos de trata de personas, en comparación con 34 durante el año 2006. Durante el año 2008, el Ministerio Público procesó a ocho personas por el delito de trata de personas, incluidos los propietarios y administradores de bares y clubes nocturnos. En el contexto de América Central, Guatemala era el país que documentó un mayor número de casos de trata de personas en conocimiento del Ministerio Público, en esos años.

La Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas fue aprobada por el Congreso de la Re-pública de Guatemala el 18 de febrero del 2009 a través del Decreto 9-2009 y tiene como objetivo prevenir, reprimir, sancionar y erradicar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, la atención y protección de sus víctimas y resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Al crear un Capítulo especial al Código Penal para penalizar los diferentes delitos de explotación sexual comercial, como la producción y posesión de pornografía infantil, el

nuevo Decreto contempla reformas para mejorar el marco legal contra la violación y la agresión sexual. Además, modifica normas relacionadas a la trata de personas. Asimismo, la ley contiene, más allá del marco penal, normas dirigidas a la protección e indemnización de daños de las víctimas.

Adicionalmente la nueva ley establece penas en el Código Penal de entre 8 y 18 años de prisión para los implicados en el delito de la trata de personas y 6 a 12 años de privación de libertad a los responsables de violación, con un agravante en los casos contra menores.

Dentro de las figuras que dicha legislación vino a cambiar se encuentra la que contiene el delito de Trata de Personas regulado en el Artículo 194 del Código Penal, la cual con la reforma quedó tipificada de la siguiente forma:

“Artículo 202 Ter. Trata de personas. Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, traslado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación.

Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil Quetzales.

En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representante legal.

Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: la prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el tráfico de órganos y tejido humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, adopción irregular, trámite irregular de adopción, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil.”



Sobre esta figura la Comisión Nacional Contra la Impunidad en Guatemala en su pronunciamiento sobre la reforma que se hizo mediante el Decreto 9-2009 se manifestó en el sentido de que considera adecuada la reubicación del delito de la trata de personas en el Título IV del Código Penal, que contiene los delitos contra la libertad y la seguridad de la persona. Aunque el Código Penal tipificaba en su Artículo 194 y sancionaba el delito de la trata de personas de acuerdo a la normativa internacional antes de ser aprobado el nuevo Decreto No. 9-2009, la ubicación y regulación provocaba dudas de interpretación que no favorecían su aplicación.

A causa de su ubicación en el Título III de los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y contra el pudor, al menos un tribunal de sentencia de Guatemala ha resuelto que para condenar a un responsable de trata de personas, es necesario probar el elemento sexual con respecto a la explotación de la víctima, en particular en casos de adopción irregular, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, esclavitud o prácticas análogas.

Este argumento se fundamenta en el hecho de que sin lugar a dudas en un alto porcentaje de los casos inmersos en la trata de personas el fin u objetivo de la explotación es de naturaleza sexual, también lo es, que en la actualidad la explotación laboral, formas de esclavitud análogas, e inclusive la extracción de órganos también constituyen finalidades para la práctica de la trata de personas y todas estas actividades incluyendo la de orden sexual violan sin duda alguna la libertad individual y por ello resulta más conveniente incluirlos dentro de este bien jurídico.

Dentro de los problemas que la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala CICIG, encontró en la nueva normativa se destacan lo que a continuación se expondrán.

De acuerdo con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones

Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la tipificación del delito de trata de personas debe contener los siguientes tres elementos básicos:

1) La conducta típica: la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de una o más personas, tal como está definido en la actual versión del Código Penal.

Esta forma de regulación que responde totalmente al sentir internacional de persecución de esta actividad, no es totalmente aceptada por todos los países suscriptores del Protocolo, así por ejemplo la legislación Costarricense lo configuró de la siguiente forma: “Artículo 172. Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país de personas de cualquier sexo, para que ejerzan la prostitución o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral, será sancionado con pena de prisión de tres a seis años. La pena será prisión de cuatro a diez años, si media alguna de las circunstancias enumeradas en el proxenetismo agravado.”

