

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROCESO DE GRADUACIÓN**



**EL PROCESO DE ADOPCIÓN CUANDO EL ADOPTANTE ES EXTRANJERO EN
EL SALVADOR Y EL CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
COMO GARANTE DEL PROCESO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:
HERNÁNDEZ FUENTES, CARLOS JOSÉ
MONTROYA CARDONA, MARIO ERNESTO
PÉREZ RAMÍREZ, CAMILA IRENE**

**DOCENTE:
MSC: WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO DE 2020

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES

(PRESIDENTE)

LIC. ELÍAS ALEXANDER MEJÍA MERLOS

(SECRETARIO)

MSC. WÍLMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**MSC Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**Dr. Manuel de Jesús Joya Ábrego
VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIA**

**Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Licda. Diana del Carmen Merino de Sorto
DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**MSC María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

A Dios principalmente por haberme acompañado durante todo este recorrido y ser mi principal guía a lo largo de este viaje, por ser mi fortaleza en los momentos difíciles, por brindarme a una vida llena de aprendizaje y sobre todo mucha dicha y felicidad.

Agradecer el esfuerzo, paciencia y dedicación de mis padres, los cuales desde mis primeros años de vida me inculcaron principios y valores pero sobre todo fomentarme tenacidad para poder emprender cualquier sueño y luchar hasta cumplirlo, principalmente a mi madre Sandra Fuentes por haberme infundido la disciplina, constancia y empeño de hacer las cosas y hacerlas de la mejor manera posible, ponerle la dedicación necesaria hasta lograr mi objetivo, todos esos días, esas tardes, y noches de desvelo que estuvo junto a mí, ser mi mayor apoyo y fortaleza en todo momento sus palabras llenas de cariño y amor en decir tu puedes! Nunca te rindas! Pero lo más importante enseñarme que si tengo un sueño puedo cumplirlo, que soy capaz de realizar todo lo que me proponga que todo es posible con determinación, pasión y mucha perseverancia, hoy puedo decir mami lo logramos!

A mi asesor de Tesis y amigo Msc. Wilmer Humberto Marín Sánchez, darle las infinitas gracias por la paciencia en todo momento, por haberme brindado su amistad, su tiempo y dedicación en todo este proceso lleno de mucho aprendizaje, sus palabras todos sus consejos y conocimientos compartidos para con nosotros.

A mis dos amigos y mentores Lcda. Marta Samayoa y Lic. Alejandro Quintanilla, que me brindan su amistad y un apoyo incondicional en todo momento de mi vida, gracias por cada palabra cada regaño cada consejo, son parte fundamental en mi aprendizaje como persona, como estudiante y como profesional, convirtiéndose en todo un ejemplo a seguir, gracias por siempre estar junto a mi motivándome a nunca darme por vencido y siempre creer en mí.

José Hernández

AGRADECIMIENTOS:

El amor recibido, la dedicación y la paciencia con la que cada día se preocupaban mis padres por mi avance y desarrollo de este trabajo, es simplemente único y se refleja en la vida de un hijo.

Gracias a mis padres por ser los principales promotores de mis sueños, que gracias a ellos esto ha sido posible, gracias a mi madre por siempre animarme a seguir adelante, que por más difícil que se vea el camino al final siempre valdrá la pena, gracias a mi padre por sus consejos que siempre fueron para mejorar, me animaron a ser cada día mejor que ayer, gracias por cada consejo y por cada una de sus palabras que me guiaron durante mi vida, también debo agradecer a mi tío Salomón que fue parte fundamental para la culminación de esta etapa de mi vida.

Gracias a cada una de las personas que estuvieron en el momento indicado de mi vida, sobre todo a las personas que creyeron en mí y que esto sería posible, a las que me animaron en una tarde de café, y que saben que siempre van a poder contar conmigo también.

Gracias a Dios por la vida de mis padres, también porque cada día bendice mi vida con la hermosa oportunidad de estar y disfrutar al lado de las personas que sé que más me aman, y a las que yo sé que más quiero en mi vida, gracias a Dios por permitirme amar a mis padres, gracias a mis padres por permitirme conocer de Dios y de su infinito amor.

Mario Montoya

AGRADECIMIENTOS

A Dios: Por haberme iluminado en mis días grises, por darme la fortaleza y la perseverancia para no rendirme, hubo momentos muy difíciles, pero me mantuviste en el camino correcto y me abriste puertas necesarias para llegar hasta este momento, gracias por ser mi soporte, mi dirección y sabiduría.

A mi madre: Lesbia Adela Ramírez Te amo mami gracias por estar a mi lado a lo largo de esta carrera, por brindarme las palabras correctas en el momento que las necesité, por creer en mí en todo momento aun cuando no creía que esto podía ser posible, gracias mami por darme tu amor incondicional porque de ti aprendí que puedo caerme mil veces, pero mil veces debo levantarme, eres la mejor mamá que Dios pudo darme, la más guerrera, la más optimista en pocas palabras la mejor de todas, este triunfo es para ti.

A mi hermano: Mario Gustavo Pérez Te amo tavo, gracias porque cuando tuve momentos difíciles y lo único que quería era llorar tú estuviste para darme un abrazo cuando lo necesité y siempre tuviste las palabras correctas, siempre creíste que podía lograrlo, eres el mejor hermano mayor. **A mi segundo padre: Julio Guevara** El cielo te reclamó muy pronto, este fue un sueño que empezamos juntos más lastimosamente no lo terminamos igual. Desde el día que hice el examen para entrar a la Universidad fuiste mí fan número uno, siempre apoyándome y alentándome a seguir adelante pero siempre de la mano de Dios, esto va dedicado a ti hasta el cielo.

A mi asesor de tesis: Msc. Wilber Humberto Marín Sánchez Agradezco su exigencia y la accesibilidad que siempre tuvo para con nosotros, sin duda alguna fue un proceso largo pero no lo habríamos logrado sin usted. Gracias. **A mis amigos:** los amigos son la familia que uno escoge, gracias por estar en todo momento de manera incondicional, siempre me he sentido afortunada de tenerlos, siempre he pensado que es mejor calidad a cantidad. Gracias!

Camila Pérez

INDICE

RESUMEN

SIGLAS Y ABREVIATURAS

INTRODUCCION.....i

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN

1.1. Origen y evolución histórica de la adopción.....	1
1.1.1. Época antigua.....	1
1.1.1.1. Mesopotamia.....	2
1.1.1.2. La adopción contractual en la sociedad babilónica.....	2
1.1.1.3. La adopción sucesoria y privada.....	3
1.1.1.4. La adopción religiosa y pública.....	3
1.1.1.5. Filiación adoptiva maternidad subrogada Código de Hammurabi.....	4
1.1.1.6. La maternidad subrogada.....	4
1.1.1.7. La paternidad adoptiva como mecanismo de compraventa.....	5
1.1.2. El antiguo Egipto.....	6
1.1.3. La adopción en las leyes del Manú.....	6
1.1.4. Fuentes hebraicas y judías clásicas.....	7
1.1.5. La antigüedad grecorromana.....	7
1.1.6. La adopción en la Grecia antigua.....	7
1.1.7. El modelo de Esparta.....	8
1.1.8. La adopción en Atenas.....	9
1.1.9. La adopción en el imperio romano.....	9
1.1.10. La adopción en roma aAdoptio y adrogatio.....	10
1.1.10.1. La adrogatio.....	10
1.1.10.2. La adoptio.....	11
1.1.10.3. Transformación social de la adopción en Roma.....	12
1.2. Época Medieval.....	12
1.2.1. La filiación adoptiva en el Derecho Germánico y entre Bárbaros.....	12
1.2.2. La paternidad adoptiva en la alta edad media.....	13

1.2.2.1. La adopción extra familiar.....	14
1.2.2.2. La adopción intrafamiliar o profiliación	14
1.2.3. La adopción en la sociedad bajomedieval.....	14
1.3. Época Moderna.....	16
1.3.1. La paternidad adoptiva durante la codificación civil	16
1.3.2. Primeros intentos codificadores	17
1.3.3. El Proyecto de Código Civil de 1836	18
1.3.4. El Proyecto de Código Civil de 1851	18
1.3.5. El Proyecto de Código Civil de 1869	19
1.3.6. Precedentes, debates y aprobación del Código Civil de 1889	20
1.3.7. La filiación adoptiva en el Código Civil de 1889.....	21
1.4 La adopción en España hacia América	22
1.4.1. La filiación adoptiva en los fueros municipales.....	22
1.4.1.1 El Fuero de Daroca.....	23
1.4.1.2. Los fueros de Jaca, Pamplona y el Sobrarbe.....	23
1.4.1.3. El fuero general de Navarra	24
1.4.1.4. El vidal mayor y los fueros de Aragón	24
1.4.1.5. Los fueros de Valencia y las costumbres de Tortosa	24
1.4.1.6. El fuero de Viguera y val de Funes y el fuero de Novenera.....	25
1.4.2. La adopción alfonsina: fuero de Soria, real y Las siete partidas	25
1.4.2.1. El Fuero de Soria y el Fuero Real.....	26
1.4.2.2. Las siete partidas	26
1.5. La Adopción en Latinoamérica	27
1.6. La Adopción en El Salvador	29
1.6.1 Origen de la Adopción en El Salvador	29
1.6.1.1. Código de Procedimiento Judiciales y de Fórmulas de 1857	29
1.6.1.2. Constituciones de la República de El Salvador de 1950 y 1962 ..	30
1.6.1.3. Ley de Adopción de 1955	31
1.6.1.4. Código de Menores de 1974	32
1.6.1.5. Código de Familia de 1994.....	33
1.6.1.6. Ley Procesal de Familia de 1994	34
1.6.2. Evolución de la Adopción en El Salvador	34

1.6.3. La Adopción en El Salvador en la actualidad	36
1.7. Origen de la Adopción Internacional.....	39
1.7.1. Adopción tradicional-cerrada de 1950-1970	43
1.7.2. Adopción optimista-idealista de 1971-1981	45
1.7.3. Adopción materialista-realista 1982-1992	47
1.7.4. Adopción optimista-demandante 1993-2005.....	49
1.8. Aplicación de las reglas de adopción internacional en El Salvador	52

CAPITULO II

GENERALIDADES Y PRINCIPIOS DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA

2.1. La Filiación	55
2.1.1. Concepto	55
2.1.2. Generalidades	56
2.1.3. Clasificación	59
2.1.3.1. Filiación Consanguínea	59
2.1.3.2. Filiación Adoptiva	60
2.1.4. Características	61
2.1.4.1. Es un hecho jurídico	62
2.1.4.2. Es constitutiva del estado familiar	62
2.1.4.3. Es irrevocable	62
2.1.4.4. Es fuente de fenómenos jurídicos de máxima importancia	63
2.2. La Filiación Adoptiva	63
2.2.1. Definición	64
2.2.2. Finalidad.....	64
2.2.3. Clases de filiación adoptiva	65
2.2.3.1. Adopción conjunta	65
2.2.3.2. Adopción individual	66
2.2.4. Tipología	66
2.2.5. Naturaleza Jurídica.....	66
2.2.6. Principios Generales de la Adopción.....	67
2.2.6.1. Principio de Interés superior del menor.....	68
2.2.6.2. Principio Imitatur naturam	70

2.2.6.3. Principio de respeto a la identidad	71
2.2.6.4. Principio de igualdad de las filiaciones	72
2.2.6.5. Principio de subsidiariedad o de promoción de la familia de origen	73
2.2.6.6. Principio de cooperación entre partes	74
2.3. Aspectos Generales de la Adopción	75
2.3.1. Efectos de la adopción.....	76
2.3.1.1. Efectos Jurídicos de La Adopción Plena.....	76
2.3.1.2. Efectos Jurídicos de la Adopción Simple.....	77
2.3.2. Requisitos para la adopción	78
2.3.2.1. Requisitos Generales de la Adopción	78
2.3.2.2. Requisitos especiales para extranjeros	81
2.3.2.3. Prohibiciones para la adopción	82
2.3.2.3.1. La pérdida de autoridad parental.....	83
2.3.3. Varias Adopciones	89
2.3.3.1. Los mayores de edad.....	90
2.3.3.2. Adopción del hijo de uno de los conyugues	90
2.3.3.3. Casos especiales de adopción.....	91
2.3.3.3.1. Adopción por el tutor.....	91
2.3.3.3.2. Adoptante individual casado.....	92
2.3.3.3.3. Adoptante Individual soltero	93
2.3.4. Nulidad de la adopción	93

CAPITULO III

NORMATIVA APLICABLE EN LA ADOPCION INTERNACIONAL

3.1. Fundamento constitucional de adopción por extranjero en El Salvador	97
3.2. Fundamento de la adopción por extranjeros en las leyes secundarias..	99
3.2.1. Código de Familia	100
3.2.2. Ley Procesal de Familia	102
3.2.3. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia	103
3.2.4. Ley Especial de Adopciones	105
3.2.5. Convenciones sobre los derechos del niño y protección	106

3.2.5.1. Convención sobre los derechos del niño	106
3.2.5.2. Convenio de la Haya sobre la protección de menores.....	109

CAPITULO IV

EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL SALVADOR

CAPITULO IV	115
EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL SALVADOR	115
4.1. Influencias y bases para la adopción internacional en El Salvador.....	115
4.1.1. Principio del rol primario y fundamental de la familia	118
4.1.2. Principio de ejercicio progresivo de las facultades.....	119
4.1.3. Principio de Igualdad, no discriminación y equidad	120
4.1.4. Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente	121
4.1.5. Principio de corresponsabilidad.....	122
4.1.6. Principio de prioridad absoluta	123
4.2. La adopción internacional según la ley de adopción de 1955	124
4.2.1. Cuerpo normativo que lo regula	124
4.2.2. Naturaleza jurídica	124
4.2.3. Sujetos que Intervienen	125
4.2.4. Requisitos	125
4.2.5. Entidades que intervienen en el proceso	126
4.2.6. Procedimiento	127
4.2.7. Obstáculos percibidos durante el proceso	128
4.3. La adopción nacional e Internacional según el Código de Familia.....	128
4.3.1. Cuerpo normativo que lo regula	128
4.3.2. Naturaleza jurídica	128
4.3.3. Sujetos que intervienen	129
4.3.4. Instituciones intervinientes dentro del proceso.....	130
4.3.4.1. Procuraduría General de la República	131
4.3.4.2. ISNA	132
4.3.4.3. Los Juzgados y Cámaras de Familia	134
4.3.5. Requisitos adoptante extranjero	135

4.3.6. Procedimiento adopción por extranjeros	136
4.3.7. Obstáculos percibidos durante el proceso	139
4.4. Ley Especial de Adopciones	140
4.4.1. Cuerpo normativo que lo regula	140
4.4.2. Naturaleza jurídica	141
4.4.3. Sujetos procesales	142
4.4.4. Derechos del adoptado	143
4.4.5. Derechos del adoptante	144
4.4.6. Requisitos para la adopción	144
4.4.7. Garantes del proceso	145
4.4.8. Procedimiento	145
4.4.8.1. Procedimiento Judicial adopción internacional	145
4.4.9. Obstáculos percibidos durante el proceso	146

CAPITULO V

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

5.1. Análisis de entrevistas	147
5.2. Análisis entrevista consejo nacional de la niñez y de la adolescencia .	148
5.3. Análisis de la Oficina para Adopciones	149
5.4. Análisis de Juzgado Especializado de la Niñez y de la Adolescencia...	151
5.5. Análisis juzgados de familia	152
5.5. Análisis de Procuraduría General de la República	153
CONCLUSIONES	155
RECOMENDACIONES	157
BIBLIOGRAFÍA	159

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar y proponer posibles soluciones referente a la gran cantidad de niños, niñas y adolescentes que no tienen una familia. La institución de la adopción internacional es una herramienta que ofrece al menor una familia, con la finalidad de proteger el bien superior de los mismos, derecho que no debe de ser vulnerado para su pleno desarrollo. Está claro que existe un principio de subsidiariedad en cuanto a la adopción internacional, y justamente aquí es en donde surge la problemática ya que teniendo esta herramienta el Estado para otorgar una familia a los menores salvadoreños que carecen de ella, las adopciones realizadas por un extranjero en territorio salvadoreño son casi nulas; por ello relevante estudiar, analizar y dar a conocer aquellos factores que inciden o dificultan que los extranjeros tanto residentes o no residentes en El Salvador puedan adoptar, sin dejar de lado que la motivación de los mismos es brindarles una verdadera familia.

También, para poder determinar que dicha familia sea la adecuada para el adoptado, se necesita un control por parte del Estado para dar seguimiento tanto al proceso de adopción como al otorgamiento de la misma, es así que las instituciones gubernamentales juegan un papel muy importante como entidades garantes del proceso, como lo es el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia cuya misión es ser la máxima autoridad del sistema Nacional de Protección Integral y la Institución rectora de la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, que con la participación de la familia, el Estado y la sociedad debe garantizar el goce de los derechos del adoptado. Es así que se pretende dar un aporte coyuntural, jurídico y doctrinario, al hacer un estudio profundo y sistemático de los factores que inciden en la poca práctica de la Adopción Internacional, debido al resabio histórico estos factores se podían identificar por los trámites engorrosos, burocráticos, el incumplimiento de los plazos administrativos y judiciales, cuya consecuencia era que las personas extranjeras desistieran del proceso por considerarlo muy extenso.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

ART.(S)	Artículo (s)
CN	Constitución
D.E	Decreto Ejecutivo
D.L	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
DRA.	Doctora
ED.	Edición
INC.	Inciso
LIT.	Literal
N°	Número
NNA	Niño, niña o adolescente
NUM.	Numeral
ORD.	Ordinal
REF.	Referencia

SIGLAS

CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia
CADH	Convención Americana de los derechos del hombre
CADH	Convención Americana Sobre Derechos Humanos

CC	Código Civil de El Salvador
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CF	Código de Familia de El Salvador
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal De Los Derechos Humanos
LEA	Les Especial de Adopciones
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
LPF	Ley Procesal de Familia de El Salvador
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPA	Oficina para adopciones

INTRODUCCION

El presente documento constituye un trabajo de investigación que lleva por título “El proceso de adopción cuando el adoptante es extranjero en el salvador y el consejo nacional de la niñez y adolescencia como garante del proceso” con el propósito personal de cumplir con un requisito del seminario de graduación para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

El objetivo general es descubrir y dar a conocer todos aquellos factores que en gran medida dificultan que las personas extranjeras puedan llevar a cabo la adopción internacional de un niño, niña o adolescente en El Salvador, además si con los procedimientos administrativos y judiciales establecidos hasta la fecha para llevar a cabo una adopción, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia juega un papel protagónico velando por el interés superior del niño, niña o adolescente, por lo que analizaremos el rol que desempeña este como ente garante de dicho proceso.

Como una novedad en este proyecto analizaremos la Ley Especial de adopciones la cual se aprobó el diecisiete de febrero del año dos mil dieciséis y entro en vigencia el veinticuatro de abril del dos mil diecisiete, esto en razón de determinar los cambios significativos del proceso de adopción internacional con la entrada en vigencia de la misma, ya que con el antiguo proceso de adopciones hechos por un extranjero o nacional se recibían muchas críticas las cuales se adjudicaron al poco respeto de los plazos, y también se estudiaran las diferentes entidades que ganaran más protagonismo durante y después del proceso de adopción, debido a que la familia es el medio natural para garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Este documento está conformado por cinco capítulos.

El primero de ellos presentamos los antecedentes históricos de la adopción en general, hasta llegar a los orígenes de la adopción internacional, y sus primeras manifestaciones en nuestro país.

El segundo capítulo se muestran generalidades de la institución de la adopción iniciando con las diferentes definiciones que nos muestran algunos autores, continuando con las diferentes clases de adopción existentes, mostrando las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de la misma, presentado todos los principios aplicables a la adopción internacional y finalmente se muestran los requisitos de fondo y forma requeridos en esta institución.

En el tercer capítulo se presenta la normativa aplicable a la adopción internacional, iniciando con el fundamento constitucional de la adopción, mostrando las leyes secundarias que la regulan y presentando los instrumentos internacionales donde se encuentra regulada la adopción internacional y que nuestro país ha ratificado.

En el capítulo cuatro presentamos los principios que rigen para dar apertura al procedimiento establecido en El Salvador para llevar a cabo una adopción tanto nacional como extranjera, mostrando las regulaciones que las han contemplado iniciando por la Ley de adopción de 1955, para luego estudiar el procedimiento según el Código de familia hasta llegar a la Ley Especial de Adopciones quien es la que actualmente consta con el procedimiento vigente que se lleva a cabo para una adopción internacional, veremos la etapa administrativa donde se observa la participación de las diferentes instituciones que intervienen en el proceso y la etapa judicial la cual corresponde a los Jueces de la Niñez y Adolescencia.

En el capítulo cinco presentamos toda la información recabada por medio de nuestro instrumento de investigación que fue la entrevista a las diferentes instituciones las cuales son garantes del proceso de adopción internacional entre ellas Oficina para adopciones, Procuraduría General de la Republica, Juzgados de la Niñez y de la Adolescencia, Juzgados de Familia y Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, mostrando la injerencia de cada uno de ellos y el papel que juega cada una de ellas para velar el interés superior del niño, niña o adolescente siendo el ultimo el de mayor interés para nuestro trabajo de investigación.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN

En el presente capítulo se desarrolla una reseña histórica de la adopción y su evolución, los acontecimientos importantes que dan vida a esta institución, cómo se utiliza frente a las necesidades de los diferentes países o grupos a lo largo de la historia, la fuerza jurídica al plasmarse en las leyes de los anteriores códigos civiles y de qué manera se crea la figura de adopción internacional o la realizada por un extranjero, con la finalidad de conocer los cimientos de dicha institución y del porqué de su creación hasta llegar a la actualidad como una figura importante para velar el interés del niño, niña o adolescente.

