

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

**LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR A NIÑOS Y ADOLESCENTES POR
MEDIO DE UN DEPARTAMENTO DE ADOPTABILIDAD**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HUMBERTO GEOVANNI IXCAYAU IXCHOP

Previo a conferirsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2012

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Vocal: Lic. Rigoberto Rodas Vasquez
Secretario: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Vocal: Licda. Marisol Morales Chew
Secretario: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

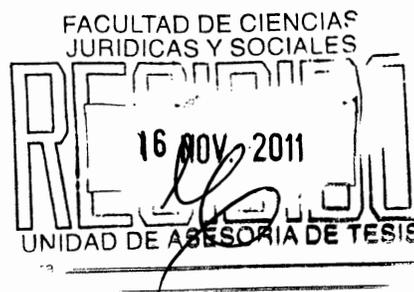
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).

ELIN VENANCIO ROJAS CACEROS
Abogado y Notario
11 CALLE 10-56 ZONA 1 EDIFICIO SANTO DOMINGO
Teléfono: 52903012



Guatemala 25 de octubre 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



Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento de fecha 28 de septiembre de 2011, me permito manifestarle que en la calidad de asesor de tesis del Bachiller **HUMBERTO GEOVANNI IXCAYAU IXCHOP**, quien desarrollo el tema intitulado **“LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR A NIÑOS Y ADOLESCENTES POR MEDIO DE UN DEPARTAMENTO DE ADOPTABILIDAD”** al respecto le manifiesto lo siguiente:

- 1.- Analicé el contenido científico y técnico del tema a efecto de buscar la transparencia y honestidad en los procesos de adopción en Guatemala; el planteamiento del problema es jurídico-social.
- 2.- Los capítulos del presente trabajo, tienen un orden lógico que permiten determinar con claridad el contenido de los temas desarrollados en la investigación. El sustentante realizó la tesis utilizando los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo y la técnica bibliográfica. Los métodos indicados, las técnicas señaladas y la bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación contribuyen para que la presente memoria sea utilizada con visión hacia el futuro dentro del campo del derecho administrativo, especialmente para las gestiones que a diario realizan las familias que pretenden adoptar a un menor.
- 3.- El tema es de actualidad e importante en materia de derecho administrativo.
- 4.- En el presente trabajo no se presentaron cuadros estadísticos por tratarse de una investigación descriptiva, la cual indica cómo funciona el Consejo Nacional de Adopciones y que se considera que pueda mejorar el desarrollo de sus atribuciones.



ELIN VENANCIO ROJAS CACEROS
Abogado y Notario
11 CALLE 10-56 ZONA 1 EDIFICIO SANTO DOMINGO
Teléfono: 52903012

5.- El aporte científico constituye el proyecto de modificación de los Artículos 2,18, y 45 de la Ley de Adopciones Decreto numero 77-2007 del Congreso de la Republica.

6.- En cuanto a las conclusiones y recomendaciones se determina que son la esencia de la investigación pues mediante las conclusiones se establece como se encuentra actualmente el procedimiento de adopciones y mediante las recomendaciones se determina como puede mejorar el funcionamiento y viabilizar los expedientes que se tramitan en los Juzgado de la Niñez y Adolescencia.

7.- En lo referente a la bibliografía consultada, se observó que se consultó los documentos y libros adecuados para el desarrollo de la tesis, por lo que puede continuar con el trámite del tema intitulado. **“LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR A NIÑOS Y ADOLESCENTES POR MEDIO DE UN DEPARTAMENTO DE ADOPTABILIDAD.”**

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

Atentamente.



Lic. ELIN VENANCIO ROJAS CACEROS
Abogado y Notario
Colegiado 9782

LIC. ELIN VENANCIO ROJAS CACEROS
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, trece de enero de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : **OTTO RENE ARENAS
HERNÁNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante:
HUMBERTO GEOVANNI IXCAYAU IXCHOP, Intitulado: **“LA PROTECCIÓN
DEL INTERÉS SUPERIOR A NIÑOS Y ADOLESCENTES POR MEDIO DE UN
DEPARTAMENTO DE ADOPTABILIDAD”**.

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


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



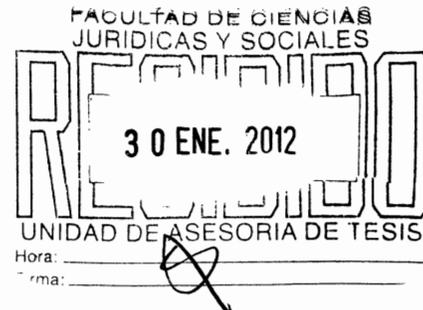
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ jrvc.



Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
9 Av. 13-39 zona 1
Teléfono: 54120813
Guatemala C.A.

Guatemala 30 de enero del 2012.

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



Distinguido Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento a la resolución emitida por esa unidad de asesoría de Tesis de fecha trece de enero de dos mil doce. Se me nombró revisor de tesis del estudiante **HUMBERTO GEOVANNI IXCAYAU IXCHOP**, intitulado: **“LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR A NIÑOS Y ADOLESCENTES POR MEDIO DE UN DEPARTAMENTO DE ADOPTABILIDAD”**, y que oportunamente procedo a emitir el Dictamen Correspondiente

a.- La revisión de tesis se llevó a cabo a través de varias sesiones, habiéndose realizado las observaciones pertinentes para brindar un mejor desarrollo de la investigación, respetando el enfoque y criterio sustentado por el autor, habiéndose orientado el análisis de la investigación de mérito desde la perspectiva doctrinaria y legal vigente.

b.- En relación a la distribución del contenido de la tesis fue realizada en una secuencia adecuada, para una buena comprensión de la misma; asimismo se utilizó el método científico y técnica de investigación bibliográfica, con el fin de demostrar que se hizo la recolección de información de la manera ajustada a los requerimientos de este tipo de trabajo.

c.- La redacción del trabajo revisado ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.



Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
9 Av. 13-39 zona 1
Teléfono: 54120813
Guatemala C.A.

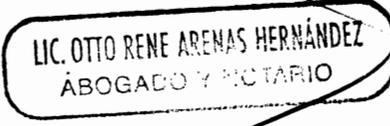
d.- De la revisión realizada se establece que el trabajo es una contribución técnica y científica, por tratarse de un tema de mucho interés en la actualidad, debido a la importancia del tema y que se incluye un proyecto de modificación de la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República.

e.- En las conclusiones y recomendaciones se encuentra lo importante de la investigación en virtud que mediante las recomendaciones se establece la necesidad de reformar la Ley de Adopciones para proteger el interés superior de niños y adolescentes que van a ser sujetos Adopción.

f.- En virtud de lo anterior manifestado opino que el presente trabajo constituye un análisis jurídico y es conveniente que la tesis pueda continuar con el trámite, que en lo sucesivo se intitulara. **“LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR A NIÑOS Y ADOLESCENTES POR MEDIO DE UN DEPARTAMENTO DE ADOPTABILIDAD.”**

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

Sin otro particular me suscribo de usted atentamente.


Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805




DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinte de marzo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante HUMBERTO GEOVANNI IXCAYAU IXCHOP titulado LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR A NIÑOS Y ADOLESCENTES POR MEDIO DE UN DEPARTAMENTO DE ADOPTABILIDAD. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser luz de mi vida, que me da sabiduría para cumplir mis metas.
- A MIS PADRES:** Ricardo Ixcayau Torres y Juana Ixchop Chanchavac por su ejemplo de lucha y amor incondicional.
- A MI ESPOSA:** Noemí Betancourt, por todo su apoyo y amor juntos llegamos a la meta.
- A MIS HIJAS:** Mishell, Susana, Gaby, Por ser mi mas grande inspiración gracias por comprender esos días que no estuvimos juntos.
- A MIS HERMANOS:** Walter, Leonel, Jorge y Elmer gracias por todo el apoyo que me ha dado en todo este tiempo siempre te estaré agradecido.
- A MIS HERMANAS:** Reina, Irma, Olga y Odilia por estar a mi lado.
- A MIS AMIGOS DE LA FACULTAD:** Edward, Jairo, Edgar, Fredy, David, Mynor, Vivi, Edel, Dany, Alex, Karen.
- A FAMILIA:** Que siempre estar a mi lado.
- A MI ASESOR:** Elin Venancio Rojas Caceros.



A MI REVISOR:

Otto Rene Arenas Hernández.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A USTED:

Especialmente.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Organismo Judicial.....	1
1.1. Función	1
1.2. Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República	7
1.3. Misión	15
1.4. Visión	16
1.5. Estructura institucional.....	17
1.6. Centros de servicios auxiliares de la administración de justicia.....	20
1.7. Gerencia	20
1.8. La carrera judicial	21

CAPÍTULO II

2. La administración pública.....	23
2.1. Elementos.....	23
2.2. Fuentes formales del derecho administrativo.....	24
2.3. Sistemas o técnicas de administración pública.....	27
2.4. Clasificación constitucional de las entidades descentralizadas y autónomas..	60

CAPÍTULO III

3. Adopción	65
3.1. Definición de adopción.....	65
3.2. Evolución histórica de la adopción.....	67
3.3. Origen de la adopción en el derecho guatemalteco.....	70
3.4. Finalidad de la adopción	70
3.5. Causas que dan origen a la adopción	72
3.6. Clases de Adopción	76



Pág.

3.7. Efectos de la Adopción	81
3.8. Regulación de la adopción.....	82

CAPÍTULO IV

4. La protección del interes superior a niños y adolescentes por medio de un departamento de adoptabilidad	93
4.1. Situación de las adopciones en Guatemala.....	94
4.2. Declaratoria de adoptabilidad	95
4.3. Declaratoria de adoptabilidad en Colombia	97
4.4. Garantias para el menor con la creación de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones	99
4.5. Reforma a la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala	102
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	111



INTRODUCCIÓN

El motivo de este trabajo es la necesidad de informar a la población en general acerca de los alcances y efectos de la adopción especialmente que exista un departamento de adaptabilidad y así proteger el interés superior de niños y adolescentes y así poder agilizar el proceso de adopción de niños y adolescentes que se quedan sin una familia.