Sobre esta reforma los propios ius penalistas Costarricenses han comentado que con la reforma, se tipifican tres conductas: promover (iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro, tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo), facilitar (hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin) o favorecer (ayudar, amparar a uno; apoyar un intento, empresa u opinión; dar o hacer un favor). En el caso del nuevo verbo "favorecer", se amplía el espectro prohibitivo, pues señala una hipótesis distinta a las de promover o facilitar. Con la nueva redacción del tipo penal se cubren todas las posibilidades de participar en la entrada o salida del país de personas (hombres o mujeres, adultos o menores de edad) para ejercer la prostitución, o para mantenerlas en ella o en servidumbre sexual o laboral. Regular la entrada y salida de personas del territorio nacional para que ejerzan la prostitución, es ya de por sí un paso importante pero no suficiente, sobre todo si se toma en cuenta que la realidad no se agota en esta forma delictiva. Por eso, es importante incluir la prohibición de estas dos últimas formas de servidumbre que la experiencia ha señalado que son zonas necesitadas de protección penal: la servidumbre sexual y la servidumbre laboral. En el caso de esta última, pareciera no ser la mejor ubicación por tratarse de una figura que



no está vinculada directamente con la violencia sexual y la explotación sexual, pero por tratarse de una reforma parcial del Código, se mantuvo en este título y concretamente, en este delito. Por otra parte, el tipo actual así como el anterior, cubre tanto las posibilidades de inmigración como de emigración: tan serio es el problema de la traída de personas al país como el de hacerlas salir del mismo, para ejercer estas actividades. Se incluye en este artículo las circunstancias que ameritan agravar la pena, por considerarse que afectan con mayor intensidad el bien jurídico tutelado.

Otros en cambio han afirmado que el tipo penal reformado, mantiene los tres verbos rectores de la versión anterior. El criterio seguido por los redactores se basó en la eficacia y dimensión que ha través de los años han demostrado tener las acciones de “promover”, “facilitar” y “favorecer” en diferentes tipos penales, que además, han sido sobradamente desarrollados por tratadistas y jueces en la doctrina y jurisprudencia de diferentes países del mundo. En relación con la trata de personas, los verbos citados alcanzan al promotor, reclutador, colaborador, transportador, ocultador, entre otros partícipes de la acción típica. No se descarta la importancia de los múltiples verbos que enumera la definición del Protocolo, sin embargo, se consideró que los tres verbos ya mencionados incluyen todas las acciones que se mencionan en la definición (captar, transportar, trasladar, acoger, receptor) y le proporcionan a la fiscalía y los juzgadores (as) un marco mucho más amplio en el análisis de las conductas delictivas de cada uno de los partícipes del hecho criminal.³³

2) Los medios para la comisión del hecho: la amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder, plagio, secuestro o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre ella; y

3) El fin de explotación, que como mínimo debe comprender: la explotación sexual a través de la prostitución o cualquier otro tipo de explotación sexual, así como la

³³ Centeno M., Luis F. *Algunas consideraciones sobre la reforma del tipo penal que sanciona la Trata de Personas en Costa Rica. Pág. 2.*

explotación para el trabajo forzoso y servidumbre, esclavitud o prácticas analógicas a ella y la extracción y tráfico de órganos humanos.

Sobre este aspecto la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala considera que el actual articulado de trata de personas contemplado en la nueva Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata no contiene uno de los elementos básicos: los medios para comisión del hecho. A primera vista parece que la ausencia de tal requisito en la conducta facilita aun más la persecución de los traficantes, cuando la víctima es mayor de edad, ya que no se tiene que comprobar la utilización del medio a la hora de condenar a un responsable de trata de personas. Ahora bien, resulta lógico que el consentimiento no se tenga en cuenta en el caso de un menor de edad; sin embargo en el caso de una persona mayor de edad, sí existe la capacidad para otorgar el consentimiento.

El hecho que los medios para la comisión del delito no sean un elemento del tipo penal de la Trata de Personas produce dos consecuencias:

1. Los menores de edad, que están más necesitados de protección, tienen en tanto víctimas, igual trato que los adultos en el delito de trata de personas; y
2. Se penalizan conductas que eventualmente han sido consentidas sin que se tomen en consideración los medios del hecho.

Lo señalado anteriormente, tiene como consecuencia, que la regulación de la trata de personas es muy abierta, lo que ocasiona, que a un mismo hecho podría serle aplicado indistintamente el tipo penal de Trata de Personas y/u otros artículos del Código Penal, en casos de prostitución, pornografía infantil u otras actividades delictivas que existen simultáneamente como delitos autónomos o como tipos de explotación enumerados en el delito de trata de personas.

