

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008  
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**“APLICABILIDAD E IMPORTANCIA DEL CONVENIO  
RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA  
COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN A LA  
FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN EL SALVADOR”**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO  
DE:  
**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:  
SOFÍA ROSA MARTÍNEZ  
KAREN VERENICE POCASANGRE ALFARO

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO  
LIC. ALFREDO RIGOBERTO ESTRADA GARCÍA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO 2009.

# **UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ  
RECTOR

MASTER MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS  
VICERRECTOR ACADÉMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ  
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMÉNEZ  
FISCAL GENERAL

## **FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES  
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS  
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ  
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA  
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO ALFREDO RIGOBERTO ESTRADA GARCÍA  
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

## **AGRADECIMIENTOS**

### **A DIOS:**

Doy gracias a Dios por permitirme alcanzar este logro en mi vida, y en especial le dedico esta tesis, por ser una meta que me propuse desde el momento en que ingrese a la Universidad, y le pedí a Dios sabiduría, paciencia, discernimiento, inteligencia, y sobre todo que siempre estuviera conmigo a lo largo de la carrera, así es como he llegado a culminar mi carrera, y aunque sé que hay un largo camino por recorrer, agradezco a mi Señor porque siempre ha estado a mi lado y aun mas en los momentos en que sentí que ya no podía seguir, fue él quien me dio las fuerzas suficientes para salir adelante.-

### **A MI MAMÁ y A MI PAPÁ:**

Muy especialmente le agradezco a mi mami, me siento orgullosa de ella porque a pesar de todo siempre estuvo conmigo para apoyarme, y te agradezco más que todo el apoyo moral que me has dado, ya que como bien dicen que una madre nunca desampara a un hijo, puedo afirmar que eso es algo muy cierto, porque aun con las dificultades que se presentaran mi madre siempre estuvo cuando la necesité, y aun mas dándome palabras de aliento del porque esforzarme en esta vida, gracias mami eres el mejor ejemplo de madre para mi.- A mi papi le agradezco que siempre me ha apoyado moralmente y aun con lo poco que pudiera darme lo ha hecho de corazón para que alcanzara la meta propuesta y que mi madre se sienta orgullosa de mi, así papi muchas gracias por ayudarme y cuidar de mi.-

### **A MIS HERMANAS:**

Gracias hermanas porque siempre que yo hablaba y hablaba de mis exámenes, de mis tareas y de todo lo relacionado con mi carrera, y aunque

no me entendieran lo que les decía siempre me escuchaban, tal vez las aburrí mas de alguna vez, pero aun así me escuchaban, gracias y solo quiero decirles que sigan adelante y algún día también ustedes alcanzarán la meta que se han propuesto.-

### **A MI HIJO:**

Ricardito por ser un regalo muy hermoso que me ha dado Dios, por ser esa personita con la cual el Señor me dice, “Hey tiene que seguir adelante”, gracias bebé por darle otro brillo a mi vida y porque este logro es para ti, te lo dedico con todo mi corazón.-

### **A MIS AMIGOS Y AMIGAS:**

Gracias a todos y todas aquellos(as) que en el transcurso de la carrera me dieron su apoyo incondicional en todo momento, a todos con los cuales he compartido buenos y malos momentos, y que siempre estuvieron a mi lado.-

### **A MIS DOCENTES:**

Gracias en especial a mi asesor de tesis, Licenciado Estrada García, porque nos tuvo paciencia en el desarrollo de la investigación; así también le doy gracias al Licenciado Paredes, por ser mi amigo en todo momento y ser un docente que siempre estuvo pendiente de mi.-

Verenice Alfaro.-

## **AGRADECIMIENTOS**

Le doy gracias a Dios por darme fortaleza y conocimiento, para superar todos los problemas y tropiezos a lo largo de mi carrera.

A mi hijo Francisco José, por ser fuente de mi inspiración, gracias hijo por estar siempre conmigo, te Amo muchísimo Hijito Querido.

A mis padres, mis agradecimientos por todo su apoyo moral, que siempre me brindaron con el deseo de verme culminar esta carrera. Les estaré eternamente agradecida. Los Amo mucho.

A mis hermanos, gracias por darme su apoyo y por creer en mí. Que Dios los Bendiga eternamente.

A mis amigos y amigas, que siempre me acompañaron en las buenas y malas brindándome su apoyo incondicional. Gracias por estar conmigo.

A Mi Asesor de tesis Lic. Alfredo Rigoberto Estrada García, Gracias por ser mi guía en el proceso de graduación y sobre todo por brindarme su amistad, su tiempo, comprensión y ayuda, le agradezco muchísimo. Que Dios le Bendiga.

Sofía

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
<b>CAPITULO 1: ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN AL NIÑO O NIÑA .....</b>	<b>1</b>
1.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN .....	1
1.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN EL SALVADOR ...	16
1.3. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA ADOPCIÓN .....	24
1.3.1. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	25
1.3.2. PRINCIPIO IMITATUR NATURAM .....	26
1.3.3. PRINCIPIO DE RESPETO A LA IDENTIDAD.....	28
1.3.4. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS FILIACIONES. ....	29
1.3.5. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD O DE PROMOCIÓN DE LA FAMILIA DE ORIGEN.....	30
1.3.6. PRINCIPIO DE COOPERACIÓN ENTRE PARTES .....	31
<b>CAPITULO 2: ASPECTOS DOCTRINARIOS SOBRE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN .....</b>	<b>33</b>
2.1. CONCEPTO DE ADOPCIÓN .....	33
2.2. CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL .....	38
2.3. CONCEPTO DE FAMILIA .....	38
2.4. CONCEPTO DE FILIACIÓN.....	39
2.5. CLASES DE ADOPCIÓN .....	40
2.5.1. ADOPCIÓN SIMPLE .....	40
2.5.2. ADOPCIÓN PLENA.....	41
2.6. TEORÍAS SOBRE LA ADOPCIÓN.....	42
2.6.1. TEORÍA CONTRACTUAL .....	42
2.6.2. TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN .....	43
2.7. CAUSAS DEL ABANDONO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE.....	44
2.8. DOCTRINAS ACTUALES REFERENTES AL NIÑO Y ADOLESCENTES .....	45
2.8.1. DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.....	46
2.8.2. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS NACIONES UNIDAS....	47
2.9. ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ....	48

<b>CAPITULO 3: MARCO LEGAL APLICABLE A LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN EL SALVADOR .....</b>	<b>50</b>
<b>3.1. NORMATIVA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>50</b>
<b>3.2. NORMATIVA INTERNACIONAL .....</b>	<b>51</b>
<b>3.2.1. CONVENIO DE COOPERACIÓN Y A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL .....</b>	<b>58</b>
<b>CAPITULO 4: ANÁLISIS DEL CONVENIO DE LA HAYA Y SU INFLUENCIA EN EL SALVADOR .....</b>	<b>65</b>
<b>4.1. PROCESO DE DISCUSIÓN Y APROBACIÓN. ....</b>	<b>65</b>
<b>4.2. PRINCIPIOS FUNDANTES DEL CONVENIO DE LA HAYA. ....</b>	<b>66</b>
<b>4.2.1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ADOPCIÓN. ....</b>	<b>67</b>
<b>4.2.2. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ....</b>	<b>67</b>
<b>4.2.3. PRINCIPIO DE AUTORIDAD COMPETENTE. ....</b>	<b>67</b>
<b>4.2.4. PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE BENEFICIOS FINANCIEROS INDEBIDOS. ....</b>	<b>68</b>
<b>4.2.5. PRINCIPIO RELATIVO A LOS REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.....</b>	<b>68</b>
<b>4.2.6. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE GARANTÍAS Y DE COOPERACIÓN. ....</b>	<b>68</b>
<b>4.3. CONTENIDO DEL CONVENIO DE LA HAYA.....</b>	<b>71</b>
<b>4.3.1. FINALIDAD.....</b>	<b>72</b>
<b>4.3.2. COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....</b>	<b>73</b>
<b>4.3.3. CAMPO DE APLICACIÓN.....</b>	<b>74</b>
<b>4.3.4. FUNCIONES ASIGNADAS AL CONVENIO.....</b>	<b>77</b>
<b>4.3.5. RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DE LAS ADOPCIONES QUE SE TRAMITAN POR EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 .....</b>	<b>79</b>
<b>4.4. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....</b>	<b>80</b>
<b>4.5. PROBLEMAS ACTUALES DE APLICACIÓN DEL CONVENIO. ....</b>	<b>81</b>
<b>4.5.1. APLICACIÓN EN EL SALVADOR.....</b>	<b>82</b>
<b>4.5.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ADOPCIÓN EN EL SALVADOR.....</b>	<b>84</b>
<b>CAPITULO 5: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>85</b>
<b>5.1. CONCLUSIONES .....</b>	<b>85</b>
<b>5.2. RECOMENDACIONES .....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>90</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis ha sido enfocada al tema **“Aplicabilidad e Importancia del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación Internacional en Relación a la figura de la Adopción en El Salvador”**, desarrollándola en cinco capítulos, distribuidos de la siguiente manera:

El primer capítulo hace referencia a los aspectos históricos sobre adopción como medida de protección al niño o niña, tomando en cuenta el origen y evolución de la figura de la adopción en general y en nuestro país, así como también los principios básicos de adopción como lo son el del interés superior del menor, imitatur naturam, respeto a la identidad, igualdad de las filiaciones, subsidiariedad o de promoción de la familia de origen y el de cooperación entre las partes los cuales son acogidos por el Convenio de Protección al menor.

En el segundo capítulo se trata sobre los aspectos doctrinarios de la figura de la adopción, tomando en cuenta el concepto de adopción, adopción internacional, familia, filiación, así como también las clases de adopción simple y plena, las teorías sobre la adopción contractual y de la institución, las causas de abandono del niño y adolescente, las doctrinas de la situación irregular y de la protección integral de las naciones unidas, finalizando este capítulo con la adopción internacional.

El marco legal aplicable a la figura de la adopción se encuentra incluido en el capítulo tres, refiriéndonos en el mismo a la normativa constitucional, internacional y especialmente al convenio de cooperación y a la protección del niño en materia de adopción internacional.



El cuarto capítulo es el punto medular sobre el cual se basa nuestra tesis, tratando sobre el análisis del Convenio de La Haya y su influencia en El Salvador, haciendo referencia al proceso de discusión y aprobación, principios fundantes del convenio, al contenido, los efectos de la adopción internacional, y los problemas actuales de aplicación del convenio en El Salvador y las consecuencias jurídicas de la Adopción en El Salvador.

Finalmente el capítulo cinco contiene las conclusiones y recomendaciones que el grupo ha formulado a raíz del estudio del tema.

## **CAPITULO 1: ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN AL NIÑO O NIÑA**

### **1.1. Origen y evolución de la Figura de la Adopción**

En el desarrollo de la presente investigación es necesario, como premisa inicial destacar la importancia de la familia para el bienestar y pleno desarrollo integral de la niñez; Ya que solo puede lograrse, cuando crece en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Lamentablemente la situación antes descrita no siempre se cumple; ya que el abandono afecta mucho más al menor de edad, por ser más vulnerable a las circunstancias difíciles.

La institución que hoy conocemos, que tiene por fin dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que el menor de edad requiere, nada tiene que ver con la adopción conocida en siglos anteriores, ni con las instituciones precedentes a la adopción y que de algún modo se le vinculan.

Entre las instituciones históricas vinculadas a la adopción, pueden citarse el levirado, regulado en el libro IX de las leyes de Manu, en la India, conforme al cual, cuando un hombre casado moría sin descendencia, su hermano debía sostener relaciones sexuales con la viuda, hasta engendrar un hijo que seria considerado, a todos los efectos, hijo de aquel que había muerto, esta institución también aparece en el derecho hebreo.

También se vincula con los orígenes remotos de la adopción, en cuanto está destinada a crear un vínculo de filiación entre quienes no lo tienen por naturaleza, instituciones del antiguo Irán como el Yoyan-Zan y Satar-Zan,

según los cuales, el primer hijo que tenía una mujer tras su matrimonio no pertenecía a su marido, sino al padre o hermano de la esposa, muerto sin hijos varones, o a un tercero extraño a la familia, que abonaba por ello.

La notable importancia que tuvo en Roma la adopción, se debió en primer lugar, a que hacía surgir un parentesco agnaticio y no meramente cognaticio.

Como consecuencia, extinguía todo vínculo civil entre el adoptado y su anterior familia de sangre; dentro del concepto genérico de adopción, había dos especies: la adrogación, que fue la más antigua, y la más importante, y tenía lugar cuando el adoptado era *sui iuris*, razón por la cual el Estado y la religión estaban interesados en el acto, ya que todo un grupo familiar, representado por su pater familias iba a ser absorbido por otro, y como consecuencia de ello, entonces se requería, además del consentimiento del adoptado, el de ciertas instituciones públicas, como el colegio de pontífices y los comicios curiados, luego reemplazados por otras formas que de todos modos garantizaban la intervención de los poderes públicos.

También estaba regulada la adopción propiamente dicha, que tenía lugar cuando el adoptado era un *alieni iuris*, por lo cual se concretaba simplemente entre los particulares intervinientes.

Durante la edad media la institución perdió prestigio en Europa, ya que se redujo considerablemente la posibilidad de heredar del adoptado cuando el causante tenía descendientes legítimos. Solo en España la adopción perduró regulada con detalle a través de los siglos.

En Francia al redactarse el Code, Napoleón trató de influir en la regulación de la adopción, para que se estructurara una institución que no guardara

diferencias con la filiación por naturaleza. Sin embargo, el Code organizó la adopción para mayores de edad, y también de ese modo fue regulada en los restantes países europeos en el siglo XIX. Era entonces un contrato a través del cual se unían familias de viejo abolengo y pérdida fortuna con familias plebeyas de riqueza reciente, y no un medio de protección a la infancia.

La historia de la moderna adopción empieza recién con la primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los países europeos el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción, que se convierte en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar.

La adopción es la creación de una filiación artificial por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. Proviene de la palabra latina "Adoptio". Se entiende por adopción o filiación adoptiva "al acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad".

No se conoce país civilizado en donde no se haya establecido normas legajos en forma indumentaria. En el año 4000 A.C., surgen las civilizaciones en Egipto y Sumeria, en ellas ya existían acciones de represión contra menores y protección a favor de ellos.

El origen o cuna de la adopción es la India, la cual surge como necesidad religiosa, que consistía en dejar un hijo para después de la muerte del padre, para que este pudiera abrir el cielo ante sus oraciones y sacrificios. Posteriormente alcanzó un notable desarrollo en Roma, debido al tipo de

normas que regían a la sociedad romana, la cual basaba en la familia los aspectos religiosos, políticos y sociales.<sup>1</sup>

Desde la época de la ley de las XII tablas, la adoptio o adopción, era conocida en la antigua Roma, como una institución por medio de la cual un extraño quedaba agregado a una familia romana, sometiéndose a la patria potestad de un pater familia, es decir, si el adoptado provenía de una familia en la cual se encontraba sometido a la patria potestad de otro pater familia, se le consideraba un alieni iuris, y se daba la figura de la adoptio o adopción propiamente dicha. Pero si el adoptado no estaba sometido a ninguna patria potestad, entonces tenía la calidad de sui iuris, y en tal caso a la adopción se le denominaba adrogatio o adrogación.

