

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

**LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES ADOPTADOS BAJO EL
RÉGIMEN DEL DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**

NORMA ELIZABETH CANAHUÍ CARDONA

GUATEMALA, FEBRERO DE 2018

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

**LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES ADOPTADOS BAJO EL
RÉGIMEN DEL DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NORMA ELIZABETH CANAHUÍ CARDONA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2018

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

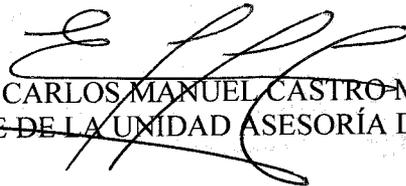


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de octubre del año dos mil once.

ASUNTO: NORMA ELIZABETH CANAHUÍ CARDONA, CARNÉ NO. 9717095.
Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 337-08.

TEMA: “LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES ADOPTADOS BAJO EL RÉGIMEN DEL DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”.

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a): Otto Rene Arenas Hernández Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 3805.

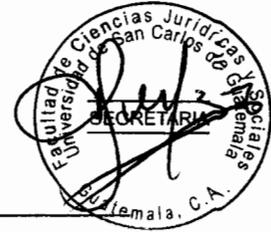

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO-MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
CMCM/jrvch



Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



Guatemala, 25 de septiembre del año 2017

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

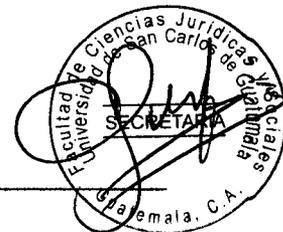


Licenciado Orellana Martínez:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha veintisiete de octubre del año dos mil once, procedí a la asesoría del trabajo de tesis de la bachiller Norma Elizabeth Canahuí Cardona, que se denomina: **“LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES ADOPTADOS BAJO EL RÉGIMEN DEL DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señaló la legislación en materia de adopciones; el sintético, indicó sus características; el inductivo, dio a conocer su importancia, y el deductivo, estableció la problemática de actualidad. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Además, los objetivos determinaron la importancia de que se respeten los derechos humanos de la niñez. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer la falta de seguridad jurídica de los menores de edad adoptados bajo el régimen de la Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido relacionado con el tema investigado.
5. En relación a las conclusiones y recomendaciones, las mismas se redactaron de manera clara y sencilla. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización, siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

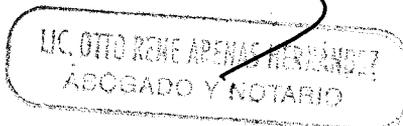
Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3,805





USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 17 de octubre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante NORMA ELIZABETH CANAHUÍ CARDONA, titulado LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES ADOPTADOS BAJO EL RÉGIMEN DEL DECRETO 77-2007 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por los caminos que me ha llevado y por mostrarme lo que tengo que ver, así como por no dejarme caer, dándome la fortaleza para afrontar cada situación que se me ha presentado.

A MIS PADRES:

Por haberme dado la vida, el amor y los principios para conducirme.

A MIS HERMANOS:

Por el amor incondicional que siempre me han brindado.

A MI TÍO SANTIAGO:

Por ser un ejemplo de vida.

AL ORGANISMO JUDICIAL:

Por darme la oportunidad de crecer de forma integral.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme cobijado en



sus aulas para formarme académica
profesionalmente.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Derecho civil.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Contenido.....	2
1.3. Ubicación sistemática.....	3
1.4. Evolución del derecho civil.....	5
1.5. Importancia.....	11
1.6. Principios rectores.....	13
1.7. Delimitación.....	14
1.8. Fuentes.....	15
1.9. Relación con otras disciplinas jurídicas.....	20

CAPÍTULO II

2. Familia y protección de los menores de edad.....	23
2.1. Importancia de la niñez.....	27
2.2. Definición de niñez.....	28
2.3. El niño o niña como sujeto de derechos y deberes.....	28
2.4. Interés superior de la niñez y tutelaridad.....	29

2.5.	Relación de la familia y el Estado.....	30
2.6.	Derecho a la familia y a la adopción.....	31
2.7.	La protección de los menores de edad.....	33
2.8.	Principios básicos de la protección de los menores de edad.....	35
2.9.	Deberes y limitaciones.....	39
2.10.	Obligaciones estatales.....	42

CAPÍTULO III

3.	La adopción.....	45
3.1.	Definición.....	45
3.2.	Principios.....	46
3.3.	Adopción simple.....	49
3.4.	Adopción plena.....	54
3.5.	Adopción internacional.....	57

CAPÍTULO IV

4.	Falta de seguridad jurídica de los menores adoptados bajo el régimen del Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.....	67
4.1.	Definiciones.....	68
4.2.	Tipos de adopción.....	70
4.3.	Sujetos de la adopción.....	72
4.4.	Idoneidad del adoptante.....	73

4.5. Declaratoria de adoptabilidad.....	75
4.6. Proceso de orientación.....	77
4.7. Solicitud de adopción.....	78
4.8. Procedimiento administrativo.....	81
4.9. Inseguridad jurídica de los menores de edad bajo el régimen de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.....	84
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95



INTRODUCCIÓN

Se seleccionó el tema de la tesis para dar a conocer la falta de seguridad jurídica de los menores de edad adoptados bajo el régimen del Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala. La adopción es la transferencia permanente y legal de todos los derechos de paternidad de una persona a otra persona, siendo los padres adoptivos quienes tienen iguales derechos y las mismas responsabilidades que los padres biológicos, incluidos todos los beneficios emocionales, sociales, legales y de parentesco del niño. Consiste en una relación entre los padres biológicos, el niño adoptado y los padres adoptivos, quienes comparten una relación que es única en su vida.

El Estado tiene que apoyar programas tendientes a la localización de los padres o familiares de algún niño, niña y adolescente, con la finalidad de obtener información que facilite el reencuentro familiar. La falta o carencia de recursos materiales de los padres o de la familia no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad.

Además, el Estado es el encargado de prestar la asistencia apropiada a los padres, familiares y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y cuidado del niño, promoviendo y facilitando para ello la creación de instituciones, instalaciones y servicios de apoyo que promuevan la unidad familiar.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado es el encargado del reconocimiento y protección de la institución de la adopción y declara de interés nacional la protección de la niñez huérfana y abandonada. Además, la familia como institución social permanente, constituye el fundamento de la sociedad, siendo su conservación fundamental para el crecimiento integral y el desarrollo de la niñez, motivo por el cual el Estado tiene que adoptar las medidas correspondientes en beneficio de los derechos fundamentales del niño, principalmente a su mantenimiento en el seno familiar y preferentemente en su familia de origen.



En el pasado, la mayoría de las adopciones eran privadas, llamándoseles adopciones privadas. Pero, en la actualidad, muchas adopciones se llevan a cabo con algún grado de contacto con los padres biológicos. Esta relación se denomina comunicación abierta y permite el establecimiento de una comunicación entre los padres adoptivos y los padres biológicos.

Es una figura jurídica mediante la cual se produce la integración de un menor en una familia, que no es la suya de nacimiento, de una manera definitiva y con igual consideración, derechos y deberes que los hijos biológicos. Por ende, las personas que adoptan a un menor tienen todas las obligaciones derivadas de la patria potestad, desapareciendo en casos excepcionales, los vínculos entre el niño y sus padres biológicos. La persona o personas que quieran iniciar el procedimiento de declaración de idoneidad para la adopción tienen que presentar una solicitud en modelo reglado, así como una serie de documentos de carácter personal.

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que la seguridad jurídica se garantiza mediante la promoción del desarrollo de la niñez guatemalteca, especialmente de aquellos con sus necesidades insatisfechas, así como a través de la adecuación de la realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional relacionada con la adopción. La hipótesis formulada señaló que es necesario que se les preste la adecuada seguridad jurídica a los adoptados, siendo fundamental contar con un ordenamiento legal que tenga como finalidad la primacía del interés superior del niño frente a cualquier otro y que sea acorde a los principios contenidos en la doctrina de protección integral de la niñez. La técnica empleada fue la bibliográfica y los métodos de investigación analítico, sintético, inductivo y deductivo.

Se desarrollaron los siguientes capítulos: en el primero, se señala el derecho civil; en el segundo, se muestra la familia y la protección de los menores de edad; en el tercero, se analiza la adopción; y en el cuarto, se indica la falta de seguridad jurídica de los menores de edad adoptados bajo el régimen de la ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. Derecho civil

El derecho civil ha sido desde la época del derecho romano, el conjunto de normas jurídicas que constituyen el derecho privado, siendo la disciplina legal que se encarga de la regulación de las personas. Su función radica en vigilar por el adecuado desenvolvimiento de las relaciones de los seres humanos con el Estado. Sus disposiciones suponen una adecuada conducta.

Las relaciones que se desarrollan dentro del marco legal del derecho civil generan actos y consecuencias que pueden lesionar al sector público nacional. Es referente al conjunto de reglas de derecho privado que constituyen el derecho común, en relación con las normas respectivas a medios especiales, que se han ido constituyendo en disciplinas propias.

1.1. Definición

“Derecho civil es el conjunto de normas jurídicas y principios del derecho que regulan las relaciones personales, voluntarias o forzosas, entre personas privadas o públicas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado y público, e inclusive entre las últimas, siempre que sus actuaciones las realicen desprovistas de imperio o de autotutela”.¹

¹ Alegría Bolaños, Erwin Alejandro. **Fundamentos de derecho civil**. Pág. 20.



“Es un derecho de carácter general que regula fundamentalmente a la persona y al derecho, el patrimonio, las relaciones familiares y la transmisión por causa de muerte de bienes y derechos”.²

1.2. Contenido

De manera habitual el derecho civil abarca:

- a) El derecho de las personas: se encarga de la regulación del comienzo y de la finalización de la existencia de los seres humanos naturales, de la capacidad legal y de los atributos de la personalidad.

Ello, debido a los elementos que se encargan de la determinación de las condiciones que lleva a cabo cada individuo en su relación jurídica con los demás, como sucede con el estado civil el domicilio y los derechos personalísimos o de la personalidad, los cuales están unidos al ser humano desde el momento de su concepción.

- b) El derecho de familia: lleva a cabo la regulación de las consecuencias jurídicas de las relaciones familiares, las cuales son provenientes del matrimonio y del parentesco. Sin perjuicio de ello, parte de la doctrina, la toma en consideración como una rama autónoma del derecho.

² Vargas Mayén, Rosa Alejandra. **El derecho civil**. Pág. 15.



- c) El derecho de las cosas o de los bienes: se encarga de la regulación de lo que se conoce como derechos reales; y en general, de las relaciones legales de los seres humanos con los objetos y las cosa, como sucede con la propiedad, los modos de su adquisición, la posesión y la propia tenencia.
- d) El derecho de sucesiones: también se le llama sucesorio y se encarga de la regulación de las consecuencias legales que se encuentran determinadas por una persona física, en lo relacionado con la transferencia de sus bienes y derechos a terceros.
- e) El derecho de las obligaciones y de los contratos: se encarga de la regulación de los hechos, actuaciones jurídicas y negocios legales, así como también de su vinculación jurídica.
- f) El derecho de la responsabilidad civil: lo que busca de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a otras personas.

1.3. Ubicación sistemática

El derecho civil es constitutivo del derecho privado, común y general.

- a) Derecho civil como derecho privado: la disciplina jurídica en estudio ha sido desde la época del derecho romano el conjunto de normas jurídicas, que integran el



derecho privado, entendido como aquél que regula las relaciones entre las personas. El mismo, se oponía al derecho público encargado de la regulación de las relaciones de las personas con los poderes del Estado y públicos entre sí.

“Una parte el derecho público que abarcaba la compilación de Roma, se encontró en desuso, aplicándose únicamente el derecho privado, de manera que lo que se había denominado derecho civil fue reducido en la práctica al derecho privado; por otra parte, el advenimiento de los derechos nacionales surgió en denominaciones de otros países, para hacer referencia a los correspondientes derechos privados. De ello, deriva la influencia de la denominación derecho civil, para hacer referencia a derecho privado”.³

- b) Derecho civil como derecho común: las normas jurídicas del derecho civil se tienen que aplicar a todas las materias del derecho privado que no cuenten con una regulación jurídica específica de carácter legal.

Por su parte, la evolución del derecho y su correspondiente especialización, hicieron surgir ramas determinadas del derecho privado como el derecho mercantil o el derecho laboral. Es de importancia indicar que las ramas jurídicas tienen en común el hecho de mantener como derecho supletorio al derecho civil y se instituyen de esa manera como un derecho común aplicable en cualquier momento.

³ Córdova, Alberto Brenes. **Tratado de derecho civil**. Pág. 67.

Desde el ámbito territorial, el derecho civil puede no ser uno mismo en todo el territorio nacional, sino que cambia varios sistemas civiles que pueden llegar a coexistir. De ello, uno es denominado común, nacional o federal, siendo aplicable de manera directa en algunos casos y supletoriamente en otros a todo el país.