Lo anterior puede dar lugar a dos soluciones de política criminal: que se subsuman todas las conductas delictivas conexas en un único tipo penal, o que se desglosen las mismas y se creen varios tipos penales diferenciados en sus conductas típicas. La Ley contempla una combinación de las dos soluciones descritas.

Esta situación legislativa origina dificultades en la aplicación y diferenciación de los hechos a la hora de tipificación del delito. Por lo tanto, la CICIG considera que, desde la perspectiva de Política Criminal, el Artículo actual sobre la trata de personas debe ser modificado en su redacción para una mejor comprensión y aplicación de las conductas conexas reguladas en el Código Penal.

4.4.1 El delito de Adopción Irregular

Como se mencionó al inicio de este capítulo, la figura de la adopción irregular en Guatemala, nace con la reforma del delito de trata de personas contenido en el Artículo 194 del Código Penal, en el año 2005, pues era un supuesto de dicha figura.

Como se ha comprobado con la investigación efectuada la práctica de realizar adopciones que violan el proceso y la finalidad de la Institución se ha realizado en Guatemala desde hace muchos años, sin embargo, como un fenómeno de delincuencia organizada incluso de estado, se da con el auge del conflicto armado interno y el enfrentamiento entre los grupos guerrilleros y los gobiernos militares, fenómeno social común a muchos países en América Latina, tales como Chile, Argentina y otros.

Ahora bien ya como delito autónomo, la adopción irregular es una de las innovaciones del Decreto 9-2009 del Congreso de la República, que contiene la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Dicha normativa en su Artículo 53 adiciona al Código Penal el Artículo siguiente:

Artículo 241 Bis, Adopción Irregular. "Quien para obtener la adopción de una persona para sí mismo, brinde o prometa a una persona o a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, independientemente que logre el propósito, será sancionado con prisión de tres a cinco años y multa de veinte mil a cien mil Quetzales. Las penas se impondrán sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos."

4.4.2 Estructura típica del delito de adopción irregular

a) Tipo Objetivo

- Sujeto Activo:

El sujeto es cualquier persona, se entiende que aquí se habla de una persona común.

- Núcleo del Tipo Objetivo

Los verbos rectores en este tipo penal son "brindar" o "prometer", términos que significan "Ofrecer una oportunidad o provecho" y "Obligarse a hacer, decir o dar algo." Incluye tanto la posibilidad de un beneficio económico como de cualquier otra naturaleza.

- Resultado Típico:

Es un delito de peligro concreto, no requiere que el propósito se alcance, con sólo hacer el ofrecimiento se entiende por consumado.

- El tipo objetivo consiste pues en garantizarse que se obtendrá una adopción mediante brindar, ofrecer u obligarse a dar, un beneficio económico, o de cualquier otra naturaleza a una tercera persona.



b) Tipo Subjetivo

- Núcleo del elemento subjetivo: Es un delito eminentemente doloso.

4.5 Análisis Jurídico

Como se puede establecer la adopción irregular se encuentra contemplada en el Código Penal de Guatemala tanto en el Artículo 202 Ter último Párrafo que literalmente establece “La prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el tráfico de órganos y tejido humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, adopción irregular, trámite irregular de adopción, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil, como delito autónomo en el Artículo 241 Bis, antes citado. Además se adicionó el Artículo 241 Ter, que preceptúa: “Trámite irregular de adopción. El funcionario público, que a sabiendas, dé trámite, autorice o inscriba una adopción, utilizando documentos o inscripciones en registros públicos falsos o donde se haya alterado la filiación de una persona menor de edad o cualquier otra información exigida por la ley para la validez de una adopción, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cincuenta mil a cien mil Quetzales”.

En ese orden de ideas, el supuesto de adopción irregular, inmerso en el delito de Trata de Personas, entendido en su sentido natural como se interpretó el fallo de la Corte de Constitucionalidad, consiste en adopción irregular”, no es más que aquello que contravenga lo relativo a la adopción como tal, pues con base en el principio jurídico jura novit curia (el juez conoce el Derecho), es de tomar en cuenta que en el ordenamiento jurídico guatemalteco existe la Ley de Adopciones, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y la Convención sobre los Derechos del Niño, cuerpos legales que se integran como normas de derecho vigente y positivo, que contienen lo relativo a adopciones, a la que debe de ceñirse el juzgador al momento de

ejercer su actividad jurisdiccional, por lo que si algo altera el trámite o lo dispuesto en el ordenamiento jurídico antes aludido, estará encuadrándose en el supuesto de adopción irregular, por lo que al legislarlo en forma autónoma, solo se abre la puerta para que por la misma se evite vincularlos al delito más grave de trata de personas y a la estructura criminal que la comete.