1.1. Origen y evolución histórica de la adopción

En el transcurso de la historia hasta el documento más antaño arrojaron que la filiación tuvo como finalidad inmediata crear un vínculo ficticio entre dos personas, inclusive era llamado como un vínculo de fraternidad, que perseguía una finalidad patrimonial.

1.1.1. Época antigua

En la época antigua, la India figuraba como el inicio de la adopción, surgiendo como una necesidad religiosa, que consistía en dejar un hijo después de la muerte del padre, para que este pudiera abrir el cielo mediante sus oraciones y sacrificios, para afianzar tal fin, se recurriera a la adopción cuando no se tenía hijos de sangre; los Hindúes transmitieron su creencia religiosa, las prácticas y costumbres de la adopción a los Egipcios, Hebreos, Árabes. Es decir, que la finalidad de la adopción era cumplir con los deberes religioso y no dar un consuelo a las personas que no tuviesen la posibilidad de procrear descendencia.

1.1.1.1. Mesopotamia

Uno de los rasgos característicos de las antiguas civilizaciones y en estos pueblos surgidos de los cauces inferiores de los ríos Tigris y Éufrates, acadia, sumeria y babilónica, fue la enorme influencia que ejercieron en el desarrollo espiritual y material de la humanidad y la importancia que sus sociedades concedieron al Derecho. Gracias a su labor compiladora, se fijaron por escrito todas las tradiciones y costumbres sociales de la época, con el objetivo de regular las conductas privadas en una sociedad agrícola-ganadera, en la que la mano de obra y el comercio eran el pilar de su economía y la base de la vida social y religiosa.¹

La paternidad adoptiva y la maternidad subrogada, eran figuras contractuales que se encontraban presentes en la sociedad babilónica, en la ciudad sumeria hurrita, akkadia y en la ciudad sumeria de Nippur, cuya la finalidad social era perpetuar el culto doméstico, religioso y transmitir post mortem, y como consecuencia transmitir el patrimonio del padre de familia, los cuales consistían en bienes colectivos indivisibles e inalienables pertenecientes al causante, ante la ausencia de descendientes, sucesores o herederos.

1.1.1.2. La adopción contractual en la sociedad babilónica

Para entender el significado social de la institución adoptiva, se consideraba importante analizar la estructura de la familia babilónica, constituida por el padre y esposo, sus mujeres, una esposa principal y otra eventualmente secundaria, aunque prevalecía la monogamia y aquellos hijos que éste engendrara lícitamente con sus esclavas o concubinas. La finalidad o significación social de la adopción como figura contractual en la sociedad babilónica y en el Código de Hammurabi, era tanto sucesoria privada, como religiosa pública, estando intrínsecamente relacionada con la estructura social, la composición familiar y con el sistema de adquisición y la propiedad de los bienes patrimoniales hereditarios para facilitar la

¹ Georges Roux, *Mesopotamia, Historia Política, Económica y Cultural* (España, Madrid: Ediciones Akal, 1987) 215.

transmisión de éstos al ser indivisibles e inalienables, otro de los rasgos característicos del sistema familiar de la esa clase de sociedad babilónica, era la inalienabilidad e independencia de la propiedad de los bienes patrimoniales; por ello, su transmisión hereditaria se realizaba mediante usufructo del padre o de su esposa a sus hijos o descendientes. El sistema de familia era mixto, patriarcal y matriarcal, pudiendo el hombre y la mujer indistintamente ser propietarios y herederos de sus bienes, al igual que administradores.

1.1.1.3. La adopción sucesoria y privada

La adopción, como negocio jurídico de carácter privado y sucesorio inter partes, se constituía por contrato obligando a todas las partes, de ahí su punibilidad en caso de incumplimiento, como aparece descrito en el Código de Hammurabi y se formalizaba en una tableta de arcilla, que hacía las veces de escritura pública, entre el padre adoptivo y la familia natural del adoptado, su padre o su amo si el adoptado era un esclavo o el mismo adoptado, si éste no tenía o carecía de familia biológica.² De este modo, el padre de familia ante la falta de un descendiente ya fuera un varón o una mujer, con el objetivo de transmitir íntegramente todos los bienes patrimoniales y designar un heredero y un usufructuario de los mismos; podía adoptar a un tercero, miembro de otra familia que contara con numerosos hijos y que entregara en adopción a uno de ellos, a un extranjero y excepcionalmente a un esclavo, que para obtener su libertad o modificar su estatus personal y civil, debía compensar económicamente al adoptante por tal circunstancia.

1.1.1.4. La adopción religiosa y pública

Por lo que respecta al carácter religioso y público de la adopción babilónica, éste deriva del ritualismo y ceremonial que tenía lugar al otorgar el contrato de adopción, generalmente ante el dios Bel-Marduk o Bel-Merodach, como sucedía

² Manuel Baelo Álvarez, *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*, (España, Madrid: Editorial DYKINSON, S.L., 2014) 39.

con las dinastías reales y teocráticas babilónicas. La adopción en la sociedad babilónica, se formalizaba mediante el ofrecimiento del adoptado al dios Bel-Marduk, aplicándose como epíteto del dios supremo dentro del panteón mesopotámico³ para denotar su condición de hijo adoptivo. Legitimar públicamente su dinastía o sus orígenes, externalizar la ficción de crear vínculos de sangre y reconocer como hijo al que no lo es por naturaleza.⁴ No obstante, se entiende que la significación última de dicho ritual era esencialmente religiosa, ya que ante la ausencia de descendientes la adopción servía para perpetuar el culto doméstico de los antepasados, realizar sus exequias fúnebres y congraciarse con los dioses (redimir los pecados del difunto) mediante ofrendas y sacrificios, máxime teniendo en cuenta el rol que desempeñaban las deidades familiares en la protección de la colectividad.

1.1.1.5. Filiación adoptiva maternidad subrogada Código de Hammurabi

El Código de Hammurabi, con una finalidad compiladora e instructiva, regulaba los deberes, derechos y obligaciones para los adoptantes y los hijos adoptivos. A su vez y ante la ausencia de descendientes, los contratos de gestación permitían a la esposa (al ser ésta estéril) proporcionarle un heredero a su marido a través de una madre suplente o sustituta.⁵

1.1.1.6. La maternidad subrogada

El Código de Hammurabi, en las normas 144-146 dispone que al padre de familia cuya esposa no pueda tener hijos al ser estéril, se le permita contratar los servicios de una criada o de una esclava, madre suplente, para proporcionarle un descendiente. Fue la primera referencia historiográfica de la maternidad sustitutiva, ya que la esposa legítima de primera categoría, tenía la obligación de

³ Giuseppina Sechi Mestica, <<Diccionario Akal de Mitología Universal>> (España, Madrid: Ediciones Akal, S.A., 2007) 309.

⁴ Archibald Henry Sayce, *Babylonians and Assyrians, life and customs*, (New York, Elibron Classic, 2000) 33.

⁵ Jean Bottéro, *The Code of Hammurabi in Mesopotamia*, (Chicago, University of Chicago Press, 1992) 167.

procurarle un hijo al padre de familia, en su defecto si fuera estéril, debía contratar necesariamente una madre sustituta para tal fin. Se observó, a la vista de lo establecido en el corpus normativo de Hammurabi, que los intervinientes en los contratos de gestación eran la esposa como parte comitente y la madre sustituta de inferior categoría y clase social, pudiendo ser ésta una criada conforme a la referencia que se hace del término *patrona* o una esclava.

A la madre suplente se le permitía vivir en el hogar familiar, e inclusive podía ascender en la escala social, según la norma 146 del código de Hammurabi. Si un hombre toma por esposa a una sacerdotisa *nadltum* y ella ofrecía una esclava a su marido, y a consecuencia de ello procreaban hijos, esa esclava se consideraba del mismo rango que su dueña por haber dado hijos⁶.

Sin embargo, en ningún momento se llega a equiparar a la madre gestante con la esposa legítima, más aún, y aunque el marido no actúe como parte activa en la gestación subrogada, puede repudiar o no aceptar a los hijos de la madre sustituta, en cuyo caso y ante el posible incumplimiento contractual, dicho Código establece una serie de cláusulas patrimoniales y personales para favorecer y garantizar la supervivencia de la madre sustituta tales como la entrega de una dote y parte del campo, del huerto y de los bienes muebles.

1.1.1.7. La paternidad adoptiva como mecanismo de compraventa

La adopción se asimilaba a un contrato de compraventa para transmitir los bienes patrimoniales familiares, indivisibles e inalienables, del grupo social de referencia; no obstante, el adoptado conservaba el patronímico de su familia de origen y la adopción se perfeccionaba sin implicar, entre adoptante y adoptado, relación afectiva o vínculo familiar alguno de filiación u otro tipo.⁷ A cambio de un regalo, que equivalía al precio de compra estipulado previamente, una contraprestación, que podía ser monetaria o la entrega de un bien patrimonial. El adoptado, también

⁶ *Ibíd.* 167.

⁷ Baelo, *Los Orígenes de la Adopción*, 133.

en calidad de comprador, recibía del adoptante en calidad de vendedor una cuota de herencia o donación sobre la totalidad de los bienes patrimoniales, que equivalía a la dote, que se regulaba en el Código Civil salvadoreño de, dicha dote era la universalidad patrimonial que la contrayente u otro en su nombre, entrega al marido para palear con las cargas del matrimonio. Esta es una causa general de adquisición que debe necesariamente verse en concomitancia con el matrimonio⁸.

1.1.2. El antiguo Egipto

La paternidad adoptiva durante la vigencia del Imperio Egipcio, tenía una finalidad patrimonial y sucesoria compatible con su naturaleza religiosa, política y dinástica, como acontecía en la adopción grecorromana, no perdía el adoptado los vínculos que le unían con su familia natural y conservando su nombre y los derechos a la sucesión de su padre por naturaleza.⁹

1.1.3. La adopción en las leyes del Manú

Según la tradición hinduista, la paternidad adoptiva fue regulada y compilada en las Leyes de Manú o Manu Smriti 200 a.C., que ordenó la conducta social de los individuos en su esfera pública, religiosa y privada bajo el reinado del brahman Púsiamitra de la dinastía Shunga.

Este conjunto de normas consuetudinarias y teocráticas, escritas originariamente en sánscrito, fueron de las principales fuentes del derecho religioso y se incluyeron dentro del género de Dharma-śāstra, que hacía referencia la śāstra, o escrito sagrado y al dharma o deber religioso que era transmitidos por el dios Brahmā a Manú, que en la mitología hindú equivaldría al primer ser humano, el primer Rey sobre la tierra y que fue salvado del diluvio universal, encontrando paralelismos con la figura bíblica de Noé, eran de obligado cumplimiento para todos los

⁸ Mario Alberto López Benavides, “La (s) Noción (es) de Matrimonio de La Sala Constitucional” (Tesis de Grado, San Pedro de Montes de Oca San José, Costa Rica, 2008) 52.

⁹ Jesús J. Urruela Quesada, *Egipto Faraónico: Política, Economía y Sociedad*, (España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006) 324.

hinduistas al ser fuente suprema de ley.¹⁰ En la Norma 159 establecía principios por los que se debía regir la adopción, si se carecía de un descendiente legítimo, podía mediante la adopción instituir un heredero para servir de apoyo en la vejez. En las Leyes del Manú, en el Libro Noveno, la Norma 159 regulaba que el hijo engendrado en legítimo matrimonio, el hijo de su mujer y de su hermano, un hijo nacido clandestinamente y un hijo rechazado por sus padres naturales, todos parientes y herederos de la familia.¹¹

1.1.4. Fuentes hebraicas y judías clásicas

Desde una perspectiva meramente formal histórico-jurídica, no se tenía referencia alguna de la institución adoptiva en las fuentes hebraicas clásicas, dicha ausencia, se justificaba porque la influencia del matrimonio por levirato o yibbum en la sociedad judía y en la legislación civil mosaica hacía innecesaria la adopción, ya sea en su modalidad inter vivos asistencia o cuidado del adoptante en su vejez o mortis causa, patrimonial, religiosa, testamentaria, hereditaria y sucesoria.¹²

1.1.5. La antigüedad grecorromana

En el Derecho romano los albores de la regulación normativa de la adopción, equiparaban a la filiación adoptiva con la filiación por su naturaleza, bajo la máxima justiniana de *adoptio naturam imitatur*, al incorporar a un nuevo miembro al grupo social *hetaireia cretense*, *fratía de Atenas* y *curia romana*; y familiar del adoptante, *hestia ateniense* y *domus de Roma*.

1.1.6. La adopción en la Grecia antigua

En la antigua polis, el significado y la finalidad social de la exposición de la maternidad sustitutiva del abandono de los hijos y de la adopción, de los modelos:

¹⁰ Baelo, *Los Orígenes de la Adopción*, 316.

¹¹ *Ibíd.* 229.

¹² Max Weber, *Ensayos sobre la sociología de la Religión*, 2ª edición (Madrid: Ediciones Akal, 2012) 96.

económico, jurídico, familiar y político de las principales ciudad-estado helénicas. La evolución de la paternidad adoptiva, la transmisión de bienes patrimoniales, ascenso social, intercambio en el excedente de hijos y establecimiento de alianzas comerciales, familiares y personales, como elección del adoptado conforme a la voluntad del paterfamilias o del Kyrios, en la esfera religiosa, se perpetuaba en el culto de los dioses-manes familiares y tributar los ritos funerarios; en el sistema político, los hijos adoptivos fueron preferidos a los naturales o legítimos entre los emperadores y la nobilitas romana y en el ámbito personal o afectivo; adopción por compasión generalmente ante los menores expuestos o abandonados.¹³

1.1.7. El modelo de Esparta

En la organización social de Esparta, conjuntamente con los hilotas mesenios que eran esclavos y los denominado periecos que eran hombre libres pero sin los derechos plenos de un espartano como tal, coexistía un grupo socialmente diferente de los anteriores, este era formado por los hijos considerados como bastardos y no reconocidos de las relaciones adúlteras con esclavas.

El modelo espartano los hijos se consideraba como propiedad del Estado; dicha entidad se encargaba de la educación, crianza y tutela de aquellos que eran adoptados. cuyo objetivo era formar vigorosos, obedientes y valientes soldados u hoplitas para la defensa de la poli, no era contemplada la adopción como institución social y de filiación o parentesco, cuya función social era eminentemente reproductiva y económica, en este período se estableció la adopción de los *mothakes*, denominación que recibían los hijos bastardos al servicio personal de los espartiatas.¹⁴

En Atenas la paternidad adoptiva se utilizaba con fines patrimoniales, para mantener y conservar la propiedad de los bienes familiares, hereditarios, del sucesor y el heredero; para perpetuar y obtener la protección de los dioses

¹³ Baelo, *Los Orígenes de la Adopción*, 37.

¹⁴ *Ibíd.* 70.

domésticos; y afectivos, siendo la adopción el único escape a la soledad y consuelo en la vida para los hombres sin hijo.¹⁵

1.1.8. La adopción en Atenas

En Atenas, la adopción tenía como finalidad la transmisión de obligaciones patrimoniales, personales, hereditarias y religiosas entre el adoptante, que debía carecer de descendencia legítima, y el adoptado que debía ser siempre un varón. La herencia se determinaba por vía patrilineal y la mujer no computaba para efectos sucesorios, ya que era considerada propiedad animada, como un bien, estaba excluida de toda participación en la vida pública, política o social.¹⁶

Al constituirse la adopción, el adoptado ocupaba la condición social y jurídica de ciudadano libre, con derecho a la participación política y de heredero en su nueva familia, sucedía al adoptante a quien se le asignaba un rol parental, ya que se responsabilizaba de la educación del adoptado¹⁷, la adopción como institución social dependía de la voluntad del Kyros, pudiendo revocar y anular, ya sea por la ingratitud del adoptado o ante las futuras necesidades del adoptante.

1.1.9. La adopción en el imperio romano

Durante el Imperio romano la institución de la filiación adoptiva alcanzaba su máximo apogeo y esplendor, ya que la familia suponía la potestad unitaria, exclusiva y soberana, es así que la adopción asegraba una descendencia artificial y ficticia que debía imitar a la filiación natural, surgiendo la máxima adoptio naturam imitatur; para aquéllos, que no tenían hijos o los habían perdido, desde una perspectiva social según el significado de la familia en Roma y de la potestas

¹⁵ *Ibíd.* 70.

¹⁶ *Ibíd.* 176.

¹⁷ Nacido un hijo, no era dueño el padre de criarle, era llevado Lesjé, donde los más ancianos de la tribu, reconocían al niño, y si era bien formado y robusto, disponían que se le criase, repartiéndole una de las nueve mil suertes; pero si le hallaban degenerado y monstruoso, mandaban llevarle a las que se llamaban Apothetas, o expositorios, lugar profundo junto al Taigeto.

o autoridad del paterfamilias sobre el filiusfamilias.¹⁸La autoridad del paterfamilias sobre sus hijos era el fundamento y la base de la familia en Roma, el político, orador y filósofo romano Marco Tulio Cicerón y el jurisconsulto Ulpiano, disertaban sobre la naturaleza social y jurídica de la familia en Roma, refiriéndose a ella como organización económica, política, administrativa y religiosa.¹⁹

1.1.10. La adopción en roma adoptio y adrogatio

En Roma, la adopción nació como la forma de incorporar a un menor bajo la patria potestad de un paterfamilias, es decir un ciudadano generalmente adulto, exceptuando los impúberes durante la época Postclásica, podía ingresar artificialmente en una nueva domus, someterse a la potestad de un paterfamilias y convertirse en su filiusfamilias, rompiendo los vínculos que le unían con su familia de origen, mediante la institución jurídica de la adopción. El término adopción era ciertamente genérico al englobar dos instituciones: la adopción de un sujeto alieni iuris, filiusfamilias sometido a la potestas de un paterfamilias; y la adrogatio de un ciudadano sui iuris, libre no sometido, siendo el adoptado un paterfamilias.²⁰ Si se la adopción trataba de un varón sui iuris, tomaba el nombre de adrogatio y sí se sometía a solemnidades públicas; en el caso de un varón alieni iuris se denominaba adoptio y se realizaba una triple mancipatio de la primera familia del adoptante.

1.1.10.1. La adrogatio

La adrogatio se constituyó en Roma de forma estricta, solemne y protocolaria, debido a la alteración que producía en el régimen familiar y en el culto doméstico sacra familiaria, mediante la convocatoria pública de comicios curiados, que era el acto populi auctoritate, presididos por el Pontífice Máximus que interrogaba al adrogator y al adrogatus; en este acto, prestaba su consentimiento y manifestaba

¹⁸ Baelo, *Los orígenes de la Adopción*, 71.

¹⁹ *Ibíd.* 86

²⁰ *Ibíd.* 106.

su voluntad de formalizar la adrogatio. Posteriormente, el Pontífice Máximus se dirigía al pueblo para que declarase su aprobación y su conformidad a la propuesta de adrogatio.

A través de una votación²¹, la arrogación se produce cuando lo que legalmente no depende de nadie, se pone bajo la adopción de otro y ellos mismos son los responsables de tal acto.²² En la época Clásica, la celebración de la adrogatio ante los comicios curiados fue sustituida y simplificada, previa propuesta del Pontifex Maximus por la autorización de treinta lictores o funcionarios públicos, que representaban a las curias de Roma, el consentimiento de los treinta lictores, que en realidad simbolizaban a las treinta curias que formaban parte de los comicios, representaba una mera formalidad siendo necesaria la intervención del Pontifex Máximus.²³

1.1.10.2. La adoptio

La adoptio o datio in adoptionem, suponía el ingreso de un alieni iuris en el seno de la familia adoptiva, cambiando el status familiae y en la potestas del adoptante, en calidad de filiusfamilias, rompiendo la agnatio, la gens y el parentesco que lo unía con al adoptado y a su familia de origen. Por tanto, la adoptio confería al adoptado una filiación distinta, sustituía a la de su familia por naturaleza, por la plena integración del adoptado a la familia del adoptante; con los efectos jurídicos, económicos, sociales y familiares que conllevaba. En las épocas arcaicas y clásicas, conforme a lo previsto en la interpretación de la jurisprudencia pontifical de la Ley de las XII Tablas del siglo V a.C., la adoptio se ejecutaba mediante la triple venta, facultad de ius vendendi -mancipatio mediante la in iure cesio, del filiusfamilias a un tercero, que podía ser un extraño o un miembro de su misma familia.

²¹ Por la autoridad del pueblo, adoptaban a los que eran independientes, adopción, que recibía el nombre de arrogación, ya que a aquél que se adoptaba se le rogaba, es decir, se le interrogaba si quería tenerle como hijo con arreglo a derecho a quien iba hacer adoptado, y a éste se le interrogaba si quería hacerlo, por último se interroga al pueblo si determina que así se hiciera.

²² Baelo, Los orígenes de la Adopción, 111.

²³ *Ibíd.*, 87.