La hipótesis fue comprobada, ya que soluciona de manera eficaz dicha problemática, fortalece la legalidad del ataque frontal a las adopciones irregulares, y restituye el derecho a una familia protegiendo el interés superior de los niños y adolescentes. Los objetivos fueron alcanzados, al determinar la importancia de que sea creada la legislación adecuada para el proceso de adopción.

La tesis se dividió en cinco capítulos: en el primero se señaló, El Organismo Judicial, función, misión, visión, estructura institucional, centro de servicios auxiliares de la administración de justicia, la gerencia y la carrera judicial; segundo capítulo habla acerca de la administración pública, sus elementos, fuentes formales del derecho administrativo, sistemas o técnicas de administración pública, clasificación constitucional de las entidades descentralizadas y autónomas; tercer capítulo se desarrollaron conceptos tales como la adopción, definición de adopción, evolución histórica de la adopción, finalidad de la adopción, causas que dan origen a la adopción, efectos de la adopción, regulación de la adopción; cuarto capítulo se refiere a la protección del interés superior a niños y adolescentes por medio de un departamento de adoptabilidad, situación de la adopción en Guatemala, declaración de adoptabilidad, declaratoria de adoptabilidad en Colombia, garantías para el menor con la creación de un departamento especializado dentro del Consejo Nacional de Adopciones, reformas a la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.



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

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

Es fundamental que se presente una iniciativa de ley para proteger el interés superior del niño y adolescente por medio de un departamento de adoptabilidad que esté a cargo de un entidad gubernamental distinta al Organismo Judicial y así poder restituir lo mas pronto el derecho a la familia de los niños y adolescentes que por cualquier motivo se quedan sin la misma.



CAPÍTULO I

1. Organismo Judicial

El organismo Judicial se encarga de la administración de justicia con independencia y de la potestad de juzgar mediante los tribunales de forma jerárquica, los cuales se integran por los jueces independientes y por personal independiente, que de conformidad con lo regulado en la Constitución Política de la Republica de Guatemala, hacer valer a través de acciones legales la verdad, equidad y justicia en el país.

1.1 Función

Para el debido cumplimiento de las funciones del Organismo Judicial, el mismo no se encuentra bajo la sujeción de ninguna autoridad u organismo; solamente a la constitución Política de la Republica de Guatemala y a las leyes.

El ejercicio de las funciones del Organismo Judicial en Guatemala, se han regulado por ley, fundamentalmente en la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica del Organismo Judicial.

Lo que caracteriza al Organismo Judicial, es el ejercer la potestad de juzgar y la promoción de la ejecución de lo juzgado, entendida ésta como la capacidad de



administrar justicia, resolviendo litigios y todo tipo de procesos judiciales, juzgando y ejecutando lo juzgado, de manera independiente e imparcial, garantizando de esta forma los derechos de los ciudadanos y por otra parte siendo el garante de la sumisión del Organismo Ejecutivo a la legalidad y del Legislativo a la Constitución Política de la República.

El Organismo Judicial, en el país se encuentra integrado por la Corte Suprema de Justicia, las Cortes de Apelaciones, los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Paz. A estos tribunales les corresponde en exclusiva la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. En el ejercicio de la función jurisdiccional el Organismo Judicial es independiente, como lo son los magistrados y jueces entre sí y frente a otras autoridades, según la ley.

En el plano práctico esto implica: a) ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, b) someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, c) controlar la legalidad de la actuación administrativa y d) ofrecer a todas las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

En los Estados democráticos más avanzados, y Guatemala no es la excepción, para el desempeño de las funciones que actualmente tiene asignadas el Organismo Judicial, ha sido necesario configurar una serie de principios básicos con la finalidad de garantizar su actividad propia, estos principios, que tienen su origen en la teoría de la

separación de poderes, no son independientes entre sí, sino que mantienen una íntima relación, siendo los siguientes:

A) Sumisión del juez a la Constitución Política y a la ley. Este principio es consecuencia directa de la jerarquía normativa, uno de los principios que fundamentan el derecho guatemalteco es el de la supremacía constitucional, dado que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución Política de la República, que rige tanto para gobernantes como para gobernados, con el fin de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. Son nulas las disposiciones y las leyes que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución Política garantiza, y además ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y las que violen o tergiversen sus mandatos serán nulas de pleno derecho; según los Artículos 44 y 175 de la actual Constitución Política de la República. El juez, por tanto está sometido a la Constitución Política y al resto del ordenamiento jurídico, con absoluto respeto al principio de jerarquía normativa, no a la jerarquía funcional, evitando la mentalidad piramidal, que da lugar a la imposición de criterios; véase el Artículo 204 de la Constitución Política de la República y Artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial, vigentes.

B) Independencia judicial. Debe ser entendida como independencia del Organismo Judicial en el ejercicio de sus funciones ante los otros poderes del Estado, como independencia de los jueces y magistrados frente a los demás órganos

jurisdiccionales y frente a sus propios órganos de gobierno, en su actividad de impartir justicia.

Están instituidas como garantías del Organismo Judicial la independencia funcional y la independencia económica; para cumplir sus objetivos no está sujeto a subordinación alguna, de ningún organismo o autoridad; tiene funciones jurisdiccionales y administrativas las que deberán desempeñarse con total independencia de cualquier otra autoridad. Las funciones jurisdiccionales corresponden a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que a ella están subordinados en virtud de las reglas de competencia por razón del grado. La función administrativa es ejercida en la actualidad por el Presidente del Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia, delegando esta función en diferentes órganos administrativos, pero al final de todo el proceso son ellos quienes deciden, ninguna autoridad administrativa de dicho organismo goza de autonomía para tomar decisiones, generándose así todo un esquema de jerarquía vertical de ejercicio del poder, ver segundo párrafo del Artículo 214 de la actual Constitución Política y los Artículos 53,54,55 y 56 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución Política de la República y a las leyes; resolverán los asuntos que conozcan personalmente, sin delegar su función y con imparcialidad, ejerciendo por igual, aunque con competencia distinta, el poder jurisdiccional, razón por la que en su ejercicio no debe existir diferencia jerárquica ni

dependencia entre ellos, de acuerdo al Artículo 203 y el 205 de la Constitución Política de la República, el Artículo 52 de la Ley del Organismo Judicial, y el Artículo dos de la Ley de Carrera Judicial vigentes en la actualidad.

C) Responsabilidad judicial. Este principio se ha desarrollado de forma reciente en algunos de sus aspectos y su presencia en los ordenamientos jurídicos sólo aparece en los Estados más avanzados. Se indica la responsabilidad penal, la primera en aparecer, civil y disciplinaria, la más reciente. Se trata de fijar en la ley de Carrera Judicial en qué condiciones los jueces son responsables penal, civil o disciplinariamente en el ejercicio de sus funciones que les son propias, por acción u omisión y del procedimiento que ha de seguirse para deducir la responsabilidad en cada caso.

Esta temática se encuentra regulada específicamente en el Decreto número 41-99 Ley de la Carrera Judicial vigente. Jueces y Magistrados gozarán del derecho de antejuicio, como un mecanismo de defensa para garantizar a los juzgadores un procedimiento legal, que determine si el señalamiento de deducirles responsabilidad criminal es una acción cierta, tendenciosa o maliciosa, conforme el Artículo 206 de la Constitución Política de la República, Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial y el Artículo 37 de la Ley de Carrera Judicial.

D) Exclusividad y unidad de la jurisdicción. La potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado corresponde con exclusividad e independencia a los tribunales de justicia. Por exclusividad se entiende que ningún otro poder del Estado, ni ninguna otra institución, puede ejercer funciones jurisdiccionales y, por ello, la potestad jurisdiccional reside en un único cuerpo de jueces y magistrados, que integran el Organismo Judicial; ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia, actualmente podemos citar el Artículo 203 de la Constitución Política de la República, también en el Artículo 61 de la Ley del Organismo Judicial, se establece que ningún tribunal puede conocer causas que estén pendientes de resolver ante otro tribunal, a menos que una ley específica expresamente otorgue esa facultad.

Se ha señalado que la Constitución Política reconoce y garantiza una amplia gama de derechos de los ciudadanos, asimismo se han mencionado las instituciones que deben coadyuvar en su cumplimiento; sin embargo, no es suficiente este reconocimiento literal. Para la efectiva vigencia de los derechos garantizados por la Constitución Política es indispensable que sean funcionales los órganos estatales encargados de protegerlos. Así, el Estado debe instaurar los mecanismos adecuados y proveer a los ciudadanos de los instrumentos e instituciones necesarios para hacer efectivo lo que dicta la Constitución Política.

De ahí la compleja labor del Organismo Judicial, cuya principal tarea consiste en impartir justicia de conformidad con la Constitución Política y las leyes de la República,

siendo depositario de la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, con celeridad y de manera efectiva, para que los ciudadanos tengan confianza en el sistema y se sientan seguros y protegidos.

Para la aplicación de la justicia, el Organismo Judicial, ha tropezado con una serie de obstáculos que le dificultan su eficaz aplicación y vienen a constituirse en barreras para algunos miembros de la población que desean ser sujetos de la misma. Por lo anterior se hace necesario conocer que hace, como lo hace y como se regulan las funciones del

Organismo Judicial.

1.2 Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República

Conforme a la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, las funciones que desempeña dicho organismo del Estado, son la función administrativa y la Función Jurisdiccional.

Para cumplir sus objetivos dicho organismo no está sujeto a subordinación de ningún organismo o autoridad, sólo a la Constitución Política y las leyes. Desempeñará sus funciones con independencia. Las funciones jurisdiccionales corresponden a la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales. Las funciones administrativas corresponden a la Presidencia de dicho organismo y a las dependencias subordinadas Artículo 52.

El Organismo Judicial será administrado por la Corte Suprema de Justicia y el Presidente del Organismo Judicial según sus respectivas atribuciones, Artículo 53 y según el Artículo 75 el Presidente del Organismo Judicial lo es también de la Corte Suprema de Justicia.