La adrogatio era una institución de derecho público, y por lo tanto su procedimiento se verificaba en ese contexto. Tenía que ser autorizada por las Asambleas Populares de ciudadanos, llamadas comitias curiatas, para que posteriormente el pontífice local decretara la adrogatio

La naturaleza política de la adrogatio, determinaba el carácter de derecho público de la misma; en virtud que si una familia romana, estaba en peligro de extinción a causa de que no tenía descendencia legítima, además de que se iba a extinguir el culto al dios de esa familia; También peligraba la existencia del estado Romano, el cual se había originado en la alianza de varias familias que habitaron el valle del Lacio y que después fundaron Roma.

---

<sup>1</sup> Calderón de Buitrago, Anita y Otros: “**MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA SALVADOREÑO**”, Centro de Investigación y Capacitación, proyecto de reforma judicial, El Salvador.

Distinto sucedía con la adopción o adoptio, se utilizaba para que la familia romana, acogiera en su seno un ciudadano alieni iuris. Tal circunstancia determinaba el carácter del derecho privado de la adopción. El adoptado era primero emancipado y a continuación se sometía a la patria potestad del mero pater familia que lo estaba adoptando.

En esta edad no fue bien vista que hijos provenientes de villanos o plebeyos, se mezclaran con familias de los señores, no hubo entonces adopción en esa clase social.<sup>2</sup>

Los niños abandonados fueron ayudados por primera vez en Roma mediante hojas de asistencia instituidas desde los años 100 DC. Por Trajano y Adriano, para solventarles sus más vitales necesidades.

En el Derecho Romano en el período de Justiniano, se distinguía 3 períodos en la edad: uno de irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, llamado de la infancia y el próximo a la infancia (infantil) hasta 10 años y medio en el varón y 9 años y medio en la mujer.

El infante no podía hablar, aún no era capaz de pensamiento criminal, el segundo correspondiente a la proximidad de la pubertad, hasta los doce años en la mujer y en el varón hasta los 14 años, en que el menor no podía aún engendrar, pero en el cual la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado; y el tercero de la Pubertad hasta los 18 años extendido después hasta los 25 años, denominado de minoridad, en que eran castigados los actos delictuosos cometidos por los

---

<sup>2</sup> London Arias, Melba: “**DERECHO DE FAMILIA**”, Legislación de menores y Actuaciones notariales, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1992. págs., 105-106.

menores, estableciendo sólo diferencias en la naturaleza y en la calidad de la pena”<sup>3</sup>

Según el antiguo criterio de los romanos, el infante era literalmente, el que no podía hablar. Como se ha indicado en la época de Justiniano la infancia terminaba a los 7 años y la pubertad a los 14 años; profari significa entonces pronunciar palabras cuyo sentido no se entendía y no como antes, que era no hablar.

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

En Roma surge la Patria potestad como un derecho de los padres; sobre todo del padre, en relación con los hijos en derechos sobre la vida y la propiedad del mismo. Es también en Roma donde surge la adopción de caracteres definidos. Los romanos la sistematizaron y le dieron gran importancia, considerándose por tanto la adopción como de origen romano: “La adopción surge de una necesidad religiosa: Continuar el culto doméstico a los antepasados, el mismo que debió ser realizado por un varón”.

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

---

<sup>3</sup> Fermín, Derecho de Menores, Pág. 56

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

La palabra adopción en Roma se convirtió en una voz genérica, y se distinguieron 2 especies: adrogación, que se aplica a los jefes de familia a sui iuris, y la adopción propiamente dicha, aplicable a los alieni iuris o hijos de familia. Por la primera el adoptado pasaba con todos sus bienes y con las personas que de él dependían, a la familia del adoptante.

La segunda en cambio, se hizo a través de una forma ficticia; la mancipalia, alienatio, per a est et libran, que destruía la patria potestad y la In Jure Cesto, por la que el magistrado declaraba que el hijo pertenecía, como tal al adoptante.

En los últimos tiempos de la República se introdujo la costumbre de declararla testamentariamente, en la misma que se consideraba como hijo de un ciudadano determinado, como hizo por ejemplo Julio César respecto a Octavio, pero entonces era precisa la ratificación por un plebiscito, y aun así, tal forma de adopción sólo otorgaba derechos hereditarios.

El Derecho Germánico, conoció un tipo especial de adopción, realizada solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico. Al ponerse en contacto con el derecho romano, los germanos encontraron en la adopción de este un modo adecuado de suplir la sucesión testamentaria, que desconocía.

Durante la Edad Media sostuvieron diferentes métodos de protección a favor de los menores de edad. Los glosadores indicaban que los delitos cometidos



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

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

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

Como consecuencia de la Revolución Francesa del siglo XVIII, la adopción aumentó en Francia, convirtiéndose en motivo de preocupación para los legisladores al grado de instituir la jurídicamente, incluyéndose en el plan general de legislación en 1792.

Así mismo enfatizaron en el concepto de protección especial para que Francia adoptara a todos los huérfanos que resultaran después de terminada la Revolución Francesa, siendo la finalidad de dicha ley, la de protección o beneficencia a los desvalidos. Es decir que la adopción en esta época ya no

tiene un objeto de carácter religioso, sino de interés particular individualista, que buscaba suplir la falta de hijos legítimos, y dar consuelo a los habitantes.

En el Código de Napoleón de 1804, se marca el principio de la modernidad legislativa en materia de adopción. La adopción era un contrato que debía ser avalado por un tribunal que controlaba las condiciones sustantivas de esta y la reputación de los adoptantes. El adoptado conservaba todos los derechos de su familia natural y solamente adquiría derechos en la sucesión y en el nombre del adoptante (Adopción minus plena o simple).

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

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

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

En 1703, el Papa Clemente XI con fines de corrección, enmienda, formación profesional y moral, crea el hospicio de San Mechelle en Roma. En el viejo Derecho Español, las partidas hicieron una distinción entre los delitos de lujuria y los demás acerca de la edad, hacen muy curiosos comentarios los Glosadores de esta ley de Partidas del siglo XIII, porque si cesase la presunción de que antes de los 14 años fuere el niño púber, debería ser castigado.

El autor menciona la cita de San Gregorio en sus diálogos, quien cuenta que un niño de 9 años dejó embarazada a su nodriza, Juan de Anam, recuerda que San Jerónimo en su carta a Viltalpbro, dice que Salomón y Achaz procrearon hijos a los 11 años, y añade luego que una mujerzuela crió a un niño abandonado sirviéndole de nodriza, y como el niño durmiese con ella hasta la edad de 10 años sucedió que habiendo la mujer bebido más de lo que permite la templanza, impulsado después por su liviandad, con torpes movimientos excitó al niño para el coito.

Por todo esto unos opinaban que el menor de 14 años debía ser penado por estupro, y los otros se atenían al texto de las partidas que negaban toda la pena desde 1734, en Sevilla, se procuraba mantener bibliografía del menor para resolver su caso.

En Alemania desde 1833, se establecen institutos modelos para la readaptación de menores. En Inglaterra en 1854 se determinó la rehabilitación en centros separados para los menores delincuentes. En España los menores fueron recluidos en la cárcel común, lo que se rectificó por su fracaso en nuevas leyes en 1904.

En Rusia, una Ley en 1897 indicaba que el juicio de los menores infractores entre los 10 y 17 años debía hacerse a puertas cerradas y en audiencia especial con participación de los padres, debiendo aplicarse medidas pedagógicas y por opción sanciones penales correctivas. Es un precedente, con equivalencia en otras naciones, de la discreción con que relativas a la minoridad surgen desde fines del siglo pasado y comienzos del presente.

Se aspira a reemplazar totalmente la idea de represión, expansión o responsabilidad moral, por la instauración de un sistema psico-pedagógico tutelar y proteccionista, que pueda extenderse no sólo a los hechos ilícitos de menores sino a sí mismo, a situaciones de menores en peligro material y moral.

La adopción plena que conduce a una integración total del adoptado en la nueva familia se reguló en los Estados Unidos, en el Estado de Massachussets, que en su ley de 1851, expresaba: “el efecto de la adopción es hacer del adoptado el hijo legal de los adoptantes, a todos los efectos útiles y privar a los padres biológicos de todos los derechos y obligaciones respecto de sus hijos.

Al terminar la primera guerra mundial, la adopción internacional adquirió relevancia al grado de que los expertos en la materia, consideran al instituto adoptivo como el mas importante del derecho de menores y del derecho familiar, ya que una de las consecuencias causadas por la guerra, fue que muchos niños quedaron huérfanos y abandonados, y con el objetivo de proporcionarles hogares familiares a estos pequeños, muchos Estados se vieron en la necesidad de promulgar sus primeras leyes de adopción y revisaron las ya existentes.

Con la segunda guerra mundial, se agravaron mas los problemas con relación a los niños sin familia, por lo cual se tuvo que reforzar la institución de la adopción con el propósito de beneficiar las relaciones familiares de los menores adoptados, y es así que se extiende a nivel internacional la institución de la adopción, produciéndose adopciones por familias de Estados Unidos, de niños originarios de Europa (Alemania, Italia y Grecia), Japón y China.

Los países latinoamericanos están reforzando sus relaciones progresivamente a través de las conferencias especializadas interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP). Las conferencias celebradas en Panamá (1975), Montevideo (1979), La Paz (1984), Montevideo (1988) y México (1994) han culminado con la aprobación de una serie de convenciones que son ratificadas paulatinamente por los Estados americanos.

A finales del año de 1960, la adopción es un fenómeno Europeo y comienza a ser considerado en el marco de la familia, de la protección y del bienestar del niño, trayendo consigo que la adopción por extranjeros comienza a revestir el carácter de fenómeno mundial.

En 1970, comienza a ascender en los Estados industrializados el número de niños susceptibles de ser adoptados en razón de cambios sociales y demográficos, trasladándose esta a países en vía de desarrollo y comienza a darse la adopción de niños del sureste Asiático, Europa, Estados Unidos, Australia y Canadá, aumentándose considerablemente la adopción por extranjeros provenientes de países de una alta tasa de natalidad y problemas socioeconómicos, hacia países industrializados donde las tasas de natalidad son bajas y por ende es difícil encontrar niños para adopción.

La CIDIP III aprobó la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1984). En ella se introduce una modificación y actualización de los antecedentes latinoamericanos en materia de adopción internacional contemplado en el Código de Bustamante de 1928 (Arts. 73 al 77) y en el Tratado de Montevideo de 1940 (Arts. 23 y 24).

Esta convención es trascendental por diversos motivos:

- 1- Porque enfrenta el problema que afecta a América latina en lo que respecta a la niñez abandonada, teniendo en cuenta que este continente ha aumentado su población joven en los últimos años, sin poder solucionar sus graves problemas económicos y sociales, que provocan la dolorosa realidad de dejar a un gran número de niños y niñas sin hogar y sin la posibilidad del desarrollo normal que todo ser humano desea. Esto significa que ese potencial humano tenga expectativas de desarrollo y actualización prácticamente nulas, lo que conduce a aumentar la cantidad de niños y niñas sin futuro.
- 2- Porque dentro del marco legal de sus normas, su tendencia primordial es la seguridad y protección de los niños y niñas que nuestro territorio latinoamericano otorga en adopción a adoptantes de países desarrollados, y
- 3- Porque efectúa una regulación lo suficientemente completa previendo todos o casi todos los problemas derivados de la adopción en sus etapas de constitución y posterior desarrollo.

La institución de la adopción internacional, viene a actuar subsidiariamente o complementariamente con la adopción interna de los países para solucionar tanto el problema de la niñez abandonada o sin padres. La finalidad superior

de permitir integrarse a una familia, a un niño o niña que no la tiene, viene así a concretarse también mediante la adopción internacional.

Las leyes de distintos países han tratado, pues, la adopción, con el fin de regular en el marco interno e internacional, dentro de límites legales que satisfagan tanto el deseo de los adoptantes como el interés de los menores de edad. En fin el superior interés de constituir y preservar a la familia.

En la Convención de La Haya sobre Protección de Niños y Cooperación respecto de la Adopción Internacional, suscrita en octubre de 1980, y ratificada por nuestro país en agosto del 2000. En ella se procura evitar el secuestro y el tráfico ilegal de niños y niñas, que es uno de los delitos internacionales más crueles que ha ideado el hombre. Esta forma de crimen internacional, calificado como de lesa humanidad, puede derivar en algunos casos, en consecuencias tan graves como la prostitución, la perversión sexual y el comercio de órganos para transplantes.

Con el fin de preservar la adopción internacional en la Convención de la Haya se prevé a una Autoridad Central en cada uno de los países del Tratado, que intervendrán en los supuestos de adopción entre países.

Se ha sostenido que el medio más apto e integral para solucionar el problema de la niñez abandonada es la adopción. Esta figura jurídica antigua (conocida en Babilonia, en las primeras prácticas del pueblo de Israel, en Grecia y perfeccionada en Roma), ha readquirido su importancia en nuestro siglo a través de las tristes secuelas que sucesivamente han afectado a todo o parte de nuestro mundo. Así, luego de las dos guerras mundiales, las legislaciones europeas resultaron insatisfactorias para proteger al gran número de niños y niñas huérfanos.

La preocupación surge para que por medio de la adopción se otorgue a los menores de edad, otro hogar en el que se desarrollarían satisfactoriamente, con padres que, pese a no ser los biológicos, se encontraban psicológicamente dispuestos a brindarles cuidado y atención necesaria.

La adopción, como lo expresa el autor Pilotti Davies, cumple como familia sustituta, todas las funciones que desempeña la biológica con excepción de la gestación, es decir, cubre identidad social, crianza, educación moral y técnica, manutención y patrocinio.

La institución de la adopción internacional, se da cuando un menor de edad, tiene su residencia en un país diferente al del adoptante, culminando con la emigración del menor al país del adoptante o los adoptantes, surge luego de la Segunda Guerra Mundial, fundamentalmente entre menores de edad europeos adoptados por residentes de distintos países dentro de ese continente o por residente en los Estados Unidos.

En el transcurso de la década del 50 disminuyen los niños y niñas sujetos a adopción en Europa, cambiando por lo tanto de origen. Se les busca en primer término, en Asia (principalmente en Corea y Vietnam). En el período de 1955-75 provienen casi exclusivamente de este continente, dando origen a las características fundamentales actuales de las adopciones internacionales, entre las cuales tenemos:

1. Estas adopciones son intercontinentales,
2. Los niños y niñas provienen de países subdesarrollados o en vías de desarrollo,



3. Los adoptantes residen en países desarrollados, especialmente en Europa y Estados Unidos.

A partir de la década de los 70 comienzan las adopciones internacionales con niños y niñas provenientes de América latina y a partir de allí el número ha ido creciendo paulatinamente causado por la reducción de niños oriundos de Asia, ya que países como Vietnam, cierran las posibilidades de esta emigración de potencial humano o implementan políticas permisivas del aborto (Hong Kong, Corea).

Pilotti Davis, cita un manual publicado en Estados Unidos para informar a parejas interesadas en adoptar niños y niñas latinoamericanos en el que se aconseja, para obtener un niño blanco “dirigirse personalmente a Chile, Argentina, Costa Rica o a las antiguas ciudades coloniales de Colombia, de esa manera se evidencia el proceso que la adopción internacional ha experimentado.

### **1.2. Origen y evolución de la Figura de la Adopción en El Salvador**

En El Salvador, la adopción existió desde la época de la Federación Centroamericana, habiéndose regulado por medio del Derecho de Indias que se adaptó a las colonias americanas; posteriores a este período en noviembre del año 1857, entra en vigencia el Código de Procedimientos Judiciales y el Código Civil que data del año 1859, éste no contiene ninguna referencia acerca de la adopción.