1.1.10.3. Transformación social de la adopción en Roma

usos y funciones: Inicialmente, durante la época arcaica, preclásica y clásica, la institución adoptiva tenía como objetivo asegurar el culto familiar de los dioses del hogar y procurarle al paterfamilias un descendiente ante la falta de un hijo legítimo varón que ostentará la condición social, religiosa y jurídica de heredero, produciendo ésta efectos sucesorios mortis causa.²⁴ Progresivamente, la adopción se generalizó en los usos y en las costumbres sociales a medida que la institución familiar y la potestas del paterfamilias iban perdiendo su carácter exclusivista, ya que no se podía pertenecer a dos familias, en la vida social, política y económica con la preeminencia del parentesco cognaticio a pesar de conservar la institución familiar su carácter patriarcal, ante la necesidad de instituir un heredero y un sucesor. En este nuevo contexto social y familiar, la adopción no sólo permitía la supervivencia biológica y religiosa de la domus, sino que sirviera para intercambiar el excedente de hijos de un grupo familiar a otro, para ascender o progresar en la escala social y económica, de plebeyo a patricio y viceversa.²⁵

1.2. Época Medieval

1.2.1. La filiación adoptiva en el Derecho Germánico y entre Bárbaros

Tras la desintegración del Imperio romano en el año 476 d.C., como consecuencia de la invasión de los pueblos bárbaros o germánicos, dándose un proceso de germanización y de asimilación de la cultura socio-jurídica del Imperio romano en las monarquías europeas durante los siglos V, VI y VII d.C., la organización social de los reinos germánicos se articulaban en grupos de parentesco horizontal denominados Sippe, que eran comunidades domésticas o asociaciones de linajes, cuyos vínculos se manifestaban en el servicio de las armas y en la guerra, en la colonización, el culto y en el juramento²⁶, término que hacía referencia a los

²⁴ *Ibíd.* 106.

²⁵ *Ibíd.* 107.

²⁶ *Ibíd.* 120.

círculos parentales de consanguinidad, adhesión, fidelidad, y subordinación entre los miembros del grupo.

Las principales modalidades de filiación adoptiva entre los pueblos germánicos fueron la *thinx* o *gairethinx* en el derecho lombardo, la *affatomía* entre los francos, el *aeteleiding* entre los nórdicos, la *adfilatio*, la *perfilatio* y el *prohijamiento* entre los reinos visigodos, todas derivan de la *adoptio romana* y de la flexibilización o vulgarización del derecho romano y de sus costumbres sociales, al utilizar la adopción con fines hereditarios, dinásticos, patrimoniales y sucesorios.²⁷ Mediante la paternidad adoptiva se podían realizar donaciones *mortis causa*, instituir un heredero, transmitir el patrimonio doméstico y el nombre familiar, ante la ausencia o pérdida de un descendiente legítimo, y designar un sucesor de la personalidad política del padre o señor de la *Sippe*, eligiendo al más apto y con mejores cualidades para el desempeño de tal función.²⁸

Ante el problema de la sucesión testamentaria y dinástica figura que era desconocida en el derecho germánico, se generalizó la filiación adoptiva para asegurar la supervivencia y la continuidad de la *Sippe* con la transmisión de expectativas patrimoniales hereditarias entre adoptante y adoptado.²⁹

1.2.2. La paternidad adoptiva en la alta edad media

Durante la Alta Edad Media (del siglo V al X d.C) encontramos dos modalidades adoptivas, la adopción de un “extraño” ajeno al grupo familiar (extrafamiliar) y que se formalizaba en una ceremonia jurídico-formal que simulaba un parto; y la adopción consanguínea o *profilación* que se realizaba entre los miembros de un mismo linaje o grupo doméstico familiar. En ambas modalidades de adopción se tenía como función social o finalidad instituir un heredero y un sucesor dinástico al patrimonio familiar, quedando el adoptando o *profilado* en una situación más

²⁷ *Ibíd.* 121.

²⁸ Baelo, *Los orígenes de la Adopción*, 121

²⁹ Jara Miranda, *La Legitimación Adoptiva*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1968) 24.

beneficiosa (social, económica y jurídica) respecto del adoptante y del resto de herederos legítimos.

1.2.2.1. La adopción extra familiar

Si el adoptado no pertenecía al grupo familiar, éste se integraría en la Sippe en calidad de hijo y de heredero de los bienes del padre adoptivo mediante una ceremonia jurídico-formal, *camisa de onze varas*, *filiu mantellati*, *mantelkinder* o “*enfans mi sous le drap*, que simulaba el alumbramiento y la adhesión al linaje, con independencia del número de hijos que el adoptante tuviese a la hora de constituir la adopción.³⁰ Se toleró y permitió la adopción como un negocio jurídico patrimonial y sucesorio frente a la oposición de la Iglesia, que consideraba que la filiación adoptiva implicaba reconocer y legitimar a hijos extramatrimoniales, bastardos, adulterinos y espurios, como sucedía en la *adoptio romana*.

1.2.2.2. La adopción intrafamiliar o profiliación

En los reinos españoles de Castilla, de Navarra y de Aragón, se permitió la adopción, profiliación, para designar y elegir un heredero y sucesor entre los miembros del propio grupo familiar, filiación adoptiva intrafamiliar, siempre y cuando los adoptantes no tuvieran descendencia legítima, a diferencia de la adopción extrafamiliar. Por medio de la ficción social y jurídica de la profiliación se podían eludir las limitaciones impuestas a la transmisión del patrimonio familiar, lo que facultaba al perfilado como sucesor de pleno derecho en el patrimonio de los causantes que lo adoptaban.³¹

1.2.3. La adopción en la sociedad bajomedieval

Paulatinamente la institución adoptiva fue cayendo en desuso durante la baja Edad Media, aproximadamente del siglo XI al siglo XV, al ser contraria a la

³⁰ Joachin Ibarra, *El fuero viejo de castilla*, (Madrid: Lex Nova, 1983) 119.

³¹ Baelo, *Los orígenes de la Adopción*, 394.

organización social, política, económica y familiar del sistema feudal.³² La función social que originariamente cumplía la filiación adoptiva, de conservar y transmitir el patrimonio familiar ante la ausencia de un descendiente legítimo varón, fue sustituida por la profiliación, que permanecía en los usos y las costumbres socio-políticas, por el vínculo de mayorazgo y el derecho de primogenitura, que permitía mantener un conjunto de bienes vinculados entre sí, pasando éstos al heredero que el fundador del Feudo determine, y por las sustituciones fideicomisarias, pudiendo en tal caso el señor feudal transmitir los bienes y el patrimonio personal-familiar, que era feudo indiviso e inalienable; ya sea, la totalidad del mismo o en cuotas de participación a los colaterales más próximos³³.

Se contemplaba la trasmisión a terceros, la Iglesia también se opuso a la adopción como institución artificial de filiación, para conservar la pureza de las costumbres y la santidad de vida, ya que la paternidad adoptiva permitía incorporar a un extraño en el núcleo familiar, implicando reconocer y legitimar a hijos extramatrimoniales, aquellos que eran considerado bastardos, adulterinos y espurios, como sucedía con la *adoptio romana*, atentando contra la integridad moral del matrimonio, el sacramento que se sustentaba bajo los pilares de la indisolubilidad y la espiritualidad, ya que la filiación adoptiva era lesiva y perjudicial para los intereses patrimoniales, personales y morales de la familia natural.³⁴

La Iglesia en la Edad Media fue una institución muy poderosa ya que dicha época fue profundamente religiosa; muchos miembros de la nobleza llegaron a ser obispos. Ellos recibían su diócesis como concesiones de los reyes o de otros nobles y al igual que cualquier otro señor feudal, disponían de feudos y de numerosos vasallos; por que la Iglesia se secularizó y sus costumbres se relajaron. La iglesia católica tuvo mucha influencia sobre la sociedad y, aunque existían otros credos, en el siglo XI d.C. Europa era en gran parte cristiana; la

³² Martín Padilla Piñol. *Guía jurídica de la Adopción*, (Barcelona, Ediciones Fausi, 1988) 13.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Georges Duby, *El caballero, la mujer y el cura. El matrimonio en la Europa feudal*, (Madrid, Taurus historia, 1987) 137-138.

Iglesia fue vinculada estrechamente a la sociedad feudal; la misma Iglesia era un gran poder feudal, pues poseía la tercera parte de la propiedad territorial del mundo católico y entre otras cosas, tenían derecho al diezmo, que era la décima parte de las cosechas de toda la gente, muchos miembros de la nobleza llegaron a ser obispos.

Ellos recibían su diócesis como concesiones de los reyes o de otros nobles y al igual que cualquier otro señor feudal, disponían de feudos y de numerosos vasallos. Como consecuencia de esto, la Iglesia se secularizó y sus costumbres se relajaron y se comenzaron a reconocer los derechos de los adoptados, pues recordemos que la Iglesia los reconocía como ilegítimos.³⁵

1.3. Época Moderna

1.3.1. La paternidad adoptiva durante la codificación civil

El fenómeno codificador surgió en la Europa continental a finales del siglo XVII, y se extendió durante todo el siglo XIX de la mano del racionalismo jurídico y de los nuevos valores iusracionalistas y filantrópicos que predica la burguesía ilustrada, frente a las viejas estructuras sociales del Antiguo Régimen. El impulso de la paternidad adoptiva en el Code Civil, como una institución contractual y consensual destinada a ser consuelo de los matrimonios estériles y fuente de socorro para los niños pobres³⁶. Aforismo que fue utilizado en la creación del código napoleónico, el cual hacía alusión que el consuelo de los matrimonios estériles era la adopción por medio de la cual ellos aseguraban la sucesión y con ello su linaje no se perdería, y este a la vez era el amparo para los niños pobres y desamparados brindándoles un hogar y protección, lo cual corresponde a los valores promulgados por el espíritu de la revolución francesa y al interés personal de Napoleón Bonaparte, antes de casarse con María Luisa de Habsburgo-Lorena,

³⁵ Pedro Brunori, *La iglesia católica: fundamentos, personas, instituciones*, (España, Ediciones Rialp, 2000) 150.

³⁶ Espín, *Manual de Derecho Civil*, 272.

ya que su primera esposa, Josefina no le había proporcionado un heredero para asegurar la sucesión imperial.

El jurista Carlos Lasarte³⁷ consideraba que la adopción se admitió a propuesta del Consejo de Estado ante la implicación personal del propio Napoleón Bonaparte, ya que de no mediar la intervención y la insistencia del Consejo de Estado francés, la adopción no hubiera sido incorporada al texto definitivo del Code Civil.

1.3.2. Primeros intentos codificadores

En España el proceso para codificador inició con la constitución gaditana de 1812, que en su artículo 258 regulaba que tanto el Código Civil, como el Criminal, y por último el de Comercio serían unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes³⁸.

Se redactó por la influencia en España de la Revolución Industrial en la estructura social, la burguesía desplaza a la aristocracia terrateniente e impone un nuevo orden jurídico, y por los cambios preconizados por el Code Civil para unificar y centralizar las normas jurídicas preexistentes. Siguiendo el modelo presente en otros códigos europeos e intentando plasmar los principios del racionalismo ilustrado, durante el Trienio Liberal se nombra el 22 de agosto de 1820 una comisión especial en Cortes para elaborar un Código Civil. Dicha Comisión culminó su trabajo con la presentación el día 14 de septiembre de 1821, de un Proyecto de Código Civil redactado por Nicolás María Garely, no logrando incorporar en su articulado la paternidad adoptiva debido a las limitaciones impuestas durante su redacción y a la imposibilidad para publicar y llevar a cabo el Proyecto de Código Civil,³⁹ de esta manera regularlo por primera vez.

³⁷.Carlos Lasarte Álvarez, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*,6º ed.(Madrid: editorial Marcial Pons, 2007). 328.

³⁸ Constitución Española de Cádiz. (España, Don Fernando VII y la Regencia del Reino nombrada por las Cortes generales y extraordinarias, 1812)

³⁹ José Antonio Escudero López, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-Administrativas* (Madrid: Editorial Solana e Hijos, 1995) 207

1.3.3. El Proyecto de Código Civil de 1836

Al no prosperar el Proyecto de Garely, y tras el fallecimiento en septiembre de 1833 de Fernando VII, la regente María Cristina de Borbón ordenó reanudar las tareas de codificación civil, nombrando por Real Decreto de 29 enero de 1834 una comisión presidida por José Ayuso Navarro. Dicha que puso fin a su labor el 16 de septiembre de 1836 con la promulgación del Proyecto de Código Civil, que en su Título XI y bajo el Epígrafe “De la adopción, artículos 370 a 387”⁴⁰.

La cual definió a esta institución como un acto solemne en virtud del cual se recibe por uno como hijo propio el que naturalmente es de otro, no alterando la adopción los derechos ni las obligaciones respectivas, entre el adoptado y su familia, pudiendo el hijo adoptivo tomar el apellido del adoptante, juntamente con el de su padre natural.

De lo anterior se encontraron reminiscencias de las Siete Partidas, de la Novísima Recopilación y del Derecho histórico español sobre la paternidad adoptiva, que estaba destinada a matrimonios sin hijos que tuvieran al menos cincuenta años el marido y cuarenta años la esposa y que desearan adoptar a un huérfano de padres y hermanos, debiendo prestar ambos su consentimiento a la adopción. Asimismo, el Proyecto de Código Civil de 1836 establecía que podían adoptar las viudas que hubieran perdido a su único hijo al servicio de la Patria y hubieran tenido cuarenta y cinco años.⁴¹

1.3.4. El Proyecto de Código Civil de 1851

Durante la década Moderna y bajo el reinado de Isabel II de Borbón, por decreto real de 19 de agosto de 1843 se crea una Comisión General de Codificación adscrita al Ministerio de Justicia y bajo la dirección de Florencio García Goyena, Juan Bravo Murillo y Claudio Antón de Luzuriaga, siendo modificada

⁴⁰ Baelo, *Los orígenes de la adopción*, 176.

⁴¹ *Ibíd.*

posteriormente por el Real Decreto de 31 de julio de 1846 para reducir el excesivo número de vocales.

La contribución decisiva del jurista Cirilo Álvarez Martínez que en noviembre de 1844 había recibido el encargo de la Comisión de Codificación para elaborar el Título V, Libro I del Código Civil, que incorporó en la redacción del Proyecto de Código Civil de 1851 la paternidad adoptiva en los artículos 210 al 244. Florencio García Goyena, quien ocupaba la presidencia de la Comisión del Proyecto de Código Civil, publicó en el año 1852 sus motivos y comentarios al Código Civil español analizando los precedentes de cada artículo de dicho cuerpo normativo y sus concordancias con el derecho antiguo, sobre la paternidad adoptiva, manifiesta como hecho a destacar que la adopción, no estaba en sus costumbres.

Hubo en la Sección una casi unanimidad para pasar en silencio; pero al estar presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería pocos los casos en adelante, como lo había sido hasta ese momento y porque al fin dicho título no era imperativo, sino permisivo o facultativo⁴². Sobre las formalidades exigidas a la hora de instituir la adopción y en relación a los posibles destinatarios de la misma, en el proyecto de 1851 en que se redujó la edad de los adoptantes, pasando de los cincuenta a los cuarenta y cinco años, prohibiéndose la adopción a quienes no tengan descendientes legítimos y a los eclesiásticos, conservado el adoptado todos los derechos que le corresponden con su familia natural.

1.3.5. El Proyecto de Código Civil de 1869

Ante el fracaso del Proyecto de García Goyena, al no poder prosperar como Ley debido a su uniformidad y a su afrancesamiento, se renunció a elaborar una codificación general y a modernizar el Derecho Civil de forma unitaria e integral, optando por realizar modificaciones parciales, lo anterior se atribuyó a Bravo

⁴² Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Tomo I (Madrid: Imprenta de Sociedad Tipográfico Editorial, 1852) 148.

Murillo la frase “hagamos el Código Civil por partes”⁴³ redactando títulos específicos y materias concretas, como la Ley de Matrimonio, de Aguas, Hipotecaria o del Registro Civil.⁴⁴ El 19 de mayo de 1869, posteriormente a la Revolución de 1868 y la proclamación de la Constitución de 1869, el Ministro de Gracia y de Justicia, Antonio Romero Ortiz, presentó a las Cortes Constituyentes un Proyecto de Ley de Libro Primero del Código Civil, que establecía en su prefacio los motivos por los que se debía incluir la adopción en dicho cuerpo normativo, haciendo referencia a su función social, ya que en consonancia con los nuevos principios que justifican la patria potestad en la madre, como facultad, y en ejercicio de ciertos casos y en la viudez, debía admitir las variaciones que la filosofía requiere.

Por tanto, hombres y mujeres, hábiles legalmente para contraer un matrimonio, cuando no tengan hijos ni descendientes y sin esperanzas de tenerlos, eran aptos para hacer adopciones con el exceso de edad para hijos y nietos que aconseja la razón. Esta era la causa por la que, en el proyecto no podían adoptar a los que habían cumplido la edad de cuarenta y cinco años, o tenían hijos y descendientes, porque la adopción conforme mencionaban los jurisconsultos romanos, se introdujo para el consuelo de los que no tenían hijos.

1.3.6. Precedentes, debates y aprobación del Código Civil de 1889

Con idénticos fines y tras la restauración de Alfonso XII, se impulsó el espíritu codificador, con la presentación en Cortes el 24 de abril de 1882 del Proyecto de Código Civil de los Libros Primero y Segundo redactado por Manuel Alonso Martínez, que incorporó la paternidad adoptiva a los matrimonios que tengan descendientes legítimos y al tutor respecto de su pupilo, en el Título V, Capítulo V, artículos 139 a 149, prohibiendo la adopción a los eclesiásticos, como era regulado en el Proyecto de García Goyena.

⁴³ Luis Díez Picazo y Antonio Guillen, *Sistema de Derecho Civil, Introducción. Derecho de persona, Volumen I* (Madrid: Tecnos, 2001) 52.

⁴⁴ Vicente Torralba Soriano, *Nociones de Derecho Civil*, (Madrid: Torralba Abogados, 2000) 82.

En los requisitos formales exigidos para una adopción, se incluyó por primera vez en texto normativo la necesidad de verificar, autorizar y aprobar la adopción ante un Juez mediante escritura pública, como un requisito de eficacia y su posterior inscripción en el Registro Civil correspondiente, para garantizar y dar seguridad jurídica a la adopción. Finalmente, y a tenor de lo regulado en el Código Civil que admitía la filiación adoptiva, siempre y cuando ésta no perjudicará ni menoscabe los derechos de los hijos nacidos antes de la adopción, se aprobó en el plenario del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, incluir e incorporar la paternidad adoptiva en el Código Civil Español, ya que, prohibir la adopción era coartar la libertad que al padre correspondía y tenía para admitir a un extraño en su familia.

1.3.7. La filiación adoptiva en el Código Civil de 1889

Los artículos del Código Civil conforme a la redacción del Real Decreto de 24 de julio de 1889, eran los que le dan vida a la institución jurídica de la Filiación adoptiva en El Código Civil definitivo de 1889 siendo estos los artículos 173 y 174 que establecían los requisitos exigidos para poder adoptar y ser adoptado, capacidad de obrar, hallarse en pleno uso de sus derechos civiles, haber cumplido la edad de cuarenta y cinco años y tener quince años más que el adoptado⁴⁵, no estar incurso en alguna de las prohibiciones que el Código Civil establecía por razones de moralidad o de orden familiar, tales como ser eclesiástico, tener descendencia legítima o legitimada conforme al principio *adoptio naturam imitatu* presente en todos los ordenamientos jurídicos desde la etapa justiniana y en el caso de ejercer la tutela de un pupilo, esta limitación cesaba cuando hubieren sido aprobadas definitivamente sus cuentas

En este caso, dicha prohibición aparece impuesta en base al interés del menor tutelado que podría ver afectado su patrimonio personal, ya que el tutor utilizaría la adopción para evitar dar cuenta del uso dado a los bienes del menor tutelado.⁴⁶ También se contemplaba la adopción conjunta de los cónyuges de un mismo

⁴⁵ Torralba, *Nociones de Derecho Civil*, 84-85.

⁴⁶ Baelo, *Los orígenes de la adopción*, 310.

matrimonio y se excluían las adopciones simultáneas, ya que la paternidad adoptiva sustituía e imitaba la filiación natural y la descendencia legítima⁴⁷. En los artículos 175, 176 y 177 se regulaban los efectos, derechos y las obligaciones personales y patrimoniales, llámese herencia, sucesión, alimentos, asistencia y patria potestad, que existía entre adoptante y adoptado⁴⁸.

En el artículo 46 del Código Civil, se regulaba que el padre adoptante le correspondía la licencia de prestar su consentimiento al matrimonio del hijo adoptivo⁴⁹. En el 178 y 179 se regulaban las formalidades exigidas para poder constituir y perfeccionar la adopción, verificación y aprobación judicial, consentimiento, escritura pública e inscripción en el Registro Civil. Determinando con ello el carácter puramente contractualista, formal y solemne de la paternidad adoptiva como negocio jurídico.

1.4 La adopción en España hacia América

1.4.1. La filiación adoptiva en los fueros municipales

Para abordar la evolución social y jurídica de la institución adoptiva en el Derecho español, es necesario el análisis cronológico de los Fueros municipales que no correspondían necesariamente con su ámbito territorial ya que éste nos ofrecían un enfoque global y descriptivo de las diferentes utilidades y funciones sociales de la paternidad adoptiva. Los Fueros, término derivado del latino *forum* y que hacía referencia al lugar de la administración de justicia en la antigua Roma, eran fuentes por excelencia del derecho medieval y compilatorio durante la reconquista, regulando la paternidad adoptiva como una exención o privilegio que los reyes y

⁴⁷Rodrigo, Bercovitz Rodríguez-Cano, Comentario al artículo 172, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, Vol. II (España-Madrid, Editorial Edersa, 1984) 310.