Son atribuciones administrativas de la Corte Suprema de Justicia, según el Artículo 54 las siguientes:

- a) Ser el órgano superior de la administración del Organismo Judicial.
- b) Proponer al Congreso de la República por lo menos con dos meses antes del vencimiento del período correspondiente, la nómina de candidatos para Magistrados de la Corte de Apelaciones, de los Tribunales Colegiados y de otros de igual categoría.
- c) Tomar protesta de administrar pronta y cumplida justicia a los magistrados y jueces previamente a desempeñar sus funciones.
- d) Nombrar, permutar, trasladar, ascender, conceder licencias, sancionar y remover a los jueces así como a los secretarios y personal auxiliar de los tribunales que le corresponda. La remoción de un juez procede cuando se observe conducta incompatible con la dignidad aneja a la judicatura; cuando la Corte Suprema por votación acordada en mayoría absoluta del total de sus miembros, estime que la permanencia del Juez en el ejercicio de su cargo es inconveniente para la administración de justicia, y en los casos de delito flagrante. La suspensión de los



jueces será acordada por períodos no mayores de treinta días, para proceder a investigar una conducta del juez de que se trate cuando tal conducta sea sospechosa de negligencia o ilegalidad, salvo el caso de antejuicio.

- e) Solicitar al Congreso de la República, la remoción de los Magistrados de la Corte de Apelaciones y demás tribunales colegiados, por los mismos casos, forma y condiciones en los que procede la remoción de los Jueces. El Congreso decidirá en sesión ordinaria, sobre la remoción que le hubiere sido solicitada, en la misma forma y procedimiento de cuando se elige.
- f) Emitir los reglamentos, acuerdos y órdenes ejecutivas que le corresponden conforme a la ley, en materia de las funciones jurisdiccionales confiadas al Organismo Judicial, así como en cuanto al desarrollo de las actividades que le confiere la Constitución Política de la República de Guatemala y esta ley. Los reglamentos y acuerdos deben ser publicados en el Diario Oficial.
- g) Aprobar el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Organismo Judicial, 30 días antes del inicio de su vigencia, debiendo informar de ello al Congreso de la República, será anual, coincidiendo con el año fiscal. Podrá modificar al Presupuesto originalmente aprobado por razones de conveniencia al servicio de administración de justicia, a que está obligado prestar. Podrá establecer mecanismos que permitan la agilización.
- h) Cuidar que la conducta de los jueces y magistrados sea la que corresponda a las funciones que desempeñan y con este objeto dictar medidas y resoluciones disciplinarias.

- i) Conceder licencia al Presidente hasta por dos meses, a los magistrados del mismo Tribunal cuando exceda de quince días y así mismo a los demás magistrados cuando exceda de treinta días. En casos especiales podrá prorrogarse ese tiempo a criterio de la Corte Suprema de Justicia. Las licencias por períodos menores deberán ser concedidas por el Presidente.
- j) Ejercer la iniciativa de ley, formulando los proyectos.
- k) Asignar a cada Sala de la Corte de Apelaciones los Tribunales de Primera Instancia cuyos asuntos judiciales debe conocer.
- l) Distribuir los cargos de los magistrados que deban integrar cada tribunal colegiado, al ser electos.
- m) Cuando lo considere conveniente o a solicitud de parte interesada, pedir informe sobre la marcha de la administración de justicia y si procediere, dictar medidas disciplinarias o de otra naturaleza que sean pertinentes.
- n) Establecer tazas y tarifas de los servicios administrativos que se prestaren.
- o) Las establecidas en otras leyes.

Son atribuciones administrativas del Presidente del Organismo Judicial, según el Artículo 55 las siguientes:

- a) Nombrar, permutar, trasladar, ascender, conceder licencias, sancionar y destituir a los funcionarios y empleados administrativos que le corresponda.



- b) Emitir acuerdos, circulares instructivos y órdenes.
- c) Solicitar informes sobre la marcha de la administración de justicia.
- d) Autenticar las firmas de los funcionarios del Organismo Judicial y de los notarios cuando así proceda.
- e) Ser el órgano de ejecución del Presupuesto del Organismo Judicial, cuidar de la adecuada programación y realización de la inversión de sus recursos financieros, aprobar todo contrato civil, mercantil o administrativo, independientemente de su cuantía o duración, podrá firmar o designar al funcionario que ha de firmar el o los contratos respectivos.
- f) Firmar los documentos de egresos que afecten partidas del presupuesto del Organismo Judicial, lo cual deberá hacerse sin demora Tramitar y resolver la liquidación de conmutas cuando sea procedente, así como hacer la relajación de las penas cuando concurren los requisitos que exige el Código Penal u otras leyes.
- h) Ejercer otorgar o delegar la representación del Organismo Judicial en las compras y contrataciones en que este participe de acuerdo con las formalidades...
- i) Imponer sanciones.
- j) Acordar la organización administrativa para la adecuada y eficaz administración del Organismo Judicial.
- k) Ser el órgano de comunicación con los otros organismos del Estado.
- l) Librar la orden de libertad de los reos que hayan cumplido sus condenas de privación de libertad.

- m) Ordenar el traslado y distribución de los reos condenados a penas privativas de libertad.
- n) Ejercer la dirección superior del personal del organismo judicial.
- o) Celebrar por sí o por medio del empleado o funcionario que designe los contratos relacionados con el servicio de la administración de justicia.
- p) Cualesquiera otras necesarias o convenientes a una buena y eficaz administración, aunque no estén especificadas en ésta u otras leyes.
- q) Bajo su supervisión, delegar parcialmente y/o en forma específica en uno o varios Magistrados o funcionarios del Organismo Judicial sus atribuciones administrativas, revocar dichas delegaciones. Tales delegaciones no implican que el Presidente quede impedido de ejercer directamente las atribuciones delegadas si lo estima conveniente.

Crear las dependencias administrativas que demande la prestación del servicio de administración de justicia, de igual manera podrá disponer la estructura organizativa de la administración del organismo.

La Presidencia del Organismo Judicial, tiene también la función de supervisar los tribunales de la República, pudiendo designar por nombramiento público y privado, el personal necesario para ejercerla, o comisionar a un magistrado o juez para inspeccionar determinado tribunal o expediente. Para realizar esta función el Presidente tiene como dependencia específica a la Supervisión General de Tribunales,



con su personal específico y además puede requerir a bogados litigantes. También la ejercerá cada Tribunal con respecto a los de grado inferior, que le están subordinados, de acuerdo al Artículo 56.

Las funciones jurisdiccionales del Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo a dicho organismo, ya que es el encargado de impartir justicia conforme a la Constitución Política y las leyes, Artículo 51, se ejercen por medio de la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales establecidos por la ley; ninguna otra autoridad puede administrar justicia. Para el ejercicio de esta función jurisdiccional la Ley indica cómo se distribuye la jurisdicción en los diferentes órganos que la ejercen, la forma, integración y organización de su ejercicio.

A fin de armonizar la normativa existente con la nueva legislación vigente y mejorar la función tribunalicia, la Corte Suprema de Justicia, emitió el 11 de agosto del año 2004 el Acuerdo No. 36-2004, Reglamento General de Tribunales, considerando necesario unificar en un nuevo Reglamento los preceptos aun vigentes del Decreto Gubernativo 1568 emitido el 31 de agosto de 1934.

Dentro de este contexto, son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia o de la Cámara respectiva:

- Conocer de los recursos de casación.
- Conocer en segunda instancia, de las resoluciones que establezca la ley.
- Conocer de determinados antejuicios.
- Velar porque la justicia sea pronta y cumplida, dictando providencias para remover los obstáculos que se opongan, conforme el Artículo 79.

Tomando como base al texto de la Ley del Organismo Judicial descrito anteriormente, se infiere que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Presidencia del Organismo Judicial, les corresponde desempeñar todas las funciones administrativas de dicho Organismo de Estado, además de las funciones jurisdiccionales que le son propias.

La Corte Suprema de Justicia, conociendo la situación que atraviesa la justicia, decidió en el año 1997 emprender la tarea de modernizarse, comenzando por realizar un autodiagnóstico que permitiera revelar las causas que provocan mayores problemas en la administración de justicia y no permiten un efectivo acceso a la misma.

Para ello se elaboró un Plan de Modernización para los años 1997-2002; el cual inició con un estudio del problema. Se conformó la Comisión de Modernización del Sector

Justicia, la que contrató a la firma Aragón & Asociados para la realización de una encuesta. En el resultado de la misma se encontró que a mediados de 1997 el 88% de los entrevistados consideraba que la administración de justicia es inadecuada.

Al indagar respecto de los principales obstáculos para la realización de justicia sobresalió entre las respuestas el tema de la corrupción, adicionando las dificultades de acceso, el reducido número de tribunales disponibles a los ciudadanos del país, los costos elevados para accionar, los cuales superan las posibilidades económicas de la mayoría de la población.

Se produce también el problema de la delegación de funciones en el personal auxiliar de los tribunales, así puede observarse que no sea el juez quien asiste a aquellos actos procesales en que la ley requiere su presencia y que, a través de una serie de ausencias, quien decida la suerte del caso sometido a conocimiento de la justicia sea alguien que no ha sido investido con el poder de hacerlo. Las anteriores deficiencias fueron analizadas por la Comisión de Modernización, que comenzó a elaborar planes de acción para superar las barreras existentes.

1.3 Misión

La misión del Organismo Judicial en Guatemala es de ser un ente capaz de brindarle a la sociedad un adecuado servicio, responsable, eficiente, libre de corrupción, y que se

encuentra integrado mediante jueces igualmente independientes; que despierten confianza dentro de la sociedad guatemalteca.

Administrar justicia garantizando su acceso a la población, en procura de la paz y armonía social. El Organismo Judicial busca que los valores de justicia, verdad y equidad, sean la base fundamental del Estado de Derecho en Guatemala, para el logro del bien común.

1.4 Visión

En Guatemala es la de mantener y restaurar la paz, mediante la prestación a la sociedad de una administración de justicia adecuada y fundamentada en los principios de sencillez, celeridad, eficacia, responsabilidad y economía, con el único objetivo de alcanzar y hacer realidad los valores de verdad, justicia y equidad.

“El Organismo Judicial tiene aprobación, credibilidad y legitimidad social a partir de liderar acciones de acceso y fortalecimiento al Sistema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia ejerce su liderazgo y dirección con acierto, oportunidad y consistencia en el marco de una gestión y estructura institucional eficiente y efectiva.

Su personal cumple sus funciones con identidad institucional, disciplina, ética, capacidad y vocación de servicio dentro de un sistema de carrera y cultura que reconoce el buen desempeño.