- c) Derecho civil como derecho general: desde el ámbito subjetivo, o sea, de aplicación a la persona, el derecho civil contiene normas jurídicas que regulan las relaciones legales privadas que sean aplicables a todos los seres humanos, de manera independiente a los distintos factores como la nacionalidad, profesión y religión.

1.4. Evolución del derecho civil

“Para dar a conocer la evolución del concepto de derecho civil, se debe hacer mención de Roma. En ella se hacía la distinción entre *ius civile* y el *ius gentium*. El primero, referente al utilizado por los romanos, tomado en consideración no como una imposición, sino como un privilegio; mientras que el segundo, referente al derecho común de todos los seres humanos sin distinción alguna en cuanto a la nacionalidad”.⁴

O sea, es un sistema estrictamente romano para otorgarle tratamiento legal a las relaciones entre los romanos y los extranjeros, el cual era el producto de la expansión económica romana.

⁴ *Ibid.* Pág. 91.



También, otras instituciones fueron contrapuestas tanto al *ius civile* como al *ius pretorium* el cual fue introducido con la finalidad de suplir, ayudar y corregir, pero dicha contraposición no es real, debido a que el *ius pretorium* quiere decir la renovación provocada debido a las nuevas necesidades y por los nuevos hechos.

Por ende, se tiene que llevar a cabo una aclaración y la misma consiste en que el pretor no creaba el derecho, ya que únicamente declaraba como entendía el mismo y los principios que continuaría en el ejercicio de sus respectivas funciones.

“El *ius civile* como derecho, en donde el ciudadano romano no se identificaba con el derecho privado. La construcción romana se encargó de la edificación de las instituciones privadas, pero dentro del mismo existen instituciones que son ajenas al derecho civil”.⁵

En su sentido propio y originario es el ordenamiento tradicional adoptado por los grupos primitivos romanos reunidos en una comunidad política y está constituido por una serie de principios esenciales por la jurisprudencia. Ese núcleo de principios tradicionales fue creciendo a través de la historia del derecho romano debido a la existencia de leyes, y Decretos.

- a) Edad Media: después de la caída del Imperio Romano de Occidente, la invasión de los pueblos bárbaros provocó de manera definitiva que finalizara el derecho de

⁵ *Ibid.* Pág. 120.



Roma. Pero, el mismo continuaba sobreviviendo en la práctica de los pueblos dominados con una gran influencia en las normas jurídicas de los invasores.

Durante muchos años, no existió más derecho que la costumbre, el fuero, los estatutos de las ciudades e inclusive el estatuto de las corporaciones y de los gremios, existiendo un particularismo legal.

A finales del Siglo XI y comienzos del XII, se produjo un fenómeno de importancia en relación a la recepción del derecho de Roma. Se tiene conocimiento que la compilación de Justiniano se llevó a cabo en el Imperio Romano de Oriente. Fue posterior a la caída del Imperio Romano de Occidente, siendo desconocida en él.

A partir del Siglo XII, los glosadores de Bolonia estudiaron el derecho romano a través de glosas y exégesis, aplicando para el efecto la técnica escolástica de los silogismos, distinciones y subdivisiones.

Desde ese momento, se fueron identificando con el derecho civil y con el derecho romano, o sea, con el derecho que Roma había legado, hasta el punto que desde el siglo XII la obra de Justiniano recibió el nombre de *corpus iuris civile*.

La compilación justiniana abarcaba diversos textos de tipo público que habían perdido actualidad e interés, debido a que no eran aplicables a la sociedad política del tiempo de la Recepción.



De ello, deriva que los glosadores y comentaristas mostrasen una mayor atención en relación a las normas e instituciones privadas. Por ende, comenzó a abrirse camino la idea respecto al derecho civil como derecho privado.

El derecho civil comprendido como derecho romano se encargó de desempeñar un papel de importancia durante la Edad Media en relación con el derecho común. Fue un derecho común, o sea, un derecho normal frente a los derechos particulares.

Además, se tiene que destacar que la fuerza del derecho civil como derecho común que era proveniente del Imperio Romano. La sociedad medieval hasta finales de la Edad Media se encontró sin ningún tipo de tensión, y se postulaba un único derecho que fue el romano.

“El derecho canónico adquirió una importancia relevante a partir de las Decretales de Gregorio IX, y se estudió de manera intensiva. Era un derecho que no se limitaba a la regulación del fuero interno, sino que también se expandía a aspectos relacionados con su vida ordinaria, y a sus principios espiritualistas de buena fe, ejerciendo una influencia decisiva en los textos de la compilación justiniana y del derecho civil que se conoce en la actualidad. El mismo, se convirtió en un derecho de los principios tradicionales, de él salieron

otros derechos que atendieron a la evolución social y económica de los siglos XIV Y XV.⁶

- b) Edad Moderna: el Estado se convirtió en el Estado absoluto que es tendiente a su derecho nacional. De ello, que el derecho civil es entendido como derecho romano, siendo las glosas y los comentarios a los textos de Roma cada vez más contradictorios y más abundantes, así como la aplicación del derecho se había convertido en una labor insegura ante tantas interpretaciones dispares.

Los Estados modernos, soberanos y absolutos, comenzaron su labor de consolidación de su derecho nacional, siendo la relacionada con las Ordenanzas de Montalvo y con la Nueva Recopilación.

En las viejas definiciones de los siglos XVI y XVII, se continuó llamando derecho civil al derecho romano, que es opuesto al derecho real que es el derecho nacional. Pero, la fijación legislativa del mismo ha sido el primer paso para la nacionalización del derecho civil.

La teoría de la organización política se analiza con separación del derecho civil, al igual que el aspecto legal de la actividad política. Se desligan también desde el siglo XVI, las materias del derecho penal o derecho criminal. La materia procesal

⁶ González Rodríguez, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil.** Pág. 11.



se separa igualmente del derecho civil, debido a la inexistencia de vigencia de los textos romanos de esta materia.

- c) Derecho civil de actualidad: la evolución histórica del derecho civil lo presenta como un sector del ordenamiento legal que se ocupa de la persona y de sus distintos Estados, de su patrimonio y del tráfico de bienes.

Efectivamente, si en la actualidad el criterio de valores se encuentra en crisis, el derecho civil no puede por menos padecer también consecuencias de esa crisis. La del derecho civil es la del problema que abarcó la codificación, la cual se fundamentaba en la afirmación del ser humano frente al Estado, sin intermediarios, siendo el Código Civil el que aseguraba el libre desenvolvimiento del individuo y de su voluntad.

De ello, que el principio de la autonomía de la voluntad con su reflejo en el derecho de propiedad se concibiera como absoluto y con las menores excepciones posibles del absolutismo y fuera el pilar de sustentación. El sistema jurídico ha sido el sistema de los derechos subjetivos de los poderes del individuo.

Pero, la evolución social ha ido en busca de ideales y de los bienes económicos y de la producción no aceptándose capas de la sociedad sin poder económico. Por otra parte, el rechazo del sistema liberal de la economía indica que el motor ha sido la persecución del interés individual del bienestar colectivo, lo cual permite

que la propiedad de los medios de producción no logre su identificación con la propiedad privada.

Lo anotado, permite indicar que el Estado va a tener intervención decisiva en la vida económica y jurídica, así como que las normas no van a sancionar la autonomía de la voluntad individual, sino que la van a encaminar al beneficio de los intereses colectivos o para evitar que sea un instrumento de dominación de los más débiles. De esa manera, el propietario tendrá cada vez más deberes, no pudiéndosele prohibir que lleve a cabo determinadas actividades.

1.5. Importancia

Por derecho civil se comprende a las distintas normativas que hacen referencia a los derechos y obligaciones de las personas, regulando en dicho sentido, las relaciones que las mismas tienen como asimismo de las relaciones existentes con los bienes patrimoniales.

“Las raíces del concepto del derecho civil tienen que buscarse en el derecho romano y en el mismo se tiene referencia del Código Civil, debido a las normas que regulaban las relaciones entre los romanos, dejando por un lado al resto de los seres humanos. De esa manera, se presentó un código que hacía referencia a los ciudadanos de Roma y a los ciudadanos extranjeros. En el primer caso, se hacía referencia a muchos de los temas que en la actualidad tienen todavía vigencia, como por ejemplo la familia y las

posiciones. Esas características del derecho civil fueron en buena medida traspasadas a la sociedad en la Edad Media y posteriormente en la Edad Moderna”.⁷

Son bastantes los aspectos que trata el derecho civil, siendo los mismos, aquellos que se han orientado a la consideración de la persona en sus características fundamentales y en su relación con otras personas y con los objetos.

El ámbito de las relaciones familiares se encuentra regido por el derecho y regulado por las condiciones necesarias para el establecimiento de las normas jurídicas. También, le corresponde al derecho civil las correspondientes consideraciones, en relación al inicio de la vida del ser humano, definiendo en dicho sentido el momento de la aparición de un sujeto legal.

Las referencias a los derechos patrimoniales también se encuentran contempladas en el derecho civil, estableciéndose en dicho sentido las relaciones entre las personas y las cosas, así como también la forma en que comienzan y finalizan.

Todo, ello señala claramente la importancia del derecho civil en la medida en que atraviesa las diversas actividades más fundamentales que atañen a un individuo y se puede hacer la aseveración que esa relevancia es extraordinaria. El Código Civil en los diversos países puede encontrar diferencias entre sí, pero los temas esenciales que se han tratado permanecen con vigencia en todos ellos.

⁷ *Ibid.* Pág. 34.



1.6. Principios rectores

Los principios rectores del derecho civil son los siguientes:

- a) Principios generales del derecho: consisten en la fuente del ordenamiento jurídico, en defecto de las costumbres, sin perjuicio, de su carácter informador de aquél. Dentro de ellos, se abarcan los principios de derecho natural y de derecho tradicional.
- b) Ejercicio de los derechos subjetivos: de acuerdo a la función social de los mismos, cabe anotar la importancia del combate del abuso de derecho y del ejercicio antisocial.
- c) La equidad: a pesar de que por razones de seguridad jurídica en la aplicación normativa, el criterio con el cual se considera haya podido extenderse de manera restringida el articulado de la legislación civil, se debe tomar en consideración el principio equitativo.
- d) Moral y buenas costumbres: sin que sean confundibles debido a su interrelación se tienen que considerar unidas. Se tiene que hacer referencia a la moral en los campos e instituciones de gran relevancia, mientras que el concepto de las buenas costumbres es la pauta de valoración normativa.



- e) Causa en el negocio jurídico: no existe contrato sin causa, existiendo **ilicitud si se** opone a las normas jurídicas o a la moral. El propósito comercial que es medido por la regla legal, es un requisito *sine qua non* para la validez del negocio jurídico, revelando claramente el sentir legislativo.

1.7. Delimitación

El ser humano antes que comerciante, científico o artista es hombre sujeto de derechos e integrante de una familia. Lleva a cabo una producción necesaria para conservarse y perfeccionarse, así como es tendiente a la reproducción para así determinar su perpetuación.

En la actualidad, a pesar de las transformaciones del derecho civil, así como de sus crisis, de las tendencias disgregadoras y de la separación de las antiguas ramas de su base común, sigue todavía abarcando las diversas facetas del derecho privado más próximas al ser humano, las cuales tienen una existencia cotidiana.

“Es natural, que la actividad individual tiene limitaciones que señalan una relación con el orden público y con las buenas costumbres, pero también al ser tomado en consideración como sujeto jurídico integrante de la sociedad a la cual pertenece, la idea social se encarga de la delimitación de su actuar jurídico dentro del derecho civil”.⁸

⁸ **Ibid.** Pág. 77.



Debido a ello, cabe anotar que el derecho civil privado general tiene por finalidad la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le sean correspondientes, como tal, y consecuentemente que deriven de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la correspondiente comunidad.

1.8. Fuentes

El término fuente se comprende como el modo de producción de las normas jurídicas existentes y reconocidas en una determinada sociedad. No obstante, al lado de ese significado, se utiliza también el término fuente para hacer referencia a los instrumentos materiales, para conocer el derecho existente relacionado con las fuentes del conocimiento, así como también a los fundamentos en los cuales se puede hacer descansar una pretensión o derecho subjetivo.

Bajo esa acepción, se tiene que hacer por un lado la importancia de la temática que ha llevado a cabo la doctrina, a diferencia de momentos de la historia anteriores a una total sistematización de la teoría de las fuentes, lo cual se explica en formas de expresión del derecho y como expresiones de poder.

El advenimiento histórico de la burguesía como poder último y natural significó un esfuerzo del pensamiento burgués, encaminado a la elaboración de todo un conjunto de principios de pretensión inmutable, como expresión propia de la estructura del poder existente.