Fue hasta el 28 de octubre del año 1955 que surgió la Ley de Adopción, normativa que se decretó para llenar el vacío que presentaba el Código Civil y no para someter la Adopción a un régimen diferente al Código. Fue una ley

que desde su nacimiento no incluyó los avances que para entonces la doctrina de la materia había logrado, acarreado obsolescencia desde su nacimiento.

Antes que la Ley de Adopción tuviera vigencia, la adopción sólo podía ser por medio de artificios legales, específicamente tomando como base el artículo 250 del Código Civil, que establecía que si el hijo abandonado por sus padres hubiera sido alimentado por otra persona y los padres querían sacarlo del poder de los que lo habían criado, debían pagar los gastos de crianza y educación.

En el año de 1982, la ley en referencia sustentó reformas que tampoco le devolvieron su eficacia, especialmente contra el tráfico de menores de edad, que para entonces ya era motivo de alarma en toda la sociedad.

En el año de 1983, se promulgó la Constitución de la República, la cual consagra en el Art. 32, a la familia como la base fundamental de la sociedad, asimismo en el artículo 36, establece la igualdad de los hijos adoptivos con los hijos consanguíneos. Por otra parte en el artículo 34, garantiza el desarrollo integral de los menores de edad, por medio de la protección del Estado.

Fue a partir de mayo del año de 1990, que la Convención Sobre los Derechos del niño, se constituyó en Ley de la República, regulando la adopción en el artículo 20 y desde otra perspectiva, pues determina que la adopción es uno de los medios para ejercer los cuidados de los menores de edad. En el año de 1993 a partir del mes de marzo, entró en vigencia la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (ISPM), hoy Instituto Salvadoreño para

el desarrollo integral para la Niñez y la Adolescencia (ISNA), en donde regula lo relativo a la adopción, específicamente en el artículo 53.

En el año de 1994 entró en vigencia el Código de Familia y con él, la derogatoria expresa de la Ley de Adopción (Art. 403). Este código incluye en el libro segundo, Título I, el capítulo III, relativo a la Filiación Adoptiva y en 21 artículos desarrolla toda la normativa actual acerca de la adopción.

El Código de Familia establece en el Art. 166, dos clases de adopción, una que puede otorgarse en forma conjunta y la otra que se puede otorgar en forma individual. Estableciendo que la adopción conjunta es la que se decreta exclusivamente a solicitud de ambos cónyuges; y la individual cuando el adoptante es solamente una persona. El Art. 183 del Código de Familia aclara que el adoptante individual casado necesita del asentimiento de su cónyuge para adoptar a un menor de edad.

Entre los efectos jurídicos que la adopción produce se pueden mencionar: que pone fin a la autoridad parental o a la tutela si fuere el caso, así como también al cuidado personal en caso de ser menor de edad; por otra parte, confiere a los adoptantes la autoridad parental del adoptado. En la Legislación Salvadoreña, únicamente está contemplada la adopción plena, cuyos requisitos se encuentran establecidos en el Art. 171 del Código de Familia.

De acuerdo con el Art. 168 del Código de Familia, son tres las instituciones involucradas directamente en el trámite de las adopciones, éstas son: La Procuraduría General de la República, que es la institución encargada de autorizar las adopciones; el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la niñez y la adolescencia, quien se encarga de calificar si un menor de

edad, como sujeto de adopción, así como la intervención de los juzgados de Familia, que son los encargados de decretar las adopciones, tanto para menores como mayores de edad.

El 18 de Febrero de 1999 comenzó a funcionar la Oficina para las Adopciones (OPA) como la autoridad central, conformada por la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral para la Niñez y la Adolescencia (ISNA), quien se encarga de calificar a los adoptantes y llevar el control de todos los expedientes;

Así mismo es la encargada de efectuar las diligencias administrativas en los trámites de adopción. De tal manera que cuyo surgimiento se debió a un convenio entre la Procuraduría General de la República y El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, por medio del cual se fusionaron, con el fin de convertirse en el ente rector en materia de adopciones en El Salvador, con el objeto de dotar a los niños y niñas de una familia que carecen de ella.

Oficina para las Adopciones, creada el día 18 de febrero de 1999, es la encargada de llevar a cabo: a) el proceso de calificación de idoneidad de las familias que desean adoptar un niño o niña, basada en los requisitos que para el efecto se han establecido por la legislación nacional e internacional, vigente en el país sobre la materia; b) establecer la situación jurídica de la adaptabilidad de los niños, niñas y adolescentes; c) localización geográfica y orientación dirigidas a las madres biológicas de los menores sujetos de adopción, sobre los efectos jurídicos del otorgamiento de su consentimiento para que éstos sean adoptado; y d) asesoramiento legal sobre la adopción de niños, niñas y adolescentes.

Esta oficina se encuentra integrada por miembros de la Procuraduría General de la República (PGR) e Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA), cuya unidad organizacional es la de un Coordinador encargado de la dirección de ésta, nombrado de común acuerdo por ambas instituciones y propuesto de forma alternativa para cada período de gestión, tres Equipos Multidisciplinarios, conformados cada uno, por un Abogado, un Trabajador Social y un Psicólogo.

Todos los profesionales citados, cada cual en su rama, durante la Etapa Administrativa del Proceso, intervienen por medio de la elaboración de dictámenes legales, socio-familiares y psicológicos, sobre la idoneidad de la familia solicitante; dichos dictámenes son revisados, analizados y, en su caso, observados por parte de la Coordinación de la Oficina, quién somete a consideración, tanto del señor Procurador General de la República y como de la Señora Presidenta del ISNA, los dictámenes emitidos sobre la calificación de los estudios realizados en el Extranjero a las familias solicitantes no domiciliadas en la República, dando cumplimiento a lo prescrito en los Artículos 185 del Código de Familia y 193 lit. "b" de la Ley Procesal de Familia.

En el caso que los referidos dictámenes reflejen la necesidad de una ampliación de la información presentada, el expediente de la familia solicitante es prevenido, mediante una resolución que aparece en dicho expediente, y notificando al apoderado de los solicitantes, las observaciones efectuadas por la Oficina Para las Adopciones, con el objeto que subsanen dichas prevenciones.

Una vez efectuada esa calificación de idoneidad por parte de la Procuraduría General de la Republica y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral

de la Niñez y la Adolescencia, para el caso de las familias extranjeras, éstas quedan en espera de la asignación del menor (Sujeto de Adopción) por parte del Comité Institucional de Asignación de Familias Adoptivas a Menores Sujetos de Adopción. Estos niños han sido puestos a disposición del Señor Procurador General de la República, por parte del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia.

El Abogado adscrito a la Oficina para las Adopciones es el encargado de verificar si ese menor puesto a disposición del Señor Procurador General de la República está jurídicamente disponible para ser adoptado; si este no fuera el caso, dicho abogado inicia el proceso respectivo en sede judicial hasta su finalización, a fin de preparar la situación jurídica del menor para su adopción. Durante dicha espera se suspende el plazo señalado por la ley para la autorización de la adopción.

Tanto en este caso, como en el de la solicitud de adopción de un niño determinado, el Comité de Asignación de Familias Adoptivas a Menores Sujetos de Adopción, cuerpo colegiado conformado por miembros de la Procuraduría General de la República, calificará su procedencia y asignarán al menor la familia más idónea para ser adoptado, la cual es elegida de una terna de familias propuestas para el efecto; estas ternas por lo general no exceden de tres familias propuestas para un mismo niño, niña o adolescente.

Una vez emitida la resolución del Comité Institucional de Asignaciones de la PGR, es remitida a la autoridad central u organismo acreditado del domicilio de los solicitantes, según sea el caso, la información a que se refiere el Artículo 16 de la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, a fin de obtener la

aceptación y conformidad a que se refieren los literales a) y b) del artículo 17 de la mencionada Convención;

Una vez recibida la documentación anteriormente indicada, es proveída por parte del Señor Procurador General de la República la resolución que autoriza la adopción, en cumplimiento a los Arts. 168 del Código de Familia y 192 de la Ley Procesal de Familia; y se hace entrega al abogado que representa a la familia solicitante los documentos que señala la citada disposición, para que proceda a iniciar la Etapa Judicial de Proceso en el Juzgado de Familia Competente (Art. 191 Ley Procesal de Familia), por medio de la Solicitud de Jurisdicción Voluntaria de Adopción.

Es a partir de la entrega de la citada documentación que comienza a correr el término de caducidad de la solicitud de presentación de la misma, señalado en el Art. 194 Ley Procesal de Familia, para iniciar la Etapa Judicial del Proceso ante el Juez de Familia competente, el cual es de treinta días corridos.

La adopción no puede ser considerada como un contrato, sino como un acto jurídico extracontractual, por el cual se acepta como hijo propio a quien no lo es.

Entre las atribuciones del ISNA, se encuentran que brinda atención pediátricas a los menores que son candidatos a ser adoptados, mientras comienzan los procesos de investigación para recuperar a los familiares, o los procesos para dotarles de una familia a dichos niños y niñas como hijos de estos.

En nuestro País, tres instituciones supervisan el proceso de adopción, en sede administrativa: La Procuraduría General de la República (PGR), El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), La Oficina para las Adopciones (OPA) integrada por las dos instituciones anteriormente descritas y en sede judicial los Tribunales de Familia.

Por regla general, en casi todas las legislaciones se regula la adopción en la que no solo se exige el otorgamiento del instrumento público en que conste, sino que impone la intervención de la autoridad judicial, sea para la organización, trámite y resolución de un expediente o para la simple aprobación de la adopción. Si bien la adopción suele nacer de la necesidad de ser padres de los adoptantes y de un espíritu solidario, a menudo se dan problemas asociados a la misma, que muchas veces, por falta de información o por ilusión, no se tienen en cuenta.

La mayoría de los países mientras obligan a los adoptantes a cumplir una serie de requisitos, no contrastan la viabilidad de la adopción en lo que al menor se refiere, ya que al menor no se le realizan pruebas psicológicas para evaluar tanto su sociabilidad como su capacidad afectiva para pasar a pertenecer a una familia con la cual aun no ha tenido relaciones interpersonales, ni se realizan recomendaciones en esa vía a las familias adoptantes. Ofrecer plenas garantías a los menores no tiene por qué ir reñido con una mínima protección y garantías de las familias adoptantes, que incluya un seguimiento psicológico del menor desde el momento de su adopción.

El niño y/o niña que es abandonado por sus padres o por las personas que deberían preocuparse prioritariamente de él, es agredido en todas las áreas



de su desarrollo, en el área de los afectos, del desarrollo físico, intelectual y moral. Se llega a afirmar entonces que el abandono es la agresión máxima a un ser desprotegido; conciencia que no todos los padres y madres tienen, al reflejar que para el año 2002 el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral para la Niñez y Adolescencia reportó 172 casos de niños y niñas abandonados; La mayoría de estos casos tenían menos de un mes de edad.

Siendo además una forma legal de sustituir a la familia de origen, la adopción puede librar a los niños y niñas de los efectos psicológicos y físicos del abandono, mediante la sustitución real de los progenitores irresponsables y negligentes por padres verdaderos que asumen al hijo en forma integral.

### **1.3. Principios básicos de la adopción**

La institución de la adopción, se desarrolla bajo el enfoque clásico de dos aspectos que la atraviesan transversalmente y que determinan su concepto esencial: el interés superior del menor y el principio *imitatur naturam*, son aspectos que primordialmente deben cumplirse en toda adopción, sea esta nacional o extranjera.

El primero parte de la base que el menor de edad es desde su nacimiento (o como ocurre en El Salvador, desde la concepción), sujeto y titular de derechos fundamentales y por lo tanto, esto se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye a la aplicación de estas personas. El segundo da la idea central, que la adopción debe seguir la naturaleza y no ir contra ella.

### 1.3.1. Principio de Interés superior del menor

El interés superior del menor, es una categoría de difícil definición, en la cual la mayoría de autores se inclinan por decir que es un concepto jurídico indeterminado y que depende de cada situación en concreto, según el ámbito en que se aplica. Aunque siempre se parte de criterios objetivos que se consideran cuando se aplica este concepto, pero es claro que para poder darle vida, también hay que tener presente otros aspectos subjetivos que individualizar al caso concreto. Busca permitir el libre desarrollo de su personalidad y ésta mucho mas en función de su futuro que de su presente, buscando su interés en base a lo que le conviene.

En el texto de ADAM MUÑOZ, se sostiene: “El principal principio informador en todo proceso de una adopción internacional que debe guiar tanto a la administración, como a las entidades privadas y a los adoptantes es el superior interés del niño, el que debe traducirse primariamente en reconocer en su favor un estatuto jurídico estable de manera equivalente por los países mas relacionados con el, a saber, su país de origen y su país de destino”<sup>4</sup>

Es decir, que el principio que debe tomarse en cuenta para cualquier resolución que afecte directa o indirectamente al menor es el ya mencionado “interés superior”, se debe analizar que es lo mas conveniente al menor en cada caso concreto, ya que no existe una norma básica respecto a dicho principio que ayude a resolver caso por caso entorno al interés del menor, es por ello que las autoridades están obligadas a siempre buscar, por todos los medios necesarios, el interés superior del mismo.

---

<sup>4</sup> Adam Muñoz, María y García Cano, Sandra: “**SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL**”, edit. Colex, Madrid 2004, Pág.148

En la aplicación de este principio, se debe tener en cuenta valores para la determinación de los criterios que orienten lo mas conveniente al menor, lo cual implica que depende mucho de la cultura del país del que se trate y difícilmente habrá uniformidad en su aplicación, mas bien con frecuencia no hay consenso en relación a los valores que deben observarse<sup>5</sup>.

En casi todos los países que han ratificado los instrumentos internacionales de protección a menores, se han desarrollado políticas publicas sobre el niño/niña, o se han creado figuras de protección, como en el caso de El Salvador, la existencia de una oficina especializada en el tema: el ISNA, o la existencia de un funcionario con facultades constitucionales, el Procurador General de la Republica.

No obstante todos los esfuerzos, continua estando presente el reparo de que siendo el interés del menor la aplicación de las medidas mas beneficiosas, como determinarlas si ellos y ellas generalmente no pueden pronunciarse<sup>6</sup>, no pueden decir lo que mas les interesa y les beneficia en su desarrollo integral. Esto se ha resuelto dando esa facultad a determinadas instituciones públicas o a los mismos jueces.

### **1.3.2. Principio Imitatur naturam**

El principio por el cual la adopción imita en todo a la naturaleza, se ve plasmado en el Convenio de la Haya, cuando en el inciso segundo del

---

<sup>5</sup> Carrillo Carrillo, Beatriz: “**ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y CONVENIO DE LA HAYA DE 29 DE MAYO DE 1993**”, Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, edit. Comares, Granada, 2003, Pág.32-33

<sup>6</sup> Calzadilla Medina, Maria Aranzazu: “**LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL**”, Colección monografías de derecho civil I, Persona y familia, Dickinson, Madrid, 2004, Pág.154.

artículo 2, establece que las adopciones a las que se refiere el Convenio son aquellas que generan un vínculo de filiación. O como lo establece el Código de Familia en el artículo 165, que lo define como una institución de protección familiar, para dotar de una familia al menor que asegure su bienestar y desarrollo, lo que lleva a una adopción plena, y que debe entenderse en cumplimiento a este principio.

Algunos autores como Sariego Morillo, establece que “Las comunidades autónomas y los países origen de los menores que vienen en adopción suelen aplicar lo que denominamos criterio biológico, a la hora de establecer cual es la edad del menor que se puede adoptar”<sup>7</sup>.