El crecimiento se desarrolla bajo una perspectiva estratégica con énfasis en las necesidades de justicia de la población.”¹

Esta actividad le corresponde a la presidencia del Organismo Judicial y a las dependencias y direcciones administrativas que se encuentran bajo la sujeción de la presidencia de dicho Organismo.

1.5 Estructura institucional

Los poderes de Estado guatemalteco, se organizan en instituciones denominadas organismo. El poder judicial en Guatemala es controlado a través del Organismo Judicial. El mismo se encarga de impartir justicia en el país; con independencia y potestad de poder juzgar. Su ley vigente rige su funcionamiento y organización.

¹ <http://www.oj.gob.gt/index.php/oj-infogral/que-es-el-oj-mision-vision> 15/01/2012

La función jurisdiccional en Guatemala se ejerce con exclusividad por los tribunales organizados en competencias y jerarquías. Se encuentra presidido por el Presidente de la Corte suprema de Justicia, y a su vez integrado por las siguientes entidades:

- Corte Suprema de Justicia.
- Cámara penal.
- Cámara civil.
- Cámara de amparos.

- Corte de Apelaciones.
- Salas Penales.
- Salas Civiles.
- Salas Regionales Mixtas o Mixtos Departamentales.
- Sala de Familia.
- Salas de Trabajo y Previsión Social.
- Sala de la Niñez y de la Adolescencia.
- Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y Conflictos de Jurisdicción.
- Salas de lo Contencioso-Administrativo.

- Juzgado de primera instancia.

- Salas de Ejecución Penal.
- Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente.
- Juzgados de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente y Juzgado Delito fiscal.
- Juzgados de Primera Instancia Civil.
- Tribunales de Sentencia y Juzgados de Instancia Mixtos Departamentales.
- Juzgados de Familia.
- Juzgados de Trabajo y Previsión Social.
- Juzgados de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y Juzgados de Control de Ejecución de Medidas.
- Juzgados de Primera Instancia de Cuentas.
- Juzgados de Primera Instancia de lo Económico Coactivo.

- Juzgado de menores.

- Juzgado de paz.

1.6 Centros de servicios auxiliares de la administración de justicia

Los centros de administración de justicia se encargan de cumplir la función de concentrar, funcional y físicamente las distintas instituciones que concentran el sector justicia del país. La finalidad de los mismos consiste en permitir que las personas cuenten con un acceso eficaz al sistema de justicia, tanto desde el punto de vista cultural, como también territorial. Dichos centros anotados, cuentan con intérpretes; de distintas instituciones del sector y con un centro de conciliación.

“Se tienen que condicionar a un sujeto y a su núcleo o grupo familiar, a los valores hábitos, actuales y conductas sociales necesarias para vivir en comunidad y encauzarlos para que colaboren voluntariamente, al mantenimiento de la coordinación y armonía necesaria a un convivencia social dinámica”²

1.7 Gerencia

Las funciones de la Corte Suprema de Justicia además de lo jurisdiccional; abarcan el campo administrativo. La ley del Organismo Judicial, determina las funciones administrativas corresponde al la presidencia de la Corte Suprema de Justicia, a las dependencias y a las direcciones administrativas; que se encuentren bajo la sujeción de la misma.

² Navarro Batres. Tomas Baudilio, **Temas de derecho**, Pág. 28.



Tanto la ley del Organismo Judicial, como la Constitución Política de la Republica de Guatemala, instituyen funciones administrativas; siendo las siguientes:

- Formular el presupuesto del ramo correspondiente.
- Nombramiento de los secretarios, jueces y del personal auxiliar.
- Emisión de las normas correspondientes en materia de la función jurisdiccional a si como también en relación al desarrollo de las actividades conferidas mediante la Constitución Política de la Republica de Guatemala.
- Asignación de la competencia de los tribunales.
- Establecimiento de tarifas y de tasas de los servicios administrativos que se presten.
- Ejercicio de la iniciativa de ley.

1.8 La carrera judicial

El consejo de la carrera judicial dependiente del organismo judicial, tiene bajo su dependencia las tareas relacionadas; con la debida administración de la carrera judicial. Es integrada por los siguientes miembros:

- presidente del Organismo Judicial, quien puede ser sustituido mediante un magistrado de la Corte suprema de Justicia designado por la misma, con carácter de suplente
- El titular de la unidad de capacitación institucional del Organismo Judicial
- El titular de la unidad de recursos humanos del Organismo Judicial o por quien lo sustituya
- Un representante de la asamblea de magistrados
- Un representante de la asamblea de jueces

Es de vital importancia que el Organismo Judicial, como parte de uno de los tres poderes del estado, se modernice de acuerdo a las nuevas tendencias en la administración de justicia delegando ciertas funciones a otros órganos creados para el caso concreto o a los que ya existen para poder descongestionar el burócrata sistema de justicia en Guatemala.

CAPÍTULO II

2. La administración pública

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

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

2.1. Elementos

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

2.2 Fuentes formales del derecho administrativo

Dentro de los países de derecho escrito como el nuestro, la legislación es la fuente formal más importante y la misma, es el proceso mediante el cual uno o distintos órganos del Estado promulgan y formulan reglas jurídicas determinadas y de observancia general, a las cuales se les denomina leyes.

La legislación administrativa en Guatemala se puede clasificar formalmente como productora de la Constitución Política de la República, de las Leyes Constitucionales y de las Leyes Ordinarias.

- a) Constitución política de la república de Guatemala: Se denomina constitución al conjunto de normas relacionadas a la organización fundamental del Estado guatemalteco, pero dicha denominación no se aplica únicamente a la estructura de la organización política, sino también al documento que contiene las normas con relación a la organización del Estado.

La idea de que la constitución es norma fundamental deriva de dos aseveraciones. En primer lugar, las normas con rango constitucional en los países que cuentan con una Constitución escrita, se encuentran por encima de la legislación ordinaria. En segundo lugar, dichas normas son representativas del fundamento formal de validez de los preceptos jurídicos de inferior categoría.

- **Constituciones rígidas:** Las constituciones rígidas no se pueden modificar de la misma manera que las normas ordinarias. En nuestro país, para la promulgación de una nueva Constitución Política, se convoca a elecciones de una Asamblea Nacional Constituyente.
- **Constituciones flexibles:** Las constituciones flexibles no determinan la existencia de un procedimiento especial o diferencia alguna de orden formal, para la modificación o promulgación de normas.

Es de importancia anotar que el punto de partida del sistema administrativo es la Constitución Política de la República y que en dicha normativa se encuentran principios jurídicos de vital relevancia, que se relacionan de manera directa con las actividades administrativas que el Estado lleva a cabo, al ser creados nuevos órganos; así como también en lo que respecta a la regulación de aspectos relativos a la función administrativa guatemalteca. La mayoría de los preceptos constitucionales, incluyéndose en los mismos las garantías individuales, conservan una referencia notoria a las funciones que desempeña la administración pública.

La fuente por excelencia del derecho es la Constitución Política de la República, en cuanto a que la misma es determinante para la estructura del Estado guatemalteco, en su forma de gobernar, en la competencia con la cual deben contar los órganos administrativos y constitucionales y, en los derechos primordiales de una comunidad.

En las constituciones actuales encontramos una gran cantidad de preceptos administrativos y específicamente en la de Guatemala, se encuentran incorporados nuevos preceptos e instituciones administrativas, siendo una de las mismas, la relativa a la descentralización de la organización administrativa del país.

- b) La ley: Ley es la regla, norma, precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo.
- c) Ley en sentido formal: La ley en sentido formal, es cualquier norma legal proveniente de los órganos legislativos o sea, lo instituido dentro de la norma fundamental, para la creación de reglas jurídicas generales y los procedimientos establecidos dentro de la misma.

Es la norma que se encuentra legalmente expedida a través del poder, que de conformidad con el régimen constitucional, se encuentra encargado por lo general de la formación de leyes.

La ley en sentido formal, es una función legislativa, o sea la que realiza el órgano legislativo, a quien la Constitución Política de la República le encarga la función de emisión de la ley.

- d) Ley en sentido material: La ley en sentido material es la declaración de voluntad, tanto abstracta como obligatoria, que se lleva a cabo por un organismo, al cual ha delegado dichas facultades la Constitución Política de la República.

2.3. Sistemas o técnicas de administración pública

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

El profesor Acosta Romero, a los sistemas administrativos le denomina formas de organización administrativa: “Organizar significa ordenar y acomodar sistemáticamente, desde un punto de vista técnico, un conjunto de elementos para llevar a cabo una actividad, cumplir un fin u obtener un objetivo.”³

Dromi, dice qué se entiende por organización administrativa: “El Estado, como entidad abstracta, al igual que toda otra institución jurídica, no está en situación de existir y actuar sino a través de las personas físicas, del factor humano que dinamiza la acción del ente y lo pone en movimiento invistiendo la calidad de órgano. La organización es el fenómeno por el cual las personas físicas asumen una posición dentro de las entidades abstractas y le permiten a éstas vitalizar y concretar la actuación de la administración.”⁴

³ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 97.

⁴ Dromi, Roberto. **Derecho administrativo.** Pág. 188.

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

Al respecto señala el mismo autor “que la organización administrativa adopta diversas modalidades, pero que todas ellas pueden reducirse a dos principales: La centralización y la descentralización.”⁵

El catedrático Rafael Godínez Bolaños, en su trabajo sobre Los Sistemas de Organización de la Administración Pública, indica: “Los Sistemas de Organización de la Administración Pública, son las formas o el modo de ordenar o de estructurar las partes que integran el Organismo Ejecutivo y las entidades públicas de la Administración Estatal, con la finalidad de lograr la unidad de la acción, dirección y ejecución, evitar la duplicidad de los esfuerzos y alcanzar económicamente, los fines y cumplir las obligaciones del Estado, señalados en la Constitución Política.”⁶

En la teoría del derecho administrativo se ubican tres sistemas o técnicas de

⁵ **Ibíd.** Pág. 198.

⁶ Godínez Bolaños, Rafael. **Temas de derecho administrativo.** Pág. 84.

organización de la actividad administrativa del Estado o sistemas o técnicas de organización administrativa. Estos reciben las denominaciones de: Centralización o concentración, desconcentración y descentralización administrativas.