⁴⁸ Art 77 *El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad.*

⁴⁹ Manuel Baelo Álvarez, "La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor" (Tesis Doctoral, La Coruña, España, 2013) 310.

señores feudales otorgaban a los primeros pobladores cristianos, destacando entre estos los Fueros de Pamplona, Daroca, Jaca, Navarra, Aragón, Vidal Mayor, Novenera, Sobrarbe, Viguera y Val de Funes, Soria, Valencia y Tortosa.

1.4.1.1 El Fuero de Daroca

El fuero privilegiado de Daroca, del Reino de Aragón que se regía por el derecho castellano, fue otorgado en el año 1142 por Ramón Berenger IV, Conde de Barcelona y Príncipe de Aragón, que contenía una serie de concesiones o exenciones para atraer a los pobladores a sus tierras en plena Reconquista. Entre las exenciones del Fuero de Daroca se encontraba la paternidad adoptiva, permitiendo que un extraño se pudiera incorporar al grupo familiar, cuando los hijos legítimos del adoptante consintieran la adopción, por el item *nemo filios habens possit adoptare alium sine uoluntate filiorum suorum*⁵⁰, preservándose la integridad política, económica y social del grupo y del linaje familiar, protegiéndose los intereses personales y patrimoniales de los hijos legítimos del adoptante y del resto de miembros de la comunidad doméstica ya que el adoptado no podían interferir en sus expectativas sucesorias, patrimoniales y personales.

1.4.1.2. Los fueros de Jaca, Pamplona y el Sobrarbe

En el primitivo fuero de Jaca, otorgado por el rey aragonés Sancho Ramírez en el año 1077, fecha en la que Jaca se convirtió en ciudad, se regula la paternidad adoptiva como un derecho personal que se confería a los primeros pobladores de la Villa y de los territorios que comprendía el Fuero. Para ello dicho fuero autorizaba la adopción como una garantía y un privilegio en el que los jacetanos que habiendo tenido hijos propios podían *affillat* de gracia, con base en la caridad cristiana o por su propia voluntad al hijo de otro hombre, que se incorporaría a la unidad familiar en calidad de heredero y de sucesor del adoptante, al igual que el resto de hijos legítimos reforzando con este acto el grupo familiar.⁵¹

⁵⁰ Baelo, *Los orígenes de la adopción*, 146.

⁵¹ *Ibíd.* 150.

1.4.1.3. El fuero general de Navarra

También denominado fuero antiguo, era un corpus jurídico, de carácter privado y anónimo, redactado en lengua romance a mediados del siglo XIII, en torno a la Corte en el año 1238, para codificar las normas eclesiásticas, judiciales, o de los súbditos de Navarra y preservar el derecho consuetudinario. Dicho fuero fue modificado en el año 1330 por Felipe III de Navarra y en 1418 por Carlos III, el fuero llama a estas reformas⁵², extendía como privilegio hereditario y sucesorio, para facilitar la repoblación del Reino de Navarra y servir de instrumento testamentario, la adopción postmortem destinada a aquellos súbditos que morían y después cumpliendo las últimas voluntades y disposiciones patrimoniales y personales del adoptante.

1.4.1.4. El vidal mayor y los fueros de Aragón

En el año 1247, Jaime I de Aragón convocó en Huesca a las Cortes Generales y ordenó al obispo Vidal de Canellas sistematizar y unificar la legislación foral del Reino en dos colecciones normativas la *Compilatio minor* y la *Compilatio maior*, esta última redactada entre los años 1247-1252 y conocida en su versión romance con el nombre de Vidal Mayor. En Vidal Mayor, al igual que en otras fuentes legislativas navarro-aragonesas y castellanas, la adopción y la arrogación se englobaron bajo la figura del *affillamiento*, en donde el padre de familia, tuviese o no hijos legítimos, podía incorporar a un tercero a su familia con los mismos derechos y deberes de los hijos naturales, tales como pagar las deudas o cobrar la parte correspondiente a la herencia.

1.4.1.5. Los fueros de Valencia y las costumbres de Tortosa

Fueron promulgados por Jaime I en el año 1261, que regulaba la filiación adoptiva como un privilegio concedido a los varones que la naturaleza les había privado de hijos o hijas, nietos u otros descendientes legítimos, ya sea verbalmente, ante un

⁵² *Ibíd.* 144.

Tribunal, en documento escrito o en testamento como adopción testamentaria de los bienes del causante, perfeccionándose en el momento del fallecimiento del adoptante, junto con los requisitos formales exigidos para poder constituir la adopción, en los fueros de Valencia se incluyó por primera vez desde la normativa justiniana, la necesidad de que el adoptante fuera mayor que el adoptado.

En el Código de Tortosa de 1279, regulaba la adopción de varones, excluyendo a las mujeres, ya sea verbalmente, ante Tribunal o en documento escrito, de forma privada, suprimiendo la modalidad de adopción testamentaria presente en los fueros de Valencia. Se exigía que el adoptante fuera mayor que el adoptado, ya que la adopción se basaba en la ficción jurídica de establecer como padre al que no lo era por naturaleza, considerando que los ocho años de diferencia entre adoptante y adoptado eran más que suficientes para semblar natura.

1.4.1.6. El fuero de Viguera y val de Funes y el fuero de Novenera

En el fuero de Viguera y Val de Funes que concedió Alfonso I de Aragón del año 1073 al 1134, al antiguo Reino de Viguera y a la villa navarra de Funes, se establecieron requisitos para que los omes villanos e infançones lindos, como privilegio de repoblación, pudieran afijar a un tercero, denominado villano o jfancón lindo, en calidad de heredero de sus bienes y siempre y cuando éstos no tuviera otros parientes cercanos. Si a la hora de formalizar la adopción, concurría con el adoptado otros parientes cercanos, éstos debían prestar su consentimiento. En este supuesto, le correspondía al adoptado, como señal de reconocimiento, equiparándose a efectos sucesorios, aceptar la herencia y pagar las deudas del causante, como si fueran hijos adoptivos.

1.4.2. La adopción alfonsina: fuero de Soria, real y Las siete partidas

Durante el reinado de Alfonso X, del año 1252 a 1284, de su extensa y compleja obra científica, jurídica y literaria destacan el fuero de Soria, el fuero Real y las

Siete Partidas, se incorporó la paternidad adoptiva con la finalidad de unificar y renovar esta institución sobre la base del Derecho romano.⁵³

1.4.2.1. El Fuero de Soria y el Fuero Real

El fuero Real de 1252 a 1255 en su proemio establecía literalmente: “que pidiendonos merced que les emendasemos los sus usos, que fallasemos que eran sin derecho, e que les diesemos fuero porque visquiesen derechamente de aquí adelante, oviemos conseio con nuestra corte e con los omes sabidores de derechos, e dimosles este fuero”⁵⁴ En el año 1256, Alfonso X el Sabio concedió a la ciudad de Soria y también a otras ciudades castellanas como Burgos, Palencia, Valladolid, Segovia o Peñafiel, un fuero regio que ordenaba que todas aquellas relaciones sociales, religiosas y jurídicas en el orden penal, patrimonial, personal y procesal que podían presentarse en las ciudades anteriormente mencionadas.

En ambos fueros, tanto en el de Soria, en el capítulo XLVII, como en el Real en su Libro III, Tit. VI que la filiación adoptiva se regulaba a través de la institución del recibimiento de fijo sobre los principios de la adoptio justiniana, aunque difería ya que el adoptado ingresaba en el grupo familiar en calidad de hijo sin estar sometido a la potestad del adoptante, sino a la de su familia de origen.

1.4.2.2. Las siete partidas

Este fue uno de los corpus normativo más importante en la historia del derecho español y supone la recepción total en Castilla y la formación del derecho territorial, sintetizando en un sólo código legal los principios y preceptos morales, jurídicos, filosóficos y religiosos de la época.⁵⁵ Las siete partidas recibieron la filiación adoptiva de la influencia de la doctrina canónica en la sociedad castellana,

⁵³ Carlos Estepa Díez, Miguel Ángel Ladero Quesada, Julio Valdeón Barunque, Miguel Rodríguez Llopis, et al., *Alfonso X. Aportaciones de un Rey castellano a la construcción de Europa* (Murcia, España: Consejería de Cultura y Educación, 1997) 119.

⁵⁴ Alfonso X de Castilla el rey sabio, *Opúsculos Legales*, Tomo II (Madrid, España: Imprenta Real, 1836) 6.

⁵⁵ Baelo, *Los orígenes de la adopción*, 14.

de las Instituciones de Justiniano y de los fueros precedentes, fuero Real y fuero de Soria, utilizando para ello el término genérico de prohijamiento o porfijamiento, en la partida IV, Título XVI, Ley I, ya que las leyes, por la cual podían los omnes ser hijos de otros, maguer non ser naturalmente⁵⁶.

En las siete partidas la distinción justiniana entre adrogatio y adoptio, se mantuvo; la adrogatio, se constituía por autorización del Rey o del Príncipe mediando el consentimiento expreso del arrogante y del arrogado; frente a la adoptio, en la que bastaba la mutua declaración de voluntades, entre adoptante y adoptado, ante un magistrado. A su vez, la adoptio se subdividía en adoptio plena y adoptio minus plena, según el adoptante fuera ascendiente o no del adoptado.⁵⁷

1.5. La Adopción en Latinoamérica

En América Latina existieron algunas formas de adopción durante la época de la colonia; esto debido al abandono de los hijos de nobles españoles fruto de relaciones extramatrimoniales, los cuales eran entregados a familias campesinas que estaban a cargo del cuidado de éstos por un aporte económico.

Sin embargo, a principios del siglo XIX dicha institución fue ignorada y omitida por largo tiempo, haciéndose necesario remediar esta carencia legislativa⁵⁸, carencias que en las primeras décadas del siglo XX, se introdujeron en normas sobre la materia. Según datos de la Asociación de Estudio y Seguimiento de la Adopción Internacional el número de niños procedentes del conjunto de América Latina adoptados por el Estado Español del 2002 al 2006 es de 2,911. Los países de procedencia en orden de frecuencia son: Colombia 1.312, Bolivia 404, Perú 249, México 193, R. Dominicana 115, El Salvador 107, Haití 93, Brasil 92, Honduras 87,

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Federico de Castro y Bravo, *Derecho civil de España, Parte General. Derecho de la persona. La persona y su estado civil*, Tomo II, parte I (Madrid: Editorial Civitas, 1952) 107-109.

⁵⁸ José del Transito Rodas Amaya, Delmy Guadalupe Ávila Ochoa, et al., "La adopción como Institución de derecho de familia en interés primordial de los menores y sus reformas en el periodo 1999-2000", (Tesis de Grado, San Salvador, El Salvador, 2001). 29.

Chile 78, Panamá 55, Guatemala 45, Costa Rica 43, Ecuador 27 y Nicaragua 11, para Latinoamérica el concepto de familia es muy importante y el trato con los debe ser cálido, personalizado, con empleo de saludos y lenguaje formal. Sin embargo, el uso del castigo físico, el abuso de autoridad por parte de padres y cuidadores e incluso el maltrato, han estado más aceptados que en otras sociedades⁵⁹.

Existen, similitudes y diferencias en los requisitos generales para adoptar en Latinoamérica, entre las primeras el consentimiento del adoptado, de sus representantes y el de los adoptantes; lo cual es imprescindible para la adopción, la edad mínima de los adoptantes es casi similar en países de Latinoamérica, la pareja adoptante requiere tener como mínimo veinticinco años.

En legislaciones como la de El Salvador, Honduras, Colombia, República Dominicana, Costa Rica y Bolivia señalaban una diferencia entre el adoptado y los adoptantes de quince años, a discrepancia de legislaciones como México que señalan una diferencia de diecisiete años entre quienes van a adoptar y quienes serán adoptados, Ecuador señala catorce años de diferencia, Perú dieciocho años, Chile veinte años, y Brasil dieciséis años de diferencia.

Algunas legislaciones regularon edades máximas para adoptar, por ejemplo Colombia y Perú con cincuenta y cinco años, Chile, Costa Rica y Brasil con sesenta años y Bolivia cincuenta años, y además como medida de seguridad para el menor se pide la comprobación de buena salud de los adoptantes. La Capacidad es exigible en todas las legislaciones, el adoptante como adoptantes, tengan capacidad legal, buena conducta y reputación, que tengan condiciones económicas, sociales, afectivas y morales para cuidar al menor. En diferentes disposiciones que se refiere a la materia, existen prohibiciones aplicables a los procesos de adopción, no puede adoptar el cónyuge sin el consentimiento del otro,

⁵⁹ Los datos en mención corresponde a la Asociación de Estudio y Seguimiento de la Adopción Internacional " Hijos de la Esperanza" Mundo Adopción.

ni los tutores o curadores a las personas sujetas a la tutela, ni los que hayan ejercido tutela a sus ex pupilos mientras no se apruebe cuentas de administración ante autoridad judicial, ni tampoco la persona suspendida de la autoridad parental.

1.6. La Adopción en El Salvador

En El Salvador la adopción tiene sus orígenes desde los primeros años de vida como estado independiente, porque existía perfectamente en el derecho de Indias y éstas al haber sido proclamada la independencia quedaron vigentes en cuanto fueron compatibles con el régimen estatal que nacía; en consecuencia, quedaban vigentes todas las instituciones españolas que no contrariaran los principios de libertad proclamados inicialmente en el acta de la independencia y posteriormente en la primera Constitución Política.⁶⁰

1.6.1 Origen de la Adopción en El Salvador

La adopción como institución es tan antigua que sus orígenes se encuentran desde los pueblos antiguos tales como Roma, Grecia, entre otros, pero en El Salvador sus primeros antecedentes se observan en el Código de Procedimientos Judiciales y de Formulas de 1857, aunque fue hasta las Constituciones de 1950 y 1962 donde comenzó a regular aspectos en cuanto a la protección de los hijos, como antecedentes también se cuenta con la Ley de Adopciones de 1957, la cual fue derogada por el Código de Familia vigente de 1994 y actualmente se cuenta con la Ley Procesal de Familia de 1994.

1.6.1.1. Código de Procedimiento Judiciales y de Fórmulas de 1857

La institución de la adopción en El Salvador, tuvo su asidero legal por primera vez, en el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, elaborado por el Doctor

⁶⁰ Claudia Carolina Pérez Pérez, José Victorino Osegueda Monterrosa, et. al., "La aplicación de la convención de la haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional como garantía del interés superior del menor, cuando la adopción es realizada por extranjeros".(Tesis de Grado, San Salvador, El Salvador, 2001) 10.

Isidro Menéndez,⁶¹ regulando ciertas reglas para adoptar, la cuales fueron inaplicables o inoperantes, debido a contradicciones con el Código Civil, en tal sentido la situación que prevalecía fue la desprotección familiar⁶², se regulaban ciertas reglas para adoptar, en el Capítulo Primero, Título Sexto como era la redacción de escrituras públicas de adopción, existiendo innumerables situaciones familiares que no tenían amparo legal y los procedimientos establecidos carecían de legalidad con normas sustantivas del Código Civil, hasta que fue promulgado el Código de Procedimientos Civiles el 12 de enero de 1863.

Al quedar derogado el Código de Fórmulas desaparece la Institución de la Adopción en la legislación salvadoreña, debido a que la comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código Civil, así como la Asamblea y el Poder Ejecutivo encargado de darle su trámite legal, no se interesaron en ella ya que tomaron como base el Código Civil de Chile de 1857, y al no regular en dicho código optaron por no incluir en Código de Procedimientos Civiles, omitiendo una institución tan importante, para hacer efectivos los derechos de los menores, como lo es la institución de la Adopción.⁶³

1.6.1.2. Constituciones de la República de El Salvador de 1950 y 1962

A lo largo de la historia salvadoreña la institución jurídica de la adopción, ha sido tardía su incorporación al derecho positivo, ya que fue hasta las Constituciones de 1950 y 1962, que se retomaron y establecieron algunos derechos en relación a la educación, asistencia y protección a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y adoptivos, sin embargo aunque tales derechos fueron retomados en dichas constituciones, la igualdad de derechos entre los hijos adoptivos y los biológicos no se reguló, sino hasta la Constitución de 1983, en cuyo artículo

⁶¹ Rafael David Arévalo, "La adopción en El Salvador" (Tesis Doctoral, San Salvador, El Salvador, 1968).5.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Silvia Guadalupe Amaya Jurado, Jacqueline Lisseth Coreas Vaquerano, et. al., "Factores que dificultan la adopción para los extranjeros en El Salvador y el rol del Estado como garante del proceso" (Tesis de Grado, San Salvador, El Salvador, 2009) 17.

garantiza brindarle rango constitucional a este derecho significando gran evolución y avance para esta figura.⁶⁴

1.6.1.3. Ley de Adopción de 1955

La Ley de Adopción de 1955 fue promulgada por el Decreto Legislativo número 1973, de fecha 28 de octubre de 1955, publicado en el Diario Oficial número 211, tomo 168, de fecha 16 de noviembre de 1955, actualmente derogada por el artículo 403 del Código de Familia, su creación no fue con el objetivo de regular la institución de adopción⁶⁵, sino subsanar algunos vacíos de este, lastimosamente no retomo los avances jurídicos doctrinario en materia de adopción, en muchos aspectos se quedó a la espera de un nuevo cuerpo normativo que incluyera dichos avances, no es de sorprenderse que no contemplara la adopción como un medio de protección familiar, con mayor énfasis en los niños, niñas y adolescentes.⁶⁶

Ante la necesidad de emitir una reglamentación que protegiera a los menores huérfanos o abandonados para que fuesen incorporados a un hogar que les proporcionaría un normal crecimiento; surgió la Ley de Adopción con fecha 28 de Octubre de 1955, por medio del D.L. N° 1973 publicado en el Diario Oficial N° 211, Tomo N° 169 del 16 de Noviembre de 1955, la cual dio lugar a adopciones ilegales y favoreció el tráfico de menores.

Al tener como finalidad dar un hijo a las parejas que no lo tenía, dejándose fuera el interés del menor, prueba de ello son las dos reformas que se le hicieron a la referida ley, la primera publicada en el D.O. N° 35, Tomo 274 de fecha 19 de

⁶⁴ Constitución Política de El Salvador (República de El Salvador, Asamblea Constituyente 1950).

⁶⁵ A nivel Institucional la adopción en un primer momento no adquirió la importancia que debía, es hasta en la Constitución de 1950 donde se instaura por primera vez al derecho positivo y en la de 1962 se establecen algunos derechos relacionados a la educación. En esta Constitución se estableció asistencia y protección para los hijos, no importando que estos hubieren nacido dentro o fuera del matrimonio estos mismos derechos también les concernían a aquellos hijos que ostentaban tal calidad por medio de la adopción, pero cabe recalcar que en ningún momento se regulo de manera directa la igualdad que debía existir entre hijos biológicos y adoptivos, sino hasta la Constitución de 1983 donde se establecen ciertas garantías

⁶⁶ Ley de Adopción, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1955).

febrero de 1982; que daba la posibilidad en el artículo 6 de apelar la resolución pronunciada por el Juez y no admitía otro recurso.

El último párrafo del artículo 7 disponía que autorizaba la adopción por medio de una escritura pública; después de ello el 23 de noviembre de 1982, se dio otra reforma publicada en el D.O. N° 65, Tomo 279 de fecha 11 de abril de 1983; el cual reguló el artículo 1-A: “Toda notificación que deba de hacerse a la Procuraduría General de La República en relación con la aplicación de la presente Ley, podrá hacerse al Procurador General de la República, al Secretario General o al Jefe del Departamento de Adopción de la misma Institución.”⁶⁷

Ampliando de esta manera la posibilidad de presentar las notificaciones; además, se decretó que si en el transcurso de los treinta días que tenía la Procuraduría General de la República para presentar el dictamen sobre los estudios realizados, y estos no fueron presentados en ese plazo el juez lo tendría como favorable a la adopción. Del dictamen que emitía la Procuraduría General de la República solo tenía carácter ilustrativo para el Juez que conociera de las diligencias respectivas, y quien debía resolver de conformidad a la apreciación que se hiciera de la prueba que se hubiese presentado.

1.6.1.4. Código de Menores de 1974

La necesidad de una normativa que obedeciera a mandato constitucional en nuestro país, resultó creada mediante el Decreto Legislativo número 516, del 17 de enero de 1974, publicado en el Diario Oficial número 21, tomo 242, del 31 de enero de 1974, la cual trajo el Código de Menores⁶⁸. Con la vigencia del Código de Menores se estableció una protección integral de los niños, niñas y adolescentes. En el Título I que reconoció principios y derechos establecidos en la Constitución así como en la Convención de los Derechos del Niño, estableciendo derechos fundamentales de los menores y consignando sus deberes acorde a la

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Código de Menores, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1974)

Constitución y a los Tratados Internacionales ratificados por El Salvador.⁶⁹ Los principios rectores para su protección integral fueron consagrados en dicho Código, tales como el interés superior del menor y, establece la protección especial que el Estado tiene obligación de brindar a los niños, niñas y adolescentes, especialmente a los que se encuentran en riesgo.