Continúa diciendo “a la hora de valorar a que familia asignarles para la adopción, las autoridades estudian la posibilidad de que estos menores, en la medida de lo posible, no vuelvan a sufrir una pérdida”. Se podría mencionar, que en otras legislaciones como es el caso de España, existe una prohibición expresa en cuanto a la adopción entre parientes en línea recta por consanguinidad<sup>8</sup>.

Si bien es cierto, que en la legislación salvadoreña no existe tal prohibición expresa, ya la jurisprudencia ha hecho valer este principio como una orientación filosófica a la figura de la adopción, especialmente cuando se trata de adopción de parientes cercanos<sup>9</sup>.

Este principio podría ir sufriendo modificaciones, en la medida en que legislaciones nacionales vayan por otro camino, como en el caso de las

---

<sup>7</sup> Sariego Morillo, José: “GUÍA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL”, edit., Tecnos, Madrid, España, 2000, Pág. 33

<sup>8</sup> Calzadilla Medina, Maria: Op. Cit. Pág. 144.

<sup>9</sup> Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador en resoluciones de fecha 30 de octubre de 1996, ref. 81-A-96 y 23 de septiembre de 1998, ref. 107-A-98.

recientes modificaciones dadas en España al Código Civil, e incluso en leyes de comunidades autónomas, como lo ocurrido con el Código de Familia de Cataluña<sup>10</sup>.

### 1.3.3. Principio de respeto a la identidad

Otro principio aplicable tanto a las adopciones nacionales como internacionales, es el principio de respeto a la identidad, a lo cual se refiere Adam Muñoz, de la siguiente manera: “Actualmente todos los estudios son unánimes en poner de relieve lo negativo de esta concepción que lleva al adoptado a una baja autoestima y a una confusión en su identidad.

Hoy se considera que un elemento fundamental para el bienestar psicológico del niño es el tener acceso a una información completa sobre su condición de adoptado y su historia anterior-adecuada, eso si, a su edad y su nivel de comprensión y ofrecida en un ambiente de seguridad, respeto y afecto por lo que es y ha sido- que le permita elaborar su identidad sobre un sentimiento de continuidad en el tiempo y a través de los enormes cambios contextuales que vivirá en su proceso de adopción”.

Dicho principio viene reconocido desde La Convención de los Derechos del Niño, estableciendo que los Estados Partes del mismo se han comprometido a respetar el derecho de los niños a conservar su identidad, además de su nacionalidad, el nombre y sus relaciones familiares, así lo cita D´Antonio<sup>11</sup>: “Otra concreción se encuentra claramente en el artículo 8º de la Convención de los Derechos del Niño referido al derecho a la identidad, en cuanto a su

---

<sup>10</sup> Código Civil Español reformado por Ley 13/2005 del 1 de julio.

<sup>11</sup> D´Antonio, Daniel Hugo: “**DERECHO DE MENORES**”, cuarta ed., edit., Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1994, Pág. 495.

preservación, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares lo que se constituye en otro valladar igualmente imposible de superar en la adopción internacional, y aun en aquellos sistemas jurídicos que para la adopción interna, puramente nacional, prevén la confidencialidad en aquella.

Por otro lado el derecho a la identidad no solo refiere a los hechos pasados respecto del menor, sino a una realidad que a partir de la concepción, se encuentre en un proceso de permanente realización. Este último resultaría un argumento endeble en contra de la adopción internacional, si se tratase de un menor abandonado jurídica y fácticamente; y que no existan familias dispuestas a la adopción en dicho país.

#### **1.3.4. Principio de igualdad de las filiaciones.**

También es aplicable a las adopciones, tanto nacionales como extranjeras, el principio de igualdad de las filiaciones, tanto la sanguínea y la adoptiva, o sea, la equiparación de efectos entre las distintas filiaciones. Principio reconocido y aceptado en todas las legislaciones de corte occidental, especialmente al reconocer la igualdad de los hijos, tal como lo regula la Constitución en El Salvador.

Es de hacer notar, como lo establece Solé Alamarja<sup>12</sup> que “Esta nueva filiación no surtirá únicamente efectos entre el adoptante y el adoptado, sino también en el resto de miembros de la familia del primero. Así pues, el adoptado será hermano de los hijos del adoptante, nieto de los padres del adoptante, etc.”, es pues una equiparación total entre ambas filiaciones, tal y

---

<sup>12</sup> Solé Alamarja, Eduard: **“TODO SOBRE LA ADOPCIÓN, NORMATIVA ACTUAL DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA”**, edit. De Vecchi, Barcelona, 2002, Pág. 63.

como lo comprobamos en nuestra legislación con el artículo 202 del Código de Familia, el cual establece que todos los hijos, cualquiera que sea su naturaleza de la filiación, tienen los mismos derechos y deberes familiares, de lo cual, podemos señalar que entre sus derechos se encuentran llevar el apellido de sus padres, así como heredar de estos, en igualdad de condiciones, cualquiera que sea su filiación.

### **1.3.5. Principio de subsidiariedad o de promoción de la familia de origen**

Este principio se da cuando en el país de origen de los menores sujetos de adopción, se toman todas las medidas para garantizar que la adopción internacional sea la última opción que tengan los menores, para lo cual las autoridades correspondientes deben investigar todas las posibilidades antes de decidir poner a disposición los menores para adopción.

Y es que todos los niños/niñas tienen derecho a crecer en su familia y a conservar los vínculos con su grupo de origen en su país, y solo cuando no es posible la colocación en su propio entorno, es cuando surge como beneficio la adopción por extranjeros.

Esto quiere decir, que deberán ubicar a su familia de origen y tratar de apoyarlos para que se queden con ellos, ubicar a la familia extensa y buscar una colocación familiar y, de no ser posible, buscar la opción de una adopción nacional, buscar la internacional. En El Salvador, tal investigación le corresponde al ISNA y aparece establecido a partir del artículo 33 de su ley, en relación con el inciso segundo del 184 del código de Familia.

Calzadilla Medina, respecto del principio de subsidiariedad establece que: “Este principio ha sido puesto de manifiesto en numerosas normas internacionales. La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, en lo referente a la conveniencia o no de realizar una adopción internacional, el artículo 17 de la resolución 41/85, manifiesta que: “Cuando no sea factible colocar al niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia”

#### **1.3.6. Principio de cooperación entre partes**

El principio de cooperación entre partes, es la base del convenio de la Haya, y así lo regula el artículo 7 de dicho convenio, que señala la obligación de cooperación entre las autoridades centrales y autoridades competentes de cada país, para dar seguridad, que se observaran los principios, garantías, derechos y procedimientos establecidos en el mismo, el cual al haber sido ratificado por El Salvador, es ley de la República y por lo tanto de obligatorio cumplimiento por nuestra parte como país firmante del mismo.

El Convenio de la Haya Sobre la Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, se convirtió en ley de la República de El Salvador, en razón de su suscripción y ratificación por parte de los Órganos Ejecutivo y Legislativo del Estado Salvadoreño, respectivamente, y su publicación en el Diario Oficial de la República, el día 27 de Julio de 1998.

Este Convenio representa un instrumento de suma importancia y compromiso para el Estado Salvadoreño en materia de Niñez, dado que en



su contenido estableció una serie esfuerzos que los Estados Contratantes deben efectuar a nivel Institucional, siendo entre los más importantes la designación de las Autoridades Centrales que deberán velar por el cumplimiento de este compromiso, habiéndose designado por parte del Estado de El Salvador como Autoridades Centrales.

La base y eje central del actual Convenio de la Haya es la cooperación internacional con el fin de luchar contra el tráfico que se desarrolla en torno a las adopciones independientes, en concordancia con la Convención de Derechos del Niño, aprobada en la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, en donde se contempla:

- La adopción como una de las formas de protección de la infancia.
- El carácter subsidiario de la adopción internacional.
- La necesidad de suscitar una cooperación internacional para intentar disminuir o, por lo menos, combatir las adopciones clandestinas.

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

## CAPITULO 2: ASPECTOS DOCTRINARIOS SOBRE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN

### 2.1. Concepto de adopción

El concepto de adopción puede verse desde diferentes enfoques. En principio el término proviene del latín *ad* (a, para) y *optio* (elección) y ésta, a su vez, concretamente del verbo *arrogare* (ad y rogo) que significa adoptar (*arrogare in locum filii*, o sea, adoptar como hijo)<sup>13</sup>.

Diversos autores como D`ANTONIO, la define de la siguiente manera: “Esta es una institución de protección a la minoridad y que por sus características, encuentra justificación en los estados de desprotección o abandono en que se encuentre un menor”<sup>14</sup>.

Para otros autores, “la adopción no es un contrato: su jerarquía espiritual, sus propósitos, su régimen especial, su carácter permanente y su condición de fuente del estado civil, la configuran como una institución social o si se quiere como acto complejo de derecho familiar”<sup>15</sup>.

La adopción es la creación de una filiación artificial por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. Proviene de la palabra latina “Adoptio”.

---

<sup>13</sup> Calzadilla Medina, Maria Aranzazu: Ob. Cit. Pág. 27

<sup>14</sup> D`Antonio, Daniel Hugo: Ob. Cit. Pág., 290.

<sup>15</sup> Delgado Hernández, Mirra Nuria y Otros: “**ALCANCES Y LIMITANTES DE LOS MECANISMOS DE CONTROL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR DE EDAD ADOPTADO POR EXTRANJEROS EN EL SALVADOR**”, Trabajo de graduación para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, junio 2004, San Salvador, El Salvador, Universidad Politécnica de El Salvador.

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

En el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 115 se define a la Adopción como; “Una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno – filial entre personas que no la tiene por naturaleza.

En consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.<sup>16</sup>

Es con actos de amor que se crea un vínculo irreversible entre los niños y adolescentes así como entre las personas dispuestas a integrarlos dentro de sus familias. Técnicamente la adopción es una medida de protección a las niñas, niños y adolescentes entre personas que por naturaleza no la tienen.

La adopción beneficia a los niños y niñas que carecen de una familia, pero hay que destacar que también significan beneficios para los padres y madres adoptivos. Sin duda, el matrimonio adoptante debe descansar sobre bases morales sólidas anteriores a la adopción, las cuales deben ser como la garantía del verdadero hogar, tomando en cuenta que la presencia del hijo e hija adoptivo contribuye a consolidar las relaciones de la pareja.

Las cargas y los trabajos inherentes a los cuidados y a la formación de los niños y niñas adoptados, darán a la familia adoptiva los beneficios de las más

---

<sup>16</sup> EL PERUANO; Código de los Niños y Adolescentes. Pág. 191.

nobles satisfacciones espirituales como la recompensa por su contribución en el cuidado y protección de un niño o de una niña.

Además es de esperar que el hijo e hija adoptivo les brinde el apoyo invaluable que los buenos hijos suelen brindar a sus padres cuando estos lleguen a la edad adulta.

No escapa la posibilidad del riesgo de trastornos de la conducta y rebeldías, fenómeno que también se da con los hijos de sangre, se expresa aún más los méritos que como padres adoptantes tienen, quienes al construirse voluntariamente como tales, desafían aquellos peligros, o las realidades negativas, pero todo ello confirma la vocación de servicio de los padres y madres adoptantes.

Hay que destacar que los niños y niñas al ser adoptados, no deben de ser considerados como un remedio para solucionar situaciones conyugales anómalas: matrimonios poco estables con sentimientos de inferioridad, con ansias y necesidades de compensaciones ante fracasos íntimos; hostilidades manifiestas o disimuladas, de alguno de los cónyuges para con el otro.

De todo lo anterior podría derivar riesgos de serios daños para el hijo e hija adoptado con fines tan egoístas, en tales casos habría que recordar una frase expresada de que la adopción no fue creada para buscar hijos para los padres y madres, sino los padres y madres para los hijos e hijas.

Según M. Porot, el niño y la niña nunca debe de ser tomado en adopción como un medio, porque se les haría correr el peligro de convertirlos en víctimas de la compensación afectiva buscada, sino que debe ser tomado con todos los factores que determinan la finalidad de la misma, tendiente a

dar la mayor felicidad posible, aun a costa de los sacrificios que implique instruirlos y educarlos de la mejor manera.

Para lograr esta felicidad, debe darse al niño la sensación de seguridad, la cual estará basada, como lo ha planteado el autor Prestón, en una base de tres fundamentos que son el amor, como condición esencial, la aceptación y consideración que el niño debe ser tomado como es y por lo que es, y no por lo que hace; y la estabilidad, como la sensación de seguridad y protección la cual, depende de la conducta de los padres y madres.

Para obtener esto, lo ideal será que el niño y la niña participe activamente de la vida de una familia, en la cual las relaciones reciprocas se desarrollen en un clima de la mayor armonía, cimentada en el amor y en la renuncia a posturas que son contrapuestas, cuando surgen diferencias, a las de saber “ceder” y “conceder” para la formación del hijo e hija adoptiva como un buen ciudadano/a.

La palabra adoptar implica admitir o aceptar, Además es esencial destacar que la coexistencia entre el adoptado y el adoptante bajo un mismo techo y que los vínculos afectivos no se definen únicamente por los vínculos de sangre, sino que también se pueden definir por una relación armoniosa entre sus miembros.

Nuestra legislación nos describe la clase de personas que pueden iniciar trámites de adopción, la cual (la institución de la adopción) tiene como fin la protección de la familia, de la sociedad, y especialmente el interés superior del niño y/o niña, y del adolescente.

El Código de Familia define quienes pueden adoptar en forma conjunta o individual, y establece los requisitos y las prohibiciones que todo adoptante debe cumplir, así como también determina las diferencias de edades que debe de existir entre el adoptante y el adoptado.

La adopción conjunta que describe el Art. 181 del Código de Familia, es exclusiva para matrimonios con un hogar estable, este requisito de estabilidad en el hogar no garantiza al niño o niña que tendrán un verdadero hogar, por lo que en el Art. 168 del Código de Familia prescribe que será el juez quien decretará la sentencia para que el menor de edad sea dado en adopción, así como también investigará otras pruebas.

Es así como se puede tener casi la seguridad de que el niño o niña que sea adoptado, tenga la garantía de obtener la familia que se preocupará por su bienestar psicológico, físico, intelectual, su salud y que tenga una identidad que le permita desarrollarse adecuadamente en su infancia y luego en su edad adulta, como parte de una familia y de una sociedad.

Parentesco adoptivo es el que crea la adopción. Puede tener alcance diverso según que se trate de adopción simple o plena.

La adopción reviste dos tipos: **La adopción plena** surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza, y generalmente el adoptante tiene que reunir unos requisitos más exigentes que en **la adopción simple**, donde no existe sustitución automática de apellidos ni el hijo adoptado ocupa un lugar similar en el orden de sucesión testamentaria con los hijos naturales.

## 2.2. Concepto de Adopción Internacional

Debido a la interacción de diversos factores a nivel mundial, toma gran auge en los últimos tiempos, la que se denomina adopción internacional, la cual podría definirse de la siguiente manera: “es una medida de protección de menores, que, encontrándose en situación de abandono en un país en vías de desarrollo o en crisis, les facilita la integración en una familia de un país desarrollado que pueda ofrecerles un entorno adecuado para su desarrollo como seres humanos”<sup>17</sup>

## 2.3. Concepto De Familia

La familia, se organiza y estructura como familia nuclear y familia extensa, abarca también otras formas particulares que se dan en nuestra sociedad, beneficiando a un mayor número de personas, ya que, se puede constituir familia, por matrimonio o fuera de él.

En sentido amplio se incluye en el término familia a los padres y a todos los parientes ya lo sean por consanguinidad, afinidad o adopción, sin que tenga importancia el hecho de si viven o no y cuan remoto es el vínculo que los une<sup>18</sup>.