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

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

- La centralización o concentración administrativa: Al respecto de la centralización o concentración administrativa Dromi, dice que: “La centralización administrativa o administración directa tiene lugar cuando el conjunto de competencias administrativas se concentran en uno o más órganos superiores de la Administración que reúne las facultades de decisión. Presupone un proceso de unificación, de coerción, de elementos que se concentran en torno a un órgano central que absorbe a los órganos locales.”⁷

⁷ Dromi. **Ob.Cit.** Pág. 198.

Acosta Romero, en su obra Teoría General del Derecho Administrativo, dice: “La centralización es la forma de organización administrativa en la cual las unidades, órganos de la administración pública, se ordenan y acomodan articulándose bajo un orden jerárquico a partir del Presidente de la República, con el objeto de unificar las decisiones, el mando, la acción y la ejecución.”⁸

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

Para el autor José Canasi: “La centralización concentra las tareas administrativas en manos del Estado dentro de su territorio, de una manera jerárquica y unificada. Todo está dependiendo del gobierno central. Y en sentido contrario, la descentralización quiebra dicha unidad y jerarquía, reservando a las colectividades locales el poder de realizar las respectivas tareas según sus propias necesidades, sin perjuicio del control.”⁹

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

⁸ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 98.

⁹ Canasi, José. **Derecho administrativo.** Pág. 21.



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

Según Godínez Bolaños, respecto a la centralización dice: “Este sistema consiste en ordenar a los órganos de la Administración Estatal, bajo un orden jerárquico rígido. La decisión y la dirección le corresponden al órgano supremo de gobierno, colocado en el primer grado o cúspide de la escala jerárquica. Puede ser denominado de varias formas: Presidente, Premier, Junta de Gobierno, Soberano, etc. Los otros órganos administrativos se encuentran subordinados y cumplen órdenes que siempre emanan del superior, ejecutándolas sin poder deliberar o cuestionarlas y sin tener mayor ámbito de decisión, sobre todo en lo que se refiere a materia de gobierno o política.”¹⁰

El autor Serra Rojas, define a la centralización como: “El régimen que establece la

¹⁰ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág 85.

subordinación unitaria, coordinada y directa de los órganos Administrativos al Poder Central, bajo los diferentes puntos de vista del nombramiento, ejercicio de sus funciones y tutela jurídica, para satisfacer las necesidades públicas.”¹¹

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

¹¹ Serra Rojas, Andrés. **Derecho administrativo**. Pág. 117

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

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

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

- Ventajas: Dentro de la centralización o concentración administrativa, se encuentran una serie de ventajas, y se considera que dentro de este tema, las más adecuadas son las que nos plantea el tratadista Godínez Bolaños en su trabajo Los sistemas de organización de la administración pública, indica “las ventajas de la administración pública:
 - a) El órgano supremo, asegura el control político dentro de todo el territorio;
 - b) Las actuaciones de los subordinados es controlada por el centro político y hay moralidad administrativa;
 - c) Los procedimientos administrativos son uniformes y los particulares saben a donde dirigir sus peticiones;
 - d) Se logra prestar los servicios públicos en forma económica, porque el Estado atiende todo el territorio y el costo es repartido entre toda la población.
 - e) El control y fiscalización sobre la actividad administrativa es más efectivo, de los

órganos superiores hacia los subordinados.

f) Las políticas administrativas son uniformes, pues dependen del superior jerárquico que constituye la unidad de mando.”¹²

- Desventajas: Sigue manifestando el autor Bolaños en relación a las desventajas.

“Los inconvenientes de la centralización administrativa:

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

Como consecuencia de todas las desventajas que presenta la centralización o concentración administrativa provoca como resultado lógico que exista una incontrolable corrupción dentro de los órganos administrativos, lo que trae como consecuencia que el Estado soporte un déficit financiero, también la falta de credibilidad de sus instituciones; el particular no cree en la administración pública, lo

¹² Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 85.

que deviene el poco interés y resistencia en el cumplimiento con sus obligaciones tributarias.”¹³

- Procedimientos para establecer la concentración administrativa: Para bolaños en relación al tema, explica “Que la concentración administrativa tiene su base en el control absoluto del poder público, por un órgano. Para lograrlo, puede llevarse a cabo entre otras acciones, las siguientes:
 - a) Se concentra el poder de decisión y de coacción en un órgano y se obliga legalmente a los demás a obedecerlo;
 - b) Se otorga al órgano supremo la facultad absoluta para nombrar y destituir a todo el personal de la administración;
 - c) Se concentra en el órgano supremo, además de la decisión política, la decisión técnica y toda la información sobre las actividades del gobierno y de la administración pública.”¹⁴

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

¹³ **Ibíd.**

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 80.

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

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

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

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

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

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

Según Gabino Fraga, la desconcentración consiste en: “La delegación que hacen las autoridades superiores en favor de órganos que le están subordinados de ciertas facultades de decisión.”¹⁵

El autor Serra Rojas, indica que la desconcentración administrativa: “Es una técnica de organización que consiste en reconocer importante poder de decisión a los agentes del poder central, colocados a la cabeza de las diversas circunscripciones administrativas o de los diversos servicios.”¹⁶

¹⁵ Fraga. Gabino. **Lecciones de derecho administrativo**. Pág. 63.

¹⁶ Serra Rojas. **Ob.Cit.** Pág. 115.

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

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

La doctrina francesa denomina desconcentración y ofrece como notas conceptuales, en primer lugar la transferencia de competencias de órganos superiores a inferiores, unidos por vínculos jerárquicos, por lo que disminuye la subordinación de los segundos respecto a los primeros, sin que el vínculo se rompa totalmente. En virtud de la desconcentración el órgano inferior, a quien no se le otorga personalidad jurídica, adquiere poder de decisión sobre los asuntos administrativos que se sitúen dentro de su esfera de competencia que será tanto territorial como material.

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

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

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

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

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

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

sin ocupar la cúspide de la misma.”¹⁷

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

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

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

¹⁷ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 89.

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

- a) La centralización continúa como sistema principal de organización administrativa;
- b) Se le otorga a los órganos administrativos inferiores, la competencia legal para tomar las decisiones técnicas que le permitan prestar el servicio público que se les confía;
- c) Los órganos desconcentrados se especializan en la prestación de servicios públicos
- d) El órgano supremo de la administración controla a los órganos desconcentrados por medio de lineamientos políticos, asignación del presupuesto y patrimonio;
- e) El superior mantiene la potestad de nombrar al personal directivo y técnico del órgano desconcentrado y los contratos que celebra deben ser aprobados para adquirir validez jurídica.”¹⁸

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

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 85.

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

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

- a) La acción administrativa es más rápida y flexible, ahorra tiempo a los órganos superiores y descongestiona su actividad, ya que no resuelven todos los asuntos.
- b) La acción administrativa se acerca a los particulares, ya que el organismo desconcentrado puede estudiar y resolver hasta cierto grado sus asuntos.
- c) Aumenta el espíritu de responsabilidad de los órganos inferiores al conferirles la dirección de determinados asuntos.”¹⁹

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

- a) Este sistema facilita las actividades de la administración estatal pues logra satisfacer necesidades sociales en mayores extensiones territoriales;
- b) La actividad administrativa se torna más rápida, flexible, eficiente y eficaz;

¹⁹ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 118.

- c) Se conserva la unidad del poder público, por cuanto el órgano supremo mantiene el control político;
- d) El servicio público mejora y es más económico, porque es administrado por personal técnico.”²⁰

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

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

²⁰ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 89.

encomendado, al dárseles la alta dirección de determinados asuntos.

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

administrativo capaz.”²¹

El Profesor Godínez Bolaños, dice “Que la mayoría de estudiosos de derecho administrativo coinciden en que entre las causas más repetidas en el fracaso de este sistema está la politización de los órganos desconcentrados, pues se tiende a nombrar a personas que en muchos casos tienen una buena base política, pero carecen de los principios elementales de administración.”²²

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

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

²¹ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 118.

²² Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 93.

dirección unitaria a los órganos inferiores des concentrados, facilitando al mismo tiempo la más adecuada aplicación de las normas jurídicas a las necesidades concretas que evolucionan en forma continuada.”²³

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

Asimismo manifiesta el Profesor Godínez, “Que la desconcentración por medio de Acuerdos Gubernativos (Decretos del Presidente en Consejo de Ministros), ha creado entidades como unidades ejecutoras y algunos ministerios con la decisión del Presidente de la República y para lograr la regionalización, han desconcentrado sus actividades hacia regiones por medio de Acuerdos Gubernativos.”²⁴

²³ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 119.

²⁴ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 96.

Para Acosta Romero. “La desconcentración consiste en una forma de organización administrativa, en la cual se otorga al órgano desconcentrado determinadas facultades de decisión limitadas y un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio, sin dejar de existir el nexo de jerarquía.”²⁵

Según Godínez, la desconcentración. “Es un sistema o forma de organización de la Administración Estatal, que consiste en crear órganos con facultades de decisión técnica, especializados en prestar determinados servicios públicos, sin que desaparezca su relación de dependencia jerárquica con el órgano supremo; son dirigidas y operadas por personal técnico que proyecta su actividad a todo el territorio del Estado con base en los lineamientos generales, patrimonio y presupuesto que les son asignados por ese órgano superior, de conformidad con el Decreto del Congreso de la República o el Acuerdo Gubernativo, que les da origen.”²⁶

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

²⁵ Acosta Romero. **Ob.Cit.** Pág. 120.

²⁶ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 96.

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

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

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

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

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



Rector Magnífico de la Universidad, etc.

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

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

vigilancia que debe mantener por mandato constitucional, la Contraloría General de Cuentas;

- e) Tienen independencia estatutaria y reglamentaria y pueden emitir sus propias normas legales, pero sin violar la Ley Orgánica que las creó y la Constitución Política. No pueden legislar más allá de lo que les permite la Ley ordinaria.”²⁷

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

- a) Transferencia de poderes de decisión, resolución, proposición e información.
- b) Creación de una persona jurídica pública distinta del Estado.
- c) Existencia de una tutela sobre dichos entes descentralizados, por parte de la administración central.”²⁸

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

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

²⁷ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 106.

²⁸ Dromi. **Ob.Cit.** Pág. 89.