La actual redacción del Artículo 241 Bis (adopción irregular) en relación con el Artículo 241 Ter (trámite irregular de adopción) del Código Penal, facilita el sancionar a los padres adoptivos y a los funcionarios públicos, pero no a otros partícipes de las redes de delincuencia organizada, incluyendo a los notarios y a los abogados que forman parte de las mismas. Es decir, una vez más, se abre la puerta a la impunidad de aquellos que hacen negocios lucrativos con niños y niñas.

De esa cuenta si se analiza los márgenes de punibilidad que se espera según se trata de un supuesto dentro del delito de trata de persona que oscila entre una pena de prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil Quetzales, en su forma simple y con una tercera parte de aumento si se tratara de la figura agravada, mientras que el delito de adopción irregular la pena se establece en prisión de tres a cinco años y multa de veinte mil a cien mil Quetzales.

Se analizaron algunos informes, memorias de labores y reportajes periodísticos sobre la situación de las adopciones irregulares en Guatemala con énfasis en el periodo posterior a la entrada en vigencia de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto 09-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Mediante un estudio realizado a inicios de 2009, se identificó que algunos de los mecanismos para establecer el origen de los niños “adoptables” se encuentran viciados: pruebas de ADN negativas, identidades falsas de presuntas madres biológicas, niños rescatados de una operación de venta y aún así dados en adopción, niños con identidades falsas, certificados de nacimiento falsos, edades que no corresponden de acuerdo con los exámenes forenses, entre otras, la “declaratoria de adoptabilidad”

otorgada bajo estas circunstancias; ha sido nombrado por los investigadores especialistas en casos de adopción irregular como: “lavado de niños”.

De un análisis de 153 casos, se obtuvo como resultado que el 78% de éstos, en los cuales se declara adoptabilidad por parte de los Jueces de la Niñez y Adolescencia, corresponden a casos que contravinieron lo dispuesto en la Ley de Adopciones y el Convenio de La Haya. Un porcentaje muy alto considerando que se trata de adopciones que debían tramitarse mediante mayores controles.

En términos generales respecto a los 153 casos, se extraen los siguientes puntos, confirmando de esta manera las aseveraciones en cuanto a las anomalías identificadas conforme al nuevo ordenamiento en materia de adopciones:

1. En un 50% de los casos se detectó que la Procuraduría General de la Nación no realizó una investigación profunda en cuanto a búsqueda o determinación del origen de los niños, ya que no agotó los medios a su alcance para lograr este objetivo, dejando vacíos en cuanto a la posibilidad de ubicar la procedencia u origen del niño, con respecto a su familia biológica.
2. Hay casos en donde la presentación de documentos falsos de identificación fue objeto de denuncia ante el Ministerio Público y no obstante tales ilícitos fueran identificados y denunciados, los jueces emitieron declaratoria de adoptabilidad de niños probablemente robados o comprados sin observar el derecho a una familia y a una identidad que fueron vulnerados.

Aunque la recopilación de la información sobre la Unidad de Trata de Personas, se encuentra muy limitada y las memorias de labores del Ministerio Público no deslindan la información de los casos de dicha Unidad, se pudieron obtener datos sobre dicho fenómeno.

Desde la creación de la Unidad contra la Trata de Personas, se lograron acciones importantes que verificaron la participación directa de las personas mencionadas en este capítulo, como por ejemplo investigaciones y procesos en contra de notarios, cuidadoras, jaladoras, funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, registradores civiles y un antejuicio en contra de un juez de la Niñez y Adolescencia.

Para finales del 2009, el 85% de casos investigados por la Unidad contra la Trata de Personas, está relacionado con adopciones irregulares. Actualmente se cuenta con seis sentencias condenatorias en donde los condenados fueron acusados por el delito de trata de personas con finalidad de adopción internacional.