Etimológicamente la familia proviene de la voz latina Famulía, la cual deriva de Famulus, que a su vez procede del osco Famel, que significa siervo y, mas remotamente, del Sascrito Vama, hogar o habitación, significando por

---

<sup>17</sup> Sariego Morillo, José Luís: Ob. Cit. Pág., 22

<sup>18</sup> Guatama Fonseca: “CURSO DE DERECHO DE FAMILIA”, imprenta Universitaria, s/año, s/adición, Pág. 1.

consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.

La conservación y la reproducción humana, son los instintos básicos que impulsan al hombre a convivir, al satisfacer o cumplir con el instinto de reproducción, hombre y mujer crean una familia, pues de la unión sexual surge la procreación de los hijos, por ello los factores biológicos que intervienen en la creación de la familia son: la unión sexual y la procreación.

Según Eduardo A. Zannoni: “La familia ante todo es una institución social, en su concepción moderna puede definirse como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación, dicho en otros términos la familia es la constitución del objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de cultura”. La familia es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocas emergentes de la unión sexual y la procreación.

#### **2.4. Concepto De Filiación**

Según Somarriva, la filiación es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra, es decir, es la relación existente entre padre e hijo<sup>19</sup>.

La filiación adoptiva no supone ni la procreación ni el matrimonio, ya que es el producto de una convención o acto jurídico que se celebra entre adoptante

---

<sup>19</sup> Somarriva Undurraga, Manuel: “CURSO DE DERECHO DE FAMILIA”, edit. Nascimento, S.A., Santiago, Chile, 1946.



y adoptado, con lo que el legislador, ha querido dar una familia a quien carece de ella y un hijo a quien la naturaleza se lo ha negado<sup>20</sup>.

## **2.5. Clases de adopción**

Al definir la institución de la adopción, surge la necesidad de aportar mayores elementos refiriendo las distintas clases de adopción mayormente conocidas por la doctrina y en la legislación internacional, entre las cuales se puede destacar la clasificación que distingue a la adopción en cuanto a sus efectos con relación a la filiación.

### **2.5.1. Adopción simple**

D'Antonio define la adopción simple como la adopción que genera un vínculo de parentesco solamente entre el adoptado y sus padres adoptantes, o sea, no se genera relación con los parientes del adoptante, por lo que el adoptado conserva su filiación de origen y con ello sus padres de sangre conservan la patria potestad quedando esta suspendida, pudiendo recuperarla, incluso si se revoca la adopción, lo cual es característica esencial de este tipo adoptivo.

Como se trata de un vínculo que no se reconoce origen natural y que resulta solo de una creación de derecho, es lógico que se admita la renuncia al estado adoptivo.

Partiendo de este concepto se puede observar, que este tipo de adopción, al crear únicamente un vínculo entre el adoptado con el adoptante, y ser permitida su fácil revocación, no reúne los principios generalmente aceptados

---

<sup>20</sup> Ob. Cit.

para la adopción, como lo es el principio del interés superior del menor, ya que no le da al menor una estabilidad familiar,

Otro concepto de la adopción simple es: “El adoptado queda bajo la autoridad parental de sus adoptantes, pero no se desprende de su familia consanguínea, conservando sus derechos naturales dentro de ella, o sea, el adoptante no adquiere el derecho a heredar a su adoptado. Este tipo de adopción persigue más que el beneficio y la protección del adoptado, el beneficio y los intereses del adoptante”<sup>21</sup>.

Actualmente, en la legislación de nuestro país, este tipo de adopción no es aplicable, pues se considera, que va en contra de los principios básicos que actualmente se aplican en caso de la adopción internacional.

### **2.5.2. Adopción plena**

En la adopción plena, desaparece el vínculo de origen del menor, la intención de la ley en estos casos es terminar con su verdadera filiación, creando para su reemplazo el vínculo adoptivo, que une al adoptado con el adoptante y los parientes de este, con la calidad de un hijo legítimo del adoptante.

Por esas razones, este tipo de adopción es esencialmente irrevocable, y sus efectos son básicamente terminar los vínculos del adoptado con su familia biológica, nace entre el adoptado y sus adoptantes los mismos derechos y obligaciones que la filiación legítima y es irrevocable.

---

<sup>21</sup> Delgado Hernández, y otros: Ob. Cit. Pág. 8-9.

Con esta clase de adopción se proporciona al menor una nueva familia que sustituya totalmente a la consanguínea, con las que se extingue todos los derechos y deberes, rompiéndose cualquier tipo de discriminación legal, entre el hijo adoptivo y el consanguíneo. Así mismo se considera que “es una forma total de asimilar al adoptado en la familia del adoptante, pues el adoptado rompe los vínculos que posee con su familia consanguínea”<sup>22</sup>

Esta clase de adopción es la que tiene aplicación en nuestra legislación, tal y como se observa en el artículo 167 del Código de Familia, en el cual se establecen los efectos de la adopción plena, contemplando de igual manera, la igualdad jurídica de los menores, frente a la ley.

## **2.6. Teorías sobre la adopción**

La naturaleza jurídica de la adopción ha variado con el tiempo, pudiéndose señalar en la actualidad las siguientes teorías:

### **2.6.1. Teoría Contractual**

**La Contractual:** que deja a la voluntad, de las partes su formulación. Planiol y Ripert, Colin y Capitant la definen como un “Contrato Solemne” concluido entre el adoptante y el adoptado. Prima en esta concepción el espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades del consentimiento, y el concepto que dominó la estructura familiar, de los “Derechos poderes” el interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia, del menor.

---

<sup>22</sup> Delgado Hernández, Mirra, Ob. Cit. Pág. 7.

La Teoría del Acto Condición, “Considerada así por autores como Julio Armando, Doldo Tristtan Narvaja, Héctor Lafaile, Julián, quienes señalan a la adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de la adopción.

### **2.6.2. Teoría de la Institución**

**La Teoría de la institución:** Para unos de Derecho Privado, para otros de derecho de familia, o se une con los derechos de menores. Los primeros señalan que es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la sentencia del juez, en virtud al cual se establece entre dos personas una relación análoga la que surge de la filiación matrimonial Análoga, más no igual por tener características singulares.

Los segundos indican que el vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia, y los terceros preconizan que la adopción es una Institución del Derecho de Menores que tiende a fines eminentemente de protección de los niños menores.

La adopción es entendida así como la institución jurídica solemne y de orden público, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación.

El abandono de niños y niñas ha tenido diversas causas en nuestra sociedad, entre las que podemos mencionar: De orden social, familiar, económico, etc., entre las cuales tenemos como causa principales:

## 2.7. Causas Del Abandono Del Niño Y Adolescente

Entre las causas para que el niño y el adolescente estén en estado de abandono cabe mencionar algunas de ellas:

**a) Menores Víctimas de Guerra:** La violencia política y los conflictos armados en algunos países de Centro América y Sur América en las últimas décadas han causado un número enorme de víctimas. Las guerras llevadas a cabo entre grupos insurgentes, paramilitares y fuerzas armadas además de dejar una gran cantidad de heridos y muertos, han arrastrado a miles de niños al combate han destruido familias, han agudizado la pobreza, han forzado al desplazamiento interno o al refugio internacional.

Las guerras silenciosas siguen afectando en Colombia y han afectado en muchos otros países de Latinoamérica, a las familias las mismas que se han desplazado a las ciudades formando asentamientos humanos con una pobreza extrema y gran cantidad de niños han perdido sus padres y familiares cercanos quedando abandonados con una situación socio afectiva lamentable.

**b) Menores Víctimas de Maltrato:** El menor que sufre en forma ocasional o habitual actos de violencia física y sexual o emocional tanto por parte del grupo familiar, como por parte de terceros va a ser una causa para abandonar su familia.

**c) La Pobreza Crítica:** La pobreza crítica de los padres hace que abandonen a sus hijos, por falta de alimentos vestido, vivienda y no poder dar salud. La pobreza crítica es por falta de trabajo para muchos.

**d) Menores Víctimas de la Violencia Armada:** Esta categoría está conformada por todos los menores que producto de la violencia armada vivió el país: Han perdido por muerte, desaparición a uno o ambos padres o familiares cercanos, estas personas ya sean subversivos o personal de las fuerzas armadas y policiales.

Tienen a sus padres encarcelados porque realizaron actividades subversivas o por que cometieron algún error en sus funciones policiales por lo tanto sus hijos están en estado de abandono.

En esta categoría también se encuentra a aquellos menores que han sido llevados para participar en la subversión directamente.

**e) Menores víctimas de desastres naturales o ecológicos:** En esta categoría se incluye los menores heridos, huérfanos, desplazados y en general afectados por catástrofes naturales tales como inundaciones, sequía, acción volcánica o terremoto y desastres ecológicos.

Entre las doctrinas que existen en torno a la adopción en niños y adolescentes podemos mencionar dos, las cuales son la de la situación irregular y la de la protección integral.

## **2.8. Doctrinas actuales referentes al niño y adolescentes**

Actualmente existen 2 teorías o doctrinas referentes al menor: una es la denominada de la situación irregular y otra de la protección integral. Ambas doctrinas tienen un objetivo común y es de la protección integral del niño para lograr su pleno desarrollo y sus más claras potencialidades para

convertirse en un sujeto que permita una contribución eficiente de una sociedad en democracia, libertad, justicia, igualdad.

### **2.8.1. Doctrina de la situación irregular**

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

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

La protección también comprende a la familia a esa familia nuclear, formada por padres y por hijos. Protege al niño en edad pre-escolar, en edad escolar, en el trabajo del denominado Juez de Menores y Tribunal de Apelación de Menores, establece un fuero especial cuyo objetivo fundamental es emitir las resoluciones teniendo en consideración el interés superior del niño.

Este interés superior del niño no solamente se refiere según esta doctrina, a la resolución judicial sino también a la administrativa de cualquier orden.

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

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

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

### **2.8.2. Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas**

Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas personas en desarrollo, le reconoce también las libertades está como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos.



En materia penal se considera infractor penal al adolescente y trasgresor penal al niño, para el primero habrá medidas socioeducativas, para el segundo medidas de protección pero ¿qué se protege? Se protege en que el infractor penal ha de ser juzgado con las garantías que la ley señala.

No podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la ley penal es decir se sigue el principio “no hay pena sin delito” se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, el poder ser informado de su detención, el informársele a los padres al no estar, conjuntamente con adultos, etc. la doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos.

Los representantes más conocidos de esta doctrina son los doctores Emilio García Méndez, Alejandro Barata, Elías Carranza, Antonio Amaral Da Silva. Ambas doctrinas apuntan a un mismo objetivo, la protección integral sobre la base del interés, superior del niño, pero que este sea una realidad no simplemente deben desarrollarse las políticas, los programas, las acciones lo que la convención y el código manden.

## **2.9. Adopción Internacional.**

El impulso de la adopción internacional en Europa se sitúa a partir de los años 70, debido por una parte, como ya he señalado, al desequilibrio demográfico y socio-económico del mundo actual y principalmente al descenso de adopciones nacionales, consecuencia entre otros factores de la disminución de los hijos no deseados y abandonados y el desarrollo creciente de recursos de apoyo familiar.

Debido a la interacción de diversos factores a nivel mundial, toma gran auge en los últimos tiempos, la que se denomina adopción internacional, la cual podría definirse de la siguiente manera: “es una medida de protección de menores, que, encontrándose en situación de abandono en un país en vías de desarrollo o en crisis, les facilita la integración en una familia de un país desarrollado que pueda ofrecerles un entorno adecuado para su desarrollo como seres humanos”<sup>23</sup>.

A partir de ello puede decirse que la adopción por extranjeros o adopción internacional, es aquella por la cual el menor no puede encontrar familia en su país de origen, y los padres adoptantes son extranjeros o tratados como tales, teniendo su residencia habitual fuera del territorio nacional. La adopción internacional se configura cuando los padres adoptantes son extranjeros y tiene su residencia fuera del territorio nacional y el adoptado su residencia dentro del territorio nacional.

Es en este tipo de adopción en donde el menor podría presentar algunos problemas de inadaptación, ya que se encontrará con una cultura diferente, un idioma distinto, entre otros, y es por ello que, la autoridad competente debe buscar las mejores posibilidades de colocación del menor en su país de origen, de no encontrarse dicha posibilidad, se buscará una adopción internacional.

---

<sup>23</sup> Sariego Morillo, José Luís: “**GUÍA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL**”, edit., Tecnos, Madrid, España, 2000, Pág., 22

## **CAPITULO 3: MARCO LEGAL APLICABLE A LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN EL SALVADOR**

### **3.1. Normativa Constitucional**

La Constitución en su **Art. 32** determina que “la Familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictara la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”

**Art. 33.-** “la ley regulara las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre si y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creara las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulara asimismo las relaciones familiares de la unión estable de un varón y una mujer”.

**Art. 34.-** “Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, por lo cual tendrá la protección del Estado. La Ley determinará los deberes del Estado y creara las Instituciones para la protección de la maternidad y la infancia”

**Art. 35.-** El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de estos a la educación y a la asistencia: La conducta antisocial de los menores que constituyan delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”.

**Art. 36.-** Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a sus

hijos protección, asistencia, educación y seguridad. No se consignara en las actas del Régimen Civil ningún calificativo sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres.

Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La Ley secundaria regulará esta materia. La Ley determinará las formas de investigar y establecer la paternidad.

### **3.2. Normativa Internacional**

#### **a) Declaración De Ginebra**

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

Cuando estalló la segunda guerra mundial en 1939 las declaraciones se convirtieron en un simple papel sin valor. La declaración de Ginebra consta de 5 puntos. Ellos son los siguientes:

1. El niño debe ser colocado en condiciones de desarrollarse de una manera normal, física y espiritualmente.
2. El niño hambriento debe ser alimentado, el enfermo debe ser asistido, el retrasado debe ser estimulado, el extraviado debe ser conducido, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
3. El niño debe recibir el apoyo en época de calamidad.

4. El niño debe ser dotado de medios con que ganarse la vida; debe ser protegido contra la explotación.
5. El niño debe ser educado y sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.

### **b) Declaraciones De Los Derechos Humanos**

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

### **c) Declaración De Los Derechos Del Niño**

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

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

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

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

**Principio III:** El niño tiene el derecho desde su nacimiento a su nombre y a una nacionalidad.

**Principio IV:** El niño debe gozar de beneficios de la seguridad social, tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, la madre y el recibirán cuidados especiales, incluso prenatal y postnatal.

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

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

**Principio VII:** El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita, obligatoria por lo menos en etapas elementales.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones para lograr el fin perseguido.

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

**Principio IX:** El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono crueldad y explotación.

No se le permitirá al niño trabajar antes de una edad adecuada.

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

**d) Declaraciones de Oportunidades del Niño, formulada en Washington en el Año de 1942**

**LA VIDA DE FAMILIA**

**OPORTUNIDADES:** Para que cada niño pueda crecer rodeado de cariño y con la disciplina indulgente con la vida familiar se debe adoptar las siguientes medidas.

Todos los niños deberán vivir en el seno de la familia cuyo nivel de vida sea adecuado y disfrute de una situación económica estable.

El Estado debe tomar las medidas necesarias para asegurar la estabilidad económica de la familia.

El Estado debe procurar que los niños que no tienen hogar, deban crecer en un ambiente adecuado.

Solo cuando no es posible cuidar a los niños en un ambiente familiar se le colocará en un asilo.

### **HORAS LIBRES**

**OPORTUNIDAD:** Para que el niño pueda hacer uso de sus facultades creadoras en sus horas libres, se debe fomentar el buen aprovechamiento de las horas libres.