- a) Se descongestiona a la Administración central de presiones sociales y de la obligación de prestar servicios;
- b) Los particulares se benefician porque reciben un servicio más eficiente, técnico y generalizado en todo el territorio;
- c) El servicio se moderniza y sin llegar a lucrar, el mismo se torna auto financiable;
- d) El patrimonio se utiliza con criterio económico y se racionalizan los beneficios entre toda la población y las utilidades se reinvierten para mejorar o ampliar el servicio;
- e) Se erradica el empirismo;
- f) Se aleja el espectro de la influencia político partidista;
- g) Los usuarios y los pobladores son quienes eligen a las autoridades de esas entidades;
- h) Los particulares también tienen la oportunidad de organizarse para prestar el servicio (concesiones-cooperativas);
- i) Los particulares también pueden satisfacer sus necesidades mediante la autogestión (Consejos de Desarrollo Urbano y Rural-sistema de ayuda mutua y esfuerzo propio).”²⁹

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

²⁹ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 107.

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

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

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

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

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

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

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

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

Dromi, al igual distingue dos clases de descentralización, que sería “La descentralización territorial o por región y la descentralización institucional o por servicios.”³⁰

Godínez Bolaños señala esencialmente tres formas de descentralización administrativa: “La descentralización territorial, la descentralización por servicio o institucional y la descentralización por colaboración.”³¹

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

³⁰ Dromi. **Ob.Cit.** Pág. 89.

³¹ Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 111.

institucional y la descentralización por colaboración.

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

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

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

El Profesor Godínez, expresa que: “La entidad descentralizada tiene la facultad legal de prestar la mayor cantidad de servicios públicos a una población. Para el efecto se le otorga el poder legal para decidir, manejar su patrimonio y presupuesto, emitir sus reglamentos, elegir sus autoridades y trazar sus políticas.”³²

³² Godínez Bolaños. **Ob.Cit.** Pág. 112.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

un control, ni político, ni financiero; y una independencia absoluta.

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

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

Se considera que del análisis que se hace de las instituciones autarquía y descentralización, se puede afirmar, que los dos conceptos son similares y equivalentes.

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

2.4. Clasificación constitucional de las entidades descentralizadas y autónomas

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

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

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

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

- a) Coordinar su política, con la política general del Estado y, en su caso, con la especial del ramo a que correspondan;
- b) Mantener estrecha coordinación con el Estado;
- c) Remitirá para su información al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República, sus presupuestos detallados ordinarios y extraordinarios, con expresión de programas, proyectos, actividades, ingresos y egresos. Se exceptúa a la

Universidad de San Carlos de Guatemala. Tal remisión será con fines de aprobación, cuando así lo disponga la ley;

- d) Remitir a los mismos organismos, las memorias de sus labores y los informes específicos que les sean requeridos, quedando a salvo el carácter confidencial de las operaciones de los particulares en los bancos e instituciones financieras;
- e) Dar las facilidades necesarias para que el órgano encargado del control fiscal, pueda desempeñar amplia y eficazmente sus funciones; y
- f) En toda actividad de carácter internacional, sujetarse a la política que trace el organismo ejecutivo.

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

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

b) La legislación de Guatemala: La Constitución Política de la República de Guatemala establece que la forma de crear entidades descentralizadas o autónomas

es a través del Congreso de la República.

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

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

d) Entidades descentralizadas y autónomas: La Constitución Política de la República de Guatemala, establece, en el artículo 100, que: La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada”.

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

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

- El Municipio: El artículo 253 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa que los municipios son instituciones autónomas, y les corresponde entre otras funciones las siguientes:
 - a) Elegir a sus propias autoridades;
 - b) Obtener y disponer de sus recursos; y
 - c) Atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.



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

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

CAPÍTULO III

3. Adopción

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

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

3.1. Definición de adopción

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

- Doctrinaria: Según el tratadista Federico Puig Peña la adopción es “... aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y de filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.”³³ Complementando la anterior definición, Diego Espín Canovas considera que la adopción es “Un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultaría de la filiación legítima.”³⁴ Asimismo el José Castán Tobeñas define a la adopción como: “Un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas aunque no idénticas, a las que resultan de la paternidad y filiación.”³⁵
- Legal: La institución de la adopción se encontraba regulada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, dentro del Código Civil en el libro primero, título segundo, capítulo sexto, Artículo 228 estableciendo que es “... el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.”. Actualmente se regula la adopción en la ley específica Decreto número 77-2007, Ley de Adopciones, la cual establece en el Artículo 2 literal a) Adopción: Institución social de protección y orden público tutelado por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al biológico de otro persona.

³³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 325.

³⁴ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 85.

³⁵ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español común y foral**. Pág. 640.

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

3.2. Evolución histórica de la adopción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 Origen de la adopción en el derecho guatemalteco

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

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

Posteriormente el Congreso de la República emitió el Decreto 375 también denominada Ley de Adopción, la cual en 1963 fue derogada por el Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República Enrique Peralta Azurdia, contemplado en los artículos del 228 al 251. La institución de la adopción, y que fueron derogados por el Decreto número 77-2007 del Congreso de la República.

3.4 Finalidad de la adopción

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 57 regula la adopción, estableciendo que es deber constitucional del Estado asegurar el bienestar de la niñez guatemalteca, por lo cual reconoce, protege y declara de interés nacional la

protección de los niños huérfanos y abandonados, teniendo como objetivo primordial brindar a un niño que haya experimentado situaciones traumáticas, como lo es la falta de familia o la negación de la misma para cuidarlo.

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

En consecuencia la utilidad social de la adopción es indiscutible debido a que cumple con la protección a la infancia desvalida, así como favorece a innumerables hogares sin descendencia propia. Por otra parte, la actitud del Estado moderno no es pasiva ya que interviene orientando y dirigiendo las relaciones particulares y velando por el bienestar del pueblo que es una de las obligaciones primordiales de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que le interesa la práctica de dicha institución debido a que contribuye a cumplir una necesidad social.

3.5. Causas que dan origen a la adopción

De conformidad con el estudio elaborado por Elizabeth Arévalo: “Los países de Centro América tienen una situación social, económica y política similar, marcando esta situación un proceso creciente de niños abandonados, niños que crecen en situación de extrema pobreza, hijos de madres solteras, mujeres violadas, huérfanos y huérfanos de padre, encontrándose sin el apoyo del gobierno y de las instituciones privadas.”³⁶

Sigue diciendo Arévalo: “En un país como el nuestro de tanta precariedad, de una pobreza estructural acentuadísima, que ha llegado a los niveles más fuertes posibles y que tiene tanta deformación educativa y cultural de la gente, no es de extrañar que hayan miles y miles de niños y niñas que son los candidatos a ser adoptados... Hay tanto niño en desamparo, hay tanto niño que no tiene padre ni madre, no necesariamente por razones biológicas, sino que no lo tiene por razones educativas o por pobreza.”³⁷

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

³⁶ Arévalo, Lizbeth. **La adopción: Entre ser sujetos de amor y objetos de comercio.** Pág. 115.

³⁷ **Ibíd.**

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

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

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

b) La ignorancia: Manifiesta Lizbeth Arévalo. "Que la ignorancia es otra de las causas que dan origen a la adopción y que se encuentra íntimamente ligada con la anterior, estableciendo que el analfabetismo provoca un grado de pobreza e incide en la mentalidad del analfabeta para enfocar su problemática."³⁸

³⁸ *Ibíd.* Pág. 118.

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

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

d) Embarazos no deseados: Los embarazos no deseados ya sean provenientes de libertinaje, libertad sexual, ignorancia, desconocimiento, falta de precaución, violaciones o por descuido de la pareja, entre otros, es una de las causas del abandono de niños y de la entrega en adopción, derivado del rechazo, temor o falta de responsabilidad de uno o ambos padres.

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

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

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

- Por infertilidad: Son las personas que se encuentran obligadas a adoptar a un menor debido a la imposibilidad física que poseen para ser padres.
- Por soledad: Se trata de las personas que buscan llenar un vacío adoptando a un menor y obteniendo beneficios tanto para ellas mismas como para el adoptado.
- Por generosidad: Son las personas que no planifican adoptar, pero conocen a un niño desprotegido y por un sentimiento de generosidad lo toman como hijo suyo y lo adoptan.
- Por convicción: Son las personas que pudiendo tener hijos o teniéndolos ya, toman conciencia del problema de desprotección por el cual se encuentran atravesando muchos niños, y sabiendo que al adoptar un niño no se soluciona el problema de la niñez guatemalteca, deciden contribuir a disminuir el problema adoptando a un menor.³⁹

³⁹ **Ibid.**

3.6. Clases de adopción

Doctrinariamente existen diversas clasificaciones de adopciones:

- a) Adopción de expósitos: Se refiere a la adopción que se hace de los menores que se encuentran desamparados, abandonados por sus padres o de quienes se ignora su origen. Es la más aceptada por los adoptantes debido a que existe una mínima probabilidad de que aparezcan los padres biológicos a pedir la devolución del menor.

- b) Adopción de hecho: En la mayoría de casos en los que se lleva a cabo, no se tiene inicialmente la idea de adoptar sino que por circunstancias ajenas, el menor llega a su hogar. Esta adopción es la que surge cuando una familia se hace cargo de un menor y no realiza los trámites de adopción por temor a los efectos legales que pudieran derivar, por desconocimiento de las leyes o por la falta de dinero para llevar a cabo un procedimiento establecido por la ley. La familia adoptante tiene al niño adoptado como hijo, lo presentan socialmente y lo tratan como tal, pero sin haber realizado el trámite, por lo tanto no lleva el apellido de la familia adoptante y no tiene derecho hereditario de la misma.

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

d) Adopción simple: Dice Eduardo A Zannoni “Es una forma de adopción, que si bien confiere al adoptado la posición de hijo matrimonial, no crea vinculo de parentesco entre aquel y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados por la ley. El régimen de adopción simple, crea para el adoptado un estatus de filiación en el cual surge vínculo de parentesco con el adoptado, y no con la familia de este.”⁴⁰

Ha sido reconocida y reglamentada en la mayoría de los países, y de conformidad con el Decreto ciento seis del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala regulaba, esta es la clase de adopción asumida por Guatemala, dentro de la cual se reputaba al niño adoptado como hijo legítimo del adoptante, pero no adquiría vínculo de parentesco con los consanguíneos de éste; por lo que al menor adoptado se le daba un tratamiento similar del que se deriva de la filiación natural, pero reconociendo que no es hijo propio y que por lo tanto continúa con los lazos familiares, aunque debilitados, con su familia biológica. Dentro de los principales efectos se encontraba la equiparación del hijo adoptivo con el hijo legítimo en lo concerniente a la patria potestad y el derecho de alimentos, otro efecto es la libertad que existe en la elección de los apellidos del adoptado los cuales se deben establecer en la escritura pública que contenía la adopción. En lo relacionado con los derechos sucesorios, el hijo adoptivo tiene derecho de sucesión del adoptante como si éste fuera su padre biológico.