1.6.1.5. Código de Familia de 1994

El Código de Familia fue promulgado con el objetivo de proteger el bienestar y desarrollo social, cultural y económico e integración de la familia, cumpliendo así el mandato constitucional, que establecía a la familia como la base fundamental de la sociedad, por lo que dicho Código retoma en el capítulo III, La filiación adoptiva, regulando así, la figura de adopción, como una institución de protección familiar y social especialmente establecida en interés superior del menor.⁷⁰ Desde la entrada en vigencia a El Salvador, fueron creadas las regulaciones jurídicas especiales para la institucionalización de la adopción por extranjeros, las cuales surgieron basándose en los problemas que presentaba la adopción de aquellos. El Código de Familia armonizó la legislación interna en materia familiar y de menores, con el contenido en tratados y convenciones internacionales ratificados; asimismo, cabe destacar que, con la entrada en vigencia de dicho código, quedaron derogados el Código de Menores y la Ley de Adopción.

Es por ello, que se determina en dicho Código que la adopción es una institución establecida con el fin de velar por el interés superior del menor, para dotarlo de una familia, quienes en el futuro serán los encargados de asegurar para el niño, niña o adolescente el bienestar y desarrollo integral de su vida; ya sea, en los ámbitos de educación, salud, económico, entre otros.⁷¹ Es de consideración que los derechos de la infancia se convertirían en una prioridad nacional, siendo una

⁶⁹ Diana Maribel Gómez Pacas, “La presunta violación de las garantías fundamentales con la publicidad efectuada por los medios de comunicación social que exhiben la identidad de los menores infractores.” (Tesis de grado, San Salvador, El Salvador, 2001)

⁷⁰ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

⁷¹ *Ibíd.*

obligación del Estado, atender de manera prioritaria los compromisos con la niñez y la adolescencia. De manera tal, los primeros derechos que deben ser protegidos de los ámbitos de la discrecionalidad de la política y del mercado son precisamente los derechos de los menores de dieciocho años.

1.6.1.6. Ley Procesal de Familia de 1994

La Ley procesal de Familia se promulgó por Decreto Legislativo No. 133, de fecha 14 de septiembre de 1994, y publicado en el Diario Oficial No. 173, Tomo No. 324, del 20 de Septiembre de 1994, su vigencia inició a partir del 1º de octubre de 1994, de acuerdo a mandato constitucional, dicho cuerpo normativo se crea con el objetivo de establecer las directrices y parámetros fundamentales que logren desarrollar en la legislación secundaria las garantías que aseguren la aplicación de las leyes, protegiendo así los derechos de familia y de los menores, desarrollando los principios de la doctrina procesal moderna, por lo que dicha ley, retoma en la sección cuarta la adopción y sus aspectos procedimentales.⁷² El objeto de dicha ley es facilitar a toda persona la solución, de manera ágil, pronta y cumplida los conflictos de familia, con la finalidad de garantizar el cumplimiento pleno de los derechos establecidos en el Código de Familia.

1.6.2. Evolución de la Adopción en El Salvador

La adopción se originó en El Salvador, desde los primeros años de vida de Estado independiente; confirmando su existencia en el siglo XIX; en el primer Código de Procedimientos Judiciales y de fórmulas, publicado en 1857 en el cual se encontraba el Capítulo Primero, Título sexto relativo a la adopción, indicando el procedimiento y las fórmulas de redacción de escrituras públicas que la documentaban; así permaneció, hasta que fue promulgado el Código de Procedimientos Civiles el 12 de enero de 1881, que derogó el Código de

⁷² José Moisés Álvarez Clemente, Ada Raquel Muñoz García, et al., “La adopción como causa de extinción de la autoridad parental frente a la retractación justificada de los padres biológicos”, (Tesis de Grado, San Salvador, El Salvador, 2011) 27.

Fórmulas. Con ello desapareciendo la institución de la adopción en la legislación, por algunos motivos, entre ellos se encontraba que la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código Civil, así como la Asamblea Legislativa de esa época y el Poder Ejecutivo encargado de darle su trámite legal, no se interesaron en ella, al no considerarla como una institución importante ya que la normativa que sirvió como base Código Civil de Chile de 1857 no lo regulaba, como cuerpo normativo modelo; la institución de la adopción, volvió a la vida jurídica salvadoreña aproximadamente un siglo después de su desaparecimiento; consignándose como una de las innovaciones de la Constitución Política que forjó lo denominado revolución del 14 de diciembre de 1948.

En 1955 con el fin de lograr que los menores huérfanos o abandonados se incorporaran a un hogar que les proporcionara un normal crecimiento y desarrollo, se promulgó la Ley de Adopción con fecha 28 de octubre de 1955; posteriormente, en 1980 se desató la Guerra Civil en el territorio salvadoreño, lo que produjo un incremento a gran escala en el número de niños huérfanos, lo cual generó la demanda de adopciones por parte de extranjeros.

El 20 de noviembre de 1989 fue dictaminada por la Asamblea General de la ONU, la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa que entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990, siendo firmada y ratificada por El Salvador el 26 de enero y el 27 de abril de 1990 respectivamente, constituyéndose así, como el más importante instrumento jurídico de carácter universal de protección a los derechos de la infancia.

El 29 de mayo de 1993, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, siendo ratificada por el Estado de El Salvador el 2 de Julio de 1998, y con vigencia a partir del 1 de marzo de 1999. A consecuencia de la ratificación de la convención, se creó la Oficina para Las Adopciones por sus siglas O.P.A., la cual se convirtió en la Autoridad Central

encargada de llevar a cabo el trámite administrativo de las Adopciones Nacionales e Internacionales.⁷³

1.6.3. La Adopción en El Salvador en la actualidad

En la actualidad, en el del ordenamiento jurídico salvadoreño, la institución de la Adopción tiene como finalidad primordial la protección familiar y social, y de forma especial la establecida en interés superior del menor,⁷⁴ con el único objeto de darle al menor una familia, que asegure su bienestar y desarrollo integral. La Oficina para Adopciones por sus siglas OPA, fue creada por medio de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de fecha 3 de diciembre de 2008, y publicada en el Diario Oficial de fecha 22 de diciembre del mismo año; la cual, cuya normativa entró en vigente desde el 31 de diciembre de 2008.

En dicha normativa, particularmente en el artículo 51, regulaba que la OPA tenía a cargo un coordinador bajo la dependencia del Procurador Adjunto de familia, la cual tendría como función tramitar y resolver administrativamente las solicitudes de autorización de adopciones de niños, niñas y adolescentes, garantizando el interés superior de la niñez y respetando sus derechos fundamentales, priorizando el derecho a permanecer en su familia de origen y la adopción nacional sobre la internacional, garantizando la información y asesoría sobre la adopción y sus efectos a las personas cuyo consentimiento y conformidad se requiera, así como la preparación y el seguimiento post-adoptivo.

La OPA 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 Salvador sobre la materia; b) Promover los procesos judiciales correspondientes para definir la situación jurídica para la adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes; c) localización geográfica y orientación dirigida

⁷³ Pérez, "La Aplicación de la Convención de la Haya". 1

⁷⁴ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa 1993)

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. Dicha oficina se encuentra integrada por equipos interdisciplinarios conformados por un abogado, un trabajador social y un psicólogo.

En la etapa administrativa del proceso, intervienen los equipos interdisciplinarios, por medio de la elaboración de dictámenes legales, sociofamiliares 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, del señor Procurador General de la República así como del Señor Presidente del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia por sus siglas ISNA.

Asimismo, 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 Familia⁷⁵. En caso de reflejar los dictámenes la necesidad de una ampliación de la información presentada, el expediente de la familia solicitante es prevenido, mediante una resolución que es emitida y notificando al apoderado de los solicitantes, las observaciones efectuadas por la Oficina Para Adopciones, con el objeto que subsanen dicho requerimiento.

Efectuada esa calificación de idoneidad por parte de la Procuraduría General de la República e ISNA, para el caso de las familias extranjeras, éstas quedan en espera de su asignación a un menor, sujeto de adopción, por parte del Comité Institucional de Asignación de Familias Adoptivas a Menores Sujetos de Adopción. Estos niños fueron puestos a disposición del Señor Procurador General de la República, por parte del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia para declarar a los menores sujetos de adopción.

⁷⁵ Ley Procesal de Familia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1994)

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 queda suspendido 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, califican su procedencia y asignan al menor a la familia que resulte más idónea para ser adoptado, la cual es elegida de una terna de familias propuestas para el efecto.

Emitido el Acuerdo del Comité Institucional de Asignaciones de la PGR, se comunica a la autoridad central u organismo acreditado de la residencia habitual de los solicitantes, según sea el caso, la información a que se refiere el artículo 16 literal a) de la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrito por El Salvador el 21 de noviembre de 1996, y Ratificado el 02 de julio de 1998, publicado en el D.O. N 140, Tomo 340, del 27 julio de 1998.

A fin de obtener la aceptación y conformidad a que se refieren los literales a), b) y c) 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 al artículo 12 numeral 11 de la Ley Orgánica de la PGR en relación a los Artículos 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 la certificación con sus anexos que señala la última disposición citada, para que proceda a iniciar la etapa judicial en el Juzgado de Familia Competente, art. 191 Ley Procesal de Familia, por medio de la solicitud de Jurisdicción Voluntaria de Adopción, a efecto

que el respectivo juez decreta la adopción. Es a partir de la entrega de la citada documentación que comienza a correr el término de caducidad de treinta días corridos señalado en el Art. 194 Ley Procesal de Familia, para iniciar la etapa judicial ante el Juez de Familia competente.

1.7. Origen de la Adopción Internacional

La figura de la Adopción Internacional nació después de las dos guerras mundiales, y tras los conflictos de Vietnam y Corea. Las secuelas, propias de estas situaciones, como la disolución familiar, los niños abandonados, la extrema pobreza, etc., crean las condiciones necesarias para que esta institución traspase las fronteras de los países. Su objeto era dar una familia a los miles de niños que habían perdido la suya y cuyo resultado fue su ubicación en hogares de Europa Occidental y Estados Unidos. En la actualidad la adopción es utilizada para conseguir hijos a quienes no los tienen, invirtiendo su esencia que era la de procurar una familia al menor desamparado.⁷⁶

En Estados Unidos el tren de los huérfanos fue un programa social que funcionó entre los años 1854 y 1929. El origen del tren de los huérfanos recae cuando Nueva York fue la puerta de entrada a América para millones de inmigrantes que llegaban huyendo de la crisis, las hambrunas y las persecuciones que tenían lugar en Europa a causa de la primera guerra mundial. La ciudad, en plena expansión, ejercía un potente efecto pero a medida que se convertía en el centro industrial y financiero del país y del mundo, también crecía la pobreza de gran parte de sus habitantes.

Los menores comenzaron a ser un problema social, una realidad incómoda que había que esconder, es así que el metodista Charles Loring Brace ideó un infalible remedio. Creó la Sociedad de Socorro a la Infancia con el claro objetivo de acabar con los delincuentes y vagos menores de edad, que abarrotaban las calles de

⁷⁶ Marina A. Bazzano, "Viabilidad de la adopción internacional en Argentina", (Tesis de grado, Buenos Aires Argentina, 2010). 8

Nueva York, y así mismo, la Sociedad de Socorro a la Infancia, puso en marcha los *Trenes de huérfanos*.⁷⁷

Por esa época, el número de niños abandonados en el país era abundante: sólo en Nueva York había 30.000 niños huérfanos viviendo en las calles. El programa tenía como fin trasladar a miles de huérfanos de las ciudades de la Costa Este del país -sobre todo de la ciudad de Nueva York- hacia el Oeste y Centro del país, donde había miles de adultos dispuestos a adoptarlos. En total más de 200.000 menores fueron “reubicados” mediante dicho programa institucional. Los niños que eran incorporados al programa, no sabían cuál era destino que les aguardaba ni con qué familias iban a vivir, ni siquiera el Gobierno lo sabía.

El funcionamiento del programa era el siguiente: el tren iba parando en diferentes estaciones donde esperaban los interesados en adoptar y ahí mismo elegían a sus futuros hijos, sin importar si separaban grupo de hermanos. No todos eran bebés, por el contrario, muchos de los niños tenían entre 7 y 17 años. De allí que no faltaron matrimonios, sobre todo los que vivían en zonas rurales, que vieron en ellos la oportunidad de obtener mano de obra para sus campos. Si bien muchos de los adultos que adoptaban huérfanos de los trenes tenían buenas intenciones y ganas de tener hijos, hubo muchos casos donde sólo los adoptaban para tener mano de obra gratis.

Muchos fueron maltratados, casi no comían y debían cumplir con jornadas de trabajo excesivamente largas. A los 77 años, Franklyn Frederick, un americano que fue parte del tren de los huérfanos declaró que la familia Irlandesa que le había adoptado sólo para trabajar en su granja. Daban a conocer la fecha y hora de llegada de un tren con huérfanos y describían a los niños ofertados en adopción de la siguiente manera: vea a los niños, la distribución tendrá lugar en la Casa de la Ópera el viernes 25 de febrero a la 1:30 PM.⁷⁸ La mejor forma de estudiar la adopción moderna y de prever los cambios del futuro es entenderla como un fenómeno estrechamente conectado con los procesos evolutivos de la

⁷⁷Ibíd.

⁷⁸Ibíd.

cultura y la estructura de la sociedad. Fueron las guerras mundiales, en especial la Segunda, y sus consecuencias las que modificaron profundamente la actitud en torno a la adopción en las sociedades occidentales dirigiéndose progresivamente hacia la adopción como derecho de los menores sin familia.⁷⁹

Durante este tiempo, numerosos niños habían quedado sin hogar a causa de la guerra, unos porque sus padres habían muerto o desaparecido y otros porque habían decidido refugiarse a los niños en zonas alejadas del conflicto, lo que promovió la creación de numerosos orfanatos en los que se comenzaron a observar las desastrosas consecuencias que tiene el cuidado institucional y la privación del cuidado parental para los niños. Durante esta época, uno de los estudios más influyentes en la toma de conciencia sobre esta realidad fue el realizado por René Spitz en 1945 sobre el hospitalismo, en el que se describe el comportamiento y el desarrollo observados durante dos años en 91 lactantes de un orfanato europeo de la posguerra. En ese orfanato los cuidados materiales, eran perfectos: alimento, alojamiento, atenciones de higiene, etc., eran iguales o mejores que en otras instituciones.

Sin embargo, el personal dedicado específicamente al cuidado de los niños era muy escaso por lo que se considera que la carencia afectiva era total. Spitz describe cómo los niños entraban en un estado depresivo que se seguía de un retraso muy significativo de la coordinación psicomotora y de un estancamiento del desarrollo evolutivo que sólo alcanzaba, de media, un cuarenta y cinco sobre cien de lo considerado normal para cada etapa, el deterioro progresivo y la inmunodepresión hacían que los niños contrajeran infecciones y que un porcentaje extremadamente elevado de ellos muriera a causa del marasmo alcanzando una tasa de mortalidad del 37 por ciento.⁸⁰, ante la falta inminente de una atención plena para cada uno de los menores ya que marca su niñez ante la falta de afecto.

⁷⁹ Ana Berástegui Pedro-Viejo, *La adaptación familiar en la adopción internacional: Una muestra de adoptados mayores de tres años en la Comunidad de Madrid*, (Madrid, España, Editorial Consejo Económico Social, 2005) 26.

⁸⁰ María Jhoana Cabrera Guillén "El Hospitalismo según René Spitz" (Tesis de grado, Cuenca, Ecuador, 2005) 22-23.

A causa del estudio de René Spitz y John Bowlby de esa época, hizo que existiera un llamado de alerta y fue así como la Organización Mundial de la Salud, encargó a Bowlby un estudio sobre los efectos de la privación maternal, plasmado en el libro *Maternal Care and Mental Health*.

Concluyendo que el infante debía experimentar una relación cálida, íntima y continua con la madre o madre sustituta permanente, en la que ambos encuentren satisfacción y al no tenerla, podrían presentarse graves e irreversibles consecuencias en su salud mental.⁸¹ Por lo tanto los estudios de Bowlby como de Spitz sentaron las bases para considerar que todo niño tiene derecho a una familia, ya que considera que no solo tienen necesidad de alimentación, higiene y salud básica, sino de una relación con un adulto que les proporcione seguridad y afecto.

Es por ello que a consecuencia de la realidad que se estaba viviendo en cuanto a las guerras y la introducción de la figura de la familia como derecho de los niños, es que surgieron las primeras adopciones internacionales como tal, en las que cientos de familias norteamericanas adoptaron niños europeos, mayoritariamente alemanes, desprotegidos a causa de la guerra. A finales del año de 1960 la adopción era un fenómeno europeo y comenzó a ser considerado en el marco de la familia, de la protección y del bienestar del niño, estableciendo que la adopción por extranjeros empezó 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 a países en vía de desarrollo y comenzó a darse la adopción de niños del sureste Asiático, Europa, Estados Unidos, Australia y Canadá. Por lo anterior se observó considerablemente el aumento de las adopciones por parte de personas extranjeras, las cuales provenían de países con una alta tasa de

⁸¹ John Bowlby, *Cuidado maternal y amor*, 2ª edición (Geneva, Suiza: Fondo de Cultura Económica, Organización Mundial de la Salud, 1972) 46-51.

natalidad y problemas socioeconómicos, hacia países industrializados donde las tasas de natalidad son bajas y por ende es difícil encontrar niños para adopción. Para la adopción internacional se hizo evidente una extensa e importante labor desarrollada por los Organismos Internacionales, reuniones de expertos, congresos y seminarios científicos, esfuerzos todos ellos dirigidos a sentar las bases o enunciar los principios para eliminar los conflictos de leyes y armonizar las legislaciones nacionales.

En los países occidentales con más experiencia en el campo de la adopción Estados Unidos, Holanda, Suecia o Bélgica, entre otros, los procesos de cambio que se han sucedido hasta llegar a la concepción actual de la adopción se han materializado en cuatro generaciones de padres adoptantes: la generación tradicional-cerrada de los años cincuenta y sesenta, la optimista-idealista que surge en los años setenta, la materialista - realista de los ochenta y la actual generación optimista-demandante.

1.7.1. Adopción tradicional-cerrada de 1950-1970

La adopción era entendida como un método alternativo para tener un hijo, una respuesta funcional a la dolorosa realidad de la infertilidad y, en algunos casos, a la experiencia de haber perdido un hijo. Por ello se consideraba un recurso al servicio de las parejas sin hijos, para satisfacer sus necesidades y cimentar su matrimonio hasta el punto de que, si la familia luego conseguía el deseado embarazo, era normal que devolvieran al niño alegando que ya no lo necesitaban. La adopción era considerada como una segunda opción frente a lo que se consideraba la paternidad verdadera.

Por otra parte, en el deseo de simular una paternidad biológica, los niños eran siempre pequeños, en la medida de lo posible recién nacidos, y similares a sus padres adoptantes en cuanto a características étnicas e incluso rasgos físicos. Los principios cardinales de la adopción eran confidencialidad, secreto y anonimato de

manera que las cuestiones relativas a la adopción eran consideradas un tabú tanto a nivel administrativo como familiar. En este periodo, el conocimiento y el estudio de la adopción eran muy pobre, entre otras cuestiones porque la práctica de la adopción estaba regida por una actitud de rechazo de las diferencias.

El proceso de la adopción cerrada comenzó durante la era Victoriana. Antes de ello, las madres biológicas, las que en la mayor parte de los casos eran mujeres solteras, simplemente dejaban o entregaban a sus bebés a familiares o a alguna persona que tuviera los medios necesarios como para hacerse cargo del infante y que viviera en su misma ciudad.

Por aquel entonces, no existían leyes o procesos legales que las madres biológicas se vieran obligadas a respetar; y las mismas, sencillamente escuchaban los consejos de sus familiares y seguían su intuición. La introducción de las adopciones cerradas en la sociedad dio lugar a la creación de agencias de adopción, las cuales eran las encargadas de asumir todo el control sobre el proceso de adopción. Las madres biológicas dejaban de tener cualquier clase de derecho sobre la vida del bebé que daban en adopción, durante el proceso y, debido a los valores sociales y morales de la época, eran consideradas mujeres inmorales.

Durante la década de los 40s y la de los 50s, esta clase de adopciones eran consideradas como algo normal, es por ello que comenzaron a crearse una serie de normas legales destinadas a asegurar que todos los detalles concernientes al proceso de adopción deberían permanecer en el más absoluto de los secretos. No obstante, llegada la época de 1960 y la de 1970, los valores y costumbres sociales habían comenzado a cambiar y una mayor cantidad de mujeres y de hombres iniciaron demandar sobre más derechos, y la posibilidad de tomar parte en el proceso de adopción. Por otro lado, los adultos que habían sido adoptados comenzaron a insistir y a reclamar por el derecho de saber la verdad acerca de sus historias personales. Durante las siguientes décadas, las leyes referidas a la

adopción comenzaron a cambiar para poder reflejar las demandas sociales, lo cual posibilitó la creación del proceso de adopción conocido en la actualidad como adopción abierta.⁸² Esta adopción es lo que abrió las puertas para crear un procedimiento de adopción como tal, pues como se observa no existía uno definido, dejando de lado el interés superior del menor, al no contar con estudios básicos de conocimiento hacia los nuevos padres, ya que solo eran entregados por una decisión de la madre o por un simple instinto, en consecuencia no contaba con bases para la protección futura de los menores.