### **CIUDADANÍA**

**OPORTUNIDAD:** Para que el niño se pueda incorporar a la vida de la colectividad.

Con este propósito en mente es necesario estimular la conciencia del Niño para que se de cuenta de su obligación de contribuir al progreso de la comunidad y prepararlos para las responsabilidades de la ciudadanía y que se de cuenta que los derechos disfrutados es democracia.

**OPORTUNIDAD:** Para que el niño pueda tener parte en las actividades que conviertan las materias primas de la vida humana en creaciones de utilidad o de belleza como artista o en la fábrica, como miembro de las instituciones organizadas para el mejoramiento social.

La indigencia de la madre no podía ser motivada para separarlos por completo de su hijo, el Estado deberá proporcionarle un subsidio o pensión mientras se resuelva su situación.

**OPORTUNIDAD:** Para que cada niño pueda obtener los alimentos esenciales de una vida sana y correcta: alimento nutritivo, recreo saludable



suficiente descanso, para un buen desarrollo físico, emocional e intelectual y también para los que le rodeen, se requiere lo siguiente:

- Alimentación adecuada.
- Vigilancia regular, médica psicológica.
- Recreación experimentalmente dirigida.
- Descanso suficiente y reparación.
- Orientación de la personalidad en todos sus aspectos y manifestaciones.
- Preparación para la vida colectiva.

## **EDUCACIÓN**

**OPORTUNIDAD:** Para que el niño pueda determinar cuales son sus aptitudes especiales debe recibir una solución de acuerdo con su edad y capacidad mental.

Orientación de las vacaciones del niño.

Organización apropiada de la educación intelectual, física, espiritual y cultural.

## **PERSONALIDAD Y TRABAJO**

**OPORTUNIDAD:** Para que cada niño aprenda a asumir responsabilidades y tenerlas en la vida de la colectividad.

Con este propósito en mente es necesario crear trabajo de acuerdo a su edad, tales como:

Enseñar al niño a dominarse en su vida de manera que pueda asumir la debida responsabilidad a cualquier edad.

Fomentar leyes sobre el trabajo, que fijen edad mínima para que puedan dedicarse a ocupaciones de seis horas. Máximo.

### **e) La Convención Sobre Los Derechos del Niño**

El 20 de noviembre de 1989, en su cuadragésima cuarta asamblea de las naciones unidas se aprobó la convención sobre los derechos del niño.

El Perú suscribió la Convención pre citada el 26 de enero de 1990 la misma que fue aprobada, mediante resolución legislativa N° 22278, el 3 de agosto del mismo año por el Congreso de la República en cumplimiento de la facultad que le confiere los Inc. 1 y 3 del Art. 186 de la Constitución Política del Perú.

La convención sobre los derechos del niño entro en vigencia el 2 de septiembre de 1990, tras su necesaria ratificación por 20 Estados.

Los Estados se encuentran preocupados por la protección integral del niño, no olvidemos que a pesar de los adelantos científicos que realiza el hombre, en muchos países del mundo muere cada hora de cada día muchos niños por falta de alimento, de abrigo, de cuidado o son marginados, olvidados no quieren recordar que han sido niños ni de las sabias enseñanzas de Jesús “Dejad que los niños vengan a mi porque de ellos es el reino de los cielos”.

En el artículo 21 de la Convención sobre los derechos del niño esta considerado la adopción.

Los Estados que reconocen y/o permiten el sistema de adopción, cuidaran de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y, velará

porque la adopción del niño solo sea autorizado por las autoridades competentes.

Reconocerán que la adopción por personas que vivan en otros países pueda ser considerado como otro medio de cuidar del niño en el caso de que este no puede ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no puede ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

Velarán por que el niño objeto de adopción en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto a la adopción por personas que residan en el país.

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

### **3.2.1. Convenio de Cooperación y a la Protección del Niño en materia de Adopción Internacional**

**Artículo 1:** El presente Convenio tiene por objeto:

- a)** establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional;
- b)** instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c)** asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

**Artículo 4:** Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

- a) han establecido que el niño es adoptable;
- b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;
- c) se han asegurado de que
  1. las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción 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,
  2. tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
  3. los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y
  4. el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y
- d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,
  1. ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,
  2. se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,

3. el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
4. el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

**Artículo 28:** El Convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción.

**Artículo 29:** No habrá contacto alguno entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones de los art. 4, apartados a) a c) y del artículo 5, apartado a), salvo cuando la adopción del niño tenga lugar entre familiares o salvo que se cumplan las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen.

## 1. Leyes secundarias

El Código de Familia establece en el **Art. 166**, dos clases de adopción, una que puede otorgarse en forma conjunta y la otra que se puede otorgar en forma individual. Estableciendo que la adopción conjunta es la que se decreta exclusivamente a solicitud de ambos cónyuges; y la individual cuando el adoptante es solamente una persona.

**Art. 183.-** El adoptante individual casado necesita del asentimiento de su cónyuge para adoptar a un menor de edad. Entre los efectos jurídicos que la adopción produce se pueden mencionar: que pone fin a la autoridad parental

o a la tutela si fuere el caso, así como también al cuidado personal en caso de ser menor de edad; por otra parte, confiere a los adoptantes la autoridad parental del adoptado.

Las legislaciones establecen unos requisitos mínimos para poder adoptar, entre los cuales son comunes:

- Una edad mínima del adoptante que suele superar la de la mayoría de edad y, en ocasiones, una edad máxima.
- Plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles.
- No ser tutor en ejercicio del adoptado.

#### **Regulaciones de otros países:**

- ❖ **Argentina:** La adopción se encuentra regulada en la ley nacional 24.779, aunque dado el carácter federal del país, las metodologías y especialmente los procesos previos a la adopción y de otorgamiento de la guarda difieren en las distintas jurisdicciones provinciales.
- ❖ **Chile:** Esta figura jurídica se encuentra regulada en la Ley 19.620 sobre Adopción de Menores, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de agosto de 1999.
- ❖ **Perú:** El Título II del Código de los Niños y Adolescentes (artículos 115 a 135) define y regula las adopciones.
- ❖ **España:** A partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, es cuando en España produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración

familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

Las familias que desean adoptar a nivel nacional deben presentar su correspondiente solicitud, a los Servicios de Protección de Menores, posteriormente pasaran a una lista de espera para su valoración. El proceso de valoración se lleva a cabo mediante una serie de entrevistas, visitas domiciliarias y presentación de documentación. Las autoridades estudiarán los citados informes hasta que decidan conceder o rechazar la idoneidad de los solicitantes.

Una vez valorados y reconocidos como idóneos para la adopción, pasarán a una lista de selección, a los efectos de proponer la asignación de un menor, formalizándose el Acogimiento Familiar preadoptivo (pudiendo ser este administrativo o judicial). Se inicia el procedimiento de acoplamiento del menor en el domicilio familiar y posteriormente se presenta la propuesta de adopción por la entidad pública. El juez, previa valoración de la documentación e informe del fiscal, dictará auto de adopción y finalmente se realizará la inscripción en el Registro Civil, a los efectos de modificar los apellidos.

De conformidad con el art. 175 del Código Civil, los adoptantes deben reunir los siguientes requisitos:

- Ser mayores de 25 años (basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad).
- Que la diferencia máxima de edad entre adoptado y adoptante no sea superior a 40 años (se hace la media de edad en caso de pareja).
- Haber presentado la correspondiente solicitud en el Registro de Adopciones.
- Poseer unas condiciones psico-pedagógicas y socio-económicas mínimas como pueden ser: Que el medio familiar reúna las condiciones adecuadas para la atención del menor respecto a su salud física y psíquica (situación · Socio-económica, habitabilidad de la vivienda, disponibilidad de tiempo mínimo para su educación).
- En el caso de cónyuges o personas que convivan habitualmente de hecho, que exista una relación estable y positiva. (Se valora convivencia mínima de 2 años).
- Que existan motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción.
- Que exista voluntad compartida por parte de ambos en el caso de ser cónyuges o parejas de hecho.
- Que exista aptitud básica para la educación de un niño.

Será negativo que los solicitantes condicionen la adopción a las características físicas, al sexo o a la procedencia socio-familiar de los menores, así como la ocultación o falseamiento de datos relevantes para la valoración por parte de los solicitantes.

- ❖ **República Dominicana:** República Dominicana maneja a través de instituciones gubernamentales facultadas por la ley 136-03 todo lo relacionado con las Adopciones Internacionales. Buscando siempre a



través de las mismas garantizar todo lo mejor para el o la menor adoptado en primer lugar. y en segundo lugar, que los padres adoptantes logren un proceso de adopción que les garanticen otorgar a su nuevo hijo todas las prerrogativas que la ley le confiere como si fuera este un hijo engendrado por estos. Carácter de las Adopciones Internacionales

Los Ciudadanos extranjeros pueden adoptar menores en la República Dominicana, bajo las mismas condiciones previstas para los nacionales dominicanos. Estas son de carácter privilegiado o plenas. A través de esta facultad el niño(a) adoptado ve extinguirse todo parentesco con sus padres o familia biológica, y a su vez los efectos jurídicos con estos.

Las adopciones Internacionales en República Dominicana son de carácter irrevocables ya que el niño(a) obtiene a través de esta un nexo jurídico directo con los padres adoptantes, que le confiere los mismos derechos que son adquiridos por los hijos biológicos incluyendo su nacionalidad.

Las Adopciones Internacionales se dividen en dos etapas. La primera Administrativa, desarrollada por el departamento de adopciones del Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia (CONANI) entidad gubernamental. La segunda parte del proceso es la Administrativa Judicial, cuya entidad responsable es el tribunal de niños niñas y adolescentes de la República.

## **CAPITULO 4: ANÁLISIS DEL CONVENIO DE LA HAYA Y SU INFLUENCIA EN EL SALVADOR**

### **4.1. Proceso de discusión y aprobación.**

En la actualidad, por la aplicación de la adopción internacional, los Estados están claramente definidos entre Estados de origen y Estados de recepción, o sea los Estados de donde provienen los menores y los Estados de donde provienen los futuros padres y que recibirán a dichos menores. Dicha práctica ha generado dos bloques alrededor del tema, cada cual con sus propios intereses, preocupaciones y visiones del mismo.

Por un lado, los países de origen, preocupados por el destino de sus niños y niñas, en momentos en los cuales se hablaba no solo de adopciones fraudulentas sino hasta de tráfico de órganos y de las presiones de la opinión pública interna de cada uno de los países afectados por este fenómeno.

Esto justificaba el interés de dichos Estados por conocer mas a fondo a los futuros padres, aún y cuando estos hubiesen sido debidamente preseleccionados, así se pensaba en dar seguimiento por parte de los países de origen a los niños en el seno de su nueva familia o, como algunos lo tienen regulado, el obligar a los futuros padres a convivir con el menor por algún tiempo antes de autorizar la adopción<sup>24</sup>.

Por otro lado, las inquietudes de los países de recepción que se negaban a los controles de fuera, reclamando confianza en sus decisiones, les preocupaba los procesos prolongados y los costos de las adopciones y

---

<sup>24</sup> Sole Alamarja, Eduar, Ob. Cit. pag. 25.-

reclamaban además que los menores fueran ampliamente investigados para garantizar el nuevo vínculo y evitar problemas posteriores.

Con este contexto, se dio inicio la discusión de un instrumento internacional que permitiera la incorporación de las diferentes corrientes y que sobretodo garantizara un proceso de adopción ágil, transparente, aplicando el interés superior del menor<sup>25</sup>.

Con la participación de los diferentes Estados, bajo la perspectiva de que la adopción internacional es una medida subsidiaria y que por ello habría que privilegiar las alternativas familiares y nacionales. La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, organismo de las Naciones Unidas, fue la entidad responsable de conducir el proceso de discusión y elaboración, lo que culminó con la aprobación del Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de adopción internacional en la Haya el 29 de mayo de 1993<sup>26</sup>.

#### **4.2. Principios fundantes del Convenio de la Haya.**

Los principios establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y muy especialmente el interés superior del menor que regula el artículo 1 de dicha Convención, son corregidos por el Convenio de La Haya como un eje básico de todo el proceso de adopción internacional.

---

<sup>25</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luís, y Carrascosa González, Javier: “**DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL**” en colección “El Derecho de la globalización”. J, Colex, 2ª edic., Madrid, 2004. Pág. 324.-

<sup>26</sup> Adam Muñoz, Maria-García Cano, Sandra, Ob. Cit. Pág. 162.-

#### **4.2.1. Principio de Subsidiariedad de la adopción.**

El principio de subsidiariedad de la adopción es uno de los principios del Convenio de La Haya, en el cual se ve mas clara la influencia del interés superior del menor, se determina que la primera opción para los menores, será crecer con sus propios padres, de tal suerte que si las funciones propias de la patria potestad se están desempeñando con normalidad por los padres, no cabe la adopción, pero cuando estas obligaciones han sido incumplidas, debe buscarse la posibilidad de que su propia familia de origen se quede con el menor. A falta de estas opciones debe buscarse la Adopción Nacional<sup>27</sup>.

#### **4.2.2. Principio de Subsidiariedad de la adopción internacional.**

Cuando ya no hay otra opción nacional, porque no es posible con su familia, o porque el menor no puede ser colocado en un hogar sustituto o en un hogar adoptivo nacional, procede la adopción internacional. Con esta restricción se disminuyen los riesgos de tráfico internacional de menores<sup>28</sup>.

#### **4.2.3. Principio de autoridad competente.**

Para garantizar el respeto al interés superior del menor, solo las autoridades estatales debidamente autorizadas, por causas de necesidad, pueden decretar la separación de un menor de sus padres naturales, de lo contrario se preferirá mantenerlo con ellos o con la familia extensa<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Delgado Hernández, Mirra, Ob. Cit. Pág.. 10.-

<sup>28</sup> Adam Muñoz, Maria, Ob. Cit. Pág.. 152

<sup>29</sup> Bautista Bayona, Ob. Cit. Pág.. 10.-

#### **4.2.4. Principio de la prohibición de beneficios financieros indebidos.**

Lo que el Convenio busca es evitar que la adopción se convierta en un negocio<sup>30</sup>, y que los costos de la misma se circunscriban a los gastos estrictamente necesarios. En ese sentido, debería estar prohibido cualquier tipo de beneficios, sean debidos o no, porque lo que se toma en cuenta en este sentido es la parte lucrativa de la adopción.

#### **4.2.5. Principio relativo a los requisitos para la constitución de la adopción.**

La Convención establece distintos requisitos para que las adopciones puedan admitirse, como para decidir admitir cualquier adopción es necesario contar con toda la información fidedigna necesaria sobre la situación jurídica del menor en relación con sus padres, parientes. De que los consentimientos hayan sido dados debidamente informados sobre sus implicaciones y de que al menor en caso de poder expresarse en función de su edad y madurez, sea escuchado sobre su futuro.

#### **4.2.6. Principio de equivalencia de garantías y de cooperación.**

Por este principio se exige que en las legislaciones nacionales y procedimientos, existan condiciones mínimas comunes sobre los cuales se desarrolle la adopción, como las garantías para la obtención de los consentimientos, la declaración de adaptabilidad, entre otras.