Los principios esenciales a los cuales se sujeta la teoría de las fuentes son los que a continuación se indican:

- a) **Unidad y jerarquía del ordenamiento:** la unidad del ordenamiento fue tomada en consideración como de origen natural hasta la época de la codificación. Los códigos, fueron señalados como la plasmación escrita de la expresión del derecho natural universal bajo la perspectiva propia y opuesta de las monarquías absolutas y naturales, las cuales trajeron como consecuencia inevitable la disgregación del derecho dentro de una pluralidad de derechos nacionales.

Además, se hizo necesario cambiar la unidad del derecho por la unidad del ordenamiento dentro de sus fronteras, unidad que era referidas a todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Esa unidad necesitaba, consecuentemente de la determinación de una jerarquía de normas jurídicas como criterio para que el juzgador orientara la determinación de la forma adecuada de aplicar las distintas normas jurídicas, evitándose con ello las contradicciones y dudas. Esa jerarquía se encargó de determinar las normas de distinto origen como las de sentido impropio.

- b) **Primacía de la ley:** “La exactitud del principio dentro del plano sociológico, no siempre es exacta, pero es notorio que en el ámbito técnico y legal, por motivaciones de previsión, claridad y seguridad, se tiene que conceder la



primacía a la norma legislativa, entendiéndose la misma en sentido amplio como toda norma legal de origen estatal afirmándose y reconociéndose dentro de ella un conjunto de clases, bajo la sujeción de rango preferencial”.⁹

- c) Sujeción a normas reconocidas: después de determinada la jerarquía, se logra llegar a afirmar que una pluralidad de fuentes en el sistema moderno y avanzado es discutible, así como el reconocimiento de la norma supone también para el legislador ajustarse a un procedimiento de acuerdo al cual se presenten las normas mismas.
- d) Libertad de interpretación: la sujeción a las normas jurídicas no supone para el juzgador la propia libertad intelectual para indagar el sentido que pueda llegar a alcanzar la norma.

El sistema de fuentes del derecho civil es el siguiente:

- a) Primacía de la ley: es unánime el criterio de que la legislación civil señala la primacía de la legislación sobre las restantes fuentes del derecho, debido a que la costumbre y los principios generales únicamente son aplicables en defecto de la ley. Con ello, se ha continuado la tendencia tradicional, a pesar de que se ha podido plantear el alcance de determinadas innovaciones metodológicas que se regulan en la ley.

⁹ Ibid. Pág. 165.



Esta primacía de la ley queda efectivamente asegurada por el sistema de recursos constitucionalmente previstos y por las normas jurídicas que la misma Constitución Política destina a la regulación del régimen jurídico de las leyes de distinto orden.

- b) Alcance subordinado de la costumbre: debido a que la costumbre únicamente regirá en defecto de la ley aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte efectivamente probada. Se tiene que añadir, que los usos jurídicos que no sean justamente interpretativos de una declaración de voluntad son tendientes a la consideración de costumbre.

La equiparación de determinados usos a la costumbre y la supresión a la misma de la tradicional exigencia de ser local, hacen que la costumbre general y auténtica de determinados sectores profesionales, comerciales y extranjeros pueda ser invocada como norma vinculante.

El requisito de que la costumbre resulte probada, al no señalar la carga probatoria, admite inclusive su aplicación de oficio por el juez, con lo cual, en defecto de la ley aplicable, se convierte en una norma de realidad más abundante que la misma ley, y por ende, con un alcance poco subordinado.

- c) Función de los principios generales: debido a que son aplicables en defecto de la ley o de la costumbre, entendiéndose ello sin perjuicio de su carácter informador



del ordenamiento legal. Se les toma en cuenta como fuentes del derecho de carácter subsidiario, pero también y esencialmente, informar al ordenamiento jurídico, por ello, también a la Constitución Política, que es parte de ese ordenamiento.

Los principios pueden ser tomados en consideración como el resultado recabado, por último, de una serie de abstracciones y de generalizaciones del ordenamiento jurídico, en ausencia de ley o costumbre.

Pero, también se presentan como suma de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que son el fundamento de todo el orden jurídico, aspecto bajo el cual se señala la expresión de política legislativa que vincula a todos.

Esos principios se pueden encontrar en distintos niveles, así por ejemplo en el marco relacionado con el derecho civil, pero también dentro del campo constitucional, estando la interpretación de ésta bajo la reserva del sistema jurídico a un tribunal particular, teniendo que reconocerse que los principios generales de derecho del ordenamiento constitucional tienen que ser interpretados justamente por el tribunal, al menos cómo y en la forma de una interpretación autónoma de la Constitución, a pesar de que parte del ordenamiento se sitúa como nivel superior del ordenamiento, teniendo carácter informador para el resto de las normas jurídicas.

- d) **Carácter atribuido a la jurisprudencia:** siempre ha estado bajo discusión si la jurisprudencia es o no fuente del derecho. Al amparo de las normas jurídicas y en concreto debido a la regulación de las causas para el fundamento de los recursos, se ha empleado la ventaja de la jurisdicción para estimar que se tiene que fundamentar en las infracciones de la ley y de la doctrina legal.

Por ende, la jurisprudencia concebida como doctrina legal, es la que permite que se opere la norma infringida. A pesar de que en la doctrina mayoritaria se ha advertido siempre que la separación entre jurisprudencia y doctrina ha sido total, ello no limita a un sector minoritario que pueda afirmar para la jurisprudencia un carácter no formal, sino real.

La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de manera reiterada, establece la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales de derecho.

1.9. Relación con otras disciplinas jurídicas

Entre las diversas ramas del derecho existe una estrecha relación, debido a que todas son pertenecientes al mismo origen que es el derecho. Esa relación es lógica si se toma en cuenta el principio de la unidad del derecho, que realmente consiste en un todo integrado por distintas ramas jurídicas



“Al derecho civil se le define como la rama del derecho privado que tiene por finalidad la regulación de los atributos de las personas físicas o morales, así como la organización jurídica de la familia y del patrimonio, determinando para el efecto las relaciones de carácter económico entre los particulares”.¹⁰

Tomando en consideración lo indicado de que dentro del seno del derecho, sea público o privado, se han venido destacando como ramas con naturaleza jurídica propia, el derecho mercantil, el derecho del trabajo y el derecho agrario, siendo en el derecho civil en el que se regulan todas las relaciones entre los particulares que no sean comerciales, agrarias u obreras.

Dentro de la organización jurídica del patrimonio y de las relaciones que se originan entre los particulares en razón de los derechos reales y personales, el derecho civil se encarga únicamente de la regulación de los vínculos que aun teniendo contenido económico no sean de naturaleza comercial, agraria o bien obrera.

En relación a ello, se puede anotar que esas ramas del derecho civil no abarcan de forma íntegra la reglamentación de todas las relaciones patrimoniales entre los particulares. Se presentan los vínculos que se establecen entre los comerciantes y que devienen de las actuaciones mercantiles, dando con ello origen a una estructura jurídica conocida como derecho mercantil.

¹⁰ Alegría. **Ob. Cit.** Pág. 150.

Después, debido a las relaciones que se originan entre los trabajadores y patronos a través de un contrato laboral, es necesaria la creación de una rama especial, esencialmente que abarque lo relacionado con la autonomía de la voluntad, pudiéndose tutelar de forma eficiente a la clase trabajadora.

A pesar de que en el fondo las relaciones derivadas del contrato laboral son relaciones entre el acreedor y deudor, y por ello tendrían que quedar comprendidas en la teoría general de las obligaciones con sus modalidades especiales en la regulación de prestación de servicios, se consideró que no era conveniente la aplicación del sistema antiguo, con su libertad contractual, en cuanto al régimen jurídico del contrato de trabajo en todas sus manifestaciones, siendo de ello de lo que surgió la necesidad de que exista una rama especial encargada de tutelar los derechos del trabajador.



CAPÍTULO II

2. Familia y protección de los menores de edad

A medida que las sociedades se van modernizando, la infancia va ocupando un lugar con mayor importancia entre los asuntos que sean de su interés. Se asume que los menores de edad son un grupo social vulnerable que tiene una posición de dependencia y de determinada debilidad para tener acceso a la satisfacción de todas sus necesidades, motivo por el cual resulta esencial el esfuerzo conjunto para la defensa de sus intereses.

Existe un elevado nivel de consenso en admitir que la sociedad adulta y sus distintas instituciones tienen que llevar a cabo mayores esfuerzos para poder aportar los recursos que sean suficientes y que aseguren su bienestar.

Al lado de esa idea, además, inicia a emerger un nuevo concepto de infancia más activa y participante, en relación a los contextos en los cuales vive, o con los que tiene relación y son la familia, escuela y medios de comunicación.

Durante las últimas décadas, se ha tomado en cuenta a este colectivo como un grupo social más activo y se ha interesado cada vez más por el análisis de su realidad desde distintas perspectivas. Se inicia a tomar en consideración a los niños y niñas como

auténticos agentes sociales, con capacidad de reflexión y participación y a los que se tiene que tomar en consideración más allá de los planteamientos proteccionistas.

Existe un consenso generalizado, tanto en los contenidos de investigación científica, como desde el más concreto sentido común de las personas en las distintas sociedades, sobre lo relacionado con la centralidad e importancia de la institución familiar como grupo social primario al lado del desarrollo y de las evidencias de los niños en cualquier ámbito social. La experiencia, el conocimiento y la evidencia indican que la familia suele adquirir todo su sentido siempre y cuando existan niños en su seno.

Lo anotado, es ampliamente aceptado debido a que la familia es la que facilita el mantenimiento de la continuidad de la existencia social organizada, al satisfacer una serie de necesidades fundamentales que se tienen que traducir en determinadas funciones, siendo la universalidad de la familia aquella que se puede atribuir al carácter necesario de las funciones que cumple, así como de que se garantice un adecuado control y de lo relacionado con la dificultad de que estas funciones pueden ser llevadas a cabo por otro grupo social.

Pero, existen niños sin familia o familias que no pueden encargarse de proporcionar a sus hijos los recursos que el Estado que consideran mínimos e indispensables para su crecimiento y para su consideración como seres humanos o que inclusive ejercen sobre los mismos diversas formas de maltrato en situaciones en las cuales es indispensable la intervención.



Por su parte, las autoridades públicas tienen el compromiso de actuar para invertir esta situación y conseguir la restitución al menor de los derechos que le son propios. Cada vez más, se tiene que asumir que la familia consiste en un medio esencial para conseguir la total integración de los menores de edad, por lo que se busca evitar, en la medida de lo posible, la institucionalización que se considera como una alternativa únicamente aceptable como último recurso.

Ello, en la medida en que se tiene que aceptar a la familia como un bien social para la comunidad, para los individuos y para el desarrollo personal de sus integrantes. Es decir, se tiene que asumir el valor esencial de la familia como solución de los problemas que se originan.

“La relación entre la familia y la infancia, cabe anotar que es parte integral de un proceso general de individualización social. De igual manera, que la sociedad se individualiza, lo hace también la familia y sus integrantes en la medida en que se otorga a éstos, también a los niños, o sea, un estado de sujetos más libres, independientes y únicos”.¹¹

Además, de asumir la singularidad de los niños, se tiene que remarcar la condición de sujetos de derechos. Los lazos con la familia como se concebían anteriormente, perdieron fuerza en relación a que se cuestiona la condición de patrimonio de los menores de edad en relación a sus padres.

¹¹ Zamora Molina, Ana Gabriela. **La niñez en peligro**. Pág. 24.



Se tiene que asumir que disfrutan de derechos inalienables no susceptibles de interpretación por parte de los padres. A partir de la actualidad, se toman en cuenta como sujetos independientes con estatus legal diferenciado. Ello, no únicamente quiere decir el derecho de los niños a tener asegurada su protección, sino también el derecho a que se les reconozca su participación en la vida social.

La intervención del Estado, se ha convertido en indispensable, o sea, en un asegurador esencial de la adecuada vigilancia del cumplimiento de las condiciones para que los derechos de los niños sean efectivos.

Por su parte, la institucionalización como rasgo característico que contribuye al esclarecimiento de la posición del niño en la sociedad postmoderna, no tiene que ser confundido con la acepción que se empleaba con anterioridad. La vida infantil, por más que el protagonismo familiar sea indiscutible, se tiene que desarrollar cada vez más en espacios institucionales.

A pesar de que el ámbito escolar es constitutivo del ejemplo más significativo de este proceso, en general, la tendencia a la institucionalización, es tendiente a la expansión de manera considerable.

Son diversos los espacios institucionales en los distintos ámbitos formativos que tienen incidencia de forma cada vez más intensa en la vida de los niños, siendo el Estado el



que se convierte en el ámbito institucional de referencia esencial que se arrogará la responsabilidad de asegurar los derechos reconocidos en la infancia.

En lo relacionado con la infancia, los actores públicos desarrollan eficientes sistemas de protección de la infancia, ante el carácter prioritario que esta clase de actuaciones encuentran en las agendas políticas.