1.7.2. Adopción optimista-idealista de 1971-1981

Durante la adopción cerrada, la falta de regulación en cuanto al procedimiento, hizo que surgieran una serie de vulneraciones en relación a los derechos que tiene un menor, y fue por ello que abrió paso a una nueva etapa en donde se comenzó a regular dicho proceso, con la única finalidad el salvaguardar el bienestar del menor. A nivel internacional, la adopción se veía como una herramienta para ayudar a menores desprotegidos.

En la revolución cultural que culmina en los años setenta, la adopción nacional comienza a disminuir por la generalización del uso de anticonceptivos, la legalización del aborto en la mayoría de los países occidentales y la mayor aceptación y apoyo social a la maternidad en soltería, lo que hace que haya menos niños disponibles para adoptar.

El mismo cambio cultural que remueve de raíz las ideas tradicionales sobre la sexualidad, la familia, el papel de la mujer en la sociedad, las relaciones raciales o los derechos de los niños comienza a promover una idea de adopción más abierta en la cual la madre biológica desempeña un papel muy activo en la tarea de seleccionar a los futuros padres adoptivos de su hijo que está por nacer e idealista y menos sujeta a los cánones tradicionales sobre lo que debería ser una familia.

⁸² *Ibíd.*

La adopción en los años setenta comenzó a ser entendida como una manera de ayudar a los niños necesitados y de solucionar la pobreza en el mundo. Consecuentemente, comienza a promoverse la adopción de niños mayores, la adopción de niños de otras etnias y, sobre todo, la adopción solidaria de los niños que habían quedado huérfanos como consecuencia de guerras consideradas injustas como las de Corea o Vietnam. Esta concepción de la adopción no sólo acepta las diferencias que pueden existir entre la filiación biológica y la adopción, sino que las escoge y las potencia, al considerarlas positivas. Las expectativas sobre el desarrollo de cualquier niño eran desmesuradamente altas e idealistas en este periodo y, por ello, los padres estaban muy poco informados y preparados para hacer frente a las posibles dificultades que podían surgir en la integración de sus hijos.

En España la Ley 7 de julio de 1970 reguló dos tipos de adopciones, si bien la menos plena pasó a denominarse simple y pudo posibilitar su transformación en adopción plena. Esta concepción clásica de la adopción, que perduró hasta la Constitución Española de 1978, podría caracterizarse según las siguientes consideraciones generales: 1) Favorecía las necesidades y derechos de los niños, en detrimento de los adultos; 2) Imposibilitaba el control del proceso por las autoridades administrativas; 3) Suscitaba escándalos y prácticas abusivas; 4) Transfería una imagen desafortunada de la adopción; 5) Restaba posibilidades a la adopción de un mayor número de niños; y 6) Estigmatizaba a las familias que habían adoptado.⁸³

Con la aprobación de la Constitución Española de 1978 se produjo, una modernización de la adopción, auspiciada en las correspondientes reformas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A partir de ahora la legislación se interesó prioritariamente por el interés superior del menor. Esta nueva forma de entender la protección quedaría plasmada por primera vez, en la Ley 21/1987, de

⁸³ José Ocón Domingo, Lucía Vásquez-Pastor Jiménez, Juan Miguel Gómez Espino, et. al., *La adopción de menores: retos y necesidades*, 2º edición (Sevilla, España, Asociación Andaluza de Ayuda a la Adopción y a la Infancia, 2006) 21.

11 de noviembre, denominada Ley de Adopción. En esta Ley se percibieron cambios muy importantes que favorecían la protección de los niños y, en consecuencia la adopción. Sus principales innovaciones, obviando aquéllas que afectaron a los agentes implicados en los procesos adoptivos, fueron las siguientes: 1) la protección de los menores era una obligación exclusiva del Estado y, en consecuencia, todos los procesos protectores eran controlados por la Administración; 2). El anticuado concepto de abandono fue sustituido por el más adecuado y protector de desamparo; 3) se introdujo el acogimiento familiar como figura protectora; 4) la adopción simple quedó suprimida, se reguló únicamente la adopción plena: una modalidad que era equiparaba totalmente sus efectos a los de la filiación por naturaleza; y 5) el abanico de configuraciones familiares con posibilidades de adoptar queda bastante ampliado.

1.7.3. Adopción materialista-realista 1982-1992

La generación entre los años 1982 a 1992 de padres estuvo marcada por los estudios sobre la adaptación de los menores adoptados y el conocimiento de los efectos adversos de la institucionalización temprana en el desarrollo de los niños adoptados en la generación anterior. En la década de los setenta, en el transcurso del tiempo y con la llegada a la adolescencia de los adoptados, comenzaron a hacerse públicas las grandes dificultades que tuvieron que afrontar muchas de las familias que se lanzaron irreflexivos y sin información suficiente a la adopción y que, en un número no desdeñable de casos, acabaron en la ruptura de la adopción y la reinstitucionalización de los niños.

El aumento exponencial que se había dado hasta entonces de la adopción internacional comenzó a decaer y fueron menos las familias fértiles que decidieron adoptar. La sociedad, en general, estaba dando un giro pragmático y la adopción comenzó a verse desde un punto de vista más realista y también más garantista. Se intentaba reducir al mínimo los posibles riesgos de la adopción y se buscó que los niños fueran lo más fácilmente adaptables, es decir, pequeños, sanos y, en cuanto se abrió a la práctica de la adopción los países de Europa del Este, sin

diferencias raciales. También las familias demandaron más formación, más apoyos y una creciente profesionalización de los mismos, para poder llevar a buen término su proyecto de adopción.

Estos cambios dieron lugar, a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor, al permitir la asunción automática por la entidad pública competente de la tutela del niño en aquellos supuestos de desprotección grave o, en su caso, proceder al establecimiento de la guarda. Ello representó la forma de evitar la prolongación de estas situaciones adversas siempre perjudiciales para la integridad y el desarrollo de la personalidad del menor. Asimismo, una nueva articulación del acogimiento familiar, trato de conseguir una integración familiar más plural, distinguiéndose los acogimientos simple, permanente y pre adoptivo, cada uno con sus respectivas formalidades y finalidades.

En España en la Ley de adopción, surgió una modificación que afectó al artículo 9.5 del Código Civil, que tenía por objeto proceder a una regulación de la adopción internacional adaptable a los convenios internacionales ratificados por dicho país, dicha modificación se dio por la Convención de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y el Convenio Relativo a la Protección del Niño en Materia de Adopción Internacional.

Respecto a la Convención de los Derechos del Niño y al Convenio Relativo a la Protección del Niño en Materia de Adopción Internacional la cual fue firmada en La Haya, en fecha 29 de mayo de 1986, en el los que se hace referencia a lo siguiente: 1) la legislación aplicable, reconocimiento y efectos de estas adopciones internacionales; 2) la introducción de un Certificado de Idoneidad, que constituyó un requisito imprescindible para una adopción internacional y ser inscrita y reconocida en España; y 3) la cabida de las entidades colaboradoras de Adopción Internacional, con funciones de mediación, asesoramiento e intervención en los procesos tan particulares.⁸⁴

⁸⁴ *Ibíd.*, 22.

1.7.4. Adopción optimista-demandante 1993-2005

La cuarta generación de adoptantes en Europa se perfila de la mano de tres fenómenos muy significativos, como es la mejora generalizada de las condiciones económicas de las familias hace que sean más las personas que Pudieron permitirse adoptar, de modo que la adopción internacional dejó de ser posible sólo para las familias acomodadas y con altos niveles de educación; por otro lado, el creciente individualismo de la sociedad hizo que surgiera el discurso acerca de la adopción como un derecho de las familias que potencia, a su vez, una actitud de demanda frente a la administración y la adopción de un rol de cliente.

Más que de beneficiario o colaborador por parte de los adoptantes; por último, el crecimiento en las tasas de infertilidad de los países europeos hace que sean más las familias que ven a la adopción como único medio para garantizar su posibilidad de ser padres, la concepción de la adopción como un medio de reproducción asistida y comenzó a decaer, con ello, la adopción de niños con necesidades especiales. Mientras que anteriormente se había considerado que un niño mayor lo era cuando tenía seis años, en la actualidad raramente se desea adoptar niños que tengan más de tres años.

Desde los noventa hasta principios del dos mil, por el carácter individualista, se tuvo menos interés en los derechos culturales y raciales de los menores, considerándose que lo mejor para los niños era ser uno más, en la medida de lo posible, siendo un rechazo o deseo de superación de las diferencias y de optimismo con respecto a la posibilidad de eliminarlas.⁸⁵ España, tenía competencias en materia de asistencia social. específicamente en el artículo 149 de la Constitución Española, en el que se regulaba que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos estatutos de autonomía.

⁸⁵ Ana Berástegui Pedro-Vlejo, N° 27, Adopción Internacional: ¿Solidaridad con la infancia o reproducción asistida?; Revista de Psicología, ciéncies de l'Educació i de l'Esport (Madrid, España, 2010)19-20.

La distribución de competencias se asumió en la gestión y aplicación de los distintos recursos de protección; a través de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social que hace recaer estas funciones en la Dirección General de Infancia y Familias.

En el ámbito legislativo se contó con la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al Menor, junto con otras normativas de inferior rango.⁸⁶ El Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, permitió la realización de las diversas funciones de acogimiento familiar y adopción, deduciéndose que la adopción plena, la única de España, la cual consistió en una medida de integración familiar que conllevó la extinción de los vínculos jurídicos del niño con su familia anterior y el establecimiento de una nueva, de carácter pleno y definitivo, con la familia adoptiva.

En el transcurso de los años se observó que la adopción tuvo sus bases ante la necesidad de tener un pleno sucesor de bienes patrimoniales a manera de protección ante las necesidades de los menores y ahora la finalidad de la adopción especialmente la internacional, tiene como interés el menor y el respeto pleno de todos sus derechos indispensables como lo es la familia.

Se crearon instrumentos como el Convenio de la Haya de 1993, el cual es una cooperación internacional basado en un sistema de colaboración entre autoridades centrales de los distintos países firmantes y cuyos objetivos fundamentales son: a) garantizar que las adopciones internacionales respeten el superior interés del niño y los derechos que le son reconocidos internacionalmente b) prevenir el tráfico, los abusos y las irregularidades en la adopción de niños de origen extranjero y c) asegurar el reconocimiento por parte de los Estados de las adopciones realizadas de acuerdo al Convenio.⁸⁷ El objetivo principal del Convenio fue garantizar que los procesos de adopción internacional estuvieran

⁸⁶ José Ocón Domingo, *La adopción de menores: retos y necesidades* 23

⁸⁷ Ana Berástegui Pedro-Vlejo, *Adopción Internacional*, 41.

sustentados y regidos en el interés superior del menor, pero de igual manera se cuestionó el objetivo por uno de los problemas del convenio inter-partes, por lo cual, es posible aplicar cuando una persona quiera adoptar un menor en un país que no es firmante o que no ha ratificado dicho convenio.

Sin embargo, la proyección que tuvo dicho Convenio en la Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional constituyó un paso firme en la protección internacional del menor ⁸⁸ el cual 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 y su publicación en el Diario Oficial el día 27 de Julio de 1998 y entrando en vigencia el 1 de Marzo de 1999,⁸⁹ Dicho instrumento fue el primer convenio especializado en la materia, generando un modelo de actuación, como pauta de referencia sobre normalización de la mayoría de las actuaciones.

Ese Convenio convirtió el principio de subsidiariedad en norma, reconociendo que la adopción internacional ofrecía la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no podía encontrar una familia adecuada en su estado de origen. Reflejó la política recomendada a nivel internacional en relación con las diferentes medidas de atención a las niñas, reconociendo la singularidad de cada una y decisiones que pudieron afectar a su vida basándose en el respeto de esta naturaleza única de cada menor.

Además, la convención señaló que los estados partes debieron tomar las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños según el art. 35, desde diversas instancias se denuncian los abusos en la adopción y la violación de los derechos del menor, entre los que figuran el secuestro de los mismos, la intimidación hacia los padres, el pago de sobornos y la falsificación de documentos, entre otros, se abordó la problemática mediante el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la

⁸⁸ Nuria González Martín; N° VII, Adopción Internacional en México Luces y Sombras; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Anuario Mexicano de derecho internacional (D.F., México, 2013) 301

⁸⁹ *Ibíd.*

utilización de niños en la pornografía, el cual tuvo como objetivo ampliar las medidas que deben adoptar los estados partes con el objeto de garantizar la protección de los menores y lograr hacer frente a todos los factores que contribuyen a la venta de niños, prostitución infantil y su utilización en pornografía el cual, fue suscrito por

En New York, el 13 de septiembre del año 2002, El Salvador través de la Ministra de Relaciones Exteriores, María Eugenia Brizuela de Ávila; y con aprobación por el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores el Acuerdo No. 1033, de fecha 22 de noviembre del año 2002. Esta preocupación por el incumplimiento de las normas se unió a la regulación de los procedimientos, no obstante, se desarrollaron métodos capaces de eludir las normas y leyes establecidas con el fin de satisfacer la creciente demanda de menores para adopción.⁹⁰

1.8. Aplicación de las reglas de adopción internacional en El Salvador

La institución de la adopción en El Salvador, se encontró jurídicamente regulada desde 1955 en la Ley de Adopción, cuyo fundamento constitucional lo tuvo en el Art.180 de la Constitución Política de 1950, regulando a la familia como base fundamental de la sociedad, y esta debía ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictaría disposiciones necesarias para su mejoramiento, fomentando el matrimonio, la protección, asistencia de maternidad y de la infancia, por lo que se constituyó que el matrimonio era el fundamento legal de la familia descansando en la igualdad jurídica de los cónyuges.⁹¹

Dicha ley fue reformada en 1982, con el objetivo que menores huérfanos o abandonados, fueran integrados para que ellos gozarán de todo lo necesario, desarrollo y crecimiento. En la Constitución Política en mención no fue regulada la

⁹⁰ Aranzazu Gallego Molinero, N° 1, Vol. 26, Repensando la adopción internacional desde un enfoque centrado en el menor: el caso de España-Etiopía (Granada, España, 2013 Universidad de Granada, España 2013) 206.

⁹¹ Constitución Política de El Salvador (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1950)

figura de adopción expresamente, pero esta se encontraba inmersa en la obligación que tenía el Estado de proveerle al menor una familia al no poseer esta familia alguna.

La Ley de Adopción, desde su entrada en vigencia franqueaba a extranjeros la posibilidad de adoptar niños salvadoreños, lo cual se daba en una escala mínima, pero desde 1975 se vio desarrollado en los países occidentales la baja natalidad, lo que conllevó un aumento en la adopción en niños salvadoreños, ya que la explosión de El Salvador trajo consigo el nacimiento incontrolado de niños. Según informe de la UNICEF y del Population Reference Bureau Inc., Washington en 1980, eran 4 países latinoamericanos los que contaban con más niños en vías de adopción, quienes iban a ser enviados a Estados Unidos, dichos países de América Latina eran: El Salvador, México, Chile y Perú, observándose que la figura de la adopción internacional tomó realce por la entrada del conflicto civil, la sobrepoblación y las carencias que cientos de niños sufrían por la pobreza y que por razones humanitarias se realizaran este tipo de adopción.

En 1980, se desató la guerra civil en El Salvador, lo que vino a incrementar escandalosamente el número de niños huérfanos. Esto nos ubicó como una nación con gran oferta de niños, lo que desató una gran demanda de adopciones internacionales, que en ese momento causó gran preocupación, tanto por su magnitud como porque la modalidad de demanda organizada, constituyeron un fenómeno desconocido y lo que es más grave, sin la existencia de políticas, legislación y programas adecuados sobre la materia por parte del Estado.

Las reformas introducidas en 1982 a la Ley de Adopción, resultaron ineficaces para disminuir la adopción por extranjeros producido durante varios años y que causó alarma social. En la Procuraduría General de la República, en 1990, 10 Abogados tramitaron la adopción de 182 menores, lo cual fue causa de preocupación para los legisladores ya que dio lugar a interpretar que existía un grupo de abogados que acaparaban las diligencias de adopción.

El incremento de demanda organizada provocó la aparición de individuos y organizaciones dedicadas a gestionar adopciones internacionales sin contar con la debida idoneidad para el desarrollo de tan delicada labor. En la actualidad no puede decirse que tribunales cuentan con recursos humanos y materiales indispensables para realizar la verificación de las aptitudes de quienes concurren a solicitar la autorización para sacar menores del país.

El problema se agrava por la falta de claridad de la legislación existente sobre el particular, lo que permite el predominio de criterios subjetivos para resolver estas cuestiones y porque los jueces no cuentan con el apoyo de instituciones evaluadoras del proceso desde una perspectiva técnica y étnicamente correcta, salvo la Procuraduría General de la República, por medio del Departamento de Adopción, la cual realiza su función con limitaciones que la misma Ley le impone.

Este panorama, pone en evidencia que existieron y continúan en la actualidad, muchas irregularidades que atentan fundamentalmente contra el bienestar del menor, que dan origen a fenómenos indeseables, entre ellos el de las madres víctimas de presiones de toda índole para consentir el dar al hijo en adopción; la falsificación de documentos probatorios de estado familiar, violaciones de leyes de inmigración y emigración, entre otras.

CAPITULO II

GENERALIDADES Y PRINCIPIOS DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA

Este capítulo hace referencia al marco teórico que incluye la institución de la filiación desarrollando sus generalidades, clasificación y características para comprender propiamente la adopción y su naturaleza jurídica, analizando su finalidad, ya que por medio de la filiación adoptiva se garantiza uno de los derechos fundamentales a un menor, por cuya razón se explican los aspectos fundamentales de la filiación, sus alcances, sus efectos y sus límites; asimismo, el debido proceso requisito para poder otorgarla, evaluándose la posibilidad de una nulidad decretando la pérdida de autoridad parental de los padres adoptivos.

2.1. La Filiación

El término Filiación proviene etimológicamente de la voz latina "filus" cuyo equivalente en idioma castellano es hijo⁹². El jurista italiano Doménico Barbero define la filiación como: "El hecho de la generación por el nacimiento de una persona, llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores; indica también que es la relación jurídica que media entre progenitores e hijos⁹³; es decir, es la relación inmediata entre el padre o la madre con el hijo, independientemente que el lazo que los une sea sanguíneo o adoptivo.

2.1.1. Concepto

El término filiación es correlativo a las palabras paternidad y maternidad, expresiones que designan el mismo vínculo que une al padre o a la madre con su

⁹² Manuel de Valbuena, << Diccionario Universal, LATIN-ESPAÑOL >> (Madrid España, Imprenta de Don Benito Cano, 1793) 315.

⁹³ Anita Calderón de Buitrago, Emma Dinorah Bonilla de Avelar, et al., *Manual de Derecho de Familia*, 2ª edición, (El Salvador, Centro de Información de Justicia, 1996) 463.

hijo. La maternidad y la paternidad constituyen la doble fuente de filiación: la primera en el hecho que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo, sea realmente producto de ése parto; y la segunda, en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre.

El Código de Familia Salvadoreño regulo un concepto de filiación similar, con la diferencia que realizó la inclusión de la filiación adoptiva al exponer la clasificación de dicha institución; por otra parte, la crítica que se hizo fue que no reguló la filiación originada por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida dejando en inseguridad jurídica a los niños producto de estas. Esto era considerado un axioma hasta hace pocos años; en la actualidad, frente a los efectos de la adopción, y de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.⁹⁴ El Código de Familia reguló en su artículo 3 que la filiación es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres, respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad.⁹⁵

2.1.2. Generalidades

La forma en que la filiación avanzó en la normativa salvadoreña, denotó una larga lucha por el establecimiento de ese Derecho fundamental de los hijos de saber quiénes son sus progenitores. En el Código Civil de 1860, la paternidad matrimonial se determinaba mediante las presunciones de derecho e juris tantum de la concepción dentro del matrimonio, lo que se ha mantenido a lo largo del tiempo.

Existieron varias clases de hijos: los hijos legítimos eran los nacidos dentro del matrimonio de los padres o legitimados por matrimonio posterior de aquellos, todos los demás eran ilegítimos, los cuales a su vez se clasificaban en naturales y espurios. Los naturales, eran los que al tiempo de su concepción, podían sus

⁹⁴ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, Tomo II, 3º Edición (Colombia: Editorial Temis, 1999) 3.

⁹⁵ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

padres casarse sin impedimento, con tal que el padre los hubiere reconocido. Los espurios o de dañado ayuntamiento eran los adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos, existiendo también los bastardos que eran los hijos naturales no reconocidos por el padre.

Esta última clase de hijos, dejaban de serlo y adquirían la calidad de naturales y consecuentemente los derechos de alimentos, crianza y cuidado personal entre otros. Los hijos espurios por su parte, no tenían derecho a solicitar que el padre los reconociera como hijos naturales, pero sí a que este los reconociera como ilegítimos y adquirirían solamente el derecho a reclamar alimentos necesarios. “En virtud de la Ley de 1880, la situación del niño extramatrimonial mejora notablemente pues se permite al padre reconocer al hijo como natural cualquiera que fuere el origen de su filiación”.⁹⁶

Desde 1928 en adelante, se permitió en El Salvador la investigación de la paternidad, admitiendo todos los medios de prueba en el Derecho Civil. Nuestra legislación actual, tanto en la Constitución de la República, en los Tratados Internacionales y en la normativa de Familia reconoce el Derecho a la Filiación, a la identidad y a la no discriminación de los menores y demás personas como un derecho intrínseco e inalienable, que forma parte de los derechos humanos.