---

<sup>30</sup> Esquivias Jaramillo, José Ignacio: “**ADOPCIÓN INTERNACIONAL**”, Edit. Colex, Madrid, 1998, Pág. 99.-

Tal como lo establece en la “Guía para la Aplicación del Convenio de La Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”<sup>31</sup>, que el Convenio tiene un sistema de garantías y un mecanismo de cooperación entre las autoridades centrales, que se aplican a las adopciones que se realizan entre los Estados miembros del mismo, señalando que estas garantías pretenden:

a) Prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños a través del sistema de cooperación entre países;

b) Desarrollar un sistema de cooperación basado en la distribución de responsabilidades entre las autoridades centrales de los Estados de origen y de recepción, con el objeto de garantizar todo el procedimiento y muy especialmente los extremos más delicados, como son la adaptabilidad del niño, consentimientos necesarios, en su caso, así como la idoneidad de los adoptantes.

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

c) Garantizar, mediante el procedimiento regulado, que la salida de un niño de un país se realice con la seguridad de que no existirán problemas de entrada y residencia definitiva en el país receptor;

---

<sup>31</sup> Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales. Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia: “**ADOPCIÓN DE NIÑOS DE ORIGEN EXTRANJERO**”, Guía para solicitantes de adopción, 2ª Edic. actualizada, Madrid, 1999. Pág. 8-9.-

**d)** Establecer un control sobre la obtención de beneficios indebidos;

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

Es importante resaltar que el Convenio parte de un enfoque pragmático, por el tipo de representantes que asistieron a las discusiones del mismo, lo que ha permitido que la publicación de la adopción internacional<sup>32</sup> haya sido relativamente posible en los países que la han aplicado.

Partiendo de este objetivo se puede decir que la Convención, además de la característica propia de la influencia evidente de la Convención de los Derechos de Niño y muy especialmente del principio del interés superior del menor, que la misma tiene otras peculiaridades:

➤ El Convenio de La Haya tiene como uno de sus aspectos más relevantes el enfoque multilateral del mismo, lo cual le da posibilidades de utilidad mayor en la práctica de la adopción internacional y especialmente permite mayor aceptación de las adopciones bajo este Convenio, no obstante las diferencias en las legislaciones internas, evitando así las adopciones claudicantes, es decir, válidas en un país y nulas o con efectos diferentes en otros<sup>33</sup>.

➤ El Convenio ha establecido un sistema privilegiado de reconocimiento de las adopciones llevadas a cabo bajo sus procedimientos en un Estado miembro, las cuales son reconocidas de pleno derecho por los demás Estados parte, sin que deban celebrarse otras diligencias para que sea eficaz

---

<sup>32</sup> Calvo Caravaca, Alfonso-Carrascosa González, Javier: Ob. Cit. Pág. 12. -

<sup>33</sup> Adam Muñoz, María-García Cano, Sandra: Ob. Cit. Pág. 149. -

extraterritorialmente, dicho de otra forma se garantiza la continuidad en el espacio, en todos los Estados contratantes<sup>34</sup>.

Un instrumento logrado por el Convenio de La Haya es que el mismo está centrado en la cooperación de autoridades, lo cual permite la facilitación de los fines, especialmente entre los países de origen y de recepción, ya que se puede decir, se ha logrado el respeto de las garantías propias del Convenio y se ha ayudado a disminuir los abusos que se dan en las adopciones internacionales<sup>35</sup>.

Tratándose El Convenio de La Haya de un tratado marco, su regulación se basa en condiciones mínimas que deben de llenar las adopciones para poder tener valor en otros Estados, es decir, que el Convenio da líneas generales de actuación y de organización institucional. Esto obliga a que los Estados partes deben de adecuar o modificar su organización, sus procedimientos y su legislación a los principios rectores del Convenio.

Para la aplicación práctica del Convenio de La Haya se requiere que cada uno de los Estados contratantes promulgue normas que desarrollen las disposiciones convencionales relativas a la organización institucional que propone y a las distintas fases que forman el proceso de instrucción convencional. Esta figura debe obligar a los Estados a revisar continuamente sus procedimientos en base a la práctica misma del Convenio que los Estados miembros, en reuniones conjuntas puedan recomendar.

### **4.3. Contenido del Convenio de la Haya.**

---

<sup>34</sup> Calzadilla Medina, Maria: Ob. Cit. Pág. 226.-

<sup>35</sup> Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Ob. Cit. Pág. 11.-



#### **4.3.1. Finalidad.**

Para describir la finalidad del contenido del Convenio, es relevante analizar que desde los considerandos del mismo, se parte de reconocer el derecho de los menores a una familia, que les permita el desarrollo armónico de su personalidad, en un clima de felicidad, amor y comprensión, recordando de que es obligación del Estado, tomar las medidas apropiadas para propiciar que esa familia sea la de origen, reconociendo además, que esa intención también se puede lograr mediante la adopción internacional, en la medida en que no se pueda encontrar una familia adecuada en el país de origen.

Para tal efecto declararon los Estados constituyentes era necesario adoptar medidas y establecer disposiciones comunes para garantizar que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y respeto a sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o tráfico de niños.

El Convenio establece en su artículo 1 que serán al menos tres sus finalidades más importantes:

**A.** Buscar que las adopciones internacionales que se den bajo sus procedimientos, se respeten los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a favor de los menores y en atención a su interés superior, lo que implica en principio, un reconocimiento a tales instrumentos y su contenido por parte de los Estados miembros, que los adoptan y admiten introducir en sus ordenamientos internos.

**B.** Por el Convenio se busca establecer un sistema de cooperación entre los Estados partes con la figura de las autoridades

centrales y de otros entes de cooperación, el cual debe servir para que asegure que las garantías establecidas en el mismo. Basadas en principios del derecho internacional de los menores, se cumplan tal como los mismos Estados establecieron. Con lo cual se estaría previniendo la sustracción, venta y tráfico de niños y niñas, que es un objetivo adicional planteado.

**C.** El Convenio busca un reconocimiento pleno, al menos de los Estados parte del mismo, de las adopciones realizadas bajo sus procedimientos. Esto es una de las finalidades más ambiciosas pero que con ella, se le da un impulso determinante, ya que permite completar los procesos que se inician en el país de origen y terminan en el de recepción, evitando las adopciones claudicantes, que al menos hasta la fecha de aprobación del Convenio, generaban problemas en el traslado de los niños a otro país.

#### **4.3.2. Cooperación Internacional.**

El Convenio se basa en un modelo de cooperación internacional, entre Estados, especialmente entre autoridades, lo cual significa, que se establece un mecanismo de comunicación entre las mismas, sean estas judiciales o administrativas.

Esto es un claro progreso en el rol de las autoridades centrales, en el marco de la aplicación de diferentes convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, ya que actualmente no solo actúan como meros receptores y tramitadores de documentos provenientes de otros Estados partes, sino que el mismo Convenio les establece determinadas obligaciones que le dan vida a la aplicación del mismo, especialmente son del deber de cooperación y de promover la colaboración entre las demás

autoridades centrales, así como adoptar directamente las medidas más adecuadas para propiciar mayor información sobre la legislación en materia de adopciones en los diferentes Estados y otro tipo de información general que sea de interés como requisitos, trámites y otros.

En la práctica al aplicar el Convenio los países miembros han preferido designar autoridades centrales a autoridades administrativas, sustituyendo a las instituciones judiciales, sobre todo en los países donde la adopción termina en un proceso judicial, ya que los entes administrativos se acercan más al perfil requerido.

#### **4.3.3. Campo de aplicación.**

El Convenio lo regula el artículo 2 del mismo, el cual puede estudiarse, al menos a través de cuatro aspectos: desde el ámbito de aplicación espacial, material, personal y temporal.

- **Espacial:** la aplicación del convenio en el espacio se da solamente entre los Estados partes, sean estos de origen o Estados de recepción. Esto dependerá de la forma en que se vayan dando las ratificaciones<sup>36</sup>, las cuales a la fecha pueden considerarse haber contribuido a uniformar los procedimientos de adopciones y a mejorar su aplicación.
  
- **Material:** El Convenio se aplica tanto al desplazamiento de un menor de un Estado a otro, es decir a la adopción internacional propiamente dicha, y que establezca un vínculo de filiación. En el primer caso, El Convenio trata de establecer mecanismos de cooperación entre Estados,

---

<sup>36</sup> Calzadilla Medina, Maria: Ob. Cit. Pag 83.-

precisamente cuando hay desplazamiento de un menor del Estado de origen al Estado de recepción en donde tendrá su nueva residencia.

El Convenio además establece un reparto de responsabilidades entre los Estados para garantizar el respeto de los principios durante los procedimientos y el desplazamiento del menor.

En relación al vínculo de filiación, significa que El Convenio se aplica preferentemente en el caso que se rompa definitivamente el vínculo del menor adoptado y sus padres biológicos, o sea con la familia de origen. Esto es lo que se conoce como adopciones plenas, ya que en las adopciones simples, este vínculo se mantiene. El Convenio se aplica tanto en el caso de adopciones plenas como el de las adopciones simples, y al no hacer la diferenciación se aplica en ambos, así mismo se aplica sin hacer distinciones si esta se ha constituido ante una autoridad judicial o administrativa, debido a los diversos ordenamientos jurídicos en los Estados partes del Convenio.

- **Personal:** El ámbito de aplicación personal del Convenio se desarrolla por medio de las siguientes reglas:
  - ✓ Se requiere de la residencia habitual de los sujetos de la adopción en algunos de los Estados contratantes distintos, es decir que se entiende por residencia habitual el lugar que corresponde con el centro de vida de los sujetos. No obstante, evidentemente los adoptantes podrían voluntariamente modificar su residencia, pero los informes que el Convenio exige junto a la participación de las autoridades centrales, garantizan que se pueda controlar posibles fraudes, o determinar si el cambio de residencia se ha producido antes

o después del momento que el mismo Convenio establece para los informes de idoneidad de los solicitantes y el lugar de su solicitud, lo que determina el término Estado de recepción.

O tratándose del menor al momento en que la autoridad central ha elaborado el informe relativo al adoptado residente en su territorio, lo que determina el término Estado de origen.

- ✓ El Convenio establece una delimitación en el orden personal en relación a los adoptantes, en cuanto éste aplica en caso de adopciones internacionales solicitadas por cónyuges o bien por personas solas. Algunos autores interpretan esta delimitación como la posible exclusión de parejas de hecho, por homosexuales y la adopción unilateral por parte de personas casadas, más la opinión mayoritaria se inclina porque esta regulación sea de acuerdo al ordenamiento de cada país<sup>37</sup>.
- **Temporal:** en cuanto a la aplicación temporal del Convenio, éste se aplica hacia delante, regulando las adopciones internacionales que ocurran después de la entrada en vigencia, por lo tanto, el convenio es irretroactivo<sup>38</sup>.

Mayoritariamente la doctrina ha considerado que El Convenio se aplica imperativamente, es decir que para los países firmantes del mismo, cualquier adopción internacional debe regirse por las reglas establecidas en el mismo, esto es así pues el artículo 2.1 del Convenio muestra el carácter vinculante al utilizar la expresión “se aplica”.

---

<sup>37</sup> Calzadilla Medina, Maria: Ob. Cit. Pag. 82.-

<sup>38</sup> Carrillo Carrillo, Beatriz: Ob. Cit. Pag. 62.-

#### **4.3.4. Funciones asignadas al Convenio.**

Dicho instrumento le señala las atribuciones a las autoridades centrales, que son en principio los organismos por los cuales se logra la aplicación del mismo. Sin embargo, éste permite un amplio espacio de actuación por el cual, se puede asignar estas funciones a otros organismos colaboradores públicos o privados.

Las funciones dadas a estos organismos, generalmente por el criterio preponderante en El Convenio, son delegables, pero hay algunas que solamente pueden ser realizadas por ellas mismas: cooperación, información y vigilancia. Las demás señaladas en el artículo 7 y 33 del Convenio pueden ser desarrolladas por otros organismos.

Funciones que solo pueden realizar las autoridades centrales:

- a)** Obligación de cooperación. El artículo 7.1 del Convenio establece que las autoridades centrales tienen entre ellas, la obligación de cooperar y promover la colaboración para alcanzar los fines del Convenio, lo que además incluye la de instaurar un sistema de cooperación convencional.
  
- b)** Función formativa. En el contenido del Convenio, se establece la obligación de proporcionar información al resto de los Estados partes, que incluyen datos sobre la legislación nacional aplicable a las adopciones, información sobre la autoridad central, organismos acreditados, estadísticas y otros, todo con el objeto de compartir información que permita ir superando los obstáculos en la tramitación de los procesos de adopción y en general sobre la aplicación del Convenio mismo.

- c)** Función de vigilancia. Por esta función la autoridad central, debe dar seguimiento a todos los procedimientos de adopción, informar de cualquier anomalía tanto a las autoridades competentes, como a las otras autoridades centrales. Esta obligación también incluye la responsabilidad de asegurar que se tomen las medidas correctivas adecuadas<sup>39</sup>.

Funciones que pueden delegarse en otras autoridades públicas:

- a)** El Convenio establece la necesidad de controlar la posibilidad de obtener beneficios materiales indebidos, con el objeto de prevenir que las adopciones se conviertan en un negocio. Para ello los Estados están en la obligación de tomar las medidas que sean necesarias para prevenir y erradicar dichas prácticas. Esta es una función que puede ser realizada por otra autoridad pública, aunque en principio es responsabilidad de la autoridad central.

Funciones que se pueden delegar además a organismos acreditados, las cuales pueden ser de dos tipos:

- a)** De carácter general. Contenidas de manera genérica en el artículo 9 de la Convención, lo cual permite mucha amplitud en relación a ellas, y deberá ser la legislación de cada Estado la que determine como realizarlas. Aquí podrían quedar incluidos, la recopilación y conservación de la información relativa al niño o niña y de los futuros padres adoptivos, la facilitación de los procedimientos de adopción, bajo la visión del interés superior del menor y la de realizar funciones de asistencia o asesoría en materia de adopción o intercambiar información de las experiencias de cada país.

---

<sup>39</sup> Delgado Hernandez, Mirra: Ob. Cit. Pag. X

- b)** La recepción de la solicitud de adopción internacional. Se trata de la documentación para iniciar un proceso de adopción por parte de los futuros padres adoptantes, lo cual puede hacerse por medio de autoridad central o bien por organismo acreditado en el país de residencia de los adoptantes<sup>40</sup>.

Funciones que pueden ser delegadas en otras autoridades, organismos acreditados o personas u organismos no acreditados:

- a)** El Convenio da la posibilidad de que casi todas las atribuciones del capítulo IV, podrían ser delegadas, excepto la del artículo 14, pero en todo caso tal delegación queda bajo la responsabilidad de la autoridad central.

#### **4.3.5. Reconocimiento y efectos de las adopciones que se tramitan por El Convenio de la Haya de 1993**

El reconocimiento de pleno derecho es una regulación establecida en el Convenio, que le permite darle continuidad en el tiempo y en el espacio, a la situación jurídica del adoptado, previniendo la existencia de las adopciones claudicantes, conciliando los distintos intereses y el conflicto de civilizaciones y especialmente logra alcanzar una armonía internacional en las soluciones hacia los problemas que las adopciones internacionales pueden presentar<sup>41</sup>.

El reconocimiento de pleno derecho a que se refiere el Convenio, es el que ha de tener lugar de manera automática, sin un procedimiento previo de

---

<sup>40</sup> Es importante señalar que la documentación para iniciar un proceso de adopción, dependerá de la legislación de cada uno de los países considerados de origen del menor.-

<sup>41</sup> Adam Muñoz, María García Cano: Ob. Cit. Pag. 98.-



reconocimiento, ejecución o de registro que sea necesario para darle vida a la adopción internacional. Lo importante de este reconocimiento, es que la adopción internacional que ha sido desarrollada conforme al Convenio y certificada por la autoridad central del Estado en donde ha tenido lugar, es valida no solo en ese Estado, sino en cualquier otro Estado contratante.