Además, las familias encuentran en las organizaciones una respuesta adecuada a la necesidad de maximizar la formación de los niños, dentro de un contexto que se percibe cada vez mayormente competitivo. También, cabe anotar que la institucionalización se produce como respuesta al aumento de la preocupación social que tiene el colectivo infantil, el cual se encuentra sometido a un mayor nivel de control espacial frente a los riesgos relacionados con la seguridad.

2.1. Importancia de la niñez

El Estado tiene el deber de asegurar y mantener a los habitantes de la República guatemalteca en el pleno goce de sus derechos y libertades, siendo su obligación la protección de la salud física y mental de la niñez, así como también es el encargado de la regulación de la conducta de los adolescentes que transgredan la ley penal.

El mismo, es quien tiene a su cargo las necesidades de regulación jurídica en materia de niñez, siendo necesaria una transformación profunda de la ley para proveer a los

diversos órganos el Estado y a la sociedad en su conjunto de un cuerpo jurídico que oriente de manera adecuada el comportamiento y las acciones en favor de los niños y niñas, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República y en los tratados, convenios y pactos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

2.2. Definición de niñez

El Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Definición de niñez y adolescencia. Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad".

2.3. El niño o niña como sujeto de derechos y deberes

El Estado tiene que respetar los derechos y deberes de los padres o bien en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, sí como de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos constitucionalmente y en las leyes internas, tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados y aceptados por Guatemala, sin mayores restricciones que las que indica la legislación, cuya interpretación no será extensiva.

El Artículo 4 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Deberes del Estado. Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deportes, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, es deber del Estado que la aplicación de esta Ley esté a cargo de órganos especializados, cuyo personal deberá tener la formación profesional y moral que exige el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, según la función que desempeñe y conforme a las disposiciones generales de esta Ley”.

2.4. Interés superior de la niñez y tutelaridad

“El interés superior del niño consiste en una garantía que se tiene que aplicar en toda decisión que sea adoptada en cuanto a la niñez y adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos de familia, origen étnico, religioso y cultural, tomando siempre en consideración su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación puede disminuir o restringir los derechos y garantías”.¹² El interés de la familia consiste en todas aquellas acciones que se lleven a cabo con la finalidad de favorecer una unidad e integridad, así como el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado es

¹² **Ibid.** Pág. 88.

el encargado de velar por la adopción de las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.

El Artículo 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala indica: “El derecho a la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de carácter irrenunciable.

El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros.

- a. Protección y socorro especial en caso de desastres.
- b. Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública.
- c. Formulación y ejecución de políticas públicas o de naturaleza pública.
- d. Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y juventud adolescente”.

2.5. Relación de la familia y el Estado

La relación familia y Estado se puede concebir teóricamente a partir de dos momentos dialécticos. El Estado se responsabiliza del mantenimiento de los niños, siendo las familias las que tienen a su cargo de dicha labor. En términos empíricos, es notorio que los supuestos en los que el Estado ha asumido esta responsabilidad son escasos y se circunscriben a comunidades a pequeña escala.



Es conocido que el ámbito de los derechos de los padres sobre los hijos ha padecido un proceso paulatino de reducción a medida que el niño ha ido desarrollando su posición como depositario de derechos.

Desde una interpretación amplísima de la patria potestad, se evoluciona a una versión bien limitada del derecho.

Entre los defensores de la concepción limitada de la patria potestad se tiene que hacer mención de la posición relacionada con un gobierno que asegure la protección de los derechos de los ciudadanos. El gobierno, por ende, deriva de la comunidad y existe para el bienestar de ésta.

Un criterio generalizado consiste en la presunción de la validez de la supremacía de la relación biológica entre padres e hijos, con la excepción de que se evidencie que otro tipo de relación haga posible mayores beneficios o menores daños. La supremacía del argumento biológico sobre cualquier otro para el reconocimiento de la paternidad y maternidad tiene sentido por motivos de naturaleza práctica.

2.6. Derecho a la familia y a la adopción

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 1: “Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

El Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 4: “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”. El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

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

El Artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Derecho a la familia. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno



de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia”.

La estabilidad en la familia está regulada en el Artículo 19 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala: “Estabilidad en la familia. El Estado deberá fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad, creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral”.

2.7. La protección de los menores de edad

El devenir histórico ha propiciado el surgimiento de una idea de infancia fundamentada en la emergencia de nuevos conceptos en las relaciones de infancia, familia y Estado correspondientes.

En dicho sentido, al mismo tiempo que se legitima la autonomía de la esfera privada, el Estado se encarga del ejercicio de una protección de los niños, en especial de aquellas situaciones de potencial riesgo o abandono. La pobreza y las desventajas sociales de la infancia son productoras de efectos negativos incuestionables en las posibilidades educativas de los niños y en la inserción futura en el mercado laboral.



El Estado tiene que intervenir de manera más o menos subsidiaria, allí donde la familia más inmediata deja de ser eficiente para el cumplimiento de los objetivos que se marcan como mínimos indispensables.

A su vez, la familia nuclear se tiene que configurar como el principal espacio para la socialización del niño.

La sociedad tiene que asumir cada vez un mayor nivel de protagonismo en la atención y satisfacción de las necesidades de los menores de edad, mediante lo que se identifica como complejo tutelar.

En dicho sentido, determinadas instituciones se adjudican la salvaguardia del interés superior del menor y se esfuerzan por la determinación de su alcance. En todo caso, la familia se tiene que observar como ámbito de la intervención y, por ende, en protagonista esencial de las relaciones de la niñez.

La evolución de las formas de relación entre el Estado, familia e infancia se ha producido, de forma que el Estado ha tenido que devolverle a los padres ciertas cuotas de poder que anteriormente les había retirado.

También, es de importancia dar a conocer que existen determinadas asociaciones que han sido objeto drástico de intervención estatal.

2.8. Principios básicos de protección de los menores de edad

A continuación se dan a conocer los principios básicos de protección de los menores de edad:

- a) **Salvaguarda de los derechos de los niños:** al lado del resto de los agentes sociales, debe existir una intervención del Estado cuando los derechos de la niñez se encuentren vulnerados para el favorecimiento y alcance de su restitución.
Los mismos, tienen derecho a la identificación, derecho al honor, intimidad y propia imagen, derecho a la formación y publicidad, prevención de malos tratos y de la explotación, derecho a la integración, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la cultura y derecho al medio ambiente.
- b) **Los padres son la mejor protección para sus hijos:** la niñez tiene derecho a contar con una infancia libre de malos tratos y a que sus necesidades fundamentales sean cubiertas. Para ello, necesitan del apoyo y de la ayuda de los adultos. La mayoría de los padres, con sus recursos personales, y con apoyos familiares son capaces del cumplimiento de sus responsabilidades.
- c) **Intervención de agentes externos para la protección de la niñez:** los poderes públicos tienen encomendada la función de apoyar a los padres a cuidar de manera adecuada y a proteger a sus hijos, siendo necesaria la actuación en beneficio de los niños, así como la sustitución de los padres.

- d) Respeto de los derechos del niño y la supremacía de sus intereses: “Se tiene que tener un cuidado especial en respetar y no menoscabar los derechos de la niñez, especialmente de aquellos que se refieren a ser informados, así como a participar en las decisiones que les afecten y a ser representados y defendidos jurídicamente por las entidades públicas, cuando el menor haya sido víctima de un delito o falta. En variadas ocasiones, los intereses y derechos de los menores de edad y los de sus padres entran en conflicto y resultan ser contradictorios”.¹³
- e) Búsqueda de la mayor participación de la familia y del mismo menor: a pesar de que en la mayoría de ocasiones los padres, tutores y guardadores de los menores de edad no son usuarios voluntarios, muestran resistencia, falta de motivación e inclusive hostilidad hacia la intervención y en cuanto a los profesionales. Además, no están completamente conscientes del daño que ocasionan a sus hijos y no piden ayuda en caso de necesitarla.

Cuando las separaciones entre padres e hijos son de carácter temporal y por ende, la intervención busca el retorno del niño con su familia, es necesario favorecer con frecuencia el contacto de padres e hijos, en función de las necesidades del menor, así como también mantener los vínculos afectivos con su familia de origen, siempre y cuando respondan a los intereses y a las necesidades del menor.

¹³ **Ibid.** Pág. 109.



De manera igualitaria, se tiene que promover que los padres continúen ejerciendo al máximo sus responsabilidades parentales y proporcionar los recursos específicos de apoyo que ayuden en esa rehabilitación personal y familiar, al lado de otras instituciones.

En el caso que respecta a la niñez, se deberá tomar en consideración su grado de desarrollo y madurez, siempre tomando en cuenta su opinión y respetando en la medida de lo posible sus deseos. El menor tiene el derecho a ser escuchado ante cualquier decisión que lesione su ámbito personal, familiar y social.

- f) Ampliación de la intervención del maltrato a las necesidades básicas de la niñez: no únicamente se tiene que centrar en aquellas circunstancias o situaciones que vulneran los derechos del menor, sino además, proporcionar al niño objeto de protección un entorno estable y seguro.

La familia es el entorno ideal, es una necesidad básica del niño, pero ello en ocasiones no es posible y se tiene que buscar un entorno alternativo, preferiblemente en su familia extensa que asegure las siguientes necesidades: cuidados físicos, de crecimiento físico y mental, así como de apoyo y de relacionarse con otros.

- g) Toma de decisiones para una alternativa mejor: se tiene que asegurar que la nueva situación del menor separado de sus familias satisfaga y cubra las



necesidades fundamentales. Todo ello, tiene que ir encaminado a una alternativa mejor a la falta de protección. De lo contrario, es mejor no ejecutar dicha acción.

Para el efecto, y para la prevención de posibles errores en la toma de decisiones que lesionarán de manera significativa a la vida de actualidad y futura de la niñez, se tienen que continuar con las siguientes pautas:

Cualquier toma de decisión tiene que basarse en una evaluación completa y actualizada de la situación del menor de edad. Ninguna medida o recurso se puede definir en función de las dicotomías.

Es especialmente importante prever las posibles connotaciones negativas de las decisiones adoptadas para evitarlas, o en su caso reducir su impacto.

Es de importancia señalar que la recolección de información bibliográfica y documental y de que la evaluación tiene que llevarse a cabo bajo un modelo de trabajo interdisciplinario.

En el transcurso del tiempo las situaciones de los menores y sus familias van sufriendo cambios, así como sus necesidades y recursos. Se hace, por ende, necesaria la información recibida de los distintos agentes que en mayor o menor medida están en contacto con la niñez y sus familias.

Los profesionales tienen que contar con formación actualizada relacionada con el ámbito de la protección, así como de la intervención de los menores de edad y de las familias a las cuales pertenecen.

- h) Integración definitiva: debe llevarse a cabo en un ambiente familiar estable y seguro en el plazo mínimo de tiempo, siempre que se tengan datos suficientes para una decisión acertada. En dicho plazo, se debe llevar a cabo una integración en su misma familia, una integración en familia extensa, y la separación del menor de su familia.

- i) Mejoramiento permanente en la eficacia de los servicios de protección de menores de edad: los responsables y profesionales encargados deben siempre mantener una actitud de permanente mejora, contando no únicamente con su misma opinión y la de sus compañeros, sino también con los padres, menores, servicios públicos y población guatemalteca en general. Es de importancia la comunicación interna entre los diversos profesionales y con los propios usuarios, así como la evaluación permanente de los resultados, la búsqueda de nuevos recursos y plantillas profesionales con formación especializada.

2.9. Deberes y limitaciones

El Artículo 62 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Deberes y

limitaciones. En la medida de sus facultades, todo niño, niña y adolescente estará solamente sujeto a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Para su desarrollo integral, los niños, niñas y adolescentes, en la medida de sus capacidades, tiene los siguientes deberes:

- a. Desarrollar actitudes de consideración, solidaridad, tolerancia, comprensión y respeto con los ancianos, adultos, adolescentes y otros niños y niñas, sin distinción de vínculo familiar, sexo, posición económica y social, étnica y discapacidad física, mental o sensorial.
- b. Respetar y obedecer a sus padres, tutores o encargados, contribuyendo a la unidad y lealtad familiar.
- c. Apoyar a sus padres en su ancianidad, discapacidad o enfermedad, en la medida de sus posibilidades.
- d. Conocer la realidad nacional, cultivar la identidad cultural, los valores de la nacionalidad guatemalteca y el patriotismo.
- e. Actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar y en todas las etapas del proceso educativo.
- f. Esforzarse por asimilar los conocimientos que se les brinden y tratar de desarrollar las habilidades necesarias para alcanzar un adecuado rendimiento escolar.