La Constitución contempló la importancia de la familia y la protección que el Estado tendría para con la misma, en los arts., del 32 al 36 de la carta magna, se estableció que la base fundamental de la sociedad era la familia, ya sea la constituida por matrimonio o por unión no matrimonial imponiendo al Legislador la obligación de regular las obligaciones patrimoniales y personales entre padres e hijos.

A su vez dicha constitución incorpora a la legislación primaria salvadoreña el principio de igualdad de los hijos, eliminando la discriminación en razón del origen

⁹⁶ Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, 467.

a la filiación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución de la República de El Salvador, forman el precedente legislativo de la normativa familiar que entró en vigencia el uno de octubre de 1994.

Contemplándose en el marco de referencia de esta, la igualdad de los hijos, dentro del matrimoniales o no, eliminando la discriminación entre legítimos e ilegítimos, reduciendo así la filiación en consanguínea y Adoptiva clasificación de los hijos en consanguíneos y adoptivos; además, el artículo 202 del Código de Familia reguló que todos los hijos, cualquiera que fuera la naturaleza de su filiación, tenían los mismos derechos y deberes y entre los primeros el artículo 203, No. 4 del Código de Familia reguló que tienen derecho a heredar de sus padres, en igualdad de condiciones cualquiera que sea su filiación.

La ley secundaria regula en el Código de Familia la Igualdad de los hijos, es así que en el artículo 4 expresó como principios rectores lo siguiente: "La unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas adultas mayores y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar, son los principios que especialmente inspiran las disposiciones del presente Código".⁹⁷

Las leyes internacionales regularon la igualdad de los hijos y por ello el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley"⁹⁸; en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José en el número cinco menciona: "La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos

⁹⁷ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

⁹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (New York, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966)

nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" ⁹⁹ y el artículo 24 de la misma normativa hace mención a que todas somos iguales ante la ley, sin discriminación a igual protección de la normativa.

2.1.3. Clasificación

A lo largo de la historia del derecho, se han distinguido diversas clasificaciones respecto del término de hijos, de ello en la legislación salvadoreña anteriormente se regulaba en el Código Civil de 1860 una clasificación inadecuada, ya que se vulneraba en gran manera los derechos de igualdad que tenían los hijos dentro de un matrimonio como fuera del mismo, haciendo una manifiesta discriminación entre los legítimos y bastardos; es decir según su origen. Una de las razones de esta distinción era para en el orden social; es así, que el Código de Familia que entro en vigencia en 1993 en El Salvador, reguló la clasificación de la filiación; sin distinción entre lazos sanguíneos o no, debido a ello la filiación puede ser: consanguínea y adoptiva.¹⁰⁰

La filiación procede de la naturaleza como tal, o por medio de la ley, en el primero de los casos la filiación hace referencia a la unión carnal entre un hombre y una mujer que no necesariamente tengan un vínculo matrimonial en común; cuando se habla de la segunda estamos frente aquel vinculo que ha surgido por cumplir los requisitos de un procedimiento legal específico el cual permite crear y surgir la institución de filiación y que por medio de la cual se busca dotar a un menor de una familia, para satisfacer sus necesidades físicas y emocionales.

2.1.3.1. Filiación Consanguínea

La Filiación consanguínea, es considerada la unión genética que existe entre los hijos y sus padres; por tanto, es una relación que resulta de la misma naturaleza.

⁹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos, 1969)

¹⁰⁰ *Ibíd.*

La esencia de esta clase de filiación es el vínculo biológico que los une, lo cual es causa para tomar en cuenta la unión no matrimonial en donde se le da total respaldo al principio de seguridad jurídica.

Lo principal de esta filiación es el vínculo biológico y de igualdad que se le otorga a los hijos nacidos en el matrimonio como a los hijos nacidos fuera de éste, tratando de fomentar con ello el desarrollo integral del menor y dando un paso importante en cuanto al derecho del hijo a investigar su verdadera paternidad. El derecho de los menores a saber quiénes son sus padres y a ser reconocidos por ellos, junto al principio constitucional de la igualdad de derechos de los hijos, permitieron llevar al plano legal una filiación biológica con igualdad de derechos y obligaciones, respetando así mismo el principio de la verdad biológica.¹⁰¹

La filiación consanguínea, se puede resumir por lo tanto a un nexo biológico existente entre dos personas, descendiente la una de la otra, el cual es llevado a un plano legal; así toda persona nacida fuera o dentro de un matrimonio tendrá igual condición jurídica una vez determinada su filiación.

La igualdad de los hijos era una exigencia y necesidad que no podía esperar más, pues se tenía que poner fin al castigo psicológico y social al que eran sometidos los hijos nacidos fuera del matrimonio al ser degradados políticamente por culpa de sus padres, pues ellos son los únicos responsables de sus actos.¹⁰²

2.1.3.2. Filiación Adoptiva

La Filiación Adoptiva, según Sara Montero “se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo”.¹⁰³ El autor Francisco Ferrer manifestaba que la filiación adoptiva era considerada una institución de derecho de familia fundada en un acto de voluntad

¹⁰¹ José Napoleón Domínguez Escobar, Jorge González Guzmán, et. al., “La Filiación y los medios de prueba que ayudan a determinarla” (Tesis de Grado, San Salvador, 1994) 20.

¹⁰² Ricardo Sánchez Márquez, *Derecho Civil*, (México: Editorial Porrúa, 1998) 24.

¹⁰³ Sara Montero Duhalt, *Derecho de Familia*, (México D.F: Editorial Porrúa, 1984) 40.

del adoptante y que por medio de una Sentencia Judicial crese creaba una relación de filiación asimilada en sus efectos a la filiación consanguínea.¹⁰⁴

En la época antigua, los Romanos utilizaron la adopción para fines puramente civiles y políticos logrando adquirir el derecho de ciudadano, mediante la cual cambiaban a los plebeyos en patricios o viceversa para ejercer el cargo de tribunos de la plebe; durante el imperio Romano, se utilizó la adopción con el fin único de transmisión de poder, convirtiéndose así en un instrumento muy importante para las políticas de ese entonces. Verbigracia de ello el emperador Tiberio fue adoptado por el emperador Augusto y Nerón lo fue por Claudio.

El acto de la adopción desvincula de forma absoluta al hijo adoptivo de su familia consanguínea o biológica, convirtiéndolo en parte integrante de la familia adoptiva, el otorgamiento de la adopción es un acto de potestad pública, constitutivo del estado familiar que por su naturaleza y por su propia estabilidad de la familia exige la condición de irrevocabilidad de la adopción plena, no puede terminar por la mera voluntad de uno de los interesados, ni siquiera por el acuerdo de adoptante y adoptado.

Sin embargo, el hecho de que la adopción plena es irrevocable; no existe la posibilidad de que sea anulada. Aparte se ha conseguido que se decrete una adopción plena mediante fraude, cabe anularla y esto en nada contradice la característica de la irrevocabilidad ya que puede ocurrir que se haya decretado una adopción plena y sin vicios.¹⁰⁵

2.1.4. Características

Al ser la filiación una relación jurídica entre madre, padre e hijos esta se caracteriza por ser plena, permanente y duradera, creando de esta forma un

¹⁰⁴ María Josefa Méndez Costa, María Rosa Lorenzo de Ferrando, Francisco A.M. Ferrer, et. al., *Derecho de Familia*, Tomo I (Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 1982) 75.

¹⁰⁵ Exposición de motivos y anteproyecto del Código de Familia (Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, El Salvador, 1994)

parentesco entre dichos sujetos involucrados, las características más importantes de la filiación son: que es un hecho jurídico, es constitutiva de un estado familiar, irrevocable, es fuente de un fenómeno jurídico de máxima importancia, las cuales serán desarrolladas.

2.1.4.1. Es un hecho jurídico

Es considerado de tal en virtud por su fundamento en el acto biológico o unión sexual de un hombre y una mujer, dando lugar a la procreación o nacimiento; es decir, la consanguinidad y la ascendencia común, excepto la originada por adopción que sólo es una estructuración de la Ley. Existiendo otras formas que se desarrollan en la actualidad por medio de la fecundación asistida y de la fertilización in vitro, que siendo de contenido y naturaleza amplia requerirían de un estudio muy profundo. Por lo que, solo se menciona como algo novedoso y de poca aplicación en nuestro medio, por su parte la normativa vigente salvadoreña ha impuesto obligaciones y derechos al padre y la madre respecto del hijo; aún, sin existir entre ellos, relación consanguínea, como en el caso de la adopción.

2.1.4.2. Es constitutiva del estado familiar

De conformidad al Código de Familia¹⁰⁶ vigente, la filiación es considerada como una fuente constitutiva de estado familiar, el cual es un atributo de la personalidad, con el que se asume una posición jurídica inmutable dentro de la sociedad y respecto a un determinado grupo familiar, tal como se advierte de la lectura de lo dispuesto en el artículo 167 de la normativa en mención.

2.1.4.3. Es irrevocable

Una vez establecida una filiación, reconocida o adecuada una paternidad, esta es irrevocable. Al momento de haberse reconocida la paternidad no existe la

¹⁰⁶ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

posibilidad de revocarla, ya que con esta se crea una relación paterno filial llamada a perdurar en el tiempo; asimismo, se le considera como tal, por el carácter de orden público que tiene la norma que rige el estado familiar de las personas, las cuales son inderogables por la voluntad de las mismas.

2.1.4.4. Es fuente de fenómenos jurídicos de máxima importancia

Constituye una gran fuente de fenómenos jurídicos de máxima importancia, como el de la identidad, nacionalidad, la sucesión hereditaria, el deber de proveer alimentos, la determinación del parentesco y entre los mismos, que originan diversos e importantes efectos legales.¹⁰⁷

En posición contraria, frente a los diversos elementos distorsionantes de las relaciones familiares no matrimoniales que son una realidad abundante, la normativa familiar se plantea un pensamiento renovado en el sentido de dejar de lado todos los aspectos negativos de la antigua concepción ofensiva y estigmatizaste sobre los hijos en perjuicio de los derechos que les corresponden, señalando que ya no se designará una escala jerárquica de los hijos como ocurría antes y atendiendo a su filiación en razón de su origen, otorgando de esta forma igualdad de derechos.

2.2. La Filiación Adoptiva

La adopción en el ordenamiento jurídico de El Salvador, constituyó un acto que para nacer a la vida debía cumplir con ciertos requisitos establecidos previamente por la normativa que rigen la materia, es por ello que a este acto se le denominó solemne, ya que se da entre una o unas personas denominadas adoptantes y el adoptado que puede ser un niño, niñas o adolescente. La filiación Adoptiva fue creada bajo motivaciones de carácter humanitario y de interés social.

¹⁰⁷ Ruth Anabell Martínez Ágreda, Irma Jacqueline Crisóstomo Franco, et. al., “La garantía de la prestación alimenticia a través del establecimiento judicial de la filiación paterna” (Tesis de grado, San Salvador 1999) 27.

2.2.1. Definición

Para el jurisconsulto Somarriva¹⁰⁸ 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. La filiación adoptiva no supone ni la procreación ni el matrimonio, ya que considerado el producto de una convención o acto jurídico que se celebra entre adoptante y adoptado, con lo que el legislador, quiso dar una familia a quien carece de ella y un hijo a quien la naturaleza se lo ha negado¹⁰⁹.

Finalmente, el código de familia salvadoreño reguló en el artículo 167 categóricamente que: “la adopción es aquella por la cual el adoptado, para todo efecto, pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de éstos y se desvincula en forma total de su familia biológica respecto de la cual ya no le corresponderán derechos ni deberes”.¹¹⁰ La filiación adoptiva no conlleva al matrimonio, tampoco la procreación, ya que se trató de la relación que se formó entre el o los adoptantes y el o los adoptados, con la única finalidad de darle a ese niño, niña o adolescentes una familia.

2.2.2. Finalidad

La finalidad de esta institución siempre fue la de brindar protección familiar y social a un niño, niña o adolescente, especialmente estableciendo el interés superior del menor, para dotarlo de una familia que aseguraría su bienestar y desarrollo integral, de conformidad a lo regulado en el art. 165 del Código de Familia de El Salvador.¹¹¹ La finalidad cobra mucha importancia porque de estar orientado a cumplir con en el interés superior del menor.

¹⁰⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho de Familia*, (Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1946) 391.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

¹¹¹ *Ibíd.*

2.2.3. Clases de filiación adoptiva

El capítulo III del Código de Familia salvadoreño, tuvo a bien regular la filiación adoptiva la cual es definida atendiendo lo dispuesto en el artículo 165 que expresamente manifiesta: “la adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral”¹¹², ya que siempre se debió velar por el interés superior del menor. Para Carmen Gallegos Pérez, el principal objetivo de la filiación adoptiva, fue “crear un vínculo entre el adoptante y el adoptado con todo los efectos que deriven de ella, es decir, se refiere a crear las relaciones jurídicas que surgen entre el padre o la madre y su hijo consanguíneo, consistente en los alimentos, sucesión legítima, derecho al nombre y apellidos, obligación de la tutela, prohibiciones matrimoniales y demás del parentesco”¹¹³.

De conformidad a la normativa de El Salvador, los hijos adoptivos desde un inicio debieron adquirir los mismos derechos y deberes que los hijos biológicos de padre y madre sin distinción alguna, ya que la adopción conllevó una serie de derechos para el adoptado y responsabilidades para él o los adoptantes, de tal forma que la adopción puede otorgarse en forma conjunta o individual.¹¹⁴

2.2.3.1. Adopción conjunta

Este tipo de adopción es la que se decreta por medio de una solicitud, en la que ambos cónyuges fueron los solicitantes, esta clase de filiación es la que buscan aquellos matrimonios que por diferentes motivos no logran procrear sus propios hijos, pero eso no les impide formar una familia por medio de la adopción, dicha institución se encuentra normado en el artículo 169 del Código de Familia¹¹⁵.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Nidia del Carmen Gallegos Pérez, *La Teoría del Hecho y Acto Jurídico Aplicada al Derecho Familiar* (México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006) 176.

¹¹⁴ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

¹¹⁵ *Ibíd.*

2.2.3.2. Adopción individual

Por su parte, la adopción individual consiste en que el adoptante es una sola persona, por lo cual se dejó previsto que el adoptado llevaría los dos apellidos de este. Es de recalcar que la adopción según el Código de Familia pone fin a toda autoridad parental anterior o la tutela bajo la cual se encuentra el menor; de tal manera, que el cuidado personal otorgado a los adoptantes la autoridad parental del adoptado.

2.2.4. Tipología

La adopción ha estado revistada por dos tipos: La adopción plena la cual 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.¹¹⁶

2.2.5. Naturaleza Jurídica

La jurista Anita Calderón de Buitrago manifestó “ la teoría que mejor se acomoda a la presente etapa histórica y de desarrollo de la sociedad contemporánea, particularmente latinoamericana, y se concilia con las tendencias que inspiran a las regulaciones constitucionales salvadoreñas sobre la familia, tales como el funcionalismo social y los principios de solidaridad y de igualdad”.¹¹⁷

El carácter de institución de la adopción provino por ser un conjunto de reglas determinadas por el legislador. De conformidad con la doctrina del Jurista Hauriou, el acto por el cual las partes se someten a los requisitos establecidos por el legislador es un acto-condición; los cuales consisten en aquellos por los cuales los

¹¹⁶ Sofía Rosa Pocasangre Alfaro, “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” (Tesis de Grado, El Salvador, 2009) 37.

¹¹⁷ Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, 519.

particulares se adhieren a un estatuto o régimen jurídico que no es aplicable a todos los individuos en general. Así, al llenar todas las condiciones que indica el ordenamiento jurídico correspondiente para que tenga valor legal la adopción, surge de manera concomitante, un acto-condición atribuido mediante una serie de normas preestablecidas.¹¹⁸

En los casos de la adopción plena, su naturaleza institucional resulta más evidente. En el proceso de adopción se siguen una serie de requisitos con los cuales se aseguran que en todo momento se realizará lo mejor para el adoptado. En el Código de Familia salvadoreño reguló en el artículo 165 de forma categórica que: “La adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral”;¹¹⁹ con la adopción se busca mantener a la familia, entiéndase el núcleo familiar, padres e hijos, dándole prioridad al interés superior del menor, puesto que la finalidad de la adopción es darle a un niño, niña o adolescente una familia.

2.2.6. Principios Generales de la Adopción

La institución de la adopción, se desarrolló bajo el enfoque clásico de dos aspectos que la abordaron transversalmente y que determinaron su concepto esencial: el interés superior del menor y el principio *imitatur naturam*, fueron aspectos que primordialmente debieron cumplirse en toda adopción, fuera esta nacional o extranjera. El primero, parte de la base que el menor de edad es desde su nacimiento, 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.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

2.2.6.1. Principio de Interés superior del menor

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 sea aplicado. 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; es decir, que busca permitir el libre desarrollo de su personalidad en función más de su futuro que de su presente, buscando su interés con base a lo que le conviene.

El autor 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 más relacionados con él, a saber, su país de origen y su país de destino” ¹²⁰

Es decir, que el principio que debe tomarse en cuenta para cualquier resolución que afecte directa o indirectamente al menor es el interés superior, debiendo analizarse qué es lo más conveniente al niño, niñas o adolescente 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.

En cuanto a su aplicación, es importante considerar los valores para la determinación de los criterios que orienten lo más 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, más bien con frecuencia no hay consenso en

¹²⁰ Adam Muñoz y Sandra María García Cano, *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional*, (Madrid, España: Editorial Colex, 2004) 148.

relación a los valores que deben observarse¹²¹. En casi todos los países fueron ratificados los instrumentos internacionales de protección a menores, por la importancia que con ello conlleva la protección de la filiación; por ello, fueron desarrolladas políticas públicas sobre los mismos en general, o fueron creadas figuras de protección.

En el caso de El Salvador se creó una institución especializada, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, por sus siglas conocido como ISNA, mediante el Decreto Legislativo No. 482, de fecha 11 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 63, Tomo No. 318, del 31 de marzo del mismo año, transformándose mediante esta Ley en una entidad de atención de naturaleza pública, integrada plenamente en el Sistema de Protección Integral por medio de la Red de Atención Compartida.

Para el cumplimiento de sus funciones, el ISNA se convirtió en una institución oficial, con personalidad jurídica de derecho público, autónomo en lo técnico, financiero y administrativo, para relacionarse con los demás Órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación.

El ISNA deberá actuar conforme a las directrices de la PNPNA, a la que adecuará sus programas y servicios¹²²; o la existencia de un funcionario con facultades constitucionales, el Procurador General de la República. No obstante, todos los esfuerzos, continuaron en el reparo que siendo el interés del menor la aplicación de las medidas más beneficiosas, como determinarlas si ellos y ellas generalmente no pueden pronunciarse¹²³, no pueden decir lo que más les interesa y les beneficia en su desarrollo integral. Esto se resolvió dando esa facultad a determinadas instituciones públicas o a los mismos jueces.

¹²¹ Beatriz Carrillo Carrillo, *Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993*, (Granada, España: Editorial Comares, 2003) 32- 33.

¹²² Yuri Emilio Buaiz Valera, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada Libro Primero* (El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, CNJ, 2013) 153

¹²³ Maria Aránzazu Calzadilla Medina, *La Adopción Internacional en el Derecho Español*, (Madrid: Dykinson, 2004) 154.

2.2.6.2. Principio Imitatur naturam

El principio por el cual la adopción se limitó en todo a la naturaleza, fue plasmado en el Convenio de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional¹²⁴, cuando en el inciso segundo del artículo 2, estableció que las adopciones a las que se refiere dicho 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, establecieron 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 cuál es la edad del menor que se puede adoptar”¹²⁵. 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”¹²⁶. Si bien es cierto, que en la legislación salvadoreña no ha existido tal prohibición expresa, 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 cercanos¹²⁷.

Este principio ha sufrido modificaciones, en la medida en que legislaciones nacionales han cambiado de rumbo al momento de legislar, como en el caso de las recientes reformas que se dieron en España al Código Civil, en el artículo 172

¹²⁴ Convenio de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Órgano Ejecutivo, El Salvador, 1996)

¹²⁵ José Sariego Morillo, *Guía de la Adopción Internacional*, (Madrid, España: Editorial Tecnos, 2000) 33.

¹²⁶ Calzadilla Medina, *La Adopción Internacional en el Derecho Español*, 144.

¹²⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, Referencia 81-A-96 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1996)

regulando: “cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas, transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo”¹²⁸.

Asimismo el artículo 173 del mismo cuerpo normativa, reguló el acogimiento familiar, que podía ser de tres tipos: a) acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, b) acogimiento familiar temporal (duración dos años), que tendrá carácter transitorio, ya sea que se prevea la reintegración del menor en su propia familia, o porque se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción, c) acogimiento familiar permanente, que se constituirá al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o directamente en casos de menores con necesidades especiales o si las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, estas reformas buscaron que menor permaneciera la mínima cantidad de tiempo posible sin el vínculo de la filiación.