⁴⁰ Zannoni, Eduardo A. **Derecho de familia**. Pág. 511.

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

- Establece un vínculo paterno-filial entre adoptante y adoptado, sin extenderse a la familia de ambos.
- No existe ruptura de vínculos familiares anteriores.
- El adoptado forma parte de su familia de origen, donde conserva todos sus derechos y obligaciones.
- La relación jurídica con la familia biológica del adoptado persiste con fines de sucesión.
- Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad guarda, crianza, representación legal, educación, administración de los bienes del hijo se transmiten a los adoptantes.
- Los derechos sucesorios son limitados entre el adoptante y el adoptado.
- Revocabilidad por mutuo acuerdo, por voluntad del adoptado o por causa de ingratitud.”⁴¹

⁴¹ Gómez Mejía, María de la Luz. **La adopción y su trámite extrajudicial**. Pág. 33.

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

- Adopción plena: El adoptado adquiere una filiación que sustituye a la de origen, por lo que el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica. Zannoni define esta forma de adopción como: “En la adopción plena, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo.”⁴²
- Adopción nacional: Dentro de esta clase de adopción es determinante la nacionalidad del adoptado y del adoptante, siendo en este caso de la misma nacionalidad, cuyo domicilio y residencia habitual lo tienen establecido dentro del mismo país. Con la adopción nacional el menor no es apartado de su cultura y de su entorno social al ser ubicado dentro de una familia nacional.

De conformidad con lo establecido dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño la adopción nacional tiene prioridad sobre la adopción internacional, sin embargo

⁴² Zannoni. **Ob.Cit.** Pág. 80.

en la práctica, de conformidad con lo establecido por el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, el número de adopciones internacionales son casi la mayoría de las adopciones que se realizan en Guatemala. Continúa manifestando el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia: “Según las conversaciones sostenidas con padres adoptivos, jueces, trabajadores sociales y encargadas de Hogares en Guatemala, la adopción nacional no se ha visto favorecida debido en parte, ... a que las trabajadoras sociales imponen obstáculos a los solicitantes nacionales, que los Hogares o Casas Cuna prefieren dar a los niños o niñas a extranjeros; que los abogados prefieren ganar en dólares; que las familias guatemaltecas no quieren adoptar niños del país; que los costos resultan muy elevados y que no existe cultura de adoptar en Guatemala.”⁴³

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

De conformidad con el estudio elaborado por el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, el noventa y ocho por ciento 98% de las adopciones realizadas en Guatemala durante el año dos mil fueron internacionales.

⁴³ el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, **Estudio sobre adopciones y los derechos de los niños en Guatemala**. Pág. 2.

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

- Adopción judicial: Es la que se tramita ante un juez competente, que en Guatemala es un juez de familia del domicilio del adoptante, quien otorga su autorización a la solicitud de adopción.

Según el estudio realizado el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidad para la Infancia, dice. “Esta clase de adopción durante el año dos mil, fue tramitada en un uno por ciento (1%).”⁴⁴

- Adopción notarial: Participaba el notario como auxiliar de los tribunales haciendo uso de su fe pública para tramitar ante sus oficios las diligencias voluntarias de adopción, sin necesitar autorización judicial, tal y como lo establecía el Artículo 28 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

3.7. Efectos de la adopción

- a) El nacimiento de un parentesco civil entre adoptante y adoptado, absolutamente idéntico en cuanto a derechos y obligaciones, al que existe entre padre e hijo.

⁴⁴ el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidad para la Infancia. **Ob.Cit.** Pág. 11.



- b) La inexistencia de parentesco entre los parientes del adoptado y adoptante.
- c) El adoptado y los hijos del adoptante deben ser considerados, tratados y presentados en las relaciones sociales como hermanos, aunque entre ellos no exista parentesco alguno.
- d) El adoptante adquiere la patria potestad del adoptado.
- e) El adoptado tiene derecho a usar el apellido del adoptante.
- f) El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si es de aquel.
- g) El adoptado y su familia biológica conservan sus derechos de sucesión recíproca.
- h) El adoptado que sea menor de edad cuando fallezca el adoptante, debe regresar con su familia biológica, tutor o a la institución de asistencia social correspondiente.

3.8 Regulación de la adopción

La institución se encuentra normada tanto en las leyes guatemaltecas y a nivel internacional, en Guatemala a tenido modificaciones desde el Código Civil, la Ley Reguladora de la Tramitación notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria hasta la entrada en vigencia del Decreto número 77-2007 que regula lo relativo a la adopción, en lo internacional esta regulado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con

particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de mil novecientos ochenta y seis, el convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de mil novecientos ochenta y nueve, dichos convenios ratificados por el Congreso de la República de Guatemala.

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

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

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

De conformidad con el estudio sobre adopciones y los derechos de los niños y las niñas en Guatemala: Las disposiciones de este código son insuficientes y no responden a la realidad social, donde el 98% de las adopciones son internacionales con carácter pleno se tramitan por la vía notarial, aparte de que violan el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño y no responde a los principios internacionalmente aceptados a través del Convenio de la Haya, aún no ratificado por Guatemala.

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

- No establecía la subsidiariedad de la adopción internacional respecto de la nacional.
- No establecía la actuación en el interés superior del niño.
- No exigía el consentimiento del menor de edad que vaya a ser adoptado cuando tuviera edad para ello según lo establecido el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, los doce años suele ser la edad dispuesta de conformidad con los diversos ordenamientos, ni se regula la necesidad de que sea escuchado cuando tuviera suficiente juicio.

De conformidad con el estudio elaborado por el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, el procedimiento se establecía dentro de la ley

reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, fue el más utilizado en las adopciones efectuadas en el año 2000.

El Artículo 28 indicaba que las adopciones formalizadas ante notario no requieren la previa autorización judicial, al respecto el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidad para la Infancia, establece: “Al no existir un control público respecto al origen de los niños, ni un control judicial del procedimiento de adopción, se ha dado lugar a una serie de adopciones legales en su forma, pero ilegales en su fondo; el origen de los niños suele ser con frecuencia desconocido, incontrolado, y no existen barreras para que determinados abogados dedicados a la adopción conviertan éstas en un auténtico tráfico de niños, puesto que no se limitan los honorarios que ellos pueden exigir a los adoptantes, ni los “métodos, modos o formas” que tienen que convencer a las madres de escasos recursos económicos y con un gran número de hijos para que consientan en el negocio métodos que a veces llegan a la coacción.”⁴⁵

Continúa manifestando el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidad para la Infancia: “Dicho procedimiento (el regulado dentro de dicha ley para la adopción) no ofrece ninguna garantía de velar por los intereses del niño: No se le da participación, ni para que consienta ni para que se le oiga; los consentimientos nunca se prestan ante juez, de modo que el notario puede, si faltare a la ética de su profesión, eludir dichos consentimientos falsificando alguna firma o conseguirlos a través de medios ilegales (coacción, corrupción por dinero, etc.); la adoptabilidad del adoptante

⁴⁵ **Ibíd.** Pág. 21.

se basa en el testimonio de dos personas que pueden estar compradas o no conocer siquiera al adoptante (no hay ningún control sobre ello); no se hace ningún seguimiento en caso de adopción internacional.”⁴⁶

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

Por lo que tomando en consideración lo establecido según el estudio elaborado por el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia: “Debido a la dispersión de las normas que regulan la adopción en Guatemala y a la falta de análisis con que la materia ha sido legislada, existen vacíos y contradicciones que hacen que aún cuando las adopciones tengan un manto de legalidad, no garantizan a los niños y niñas la protección integral que se requiere.”⁴⁷

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

⁴⁶ **Ibíd.** Pág. 23.

⁴⁷ **Ibíd.** Pág. 26.



ampliándose posteriormente y dando origen a la Convención de los Derechos del Niño, la cual es ratificada por los Estados Miembros.”⁴⁸

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

En el Artículo 17 establece que cuando no sea factible colocar a un niño en una guardería, darlo en adopción en una familia adoptiva nacional o cuando no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, se podrá dar en adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia.

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

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

⁴⁸ Juárez, Claudina. **Defensora de los derechos de la niñez del procurador de los derechos humanos**. Pág. 20.



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

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

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en su medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado.
2. Los Estados Partes asegurarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
2. Entre los cuidados figurarán entre otras cosas la colocación en otras familias, o de ser necesaria en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural o lingüístico.

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

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

- a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

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

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

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

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

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

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

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

La adopción en Guatemala tiene su nacimiento en el derecho romano en el cual su finalidad era continuar con el grupo familiar, en cambio en la actualidad su fin es restituir al menor su derecho a la familia, cuidando que se proteja el interés superior del niño, que se encuentra desposeído de la misma debido a distintas situaciones como lo es la extrema pobreza, el conflicto armado interno, la ignorancia, el desempleo, dando origen a dicha institución, que anterior a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República, se tramitaba en la vía de la jurisdicción voluntaria dando como resultado el comercio de niños y niñas mayormente a nivel internacional, que de conformidad con el estudio realizado por el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, el noventa y ocho por ciento de las adopciones fueron otorgadas a familias extranjeras,



debido al margen de ganancias que representaba a los notarios que sin ética profesional prácticamente vendían a los menores.

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

CAPÍTULO IV

4. La protección del interés superior a niños y adolescentes por medio de un departamento de adoptabilidad

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

El artículo 3 inciso 1° de la Convención sobre los derechos del niño consagra el principio del interés superior del niño.¹⁷ El problema es esclarecer lo que debemos entender por interés superior del niño dado que la misma Convención no lo señala. La referencia al principio en 8 ocasiones, esto es, en el artículo 3 mencionado, en el artículo 9.1, en el artículo 9.3, en el artículo 18, artículo 20, artículo 21, artículo 37, y en el artículo 40 de dicho instrumento internacional, pero no explica o define qué se debe entender por interés superior del niño. Desde la perspectiva nacional, Baeza, en un intento de definición, señala que el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”.