- g. Cumplir con las disposiciones disciplinarias establecidas en el centro escolar, donde curse sus estudios, siempre y cuando se administren de modo compatible con su dignidad y no contravengan esta Ley ni las leyes del país.
- h. Participar en las actividades escolares y de su comunidad.
- i. Cuidar y respetar sus bienes, los de su familia, los de su centro de enseñanza y los de la comunidad, participando en su mantenimiento y mejoramiento.
- j. Colaborar en las tareas del hogar, siempre que éstas sean acordes a su edad y desarrollo físico y no interfieran con sus actividades educativas y desarrollo integral.
- k. Cumplir con los tratamientos médicos, sociales, psicológicos o de otra índole que sean necesarios para su bienestar.
- l. Participar con respeto y honradez en las actividades culturales, deportivas o recreativas, que organicen las instituciones públicas o privadas.
- m. Conocer y promover la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y los derechos humanos, en general.
- n. Buscar protección ante sus padres o encargados o ante las autoridades competentes, de cualquier hecho que lesione sus derechos.
- ñ. Respetar y propiciar y colaborar en la conservación del ambiente.
- o. No abandonar la casa de sus progenitores o aquella que ellos o la autoridad les hubiere asignado, sin la debida autorización de ellos, salvo cuando su integridad física y mental esté en riesgo grave de sufrir algún tipo de daño”.



2.10. Obligaciones estatales

El Artículo 76 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son obligaciones del Estado, a través de sus órganos competentes cuando exista amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia, las siguientes:

- a. Velar porque las instituciones públicas o privadas que atiendan a los niños, niñas y adolescentes a quienes sus derechos se encuentran amenazados o violados, éstos les sean respetados y restituidos, en especial su derecho a la vida, seguridad, identidad cultural, costumbres, tradiciones e idioma y les brinden tratamiento integral y digno.
- b. Coordinar acciones e impulsar programas que fomenten la unidad y estabilidad familiar, el civismo, identidad nacional, los valores morales, el respeto a los derechos humanos y el liderazgo para el desarrollo de la comunidad.
- c. Diseñar políticas y ejecutar programas de salud integral con participación de las instituciones dedicadas a la atención de la salud, que tiendan a la prevención de enfermedades, brindando los insumos que sean necesarios. Para ese fin, deberá fomentar al máximo la participación de los niños, niñas y adolescentes, la familia y la comunidad
- d. Impulsar y ejecutar, dentro de sus capacidades, en horarios adecuados, programas complementarios de educación para niños, niñas y adolescentes.
- e. Velar que se desarrollen actividades que brinden espectáculos populares, culturales y deportivos en las áreas urbano marginales y rurales del país y



fomentar la práctica de éstos a través del Ministerio de Cultura y Deportes y las municipalidades.

- f. Establecer con participación comunitaria, programas de capacitación para el trabajo calificado de adolescentes que viven en extrema pobreza a efecto de brindarles una opción de superación económica.
- g. Velar porque los niños, niñas y adolescentes en orfandad, sean entregados inmediatamente a otros familiares, previa investigación, facilitándoles los trámites legales.
- h. Diseñar y ejecutar programas de educación sexual, prevención de enfermedades de transmisión sexual, preparación para la procreación y la vida en pareja, que inculquen la paternidad y maternidad responsables”.



CAPÍTULO III

3. La adopción

La adopción se reconoce como una de las figuras del derecho de familia con mayor antigüedad y cuyas finalidades han cambiado, sin embargo, se puede afirmar que la finalidad esencial ha sido el de la consolidación de la familia.

La misma, al igual que otras instituciones de las comunidades antiguas tenían la finalidad de proporcionar descendencia a quien no la tenía o había fallecido sin hijos, logrando con ello, de esa manera la permanencia del grupo familiar, mediante la permanencia del grupo familiar con la correspondiente transmisión del nombre, patrimonio y religión.

El trámite para la celebración de las adopciones tiene que llevarse a cabo ante el juez de lo familiar o de primera instancia, quedando concluido en el momento en que se cause ejecutoria a la resolución del juez que tiene conocimiento de la causa en el procedimiento respectivo.

3.1. Definición

La adopción es el vínculo filial creado por el derecho que en la actualidad existe por el reconocimiento y regulación de cuatro tipos de adopción que son: la simple, la plena, la internacional y la realizada por extranjeros.

“Adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación del hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación patrimonio-filial. La misma, es el vínculo filial creado por el derecho en la búsqueda de la armonía familiar”.¹⁴

3.2. Principios

Los principios que rigen la adopción son los siguientes:

- a) En todos los casos de adopción que se presenten se tienen que tomar en consideración de manera preferente los intereses del adoptado en relación a los de los adoptantes.
- b) El que lleva a cabo la adopción respecto a la persona y los bienes del adoptado, tendrá iguales derechos que tienen los padres en relación a las personas y los bienes de los hijos.
- c) El adoptante o los adoptados prestarán su nombre y sus apellidos al adoptado.
- d) Cuando se lleve a cabo un procedimiento de adopción, en todo momento tiene que asegurarse para seguridad del menor de edad el interés superior del niño o niña, en relación a que:

¹⁴ Walker Recinos, Mario Alberto. **Adopción y familia**. Pág. 31.

d.1.) Las personas y entidades cuyo consentimiento sea requerido para la adopción, tienen que ser debidamente asesoradas e informadas por la autoridad competente, pudiendo ser el sistema o consejo nacional, estatal o municipal de familia existente.

El hecho que tenga relación con las consecuencias legales de la adopción y del consentimiento otorgado, permite claramente una relación de las consecuencias del quebrantamiento de los vínculos legales entre el menor de edad y su familia de origen.

d.2.) El consentimiento tiene que ser otorgado de manera libre y sin vicios, ante cualquier ser humano, así como también con previa asesoría, y por escrito ratificando para el efecto ante un juez que tendrá conocimiento del procedimiento de adopción.

d.3.) Tiene que existir certeza que en el consentimiento para la adopción no ha existido pago o compensación alguna.

d.4.) El adoptante o los adoptantes, de acuerdo al caso, tienen que recibir por parte de la autoridad competente, ya sea el sistema o consejo nacional, estatal o municipal de la familia, la debida asesoría y capacitación sobre los alcances afectivos y jurídicos de la adopción.

- d.5.) En el caso de las madres que sean menores de edad, el consentimiento otorgado se tiene que llevar a cabo de acuerdo a lo establecido legalmente, o sea, con el consentimiento de aquellos que ejercen la patria potestad o tutela.
- d.6.) Las autoridades tienen que velar y proveer al menor sujeto a adopción un hogar y las condiciones necesarias para desarrollarse de manera íntegra, con calidad de vida y en un medio familiar saludable.
- d.7.) Desde la solicitud, durante el trámite y hasta que el mismo concluya, el o los adoptantes tienen que probar que gozan de salud física y emocional, para el cumplimiento de las funciones que el ejercicio de la maternidad y de la paternidad.
- e) El trámite para la celebración de las adopciones tiene que ser celebrado ante el juez de lo familiar o de primera instancia del lugar en el cual resida el o los adoptantes relacionados.
- f) El trámite de adopción quedará terminado en el momento que cause ejecutoria la resolución del juez que tiene conocimiento de la causa, en el procedimiento respectivo.
- g) El juez que apruebe y resuelva sobre la adopción, tiene que remitir una copia de las actuaciones en el procedimiento y de la resolución al juez para su registro y para que levanten las actas correspondientes.

- h) El sistema o consejo nacional, estatal o municipal de la familia, en todos los casos referentes a la adopción, tiene que darles seguimiento a la misma, desde que aprobada, con la finalidad de vigilar que se cumpla de manera efectiva con las finalidades de quien los otorgó, tomando en consideración en su caso las correspondientes medidas que sean necesarias para su alcance.

3.3. Adopción simple

“La adopción simple es la que lleva a cabo la regulación del nexo mediante el cual se indica un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante o los adoptantes, dando con ello origen al parentesco denominado civil”.¹⁵

La misma, es aquella que reconoce al menor como hijo legítimo del adoptante, y en la cual la relación de parentesco, únicamente se puede llegar a establecer entre el adoptante y el adoptado, ello es, el menor adoptado no tiene ningún vínculo con los parientes de la persona o personas que lo adoptan. A través de ella, se transfiere la patria potestad, así como la custodia personal. Es la que únicamente origina vínculos legales entre el adoptante y el adoptado.

Sus requisitos son los siguientes:

- a) Determinada edad para adoptar.

¹⁵ Soto Marroquín, Renato. **Historia de las adopciones**. Pág. 44.

- b) Contar con los medios económicos suficientes para proveer a la subsistencia, educación y cuidado del menor de edad.
- c) La adopción tiene que ser benéfica para la persona que se quiere adoptar.
- d) El adoptante tiene que ser una persona apta y adecuada para poder llevar a cabo la adopción.

Los efectos de la adopción simple son los que a continuación se indican:

El adoptado tiene que conservar su filiación original, así como también los derechos que de la misma derivan, estableciéndose una excepción, debido a que el ejercicio de la misma tiene que ser supeditado para el adoptante.

La patria potestad o la tutela se pueden retornar por parte de quienes la ejercían de forma original si se llega a producir la muerte del adoptante o bien si se sanciona a este último con algunas de las modalidades de la pérdida de la misma.

Tanto los derechos como las obligaciones que resulten del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, a excepción de la patria potestad que tiene que ser transferida al adoptante, pero si el mismo se encuentra casado con alguno de los progenitores del adoptado, la patria potestad se tiene que ejercer por ambos cónyuges.

En esos términos, como resultado de la insubsistencia de la filiación original, el adoptado puede conservar su apellido original y agregarlo al apellido del adoptante, así como en caso de encontrarse en extrema pobreza, puede solicitar alimentos de sus parientes consanguíneo.

“El adoptado puede solicitar la revocación de la adopción simple, siendo ello, lo que tiene su fundamento en la posibilidad de que el menor no tendrá la posibilidad de elegir en relación a la adopción, o bien que tampoco tenga la aptitud de comprender los alcances de estos hechos, sobre todo en cuanto a los jurídicos, o bien debido a que no resultaba benéfica la adopción para el adoptado, a criterio de aquellos que se encontraban autorizados legalmente para su impugnación, motivo por el cual se puede determinar cuando una familia y parentesco no deseados o convenientes para el sano desarrollo del menor o del incapaz se indiquen”.¹⁶

En dicho sentido, cabe hacer mención que existe la obligación de tomar en consideración la opinión de la niñez en aquellos casos en que se lesione su situación o sus derechos mediante una resolución judicial.

En congruencia con ello, la adopción únicamente puede tener lugar en el caso de un menor de edad, en primer lugar, mediante la obtención de su consentimiento directo cuando el mismo tenga una determinada edad y cuando siendo menor de la edad

¹⁶ Pérez Recopalchi, Luisa Estela. **El problema jurídico de la adopción**. Pág. 33.



establecida, el consentimiento sea manifestado por quien lo representa, quien ejerce la tutela o la patria potestad.

Los casos en los cuales se puede presentar la revocación de la adopción simple son los siguientes:

- a) Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Cuando no lo fuere, se escuchará a las personas que se encargaron del otorgamiento de su consentimiento, cuando su domicilio sea conocido, y a falta de las mismas se oirá al Ministerio Público.

En el caso de que exista acuerdo para la revocación de la adopción, el juez la tiene que decretar siempre que estime que es conveniente para los intereses tanto morales como materiales del adoptado.

- b) Por ingratitud del adoptado: se considera que el mismo es ingrato cuando cometa algún delito doloso contra la persona, honra, bienes del adoptante, de su cónyuge, ascendientes o descendientes; cuando el adoptado formula una denuncia o querrela contra el adoptante o los adoptantes, por la comisión de algún delito, a no ser que hubiera sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge o la persona que viva con él, como si lo fuere de sus ascendientes o sus descendientes o de un incapaz de que sea autor del adoptado, aun cuando no haya parentesco alguno

entre ellos; así como cuando el adoptado rechace dar alimentos al adoptante cuando los necesite.

- c) Por alguna de las motivaciones que para la pérdida de la patria potestad establece la legislación.

La sentencia que resuelva y aprueba la revocación deja sin efecto alguno la adopción simple, volviendo las cosas al estado en el cual se encontraban con anterioridad de que ésta se llevara a cabo, en todo lo que no se encuentre de manera irreparable consumado y se comunicará al juez que autorizó el acta de adopción para que la cancele. El que adopte por adopción simple, puede solicitarle al juez que efectúe la conversión a adopción plena, siempre y cuando haya transcurrido el tiempo estipulado que el juez aprobó y resolvió, así como que se cumplan los requisitos para la adopción plena que están estipulados legalmente.

“El juez se tiene que encargar de escuchar el consentimiento cuando sea posible, de quien lo otorgó originalmente para la adopción, tiene que escuchar al consejo de familia, así como el agente del Ministerio Público, con la finalidad de valorar la conveniencia de la conversión, tomando en consideración el interés superior de la niñez”.¹⁷ Debido a lo anotado, se tiene que tomar en cuenta la posibilidad de darle a la adopción un carácter más permanente y absoluto, de manera que el mismo Código Civil contempla la posibilidad de convertir a la adopción simple en la denominada adopción

¹⁷ **Ibid.** Pág. 45.

plena. Para que ello sea posible, se necesita de la obtención del consentimiento del adoptado o de quienes prestaron la adopción original, y si no existe posibilidad alguna de la obtención de ese consentimiento, será el juez quien se encargue de la determinación de la procedencia de la conversión.