La autoridad que extiende la certificación, será determinada por la ley del Estado donde se constituye la adopción, y no necesariamente es la autoridad central, pudiendo encomendarse tal actividad a otra institución pública. Esto será comunicado por el Estado, cuando se firma o se ratifica El Convenio. En el caso de El Salvador, corresponde dar la certificación a la Procuraduría General de la República.

Esta certificación es la que se reconoce a efecto de tener por constituida una adopción y se realiza a través de un formulario en el cual se expresa la conformidad de la adopción con los términos del Convenio.

#### **4.4. Efectos de la adopción internacional.**

Los efectos comunes que produce la adopción internacional, de acuerdo a lo establecido por El Convenio son la continuidad en el espacio, en todo Estado contratante, de la ruptura del vínculo de filiación del adoptado con sus padres biológicos y la posibilidad de aplicar las disposiciones mas favorables para el adoptado, que estén vigentes en el Estado contratante que reconoce la adopción.

Se puede señalar un concepto que adopta la Convención de los Derechos del Niño, como efecto más importante, la integración, con carácter

permanente, en una familia a través de la creación de un vínculo de filiación, orientada al interés del adoptado.

Otro efecto es la irrevocabilidad de la adopción, aunque el Convenio no tiene una referencia expresa a ello, por eso al no estar regulado, no se beneficia del reconocimiento privilegiado que las demás disposiciones convencionales tienen.

#### **4.5. Problemas actuales de aplicación del Convenio.**

El Convenio a más de diez años de aplicación, presenta una serie de problemas, especialmente de interpretación y desarrollo, ya que algunos países son del grupo que recién lo ha ratificado, en los cuales habrá que esperar que vayan adaptando sus legislaciones internas a la redacción convencional

Para que los problemas actuales de aplicación disminuyan y para que una de las principales facultades que se le conocen al Convenio, el no determinar claramente la ley a aplicar en caso de una adopción internacional, también vaya disminuyendo en la medida que la legislación nacional se acerca mas al texto del Convenio, su aplicación puede ir siendo universal.

En la valoración que se haga de la aplicación del Convenio hay que recordar algunas precisiones, la primera que no es objetivo del convenio fomentar la constitución de adopciones transnacionales, sino que estas cumplan con las debidas garantías que defiendan el interés superior del menor, otra que este se aplica, tanto a las adopciones plenas como a adopciones simples o menos

plenas, es decir adopciones que no suponen la ruptura de vínculos entre el adoptando y su familia de origen<sup>42</sup>.

Por otro lado algunas voces tachan al Convenio de multicultural<sup>43</sup>, pues está construido en torno al concepto de “adopción” que rige en países de la órbita occidental; institución que crea un vínculo de filiación, que procede del derecho romano privado clásico en el que se observa el principio de la *adoptio naturam imitatur* (Vínculo de filiación).

Incluso desde su concepción se pueden apuntar algunas observaciones acerca del Convenio, la primera que puede señalarse es que por la mera aplicación del interés superior del menor no se puede garantizar su cumplimiento, ya que pareciera que se impone el interés de los Estados o de los adoptantes.

Por otra parte, las regulaciones del Convenio presentan una carga excesiva de requerimientos, a tal grado que el interés superior del menor también se ve seriamente dañado, incluso hasta puede llegar a impedir una adopción.

También ocurre que el abandono a cuestiones clásicas de derecho internacional privado, continúa generando el riesgo de la no constitución de la adopción, a pesar que las autoridades centrales de ambos Estados, hayan manifestado su acuerdo para que prosiga el procedimiento.

#### **4.5.1. Aplicación en El Salvador.**

---

<sup>42</sup> Calvo Caravaca, Alfonso: Ob. Cit. Pág. 297.-

<sup>43</sup> Idem. Pag. 327.-

Desde la ratificación del Convenio por parte de El Salvador, el 2 de julio de 1998, su aplicación ha implicado cambios especialmente a nivel de instituciones responsables, simultáneamente se informaba que la autoridad central, sería la Procuraduría General de la Republica y el Instituto Salvadoreño de la Niñez y la Adolescencia, a la vez se constituía la Oficina para las Adopciones (OPA).

La OPA ha tenido la responsabilidad de convertirse en una especie de Secretaría Ejecutiva de la autoridad central, por lo que ha cumplido, en buena medida con las obligaciones impuestas por el Convenio, entre ellas la de enviar los informes requeridos por parte del Estado de origen en lo relativo a la adoptabilidad del menor, lo que se conoce en El Salvador como “la aptitud” y de la situación clínica de salud y orígenes del niño o niña.

También es la oficina que tramita la certificación que acredita que la adopción se ha realizado conforme a las normas del Convenio, y es el contacto de las demás autoridades centrales.

Es indudable, que en el caso de El Salvador, por tener relativamente poco tiempo de ratificado el Convenio<sup>44</sup>, faltan todavía medidas que tomar para asegurarse que se cumpla lo establecido en el Convenio de la Haya, y que se garantice el interés superior del menor.

---

<sup>44</sup> “Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional”, firmado en la Haya el 29 de mayo de 1993, y ratificado por El Salvador, con fecha dos de julio de 1998. El texto de la misma fue publicado en el D.O. 27 de julio de 1998, y tuvo vigor para El Salvador el 29 de marzo de 1999, de acuerdo a la notificación de fecha 7 de diciembre de 1998, procedente del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Países Bajos. Vid. <http://www.hcch.net>

#### **4.5.2. Consecuencias Jurídicas de la adopción en El Salvador**

Todo un debate lo constituye los efectos de la adopción a nivel internacional, por eso autores como Carrillo se refiere a lo siguiente: “Los ordenamientos de varios Estados exigen, como requisito para admitir la existencia y validez de una adopción constituida en el extranjero, que los efectos que produzca en el estado de constitución, sean al menos, equivalentes a los efectos previstos en el ordenamiento del estado requerido, otorgando especial relevancia para decidir sobre el reconocimiento de la adopción extranjera a la ruptura o permanencia de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”.

Mas sin embargo, conforme al Convenio de la Haya, hay un reconocimiento general aceptado por los Estados partes, a través de la certificación que da el país de constitución de adopción.

Toda adopción internacional llevada a cabo según las pautas establecidas en el mismo, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados parte, sin necesidad de ulteriores procedimientos destinados a obtener la eficacia extraterritorial de la adopción internacional.

En ese sentido, una adopción internacional constituida en El Salvador, o sea decretada por un juez de familia y de la cual, la OPA ha dado certificación de que se han seguido todas las disposiciones del Convenio de la Haya, es reconocida a nivel internacional y vale para todos los Estados parte del Convenio.

## **CAPITULO 5: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **Conclusiones**

Después de la firma del Convenio de La Haya de 1993, y de las modificaciones sufridas en la estructura poblacional, por el producto de problemas propios de cada país, el mundo se ha acomodado alrededor de al menos dos grupos de países, los que han ratificado el Convenio de La Haya y los que no lo han hecho.

El primer grupo lo conforman los países que firmaron y luego ratificaron el Convenio, con lo cual asumieron las obligaciones contenidas en él, designando a las autoridades centrales, a través de las cuales se le da vida a los procedimientos y reconocimientos de la adopción internacional.

El aceptar lo dispuesto por el Convenio, es aceptar a la vez, los principios plasmados en la Convención de los Derechos del Niño, con lo cual se le da vida a una nueva concepción en materia de derechos a favor de los menores, convirtiendo así a la adopción en una verdadera medida de protección y no una manera de perpetuar la familia.

No es objetivo del Convenio de La Haya de 1993, fomentar la constitución de adopciones transnacionales, sino que estas cumplan con las debidas garantías que defiendan el interés superior del menor.

Los países que conforman el primer grupo se han encaminado a crear un procedimiento común de la adopción internacional, en la medida en que la comunicación entre las autoridades centrales se incrementa, y en la que se

logra un reconocimiento entre los países firmantes y ratificantes de las adopciones desarrolladas de conformidad al Convenio por medio de la certificación de las mismas.

También se encaminan a hacer realidad los aspectos en los cuales el Convenio se orienta, entre ellos la desjudicialización por la cual los procedimientos de adopciones se están inclinando a la parte administrativa, precisamente por el rol que asumen las autoridades centrales que por regla general son autoridades administrativas, y la parte judicial se está convirtiendo en un revisor y avalador de las decisiones tomadas en la fase administrativa.

Otro aspecto es el de la desconflictuación, por el cual se está resolviendo los problemas que presenta el Derecho Internacional Privado, en la aplicación de las leyes de los distintos países que intervienen en el caso, ya que al final se está aplicando la ley de los Estados de origen en lo relativo a la situación del menor y del Estado de recepción, en lo que respecta a los requisitos que deben llenar los aspirantes a padres adoptivos, lo cual está siendo aceptado por todos, y al final se está certificando su desarrollo conforme al Convenio.

Así también están los países que no han ratificado el Convenio, y las causas por las cuales no lo han hecho permiten reorganizar este grupo en dos segmentos, unos que no desean cambiar las cosas como las tienen y desde luego no encuentra justificación para ratificar dicho instrumento, y los otros que no desean asumir el Convenio, porque consideran que las adopciones deben ser realizadas a través de procedimientos mas ágiles y flexibles, como podrían ser las adopciones privadas.

Entre los Estados que no desean cambiar las cosas, hay algunos que lo hacen porque simplemente consideran que su ordenamiento legal es suficiente para regular el tema, en estos lugares prevalece la concepción de la adopción como una manera de perpetuar la familia garantizando la transmisión de bienes y poco se hace por modificar el enfoque.

Otros no han ratificado el Convenio, porque sencillamente el tema no ha sido discutido, porque hay poco interés en el tema o es marginal, ya sea porque las nuevas corrientes de pensamiento en materia de protección de derechos de niños y niñas no ha calado, o porque en ese país hay poca incidencia del tema, ya sea por ser país receptor o de origen de menores.

El otro grupo son los países que no han ratificado el Convenio ya que se inclinan por procesos mas ágiles y sin mayor control de las autoridades publicas, entre ellos destacan los Estados de tradición Anglosajona, como el Reino Unido y Estados Unidos, incluso Canadá en donde existe la posibilidad de las adopciones privadas.

Las adopciones privadas van en vía contraria a las intenciones del Convenio de La Haya, y es que ya han ocasionado distintos problemas, ya que se crean mayores dificultades, dado que la legislación es variada de acuerdo al Estado de que se trate.

En la región Centroamericana, los problemas son bastantes similares, con las diferencias que apuntan a los países que han ratificado el Convenio de La Haya, con una categoría especial de dificultades como la falta de comprensión de una nueva visión de las adopciones, las cuales han dejado de ser una figura de conservación de la familia para convertirse en una verdadera medida de protección para los menores.



Así también se tiene el tráfico de menores y la presencia de grupos de profesionales que incluso participan como intermediarios; y la falta de una verdadera institucionalidad, ya que las oficinas que participan poseen pocos recursos y les falta especialización.

El Salvador, desde el dos de julio de 1998, forma parte del grupo de los países que han ratificado el Convenio de La Haya, a partir de allí surgen las obligaciones establecidas en el Convenio, como la obligación de designar una autoridad central para su ejecución, en plena colaboración con los otros países signatarios; por tanto la autoridad central debe cerciorarse de que se tomen las medidas legales y adecuadas, para evitar así irregularidades de los procedimientos.

## **Recomendaciones**

Es importante realizar una serie de recomendaciones que permitan encauzar el procedimiento de las adopciones a las exigencias del Convenio de La Haya y por consiguiente a los principios fundamentales de la adopción, como lo es el interés superior del menor, el de subsidiariedad, entre otros.

Se debe redefinir la ubicación de la Oficina para las Adopciones a una institución autónoma, tal como fue el objetivo inicial del Convenio que le dio vida, para así darle la atribución de manejar todo sobre el tema de la adopción, sea nacional o internacional, con el objeto de centralizar el trabajo en una sola institución especializada en el tema, eliminando así la confrontación existente entre el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral del Niño y Adolescente (ISNA), y la Procuraduría General de la Republica.

Hay que definir políticas públicas alrededor del tema de las adopciones y darlas a conocer como autoridad central, de acuerdo a las atribuciones que establece el Convenio de La Haya.

Se debe trabajar en escribir la reglamentación en materia de procedimientos en la etapa administrativa, tanto en los trámites de la OPA, PGR, y el ISNA.

También se debe dotar de mayores recursos al ISNA, para completar en menos tiempo la etapa de investigación del menor, así como también a la PGR, para que procese en menos tiempo los asentamientos de partidas de nacimiento, con el objeto de que los menores puedan ser adoptados mas rápidamente y no dilatar la definición de su situación.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS: “**Manual de Derecho de Familia Salvadoreño**”, Centro de Investigación y Capacitación, proyecto de reforma judicial, El Salvador, 2004.

LONDON ARIAS, MELBA: “**Derecho de Familia**”, Legislación de menores y Actuaciones notariales, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1992.

ADAM MUÑOZ, MARIA y GARCÍA CANO, SANDRA: “**Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional**”, edit. Colex, Madrid 2004.

CARRILLO CARRILLO, BEATRIZ: “**Adopción Internacional y Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993**”, Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, edit. Comares, Granada, 2003.

CALZADILLA MEDINA, MARIA ARANZAZU: “**La Adopción Internacional en el Derecho Español**”, Colección monografías de derecho civil I, Persona y familia, Dickinson, Madrid, 2004.

SARIEGO MORILLO, JOSÉ: “**Guía de la Adopción Internacional**”, edit., Tecnos, Madrid, España, 2000.

D`ANTONIO, DANIEL HUGO: “**Derecho de Menores**”, cuarta ed., edit., Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1994.

SOLÉ ALAMARJA, EDUARD: **“Todo sobre la Adopción, normativa actual de la Adopción en España”**, edit. De Vecchi, Barcelona, 2002.

GUATAMA FONSECA: **“Curso de Derecho de Familia”**, imprenta Universitaria, s/edición, s/año.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: **“Curso de Derecho de Familia”**, Edit. Nascimento, S.A., Santiago, Chile, 2000.

SARIEGO MORILLO, JOSÉ LUÍS: **“Guía de la Adopción Internacional”**, Edit., Tecnos, Madrid, España, 2000.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUÍS, Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: **“Derecho de Familia Internacional”** en colección “El Derecho de la globalización”. J, Colex, 2ª edic., Madrid, 2004.

ESQUIVIAS JARAMILLO, JOSÉ IGNACIO: **“Adopción Internacional”**, Edit. Colex, Madrid, 1998.

**Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, Secretaria General de Asuntos Sociales. Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia: **“Adopción de Niños de origen extranjero”**, Guía para solicitantes de adopción, 2ª Edic. actualizada, Madrid, 1999.

## **TESIS**

DELGADO HERNÁNDEZ, MIRRA NURIA y OTROS: **“Alcances y Limitantes de los mecanismos de control en la Protección de los**

**Derechos Fundamentales del Menor de edad adoptado por Extranjeros en El Salvador**”, Trabajo de graduación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, junio 2004, San Salvador, El Salvador, Universidad Politécnica de El Salvador.

## **LEGISLACIÓN**

**Cámara de Familia** de la Sección del Centro de San Salvador en resoluciones de fecha 30 de octubre de 1996, ref. 81-A-96 y 23 de septiembre de 1998, ref. 107-A-98.

**Código Civil Español** reformado por Ley 13/2005 del 1 de julio.

**El Peruano**: Código de los Niños y Adolescentes, 1942.