Como puede verse los casos que ahora se procesan son producto de hechos cometidos antes de la vigencia de la actual ley de Adopciones, especialmente en el denominado periodo de transición pues como reconoció la misma Procuraduría General de la nación, se han obtenido 11 sentencias condenatorias por parte del Ministerio Público, derivadas de acciones que han permitido el desmantelamiento de diferentes estructuras criminales, vinculadas con adopciones irregulares, que operaban antes de la vigencia de la Ley de Adopciones. Otros casos están sujetos a investigación, cuyo trámite no podrá continuar en sede notarial, derivado de las irregularidades existentes en los expedientes de mérito.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del Ministerio Público, la CICIG y la sociedad civil en la investigación, persecución penal, procesamiento y sanción de estas conductas, los resultados no se han visto reflejados como tales debido a erróneos criterios interpretativos de algunos operadores de justicia, al no considerar el carácter de delincuencia organizada transnacional en las actividades alrededor de las adopciones irregulares, ni al considerar la gravedad en el delito de trata de personas.

Esto ha ocasionado, en algunos casos, que se procese a una persona por un delito diferente a la trata de personas, a pesar de que la conducta realizada estaba prevista y sancionada en este delito en el Código Penal guatemalteco. En este sentido se



pronuncia una investigación efectuada por Marta Sandoval, del diario El Periódico, que afirma: los ocho fiscales auxiliares de la Unidad contra la Trata de Personas son casi pulpos. Entre los ocho deben atender poco más de 400 casos que se encuentran actualmente en el Ministerio Público, además de coordinar y asistir a los allanamientos en busca de más delincuentes.

Y aunque ya tienen varios procesados, sólo han conseguido una sentencia. Fue en Jutiapa a principios de este año. Una jueza condenó a un hombre por la trata de un niño para darlo en adopción ilegal. El gran señalamiento que hacen países amigos en contra del Estado de Guatemala es la falta de condenas por el delito de trata de personas, cuenta Maldonado. Pero conseguir una sentencia no es tan sencillo. El delito de trata es muy fácil de confundir con el proxenetismo y bajo el “castigo” de proxenetas se escapan varios tratantes. Ambos, proxeneta y tratante, se dedican a explotar sexualmente a una persona. Pero la diferencia radica en que el proxeneta actúa con consentimiento de la prostituta y el tratante la obliga, la ha secuestrado o la captó con engaños.

En virtud, de que el cambio de la legislación penal e incluso la aprobación de la Ley de Adopciones, no han mejorado mucho la situación, el haber cambiado la normativa no ha sido suficiente para dismantelar las estructuras de crimen organizado implicadas en trámites de adopción irregular. Para llevar a cabo dicha tarea, es necesario implementar controles institucionales y reglas claras respecto a las responsabilidades y consecuencias durante todas y cada una de las etapas del nuevo proceso de adopción.



CONCLUSIONES

1. La trata de personas constituye la esclavitud del siglo XXI y una de las tres actividades más lucrativas del Crimen Organizado en el mundo. En Guatemala es un fenómeno social que hace evidente la necesidad de mecanismos preventivos más eficientes para prevenirla.
2. En Guatemala las adopciones internacionales permitieron establecer un lucrativo negocio para una serie de actores, notarios, médicos, particulares, funcionarios públicos y otros, que organizados en grupos delictivos permitió que el país tenga la tasa per cápita más alta de adopciones internacionales en el mundo.
3. El Estado de Guatemala con la nueva Ley de Adopciones se crea el Consejo Nacional de Adopción, que es el ente encargado de velar estricto cumplimiento de los procesos de adopción de niños y niñas, pero aun así el tráfico de niños continúa.
4. Todos los días se publican en los periódicos anuncios que aconsejan a las jovencitas que no aborten, con la intención de que estas al dar a luz entreguen a su hijo (a) en adopción, a falsas instituciones de beneficencia con un oculto interés de lucro.
5. El delito de adopción irregular en el Código Penal guatemalteco establece sanciones a determinadas personas, pero no menciona a los demás partícipes de organizaciones criminales por lo que deja un amplio margen para evadir la ley.





RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe fortalecer y crear programas que capaciten y actualicen a los operadores del sistema penal guatemalteco para combatir el fenómeno criminal de la trata de personas.
2. El Organismo Legislativo debe implementar y crear una política criminal, con estrategias específicas para poder erradicar el fenómeno de la trata de personas, por la alta incidencia de este ilícito en Guatemala.
3. Es necesario que el Estado de Guatemala a través del Consejo Nacional de Adopciones, establezca controles estrictos que respondan a los derechos fundamentales del niño, para evitar el tráfico de niños y el engaño a las madres que acuden a falsas organizaciones con fachada de beneficencia con la intención de dar a sus hijos en adopción.
4. Se propone que el Consejo Nacional de Adopciones establezca programas informativos en los hospitales a través del control prenatal para que estos orienten a toda la población guatemalteca sobre el proceso de adopción, principalmente a las mujeres en estado de gravidez, con el fin de evitar las adopciones ilegales.
5. Se sugiere que el Organismo Legislativo amplíe la figura del delito de adopción irregular en el sentido de que tipifique a todos los sujetos involucrados en una adopción ilegal y no sólo a los que menciona la Ley, para evitar que personas vinculadas logren evadir la ley.





BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Julio César. **Anotaciones a la exposición de motivos del proyecto de reforma parcial del Código Civil**. Caracas, Venezuela: Ed. Garrido, 1956.

ÁLVAREZ, Cristina. **Diccionario etnolingüístico del idioma maya yucateco colonial**. México. UNAM, 1997.

BIDART, Campos G. **Teoría general de los derechos humanos**. Universidad Nacional Autónoma de México: 1993.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Barcelona, España: Ed. Paidós, 1993.

BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. I vol.; Distrito Federal, México: Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1998.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix. Guatemala, Guatemala: 2001.

BRENA SESMA, Ingrid. **Las adopciones en México y algo más**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan Manuel. **Derecho penal español**, parte general, (se), Barcelona, España: (s.e.), 1984.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico del derecho usual**. Vol. I, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2001.

CALVENTO SOLARI, Ubaldino. **Adopción interna e internacional**. Revista Judicial Corte Suprema de Justicia. Costa Rica: (s.e.), 1983.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. Tomo V. 9ª ed.; Barcelona, España: Ed. Reus S., 1976.

CENTENO M., Luis F. **Algunas consideraciones sobre la reforma del tipo penal que sanciona la trata de personas en Costa Rica**. Costa Rica, (s.e.), 1985.

CONTRERAS PÉREZ, Montserrat. **Los niños olvidados de Guatemala**. Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, S.A., 1983.

CREUS, Carlos. **Derecho penal**, parte especial, Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1998.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. 3ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1986.



- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957.
- FLORES ESPAÑA, Joaquín. **Derecho de menores y su aplicación en el medio guatemalteco**. Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.
- GARCIA MÉNDEZ, Emilio. **"Infancia y derechos humanos"**, estudios básicos de derechos humanos II, 1ª ed.; San José de Costa Rica: (s.e.), 1995.
- GÓNGORA VARGAS, Andrés. **Trata de Personas**, más cerca de lo que imaginas, Chile: Ed. Maval Impresores, 2007.
- HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian. **"La investigación tutelar en el nuevo código de los niños y adolescentes"**, publicado en la revista Niñez y Adolescencia. (s.l.i.), (s.e.) 2000.
- JIMÉNEZ BURILLO, Clement. **"El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada"**, psicología social y sistema penal, Madrid, España: Ed. Alianza, 1996.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho civil**. México Distrito Federal: Ed. Porrúa, 1992.
- MARROQUÍN GONZÁLEZ, Mildred Andrea. **El tráfico de niños en el marco de la adopción internacional en Guatemala**, tesis de graduación como abogada y notaria, USAC. Guatemala. 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**, parte general, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1993.
- PÉREZ CHACA, Valeria. **¿Derechos vs. derechos?**, los derechos de l@s niñ@s alojados en el sistema carcelario, 10 vols.; Argentina: (s.e.), 2008.
- PILOTTÍ, Francisco. **Crisis y perspectivas del sistema de bienestar infantil en América Latina**. Montevideo, Uruguay: (s.e.), 1995.
- PLATF. **Los salvadores de los niños o la invención de la delincuencia**. 2ª ed.; en español, México: Ed. Felix Blanco, 1988.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 4ª ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, 1975.
- RAWIS, J. **Sobre las libertades**. Barcelona, España: Ed. Paidós, 1990.
- ROJAS, Alejandro. **Manual auto-formativo en acceso a la justicia y derechos de la niñez y adolescencia en Centroamérica**. Instituto de Derechos Humanos. Costa Rica. 2008.



Secretaría de la Paz (SERPAZ). **“Las adopciones y los derechos humanos de la niñez guatemalteca, 1977-1989”**. 1ª ed.; Guatemala: (s.e.), 2009.

VIÑAS, Raúl Horacio. **Delincuencia juvenil y derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 1883.

ZENTENO BARILLAS, Julio César. **Derecho internacional público**. Guatemala: Ed. Reproducciones, USAC, 1991.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala Decreto Ley 106, 1963.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

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