3.4. Adopción plena

Consiste en una práctica ya establecida en varios países del mundo, debido a que es la que mayormente se tiene que ajustar a la provisión, protección y garantía del derecho del menor a una familia, debido a su integración social, familiar, desarrollo integral y su calidad de vida, tomando en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores y la Convención en Materia de Adopción Internacional. El adoptado mediante adopción plena, se tiene que equiparar al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, tomando en consideración los impedimentos de matrimonio. El adoptado cuenta con iguales derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y tiene que llevar los apellidos del adoptante o adoptantes.

Los requisitos para que exista una adopción plena son los que a continuación se dan a conocer:

- a) Que se haga una solicitud por parte de un adoptante, o por parte de los adoptantes.

- b) Que sean mayores de edad.
- c) Que el adoptante o el menor sea menor de edad, a excepción de los casos de adopción de mayores de edad que sean incapaces.
- d) En algunos Estados se indica que los adoptantes en el caso de proveer debidamente la subsistencia, la educación y el cuidado del menor de edad o incapaz que busque adoptar, de conformidad con las condiciones y circunstancias de los adoptantes.
- e) Que el o los adoptantes sean personas aptas y adecuadas para la adopción.
- f) Consentimiento de quien ejerce la patria potestad sobre el menor que se trate de adoptar, el tutor del que se va a adoptar y el Ministerio Público.

En todo caso el juez que tenga conocimiento del caso tiene que encargarse de asegurar el derecho de audiencia y defensa de los familiares que tengan bajo su custodia al menor de edad.

- g) Cuando el tutor o bien el Ministerio Público se opongan a la adopción plena, tienen que expresar la causa en la cual se fundamentan, la que el juez calificará tomando en cuenta los intereses que tenga el menor.



- h) El tutor no puede adoptar sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela respectiva.

La adopción plena le otorga al adoptado, al adoptante o a los adoptantes y a los parientes de éste o éstos, iguales derechos, deberes y obligaciones que el parentesco por consanguinidad y afinidad.

La misma, necesita la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, a excepción de aquello a lo que se tiene que hacer referencia, en cuanto a los impedimentos para el matrimonio y sucesión legítima en su beneficio.

“La adopción indicada no es revocable una vez que haya sido dictada resolución y que la misma sea ejecutoria, a excepción de lo relativo a los efectos de la patria potestad, la cual se puede perder, limitar o suspender por las motivaciones establecidas legalmente”.¹⁸

Únicamente cuando el adoptado tenga la mayoría de edad, puede conocer sus antecedentes familiares, y las autoridades son las encargadas de asegurarle el acceso a esa información durante la minoría de edad, debiendo para el efecto contar con el consentimiento del o los adoptantes. Cuando exista parentesco consanguíneo entre el adoptado y el adoptante, los derechos y las obligaciones que deriven de la adopción, se

¹⁸ Estrada Rivas, Susan Leonor. **Historia de las adopciones**. Pág. 76.



tienen que limitar a ellos de manera exclusiva. Lo anotado, debido a que las demás obligaciones y derechos derivados del parentesco ya existen con el resto de familiares.

3.5. Adopción internacional

Es aquella en la cual la solicitud de adopción se tiene que presentar por personas cuya ciudadanía es distinta a la guatemalteca, y que tienen residencia habitual en su país de origen. Tiene como finalidad la incorporación, en una familia a un menor que no puede encontrar una familia en su mismo país de origen.

Esta clase de adopción se tiene que regir por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado guatemalteco, y en lo conducente por las disposiciones de la legislación civil correspondientes.

El carácter internacional con el cual cuenta la adopción no se presenta en virtud de la nacionalidad de los adoptantes o del adoptado, sino debido a la residencia habitual y al domicilio de los mismos.

La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores es de carácter regional, motivo por el cual únicamente obliga a su cumplimiento a los Estados integrantes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que la hubieran ratificado. Es de esa manera, como la Convención se tiene que aplicar a la adopción de menores bajo la forma de adopción plena, cuando el adoptante o



adoptantes tengan su domicilio en un Estado Parte y el adoptado, aplicándose para el efecto la ley de residencia habitual en otro Estado Parte.

El tema aplicable en los casos de adopción internacional se aplica a la residencia habitual del menor, la cual regirá la capacidad, el consentimiento y el resto de requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formalidades jurídicas o legales que se necesitan para la constitución de la adopción.

Para efectos de la verificación de la viabilidad de la adopción por cuanto hace a los adoptantes, ello es, la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil de los adoptantes y del resto de requisitos para ser adoptante, se aplicará la legislación del domicilio de éstos.

Puede ser que un Estado no se encuentre de acuerdo con los requisitos que establece la legislación del Estado del solicitante por considerar que los mismos son menos estrictos, que los que señalan sus normas jurídicas, siendo en ese caso el Estado de origen y de residencia habitual del menor el que podrá aplicarle a los solicitantes su legislación en la materia.

La adopción internacional siempre tendrá la modalidad de la adopción plena, motivo por el cual en todas las adopciones internacionales que se lleven a cabo en el territorio nacional, de acuerdo a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores con arreglo a la legislación civil nacional, se tiene que



obligar al personal registral a abstenerse de proporcionar cualquier clase de información relacionada con la familia originaria del adoptado. Pero, la misma se aleja de la existencia del criterio de que existe la posibilidad de proporcionar los antecedentes clínicos del menor de edad y de sus padres originales a quienes legalmente proceda cuando se conozcan, siempre y cuando no se haga pública la información relacionada con los nombres o con cualquier otro dato que permita su identificación. La autoridad competente para tomar la decisión de este particular es el juez del Estado del domicilio del adoptante.

Esta prohibición no es aplicable a aquellos organismos encargados de llevar a cabo los estudios médicos y económicos, en relación con otras instancias y organismos de carácter gubernamental a los que tienen la obligación de tener información de los trámites correspondientes a la adopción, como es el caso de la información que se tiene que proporcionar sobre las condiciones en que se haya llevado a cabo la adopción a la autoridad que la otorga, siendo esta última la que tiene que llevar a cabo un seguimiento cauteloso.

En relación a ese particular, se tiene que indicar que esas autoridades serán única y exclusivamente las que se encarguen de determinar por el Estado de residencia habitual del adoptado.

Es de importancia hacer mención que el impedimento del registro civil inicia a partir de que el juez remite los documentos a efecto de llevar a cabo las diligencias relacionadas



con el registro y con la certificación de partida de nacimiento del adoptado en los términos de la resolución judicial, siendo ese impedimento el que se tiene que extender a cualquier persona que solicite la información, tomando en cuenta al mismo adoptado, a excepción de que se encuentre en alguno de los supuestos de excepción.

“En la adopción internacional, las relaciones entre el adoptante y el adoptado, inclusive las de alimentos y las del adoptado con la familia del adoptante se tienen que regir por la misma ley que regula las relaciones del adoptante con su familia legítima. Pero, tienen que subsistir los impedimentos para contraer matrimonio. En el mismo tenor de ideas, también se debe establecer la irrevocabilidad”.¹⁹

Como puede señalarse, no existe conflicto alguno entre las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores y las estipuladas en la legislación nacional en materia de adopción por cuanto hace a la regulación de la adopción internacional, de la adopción plena y la naturaleza de la primera, y en relación a la posibilidad de aplicar solamente la legislación nacional en el procedimiento de adopción como requisito para dar comienzo al mismo y aprobar la adopción.

Por su parte, la Convención sobre la Protección de Menores tiene como objetivo principal el proporcionar una familia permanente a un niño o niña, debido a que no puede encontrar una adecuada en su Estado de origen, mediante el establecimiento de las

¹⁹ Barrera Tapias, Carlos Darío. **Gestiones para la adopción**. Pág. 13.



medidas y procedimientos que aseguren que este tipo de adopciones se lleven a cabo tomando en consideración como fundamento y base tanto el respeto de los derechos del niño como la auténtica consecución y vigencia del principio relacionado con el interés superior del niño. Todo ello, a través de la creación de un sistema de cooperación mundial.

La adopción internacional es aquella en la que un niño con residencia habitual en su Estado de origen tiene que ser trasladado a otro Estado parte antes de la adopción, ello es, durante el procedimiento de adopción, o bien después de autorizada la adopción, tiene que ser protegido por las disposiciones contenidas en ella.

Es de importancia anotar que en el caso de Guatemala, únicamente pueden ser trasladados a los Estados de recepción aquellos menores cuya adopción haya sido aprobada por los tribunales nacionales de familia y se hubieren concluido todas aquellas diligencias que sean correspondientes de acuerdo con la legislación nacional que sea aplicable.

De esa manera, se tienen que señalar las disposiciones contenidas en la Convención sobre la Protección de Menores y únicamente se aplicarán las adopciones que establezcan un vínculo de filiación, lo cual tiene concordancia de manera definitiva con esta clase de adopciones, que se toman en consideración plenas, así como con las de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores.



Consecuentemente, puede anotarse que la Convención sobre la Protección de Menores establece deberes para los Estados de origen y para los Estados receptores, los cuales están encargados de establecer las condiciones bajo las cuales se tienen que conocer y llevar a cabo las adopciones:

- a) Para los Estados de origen: será su obligación la determinación si la situación del niño permite que el mismo sea tomado en consideración susceptible de ser adoptado o no, y en esta última situación, se tiene que promover en caso de que así correspondiera, las acciones judiciales que sean referentes a la finalidad de hacerlo posible, siempre, claro está, que así conviniera al menor y que con ello no se contravinieran las disposiciones relacionadas con el interés superior del niño, a la protección y cuidados que se tienen que proporcionar para el bienestar del menor y se mantenga una estricta supervisión que evite los traslados ilícitos que sobre el particular contienen.

También, será su obligación colocar al niño en un hogar nacional y ello únicamente ante la imposibilidad de su ubicación en un hogar adecuado y con la consigna de resolver en el interés superior del niño es que se justificará considerar al menor como candidato a una adopción internacional.

En relación a las normas del consentimiento, se tienen que establecer los autores de quienes lo tienen que proporcionar y en qué condiciones, al igual que en cuanto la obligación de las autoridades competentes, de los Estados parte, de



asegurarse de que este requisito se cumpla en los términos de la ley, de manera que no exista duda alguna sobre la validez de la adopción. De esa manera, se tiene que hacer constar:

- a.1.) Que las personas, instituciones y autoridades que intervengan o tengan interés en el auto están profesional y legalmente asesoradas en relación a las consecuencias de su consentimiento y de las misma adopción.
- a.2.) Que lo prestaron de manera libre de cualquier vicio, como el pago o cualquier otro tipo de compensación.
- a.3.) Que lo manifestaron por escrito ante las autoridades correspondientes y de la manera legalmente establecida.
- a.4.) Que el consentimiento no ha sido revocado por quien tiene el derecho o la obligación de proporcionarlo, como sucede con el caso de la madre, cuyo consentimiento únicamente podrá tener validez en los términos legales cuando se obtiene posteriormente a que el niño haya nacido.

Todo ello, se encuentra dirigido a asegurar que la adopción no está vinculada con el tráfico y explotación de menores, actos de los cuales tienen que ser protegidos mediante los Derechos del Niño.



También, se tiene que establecer la obligación de las autoridades competentes de considerar la opinión o, en su caso el consentimiento del niño. En relación a este último punto, es de importancia hacer mención que la legislación regula que se tiene que tomar en consideración el consentimiento del menor como elemento esencial para llevar a cabo la adopción. Ello, quiere decir que las autoridades respectivas se tienen que cerciorar de que al menor susceptible de ser adoptado se le ha tomado en cuenta.

- b) En relación a los Estados receptores: se obliga esencialmente a que puedan tener lugar las adopciones y las mismas sean válidas, para que de esa manera las autoridades con competencia lleven a cabo estudios de todo tipo, que les permitan constatar que los padres solicitantes son los adecuados y aptos para adoptar al niño.

Además, se tiene que hacer constar y garantizar que la niñez que quiere ser adoptada ha sido o será autorizada a entrar y residir de manera permanente en ese Estado con la familia adoptante.

- c) Autoridades competentes: es de importancia señalar que tienen que encontrarse presentes las autoridades acreditadas para el conocimiento de las adopciones de carácter internacional, de manera independiente del conocimiento o de la intervención que corresponde a la autoridad judicial u otras instancias nacionales que están reguladas.



A esas autoridades se les llama centrales y tendrán como objetivo esencial la vigilancia y el efectivo cumplimiento de las obligaciones y procedimientos. Mediante ellas, se evitará cualquier tipo de acto ilícito con motivo de la adopción.

Cada Estado, puede designar una o más autoridades centrales a las que les otorgará determinada competencia territorial o personal y a las que deberán enviarse todas las actuaciones relacionadas con la adopción para continuar los procedimientos específicos para su tramitación.