Los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, los niños.

El interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros. En realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños.

4.1. Situación de las adopciones en Guatemala

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

Es un mecanismo legal de integración familiar que establece entre la persona o pareja adoptante y el menor adoptado un vínculo filial idéntico a los efectos jurídicos del que tienen los hijos biológicos. Una vez constituida, es irrevocable y extingue, salvo

excepciones, los vínculos legales entre el niño adoptado y su familia natural; por esta razón, la legislación es minuciosa y muy estricta al otorgarla.

4.2. Declaratoria de adoptabilidad

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

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

La persona o familia que desee adoptar un niño de origen extranjero debe cumplir, además de los requisitos contemplados en la legislación nacional, las exigencias

previstas en la ley relativa a la adopción de su país de origen; en consecuencia, debe reunir las condiciones exigidas por la legislación de los dos países.

La idea central de esta investigación estriba que la autoridad encargada de emitir esa declaratoria de adoptabilidad ya no recaiga en los juzgado de la niñez y adolescencia si no que sea un equipo multidisciplinario, integrado por profesionales de diferentes áreas que asesoran las actuaciones en los procesos de adopción, para que estos se realicen de conformidad con la ley, con transparencia, ética y los estándares internacionalmente aceptados, el problema surge debido a que dicho equipo cumple con otras funciones de asesoría dentro de la misma autoridad central encargada de las adopciones, lo cual trae como consecuencia la poca celeridad en los trámites de adopciones, ya que al mes de enero de 2010 solo treinta procesos de adopciones se habían finalizado.

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

4.3. Declaratoria de adoptabilidad en Colombia

Iniciación de la actuación administrativa. El representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, podrá solicitar, ante el defensor o comisario de familia o en su defecto ante el inspector de policía, la protección de los derechos de aquel. También podrá hacerlo directamente el niño, niña o adolescente.

Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.

En la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar:

- a) La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieran a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos.
- b) Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.



c) La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación.

Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia.

El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la

misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días.

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

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

En las sesiones formativas se facilita información y se provoca la reflexión sobre la decisión tomada. Durante la evaluación técnica el objetivo es determinar la adoptabilidad de los niños y niñas para proteger el interés superior de los mismos. Se

trata de obtener un hogar estable y con futuro. Por ello, los servicios sociales observan las cualidades y actitudes de los adoptantes, solicitan la documentación pertinente certificados médicos, declaración de la renta y especialmente tienen en cuenta que no se produzcan desajustes en:

Su capacidad afectiva, educativa y de adaptación, sobre todo cuando se trata de incorporar a la familia un niño de otra etnia e idioma. También se valoran otras cualidades en los solicitantes como la empatía, capacidad de ponerse en el lugar de otro, tolerancia y respeto.

La existencia de motivaciones adecuadas. Si se trata de una pareja, se analiza la relación que existe entre los dos miembros. Es importante asegurarse de que es el momento óptimo para adoptar, así como descartar que exista sometimiento o reacciones violentas. También es importante ver si ambos están igualmente implicados en el proceso y, en los casos de infertilidad, que se tenga una vivencia madura y de aceptación de esta circunstancia.

Estabilidad familiar y madurez emocional de los solicitantes y, en su caso, aceptación de la adopción por parte de las personas que convivan con ellos. En algunas comunidades el niño adoptado ha de ser como mínimo un año menor que el resto de los hermanos.



La salud física y mental, es decir, ausencia de enfermedades que por sus características puedan perjudicar el desarrollo integral del menor.

Se comprueba que el solicitante o los solicitantes cuentan con una vivienda habitable, suficientes apoyos económicos y sociales, disponibilidad de tiempo para su cuidado y ocio, servicios educacionales en su entorno.

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

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

Dicha ley contempla en su articulado una norma expresa que se refiere a una nueva figura dentro del proceso de adopciones, llamada la adoptabilidad, esta nueva institución consiste en una declaratoria que se le debe de realizar el juez de la niñez y adolescencia a través de un estudio de vulnerabilidad de los menores de edad y no se dedicara solo a verificar sus condiciones económicas, jurídicas, sociales y físicas, para determinar si puede ser susceptible de adoptar, ya sean estos nacionales o extranjeros.



La idea de dar un dictamen para determinar la adaptabilidad de los menores de edad , resulta ser atinada y eficaz desde todo punto de vista, para garantizar la seguridad jurídica y sobre todo el interés superior del menor, pero con el proceso judicial que es tan engorroso el tramite de la adopción puede tardar has un año desprotegiendo todo este tiempo al menor de edad.

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

DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

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



CONSIDERANDO:

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

CONSIDERANDO:

Que se hace necesario crear un ordenamiento jurídico que tenga como objetivos dar primacía al interés superior del niño frente a cualquier otro, que sea acorde a los principios contenidos en la doctrina de protección integral de la niñez para que exista un procedimiento ágil y eficiente; así como la implementación del Convenio Relativo a la protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

POR TANTO:

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

DECRETA:

La siguiente:



REFORMA A LA LEY DE ADOPCIONES

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

Artículo 2.- Definiciones:

d. Adoptabilidad: Declaración emitida por el Consejo Nacional de Adopciones, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño.

Artículo 2. Se Adiciona al Artículo 18 la literal f) de la Ley de Adiciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la Republica, el cual queda así:

Se crea dentro del Consejo Nacional de Adopciones el departamento especializado en que emita dictámenes de adaptabilidad.

Artículo 3. Se modifica el Artículo 45 de la Ley de Adopciones Decreto numero 77-2007 del Congreso de la Republica, el cual queda así: dos días después de concluido el periodo de socialización, la autoridad Central, solicitara al niño, de acuerdo a su edad y



madurez que ratifique su deseo de ser adoptado. El consentimiento del niño será dado o constatado por escrito siempre velando por el interés superior del niño o niña.

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

Pase al organismo ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Dado en el palacio del organismo legislativo en la ciudad de Guatemala a los ____ días del mes de _____ de _____.

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



CONCLUSIONES

1. Dentro de las causas más importantes que obligan a las familias guatemaltecas a dar en adopción a sus menores hijos, se encuentra: La pobreza, la casi nula educación sexual que se imparte en los establecimientos educativos públicos y privados, el desempleo y los embarazos no deseados, las cuales se encuentran íntimamente ligados.
2. La falta de legislación adecuada en materia de adopción internacional provoca la inexistencia de criterios uniformes para determinar que ley es aplicable para declarar la adoptabilidad del menor en los órganos jurisdiccionales encargados de establecer dicha declaración para que un menor se encuentra desprotegido el interés superior del menor y así poder ser dado en adopción a las personas que realizan dicho trámite.
3. Causas que originan un bajo porcentaje de adopciones nacionales son: a) La preferencia de las familias guatemaltecas de dar en adopción a sus menores a personas extranjeras; b) las familias guatemaltecas no desean adoptar a niños del país; c) el elevado costo y engorroso trámite del proceso de adopción en los juzgados de la niñez y adolescencia del país.



4. Actualmente, no existe norma jurídica que establezca un departamento administrativo dentro del Consejo Nacional de Adopciones para establecer la adoptabilidad de los futuros menores que van a ser sujeto de adopción desprotegiéndolos y dejándolos en el abandono a tantos niños y niñas que necesitan una familia e virtud que sus derechos han sido vulnerados.

RECOMENDACIONES

1. El Estado debe de implementar políticas dirigidas a elevar el índice de desarrollo humano especialmente dirigidos a la mujer; aumentar las campañas de educación formal, fortalecer la responsabilidad materno y paterno filial, planificación familiar, y una educación sexual bien cimentada, para minimizar el nacimiento de niños no deseados.
2. Es necesario que el Estado de Guatemala, cree un reglamento de adopciones que contemple criterios de adoptabilidad para evitar las contradicciones que surgen en los requisitos que el adoptante debe de cumplir, así como las prohibiciones para adoptar y lograr con esto la certeza jurídica de las adopciones, tanto a nivel nacional como internacional.
3. Los Juzgados de la Niñez y Adolescencia del país, deben calificar las condiciones económicas, médicas, sociales, las buenas costumbres, educación, la moral que el solicitante de la adopción debe cumplir al momento de iniciar el proceso de adopción, creando el procedimiento correspondiente y así velar por el interés superior del niño



4. que el Congreso de la República de Guatemala, reforme la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, en el sentido de modificar los Artículos 2, 45 y adicionar al Artículo 18 la literal f), para reorganizar la administración del Consejo Nacional de Adopciones para que sea este el órgano encargado de emitir dictámenes de adoptabilidad y no así los Juzgados de la niñez y adolescencia en los procesos de adopción.



BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Compendio de derecho administrativo**. 3a. ed.; México: Ed. Ediciones. Bosch, 1986.
- ARÉVALO, Lizbeth. **La adopción entre ser sujetos de amor y objetos de comercio**. Revista Región, 1997.
- CASTÁN, José. **Derecho civil español común y foral**. 8a. ed.; Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1996.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. 8ª. ed.; Guatemala: Ed. Ediciones INAP, 1996.
- DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. México: Ed. Ediciones Bosch, 1999.
- ESPÍN, Diego. **Manual de derecho civil español**. 4a. ed.; Madrid España: Revista de Derecho Privado 1975.
- GODÍNEZ BOLAÑOS, Rafael. **Derecho administrativo**. Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1991.
- JUÁREZ, Claudina. **La adopción en Guatemala**. Guatemala: Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1988.
- Organización de las Naciones Unidas. **Report of the special rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography. Reporte del enviado especial sobre la venta de niños, prostitución y pornografía infantil**, 2000.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. 33ª. ed.; Buenos Aires. Argentina: Ed. Heliasta, 1998.
- PUIG, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 4a. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976.
- ZANNONI, Eduardo. **Derecho de familia**. 2a. ed.; Argentina: Ed. Astrea, 1981.



Legislación:

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

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 107, 1964.**Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto.** Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, 1977.

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

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

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

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