Estas autoridades, a su vez, serán el canal para que se lleven a cabo las diligencias respectivas y se hagan del conocimiento de las autoridades competentes de cada uno.

Al lado de las autoridades centrales tienen que laborar los organismos debidamente acreditados, designados por cada uno de los Estados parte, cuya función consiste en la intervención de acuerdo a la competencia que se le haya conferido por la ley, en los procedimientos de adopción internacional que se inician ante las autoridades centrales.

Existen diversas condiciones que se tienen que cumplir para que se pueda actuar en otro Estado con intermediación autorizada, con las instancias tanto legales como administrativas, de los procesos de adopción y en particular de lo relacionado con la adopción internacional.





CAPÍTULO IV

4. Falta de seguridad jurídica de los menores adoptados bajo el régimen del Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala

La adopción se ha convertido en un auténtico fenómeno de masas en el mundo, que moviliza a elevados números de personas en el conjunto de los países desarrollados y necesita de una importante estructura administrativa pública en cada Estado dedicada a la procuración de los convenios y acuerdos internacionales necesarios con los países proveedores, siendo la misma, la que ha generado una extensa red de organizaciones de todo tipo dedicadas a la gestión y tramitación de adopciones.

La Ley de Adopciones Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Objeto y ámbito de aplicación. El objeto de la presente ley es regular la adopción como institución de interés nacional y sus procedimientos judicial y administrativo”.

El proceso adoptivo de un niño o niña es largo y costoso, pero la práctica totalidad de nuevos padres adoptivos asegura que merece la pena. Para poder adoptar a un menor de edad, se tienen que cumplir con los requisitos indispensables: ser considerado capaz de acuerdo a las exigencias de capacidad objetivas previstas legalmente; ser declarado idóneo por la administración autónoma competente; así como también ser elegido,

debido a que el niño o niña adoptable es el que determina de conformidad con sus circunstancias, aquellos padres que mejor se ajusten a ellas.

“La creciente y masiva realidad exige el análisis del fenómeno de la adopción desde el ámbito jurídico. Por una parte, es de importancia el conocimiento de las claves relacionadas con el derecho y con la estructura de adopción, sobre las cuales se tienen que indicar los mecanismos de control”.²⁰

Por otro lado, es necesario aproximarse a constatar el cumplimiento de las previsiones jurídicas en el momento de constatar el objetivo de la integración del menor de edad desamparado en una nueva familia, para que se cumpla efectivamente.

4.1. Definiciones

El Artículo 2 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

- a. Adopción: institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.
- b. Adopción internacional: aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción.

²⁰ **Ibid.** Pág. 122.



- c. **Adopción nacional:** aquella en la que adoptante y adoptado son residentes legales habituales en Guatemala.
- d. **Adoptabilidad:** declaración judicial dictada por un juez de la niñez y la adolescencia, que se realiza luego de un proceso que examina los aspectos sociales, psicológicos y médicos del niño y se establece la imposibilidad de la reunificación de éste con su familia. Tiene como objetivo primordial la restitución del derecho a una familia y el desarrollo integral del niño.
- e. **Adoptante:** es la persona que por medio de los procedimientos legales adopta una persona hijo de otra, con la finalidad de otorgarle todos los derechos y beneficios que nuestra Constitución Política otorga a los hijos biológicos.
- f. **Familia ampliada:** es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos, y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias.
- g. **Familia biológica:** comprende a los padres y hermanos del adoptado.
- h. **Hogar temporal:** comprende a aquellas personas que no siendo familia biológica o ampliada, reciban a un niño en su hogar en forma temporal, durante el tiempo que dure el proceso de adopción.
- i. **Seguimiento de la adopción:** es la evaluación de la adecuada adaptación y desarrollo del niño adoptado con respecto a la nueva familia y entorno social”.

4.2. Tipos de adopción

Los tipos de adopción están regulados en el Artículo 9 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: "Tipos de adopción. La adopción podrá ser:

- a. Nacional.
- b. Internacional.

La adopción nacional tendrá siempre derecho preferente, la adopción internacional procederá subsidiariamente, sólo después de haberse constatado y examinado adecuadamente las posibilidades de una adopción nacional.

De conformidad con lo establecido en el Convenio de la Haya sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, cualquier autoridad competente que intervenga en el proceso de adopción deberá actuar apegada al principio de celeridad, en beneficio del interés superior del niño".

Las prohibiciones de los tipos de adopción están reguladas en el Artículo 10 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: "Prohibiciones. La adopción es una institución social de protección, por lo que se prohíbe:

- a. La obtención de beneficios indebidos, materiales o de otra clase, para las personas, instituciones y autoridades involucradas en el proceso de adopción, incluyendo a los familiares de los grados de ley del adoptante o del adoptado.

- b. A los padres biológicos o representantes legales del niño, disponer expresamente quién adoptará a su hijo o hija, salvo que se trate del hijo del cónyuge o conviviente o de la familia sustituta que previamente lo ha albergado.
- c. A los padres adoptivos disponer de los órganos y tejidos del adoptado para fines ilícitos.
- d. A las personas que participan en el proceso de adopción tener relación de cualquier clase con las entidades privadas y organismos acreditados extranjeros que se dedican al cuidado de los niños declarados en estado de adoptabilidad.
- e. Que el consentimiento para la adopción sea otorgado por una persona menor de edad, padre o madre, sin autorización judicial.
- f. Que los potenciales padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquier persona que puedan influenciar en el consentimiento de la persona, autoridad o institución involucrada en el proceso de adopción, se exceptúan los casos en que los adoptantes sean familiares dentro de los grados de ley del adoptado.
- g. Que los padres biológicos otorguen el consentimiento para la adopción antes del nacimiento del niño y que tal consentimiento sea otorgado antes de las seis semanas de nacido el niño”.

Los expedientes donde se descubra alguna de las prohibiciones anteriores se suspenderán inmediatamente y no se autorizará la adopción, sin perjuicio de certificar lo conducente en materia penal si la acción en sí misma es constitutiva de delito o falta. La autoridad correspondiente deberá iniciar de oficio el proceso de protección para el niño”.

4.3. Sujetos de la adopción

Los sujetos que pueden ser adoptados están regulados en el Artículo 12 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: “Podrán ser adoptados:

- a. El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado.
- b. El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia.
- c. Los niños, niñas y adolescentes cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían.
- d. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción.
- e. El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad.
- f. El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento, en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela.

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

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

4.4. Idoneidad del adoptante

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

El Artículo 14 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Idoneidad del adoptante. Los sujetos que de conformidad con el



Artículo anterior soliciten adoptar a un niño, niña o adolescente deberán tener una diferencia de edad con el adoptado no menor de veinte años, poseer las calidades de ley y cualidades morales y socioculturales, así como aptitudes que permitan el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente.

La idoneidad es la declaratoria por medio de la cual se certifica que los futuros padres adoptantes son considerados capaces e idóneos para asegurar de un modo permanente y satisfactorio el cuidado, respeto y desarrollo integral del niño. La idoneidad se establece mediante un proceso de valoración que incluye un estudio psicosocial que abarca aspectos legales, económicos, psicológicos, médicos, sociales y personales para comprobar no solo que la futura familia adoptante es idónea sino también sus motivaciones y expectativas al desear adoptar”.

Las excepciones para adoptar están reguladas en el Artículo 15 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: “No será necesaria la obtención de Certificado de Idoneidad:

- a. Cuando la adopción sea de un mayor de edad.
- b. Cuando la adopción sea del hijo o hija de uno de los cónyuges o unidos de hecho o de la familia que previamente lo ha albergado”.

El Artículo 14 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Impedimentos para adoptar. Tienen impedimento para adoptar:

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

4.5. Declaratoria de adoptabilidad

El procedimiento para declarar la adopción está regulado en el Artículo 35 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: “Concluido el procedimiento de protección de la niñez y adolescencia y habiéndose realizado las diligencias señaladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el juez según proceda, podrá dictar una sentencia que declara la violación del derecho a una familia de un niño y ordenará la restitución de dicho derecho a través de la adopción. El juez de la niñez y la adolescencia en la misma resolución deberá declarar la

adoptabilidad del niño y ordenará a la Autoridad Central que inicie el proceso de adopción. Para que proceda la declaración de adoptabilidad del niño, se debe establecer que:

- a. El niño tiene la necesidad de una familia adoptiva porque no puede ser cuidado o reinsertado en su familia biológica.
- b. El niño está en capacidad afectiva y médica de beneficiarse de la adopción.
- c. El niño es legalmente adoptable.
- d. Las personas, incluyendo al niño teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción:
 - d.1. Han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.
 - d.2. Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito.
 - d.3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados.
 - d.4. El consentimiento de la madre se ha dado únicamente después del nacimiento del niño”.

El Artículo 36 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Manifestación voluntaria de la adopción. Los padres biológicos

que manifiesten voluntariamente su deseo de dar a un hijo en adopción, deberán acudir a la Autoridad Central para recibir el proceso de orientación correspondiente. Si ratifican su deseo de darlo en adopción la Autoridad Central deberá presentar al niño inmediatamente ante juez de niñez y adolescencia, para que éste inicie el proceso de protección de la niñez y la adolescencia y declara la adoptabilidad.

En estos casos además de ordenar la investigación que corresponde conforme a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, ordenará a la Autoridad Central la práctica de las siguientes diligencias:

- a. Realizar el proceso de orientación a los padres biológicos.
- b. Recabar las pruebas científicas idóneas y necesarias para establecer la filiación, entre ellas la de Ácido Desoxiribonucleico -ADN-.
- c. Tomar las impresiones dactilares de los padres biológicos y de impresiones palmares y plantares del niño.
- c. Evaluar los aspectos que el Equipo Multidisciplinario estime convenientes.

Los resultados de estas diligencias deberán ser presentados por el coordinador o Equipo Multidisciplinario estime convenientes.

Los resultados de estas diligencias deberán ser presentados por el coordinador o Equipo Multidisciplinario en la audiencia que para el efecto señale el juez”.

4.6. Proceso de orientación

“El proceso de orientación a la adopción es referente a un proceso de asesoría y de información profesional o individual, con la finalidad de informar en cuanto a los

principios, derechos y consecuencias de la adopción, siendo el mismo, el que se tiene que hacer constar dentro del expediente”.²¹

El Artículo 38 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Proceso de orientación a los padres biológicos. Los padres biológicos del niño que voluntariamente deseen darlo en adopción, solamente después de que haya cumplido seis semanas de nacido su hijo o hija, podrán acudir ante la Autoridad Central para expresar su voluntad de darlo en adopción y someterse al proceso indicado en esta ley y su reglamento.

Si después de haberse sometido al proceso de orientación, los padres continúan con la intención de dar en adopción a su hijo o hija, comparecerán ante la Autoridad Central, para continuar con el procedimiento”.

4.7. Solicitud de adopción

En el caso de las adopciones nacionales los solicitantes tienen que encargarse de la presentación de su solicitud ante la autoridad central, quien tiene que remitirla para los efectos de llevar a cabo los estudios correspondientes y si es procedente dictar la declaratoria de idoneidad. En el caso respectivo de las adopciones internacionales, las personas con interés en adoptar a un niño, tienen que iniciar sus diligencias respectivas de adopción ante la autoridad central de su país de residencia.

²¹ Bercovitz Cano, María Pilar. **El mundo de las adopciones**. Pág. 65.

El Artículo 40 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Requisitos que deberán presentar los solicitantes nacionales. Los requisitos que deberán presentar los solicitantes nacionales para iniciar el proceso de adopción son los siguientes:

- a. Solicitud que contenga nombre completo de los solicitantes, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio, documento de identificación y lugar para recibir notificaciones.
- b. Certificación de partida de nacimiento y del asiento de su registro de identificación.
- c. Carencia de antecedentes penales de cada uno de los solicitantes.
- d. Certificación de partida de nacimiento de los solicitantes o de la unión de hecho cuando este fuera del caso, emitida por el Registro correspondiente.
- e. Constancia de empleo o ingresos económicos del o los solicitantes.
- f. Certificación médica de salud física y mental de los solicitantes y de quienes conviven con ellos.
- g. Fotografías recientes de los solicitantes”.

Los requisitos para el tutor o protutor están regulados en el Artículo 41 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: “Si el solicitante hubiere sido tutor del niño, además de los requisitos anteriores y los contemplados en la presente ley, deberá presentar certificación de que fueron aprobadas sus cuentas de liquidación y que los bienes del niño fueron entregados”.



El Artículo 42 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Requisitos que deberán presentar los solicitantes extranjeros. Los requisitos que deberán presentar los solicitantes extranjeros para iniciar el proceso de adopción son los siguientes:

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

- k. Certificado de idoneidad emitido por la Autoridad Central o su homólogo en el país de origen del o lo solicitantes”.

4.8. Procedimiento administrativo

Al ser declaradas la adoptabilidad por el juez de la niñez y adolescencia, la autoridad central será la encargada de llevar a cabo la selección de las personas idóneas para el niño, dentro de un plazo de diez días contados a partir de la solicitud de adopción, debiéndose dar prioridad debido a su ubicación dentro de una familia nacional, si se determina la imposibilidad para llevar a cabo la adopción nacional, subsidiariamente se tiene que realizar el trámite para la adopción internacional siempre y cuando la misma responda al interés superior del niño.

Dentro de la resolución de las personas idóneas se tiene que hacer constar que en la colocación del niño se ha tomado en consideración su interés superior, el derecho a su identidad cultural, así como también las características físicas y el resultado de las evaluaciones médicas.

La autoridad central será la encargada de la verificación de que en cada etapa del proceso de adopción se observe lo preceptuado en la legislación. Además, la selección de los padres adoptantes para un determinado niño tiene que llevarse a cabo considerando el interés superior del niño, el derecho a la identidad cultural, los aspectos físicos y sociales.

El Artículo 44 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Período de socialización. Previo al período de socialización los adoptantes deberán presentar por escrito su aceptación expresa de la asignación del niño en un plazo no mayor de diez días luego de la notificación respectiva.

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

La Autoridad Central deberá informar al juez que se inició el período de convivencia y socialización”.

La Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 45: “Opinión del niño. Dos días después de concluido el período de socialización la Autoridad Central solicitará al niño, de acuerdo a su edad y madurez que ratifique su deseo de ser adoptado. El consentimiento del niño será dado o constatado por escrito”.

El Artículo 46 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Informe de empatía. Al concluir el proceso de socialización y tomando en cuenta la opinión del niño, el Equipo Multidisciplinario emitirá dentro de los tres días siguientes, contados a partir del período de socialización su informe de empatía que señalará la calidad de la relación establecida entre los potenciales adoptantes y el adoptado”.

La Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 47: “Garantía migratoria. En caso de las adopciones internacionales deberá constar por escrito dentro del expediente que las autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se continúe con el procedimiento de adopción.

Se requerirá además el compromiso de la Autoridad Central u homólogo del país receptor de proporcionar toda la información que permita dar seguimiento al niño dado en adopción además deberán tomar las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida de Guatemala, así como de entrada y residencia permanente al Estado de recepción.

La Autoridad Central proveerá información completa y precisa del niño incluyendo el reporte de la procedencia de éste a la Autoridad Central del país receptor o a sus entes acreditados, a fin de que la Autoridad Central del país receptor haga la determinación de acuerdo con el Artículo 5 literal c) del Convenio de La Haya”.

La resolución final se encuentra regulada en el Artículo 48 de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala: “Resolución final. Concluido el proceso administrativo de este capítulo, la Autoridad Central dictaminará dentro de los cinco días siguientes la procedencia de la adopción considerando las prohibiciones que esta ley establece en su Artículo 10.

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

4.9. Inseguridad jurídica de los menores de edad bajo el régimen de la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala

“La adopción tiene que ser un instrumento de integración familiar que debe estar referido especialmente a quienes más lo necesitan, y al beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución”.²²

Para el alcance de dichas finalidades, la legislación consagra el quebrantamiento de los vínculos del adoptado con su familia anterior, desapareciendo para el efecto la denominada adopción menos plena e incluye la filiación adoptiva en las normas jurídicas generales de la filiación contenidas en la legislación.

La adopción queda configurada como un instrumento de integración familiar que produce la completa ruptura del vínculo jurídico del adoptado con su familia biológica y crea una nueva relación de familia.

No cabe duda alguna, de que la sociedad considera a la familia como el entorno más adecuado para el desarrollo de un menor de edad. Se indica la existencia de desamparo para los menores de edad, ocasionando con ello, que los menores de edad estén materialmente desasistidos.

²² **Ibid.** Pág. 178.



En dichas situaciones, la entidad pública respectiva asumirá la tutela del menor de edad con la finalidad principal de reinsertarlo en su familia de origen una vez restablecidas las garantías de protección.

Desde ese ámbito, se tiene que destacar la finalidad de insertar al menor de edad en el seno familiar, resultando plenamente compatible tanto con la adopción individual como con la adopción conjunta. Por otra parte, la finalidad esencial de la adopción es proporcionarle a una familia que constituya el entorno adecuado para su correcto desarrollo.

La integración no equivale exactamente al concepto de integración. En su dimensión jurídica se tiene que señalar esencialmente la existencia de dos ámbitos principales en los cuales la administración pública tiene que asegurar y controlar que ese proceso de integración se produzca, debido a su ineludible responsabilidad de velar por el interés superior del menor de edad.

Efectivamente, el hecho de haber vivido sucesivas vinculaciones a diferentes adultos que han pasado por la vida del menor puede generar especiales dificultades de adaptación a una nueva familia.

De ello, deriva la necesidad de un singular cuidado en el ejercicio de la patria potestad, que tiene que ser garantizado *ex ante* por la autoridad administrativa a través del

proceso de idoneidad de los adoptantes y supervisado *ex post*, mediante los pertinentes controles post-adoptivos, hasta que el menor llegue a la mayoría de edad.

Para el derecho, la integración y adaptación del menor de edad a su nueva familia, se lleva a cabo de manera satisfactoria, en tanto no se produzca alguna circunstancia relacionada con la actuación de las instancias administrativas o jurisdiccionales.

“Desde el punto de vista jurídico, es un concepto que tiene que medirse desde la prisma de su interés superior y el único capacitado para su interpretación es el juez, sin olvidar que ese interés se tuvo que evaluar cuando el juez tomó la decisión de que su mejor realización se encontraba en ser adoptado por esa familia”.²³

La Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, se encarga de la consagración de los derechos fundamentales y personalísimos de los menores de edad, entre los cuales cabe hacer mención del relativo a crecer bajo el amparo y la protección de una familia, siendo al mismo al que se le reconoce como grupo esencial de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus integrantes.

En dicho sentido, se ha consagrado la prevalencia como principio inspirador y como criterio de toda la legislación relacionada con los menores y referente al interés superior del niño frente a cualquier otra eventualidad, circunstancia o interés que pudiera encontrarse en lo relacionado con la custodia, cuidado, educación y desarrollo.

²³ Soto. **Op. Cit.** Pág. 166.



El Artículo 20 de la Convención referida indica: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

Dentro del derecho guatemalteco, es de importancia que exista una protección jurídica del menor, así como en distintas disposiciones contenidas en la legislación. Esas disposiciones se tienen que convertir a su vez en complementarias de otras del ordenamiento que hagan referencia a la capacidad del menor. De las mismas, se tiene que deducir cuando un menor se encuentra desamparado, o sea, privado de su entorno familiar o el que tiene no resulta ser el más adecuado para su correcto desarrollo.

La adopción consiste en un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica en todos los efectos. Con ella, se busca un lazo del menor con quienes aunque de hecho no son sus progenitores biológicos podrían serlo. Este proceso sustitutivo exige además, que únicamente pueda establecerse un vínculo de filiación adoptiva, allí donde puede haber existido un vínculo biológico de filiación.

Se le tiene que exigir a la entidad pública respectiva que procure la adopción solamente cuando en virtud del interés del menor no sea posible su reinserción en el mismo ámbito familiar, siendo ello lo que justifica la articulación de una figura intermedia. Cuando la situación de desamparo se verifique de manera irreversible, se tiene que considerar a la

adopción como el medio más adecuado para la protección de los intereses del menor de edad.

La misma, se constituye por resolución judicial, la cual tendrá siempre en consideración el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para la patria potestad. Lo que el derecho toma en cuenta en los menores de edad es la protección de sus intereses, mientras que en los adoptantes lo que se debe considerar es su idoneidad.

De esa manera, la adopción consiste en una institución legal que busca el establecimiento entre dos personas de una relación de filiación, es decir, vínculos jurídicos similares a los que existen entre una persona y sus descendientes biológicos.

Para el efecto, el derecho tiene que recurrir a una ficción, reconociendo para el efecto la existencia de una relación de filiación entre quienes no tienen la correspondiente vinculación biológica.

Cuando se toma en consideración a la adopción desde el punto de vista jurídico, resulta evidente que en ella existe algo que se encuentra más allá de la sencilla finalidad de protección. No se trata únicamente de un negocio jurídico de tutela de los intereses de un menor de edad.

Al analizar la adopción desde una perspectiva estrictamente jurídica, se puede hacer la afirmación que la adopción consiste en una construcción legal que responde a la legítima



decisión de una sociedad de establecer entre dos sujetos un vínculo jurídico equivalente a la filiación. En ese mismo contexto de libre creación de un vínculo legal resulta razonable suponer la adopción y sus efectos, así como que el legislador ha creado la institución persiguiendo una finalidad determinada como lo es garantizarle al adoptado la debida seguridad jurídica que tiene que ser garantizada por la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala.



CONCLUSIONES

1. La falta de control en lo relacionado con la incorporación e integración de los menores de edad a una familia con fines de adopción, no ha permitido la cuidadosa planificación, para que se les preste el debido apoyo y se les prepare a esa incorporación, así como para la posterior adaptación a la nueva familia, en la cual surge un vínculo en el que tendrán derechos y obligaciones.
2. La existencia de una desproporción entre el número de solicitudes de adopción existentes y el número de niños en espera de adopción, así como el desajuste entre las características de los menores en situación de ser adoptados y las expectativas de las características de los menores que los solicitantes desean adoptar, no permite que los mismos gocen de seguridad jurídica.
3. Los adoptantes no siempre reproducen un patrón típico de familia convencional, sino que son todo lo contrario, siendo su perfil cada vez más diverso, como es el caso de las personas solas que buscan la adopción de un niño, las familias reconstituidas, las parejas de hecho y las parejas homoparentales, no siendo ello lo más adecuado, debido a que lo que se busca es una estabilidad familiar.

4. La inexistencia de presupuestos legales protectores del proceso de la adopción en el Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, no ha permitido que se garantice la seguridad jurídica, como mecanismo idóneo de control para la integración del menor de edad en una familia, donde cuente con una integración que le permita el desarrollo y la satisfacción de sus necesidades.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, tiene que dar a conocer la importancia de incorporar e integrar a los menores de edad a una familia adoptiva, así como de que exista una adecuada planificación y que se les preste la debida ayuda, para una posterior adaptación a su nuevo hogar, en donde surgirá un vínculo de derechos y obligaciones.
2. La Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia, debe indicar que existe desproporción entre el número de solicitudes de adopción y el número de niños en espera, así como un desajuste de las características de los menores en situación de ser adoptados y las expectativas de las características de los menores que los solicitantes desean, no permitiendo que exista seguridad jurídica.
3. El Procurador de los Derechos Humanos, tiene que dar a conocer que los adoptantes no siempre reproducen un patrón familiar convencional, sino que su perfil es contrario, como sucede con las personas solas que buscan la adopción de un niño, las familias reconstituidas, las parejas de hecho y las homoparentales, no siendo lo adecuado, debido a que lo que se busca es estabilidad familiar.



4. La Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, debe señalar la falta de presupuestos legales protectores del proceso de adopción regulado en el Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, el cual no permite que se garantice la seguridad jurídica de los adoptados, como el mecanismo idóneo de control, para la integración del menor de edad en una familia.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CANO, Dora Virginia. **Introducción al derecho civil**. 3ª. ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 1990.

ALEGRÍA BOLAÑOS, Erwin Rolando. **Fundamentos de derecho civil**. 5ª. ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 2002.

BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. **Gestiones para la adopción**. 6ª. ed. Madrid, España: Ed. Dykinson, 2001.

BERCOVITZ CANO, María Pilar. **El mundo de las adopciones**. 8ª. ed. México, D.F.: Ed. Jurídica, 2005.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 9ª. ed. México, D.F.: Ed. Heliasta, S.R.L, 1989.

CÓRDOVA, Alberto Brenes. **Tratado de derecho civil**. 3ª. ed. México, D.F.: Ed. Luna, 2008.

ESTRADA RIVAS, Susan Leonor. **Las adopciones**. 5ª. ed. Madrid, España: Ed. Ariel, 2006.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Juan Antonio. **Elementos de derecho civil**. 2ª. ed. Bogotá, Colombia: Colores, 2011.

MOLLINEDO GALINDO, María del Rosario. **La familia y el derecho civil clásico**. 4ª. ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 2003.

PÉREZ RECOPALCHI, Luisa Estela. **El problema jurídico de la adopción**. 2ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Cajas, 2011.

SOTO MARROQUÍN, Renato. **Historia de las adopciones**. 6ª. ed. Barcelona, España: Ed. Dykinson, 2002.



VARGAS MAYÉN, Rosa Alejandra. **El derecho civil**. 5ª. ed. La Habana, Cuba: Ed. Legal, 2012.

WALKER RECINOS, Mario Alberto. **Adopción y familia**. 4ª. ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 2011.

ZAMORA MOLINA, Ana Gabriela. **La niñez en peligro**. 5ª. ed. Barcelona, España: Ed. /Editores, S.A., 1991.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1963.

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

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.