2.2.6.3. Principio de respeto a la identidad

Otro principio aplicable tanto a las adopciones nacionales como internacionales, fue el principio de respeto a la identidad, algunos juristas manifestaron que todos los estudios eran unánimes en poner de relieve lo negativo de esta concepción que llevaba al adoptado a una baja autoestima y a una confusión en su identidad, considerándose como un elemento fundamental para el bienestar psicológico de los niños, el tener acceso a una información completa sobre su condición de

¹²⁸ Código Civil Español (España, Ministerio de Gracia y Justicia, 2018)

adoptado y su historia anterior-adeuada, eso sí, a su edad y a su nivel de comprensión y ofrecida en un ambiente de seguridad, respeto y afecto, 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 fue reconocido desde la Convención de los Derechos del Niño, que establecía a los Estados Partes asumir un compromiso a respetar el derecho de los niños de conservar su identidad, su nacionalidad, el nombre y sus relaciones familiares¹²⁹:

Otra concreción se encuentra en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño referente al derecho a la identidad, en cuanto a su preservación, incluía la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares lo que constituyo otro valladar igualmente imposible de superar en la adopción internacional, y aun en aquellos sistemas jurídicos que para la adopción interna, puramente nacional, preveían la confidencialidad en aquella. Por otro lado, el derecho a la identidad no solo hacía referencia 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.

2.2.6.4. Principio de igualdad de las filiaciones

Ha sido de aplicación a las adopciones, tanto nacionales como extranjeras, el principio de igualdad de las filiaciones sanguíneas, como la adoptiva, equiparándolas de efectos entre las distintas filiaciones, dicho principio fue reconocido y aceptado en las legislaciones de corte occidental, especialmente al regularse la igualdad de los hijos, tal como lo reglamento la Constitución salvadoreña en el artículo 36, de tal manera que los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos tendrían igualdad en derechos frente a sus padres, siendo un obligación de los padres dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad como personas garantes de dichos derechos, ya que el vínculo de la filiación les obliga.

¹²⁹ Daniel Hugo D`Antonio, *Derecho de Menores*, 4° edición, (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1994) 495.

A tal grado que no se debía desde ese momento consignar en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni debía plasmarse en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Denotando, como lo establece Solé Alamarja¹³⁰ que la nueva filiación no surtía sus efectos únicamente entre el adoptante y el adoptado; también, en el resto de miembros de la familia del primero.

Es así que, el adoptado sería hermano de los hijos del adoptante, nieto de los padres del adoptante, etc., era considerada desde aquel momento como una equiparación total entre ambas filiaciones. A tal grado, que se reafirmó en los artículo 202 del Código de Familia, regulándose de manera expresa que todos los hijos, cualquiera que fuera su naturaleza de la filiación, tenían los mismos derechos y deberes familiares, de lo cual, señalándose entre sus derechos llevar el apellido de sus padres, así como heredar de estos, en igualdad de condiciones, cualquiera derecho que surgiera de su filiación.

2.2.6.5. Principio de subsidiariedad o de promoción de la familia de origen

La aplicación de este principio determina que se deben agotar las alternativas pertinentes antes de decidir sobre la posibilidad de adoptabilidad de los menores, buscando preservar siempre el derecho de los niños a crecer en familia y mantener el vínculo con su grupo familiar en el país natal. Es por ello necesario haber realizado la búsqueda de los parientes sanguíneos del menor, brindándole de esa manera apoyo para su acogimiento en la misma familia.

A partir del país de origen de los menores sujetos de adopción, se debe iniciar la busque de sus futuros padres, tomándose todas las medidas para garantizar que la adopción internacional sea la última opción que tengan, para lo cual las autoridades correspondientes deben buscar las mejores posibilidades antes de decidir poner a disposición los menores para ser adoptados internacionalmente, y

¹³⁰ Eduard Solé Alamarja, *Todo Sobre la Adopción, Normativa Actual de la Adopción en España*, (España: Editorial de Vecchi, 2002) 63.

es que todos los niños tienen derecho a crecer en su familia y a conservar los vínculos familiares en su país, solo cuando no sea posible puede surgir en beneficio la adopción por extranjeros, se debería localizar a la familia de origen y que sea la familia extensa los adoptantes, y solo en caso de no ser posible, buscar la opción de una adopción nacional, o por el contrario, buscar la internacional.

En El Salvador, la investigación de los padres de origen, fue designada al ISNA, regulando en el artículo 80 la ley de adopciones¹³¹, que literalmente reguló: las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en su familia de origen nuclear o ampliada; en relación con el artículo 3 de la Ley Especial de Adopciones que reguló en su literal d) el Principio de subsidiariedad de la adopción internacional, que consiste en brindar como opción una familia adoptiva extranjera o salvadoreña con residencia en el extranjero, siempre y cuando se hubieren agotado las posibilidades de integración a una familia nacional; considerando su pertinencia en cumplimiento del principio del interés superior.

Las solicitudes de adopción de las personas salvadoreñas tendrán prelación sobre las de las personas extranjeras¹³². Lo anterior con la finalidad de conservar las raíces del adoptado y que éste sufra el menor cambio posible por el cambio cultural; se le da prioridad al adoptante nacional, y no se le da paso a la adopción internacional sin antes haber agotado todas las posibilidades de que el mismo pueda recibir una familia en su país de origen.

2.2.6.6. Principio de cooperación entre partes

El principio de cooperación entre partes, tiene su base del convenio de la Haya, se encuentra regulado en el artículo 7 de mismo, en el que se estipuló la obligación de cooperación entre autoridades centrales y competentes de cada país, para dar seguridad a los menores, observándose los principios, garantías, derechos y

¹³¹ Ley Especial de Adopciones (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 2016)

¹³² *Ibíd.*

procedimientos establecidos en el mismo y al haber sido ratificado por El Salvador, se convirtió en ley de la república y por lo tanto, de obligatorio cumplimiento como país firmante del. El Convenio de la Haya sobre la Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en razón de su suscripción A.E. N 1347, en fecha 29 de octubre de 1996, publicado en el D.O. N 217, Tomo 333, del 18 noviembre de 1996 y ratificación por los Órganos Ejecutivo y Legislativo, publicado en el Diario Oficial, D.L. N 339, del 2 de julio de 1998, publicado en el D.O. N 140, Tomo 340, del 27 de julio de 1998.

Dicha convención representó un instrumento de importancia y con un compromiso para El Salvador en materia de niñez y adolescencia; ya que, en su contenido se estableció que los estados contratantes debían efectuar a nivel Institucional, la designación a las autoridades centrales que no solo velaran por el cumplimiento de este compromiso; sino que, se encargaran e inspeccionar su proceso para su debido desempeño.

En El Salvador se designó en el artículo 136 de la LEPINA como autoridad central al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia el cual rendirá informes periódicos al Órgano Ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores, con el propósito de suministrar los datos necesarios respecto del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales vigentes en El Salvador en asuntos de niñez y adolescencia¹³³.

2.3. Aspectos Generales de la Adopción

La Constitución salvadoreña reguló desde sus primeros artículos cual sería el fundamento del Estado como ente soberano; es así, que la persona humana se vuelve el principio y fin de la actividad de dicho ente, y al convertirse la familia en la base fundamental de la sociedad, se debe garantizar a los niños, niñas y adolescentes la protección de una familia digna.

¹³³ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 2009)

2.3.1. Efectos de la adopción

Intrínsecamente se encuentra como efecto positivo en la adopción la creación del vínculo adoptivo entre el adoptante y el adoptado, en los efectos de la institución de adopción se encuentran más discrepancias entre las legislaciones de diversos estados, estas diferencias se limitaron a reflejar las diversas concepciones que con relación a la adopción se tiene, heredadas del derecho antiguo e incluso de la religión.

Es por ello que se han distinguido dos corrientes normativas¹³⁴. La primera de ellas es la adopción plena que conceden a los hijos aquellos estatutos de hijo matrimonial, biológico o legítimo con todas las repercusiones que se deducen; y la segunda corriente es la adopción simple, la que le dan al adoptado ciertos derechos y deberes en su familia sin que este sea comparable con los derechos y deberes que tiene un hijo consanguíneo, y dejando subsistir los vínculos con su familia biológicas.

2.3.1.1. Efectos Jurídicos de La Adopción Plena

La adopción plena hace referencia al reconocimiento que se hace a los hijos adoptivos con estatuto completo de hijo matrimonial biológico o legítimo con todas las repercusiones que se derivan de dicho reconocimiento, especialmente la total ruptura de lazos con la familia consanguínea.

Hay diversos países que han admitido lentamente dentro de su legislación la idea que la adopción es una imitación total y sin limitaciones de la filiación biológica. Entre los cuales se incluye a nuestro País con la vigencia del Código de Familia. De esta manera el adoptado adquiere los derechos y deberes de un hijo consanguíneo¹³⁵ no únicamente frente a sus padres adoptivos, sino además frente a toda la familia de estos. Como resultado de lo anterior, los derechos y

¹³⁴ Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, 549.

¹³⁵ El Código de Familia reconoce el principio de igualdad, en su art 202 el cual reza así "Todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, tienen los mismos derechos y deberes familiares"

obligaciones recíprocos entre el adoptado y su familia biológica se extinguen de conformidad al art. 137 del Código de Familia¹³⁶, permaneciendo solo el impedimento que se regula en la normativa salvadoreña referente al matrimonio ante la prohibición del parentesco por consanguinidad. Otro efecto proveniente de la adopción plena es la incorporación del menor adoptado a la familia del adoptante, en el que se adquieren derechos y obligaciones tanto para el adoptado como el adoptante.

2.3.1.2. Efectos Jurídicos de la Adopción Simple

La adopción simple hace referencia al momento cuando al adoptado se le confieren ciertos derechos y deberes en su familia adoptiva sin que, con ello, se pretenda igualarlo completamente a un hijo consanguíneo y, sobre todo, dejando subsistir los vínculos con su familia biológica. El hijo adoptivo no se incorpora plenamente, sino que de manera parcial a la familia adoptiva.

Por regla general, los vínculos legales se establecen entre sus padres adoptivos y el menor adoptado, nunca frente a la familia entera. Además, en muchos ordenamientos jurídicos restringen sobre manera los derechos y los privilegios sucesorios. Desde otro punto de vista, los lazos biológicos no se rompen del todo en lo que respecta al menos a la obligación de alimentos o a los derechos hereditarios¹³⁷, estos tipos de adopción coexisten en muchos estados, tanto americanos como europeos.

Otro efecto que produce la adopción simple, es que los derechos y deberes que tienen los padres biológicos, respecto al menor no se extinguen, excepto la patria potestad o autoridad parental según el país al que pertenece el adoptante, del mismo modo y como último efecto de la adopción simple, es que permite la

¹³⁶ Artículo 167 “Adopción es aquella por la cual el adoptado, para todo efecto, pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de éstos y se desvincula en forma total de su familia biológica respecto de la cual ya no le corresponderán derechos ni deberes. Quedan vigentes los impedimentos matrimoniales que por razón de parentesco establece este Código”.

¹³⁷ Miguel Ángel Cardoza Ayala, “La Adopción en El Salvador; Problemas Actuales” (Tesis Doctoral, San Salvador, 2006) 245.

revocación restituyendo todo al estado en que estaban antes de que se efectuara; lo cual se da cuando ambas partes lo convengan y el adoptado sea mayor de edad o por ingratitud de este último.

Por otra parte, el artículo 170¹³⁸ del Código de Familia regula uno de los efectos jurídicos que produce la adopción, el cual es la finalización de la autoridad de los padres sobre su hijo dado en adopción. Más que finalizar, la autoridad parental del hijo adoptivo se extingue como consecuencia legal de la adopción; así el artículo 239 del mismo cuerpo normativo regula las causas de la extinción de la autoridad parental siendo una de ellas la adopción del hijo en donde los padres adoptivos asumen la autoridad sobre el adoptado. De esta forma se resuelve jurídicamente la situación del hijo adoptivo quien queda protegido a través del instituto de la autoridad parental con todos sus beneficios y consecuencias.

2.3.2. Requisitos para la adopción

2.3.2.1. Requisitos Generales de la Adopción

Es importante señalar que el legislador salvadoreño estableció en el Código de Familia, como una forma de protección al menor en trámite de adopción ciertos requisitos personales que todo adoptante tiene que cumplir, esto en virtud que cada situación que involucre a un menor debería ser estudiada y analizada con especial detalle.¹³⁹ La normativa salvadoreña consagró en el artículo 171 del Código de Familia los requisitos personales que todos los adoptantes deberían cumplir, los cuales son requisitos generales: 1) ser legalmente capaz; 2) ser mayor de veinticinco años de edad, excepto los cónyuges que tengan más de cinco años de casado; y 3) poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales,

¹³⁸ Artículo 170 “La adopción pone fin a la autoridad parental o a la tutela a que el menor estuviere sometido, así como a su cuidado personal; y da a los adoptantes la autoridad parental de adoptado. Cuando el adoptante uno de los cónyuges al hijo del otro, éste no perderá la autoridad parental y la compartirá con el adoptante”.

¹³⁹ Jacqueline Yohazabeth Bonilla Mancia, et al., “La eficacia del ISNA como parte del Sistema Nacional de Protección al Menor para garantizar el principio del interés superior del menor en los casos de maltrato infantil por negligencia o descuido”, (Tesis de grado, San Salvador, 2006) 24.

económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

El primer requisito es ser legalmente capaz, el cual determina la capacidad legal a todo acto jurídico; siempre que este no adolezca de vicios según lo dispuesto en el Art 1316 ordinal 2º y su relación con los artículos 1322 al 1330 todos del Código Civil¹⁴⁰; en materia de adopción, es más específica se traduce en la aptitud para convertirse en padre o madre adoptivo, que como todo progenitor, deberá actuar responsablemente en procura del bienestar del adoptado. La capacidad exigida es pues, no solo la que esta exigida a la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones, sino, la de poder ser verdadero padre o madre.¹⁴¹

Esta connotación es totalmente justificable ya que, no es lo mismo celebrar un acto jurídico de cualquier otra índole que adquirir un vínculo de familia que lo obliga de manera permanente con otro ser humano y que dependerá enteramente de la persona que adquiera el compromiso. En cuanto a la edad, la edad mínima que fija la ley a partir de la cual hombres y mujeres pueden convertirse en padres no está definida.

En cuanto a la edad máxima, el artículo 181 del Código de Familia no la fija en una edad precisa, pero si establece que el adoptante no debe sobrepasar en edad al adoptado en más de cuarenta y cinco años, lo que claramente refleja el deseo del legislador de no permitir que personas de más edad de la citada se conviertan en padres adoptivos. Este límite de edad no constituye discriminación en contra de personas de una edad avanzada; obedece simplemente, a la finalidad de la adopción, al interés superior del menor, y al trato igualitario entre la filiación adoptiva y la natural o biológica¹⁴² La aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental, se determinará por medio de las condiciones familiares,

¹⁴⁰ Código Civil (República de El Salvador, Ministerio de Gobernación, 1860)

¹⁴¹ Marta Hermosilla Valencia, *Abandono y adopción*, (San Salvador, San Salvador, Editoriales CSJ-PGR-SNF, 1992) 78-79.

¹⁴² Augusto Cesar Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo II", 7º edición (Buenos Aires, Argentina: Editorial. Astrea, 2004) 310.

morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, estos requisitos tienden a garantizar la protección del adoptante y su desarrollo normal adecuado¹⁴³.

En cuanto a las condiciones sociales, se alude en términos generales, a la capacidad de los futuros adoptantes para relacionarse con las demás personas y a la calidad de esta relación; específicamente se debe investigar la capacidad para tratar con el niño.

Las condiciones económicas es uno de los requisitos indispensables que debe de cumplir por los adoptantes, ya que es necesario que estos dispongan de medios para proporcionar al adoptado como: alimentación adecuada, vestido y habitación; además de completar la educación y formación intelectual del mismo, a situación económica del adoptante deberá ser apreciada caso por caso y teniendo en cuenta no solo su ingreso mensual, sino también otras variables, como el número de otros dependientes económicos, número de hijos, costo de la vida entre otros. Las condiciones de salud también son un requisito que debe apreciarse con flexibilidad.¹⁴⁴.

El hecho que el adoptante padezca de alguna enfermedad no lo descalifica automáticamente, el juez y los profesionales que colaboran con él en la ponderación del requisito del equipo multidisciplinario, deberán cerciorarse que la salud física del adoptante es buena y que no padece de enfermedades de tal naturaleza que impidan cumplir con el fin de la institución adoptiva; o bien que pongan en peligro la salud del adoptado.

También deberán constatar que la enfermedad padecida no incida en otros de los requisitos exigidos¹⁴⁵, no solo es preciso establecer que los futuros adoptantes tienen aptitud para adoptar, sino también disposición para asumir la responsabilidad parental. Lo anterior significa que, además de los aspectos

¹⁴³ Cardoza Ayala, "La adopción en El Salvador, problemas actuales", 36.

¹⁴⁴ Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, 518.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

relacionados, deberán estudiarse los motivos que inducen al solicitante para adoptar.

2.3.2.2. Requisitos especiales para extranjeros

Para la adopción de menores salvadoreños, se deben cumplir ciertos requisitos especiales cuando se traten de adoptantes extranjeros de conformidad a la legislación salvadoreña quienes deberán someterse a los dichos requisitos frente una entidad estatal o gubernamental dedicada a la protección de la infancia o familia que supervise el proceso de adopción del menor y vele por su protección; este compromiso que ha de tener por vía directa de los propios adoptantes. Para el estado de El Salvador los al momento de decidir adopciones de menores, se preferirá a una persona del país, sobre una solicitud de personas extranjeras, aunque si se puede adoptar por parte de una persona que sea extranjera.

El legislador consagró en el artículo 184 del Código de Familia los requisitos personales y especiales que todos los adoptantes deberán cumplir: 1) que tengan por lo menos cinco años de casados, cabe destacar que este requisito solo aplica para los adoptantes en común es decir un matrimonio no así para los adoptantes individuales; 2) que reúnan los requisitos personales para adoptar exigidos por la ley de su domicilio; 3) comprobar que una institución pública o estatal de protección de la infancia o de la familia, de su domicilio, velará por el interés del adoptado.

La exigencia para los extranjeros es adicional a la edad inicial requerida; es decir, que los adoptantes extranjeros deben tener veinticinco años de edad como mínimo y cinco de casados cuando la adopción es conjunta, uno de los fundamentos de este requisito es que se evidencie la consolidación familiar; no obstante, el mero transcurso del tiempo no prueba la existencia de la armonía deseada; además de los estudios a que se someterán los extranjeros darán una buena probabilidad de que se ha escogido un hogar estable y armónico para el

menor¹⁴⁶. Dicho requisito tiende a superar irregularidades, ya que con su cumplimiento existirá la seguridad de que la nueva situación filiatoria del menor le será reconocida en el país extranjero de conformidad a la ley del domicilio, significando prevención de futuros problemas de Derecho Internacional Privado.

Los adoptantes deberán dar evidencias de que una entidad confiable velará por este interés del menor; dicha exigencia debe ser complementada con los contactos oficiales que establezcan las instituciones salvadoreñas encargadas de velar por la protección de los menores con sus homologas extranjeras, para conseguir una efectiva colaboración.

Además, determina una preferencia para concederla hacia los países que hubieren ratificado tratados, convenciones o pactos en materia de adopción, así puede decirse que el artículo 184 del Código de Familia, tiene mucha semejanza con el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; el cual regula: “adoptante acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional”¹⁴⁷

2.3.2.3. Prohibiciones para la adopción

La finalidad de la adopción es brindar protección familiar y social; la cual es establecida en el principio de interés superior del niño, niña y adolescente por lo cual la legislación salvadoreña protege dicho interés superior con una serie de prohibiciones que el artículo 172 del Código de Familia¹⁴⁸, la que a su vez hace referencia a que no podrán adoptar quienes hubieren sido privados o suspendidos del ejercicio de la autoridad parental.

¹⁴⁶ Carlos Humberto Herrera Barrera, Rafael Antonio Iraheta Tamayo, et.al., “La eficacia del principio del interés superior del menor en los procesos de filiación adoptiva en menores de 0 -11 años en el municipio de San Salvador, Periodo 1995-1998”, (Trabajo grado, El Salvador, 2000) 43.

¹⁴⁷Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, (Organización de Estados Americanos, La Paz, Bolivia, 1988)

¹⁴⁸ Código de Familia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

2.3.2.3.1. La pérdida de autoridad parental

La institución jurídica de autoridad parental originado por el vínculo de filiación, es considerada la representación jurídica del deber que tienen los padres para con sus hijos, de educarles, protegerles, asistirles y prepararles para la vida, , ha sido de tal importancia que se encuentra reflejado en la jurisprudencia salvadoreña; es así que, la sentencia definitiva del recurso de apelación con referencia 065-15-ST-F, pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, Santa Ana; se estableció:

“El Proceso de Pérdida de Autoridad Parental (...), en el documento base y exposición de motivos del Código de Familia, elaborado por la Comisión Coordinadora Para el Sector de Justicia, En el Tomo II, se consigna lo siguiente: La pérdida de la autoridad evidencia su concepción y orientación, que hace de ella un derecho-función para la protección del hijo.

De no ser cumplida en tales términos, se produce la pérdida o privación de dicha autoridad. La pérdida implicará una sanción a los padres que con su conducta atenten contra el hijo, le perjudiquen en su integridad síquica, moral o física y constituyan una amenaza para la seguridad y moralidad del menor, en suma, una conducta contraria al armonioso y pleno desarrollo de su personalidad”¹⁴⁹.

Es decir que la ley sanciona, la conducta voluntaria del padre, que se desliga de sus responsabilidades parentales. En principio, el ejercicio de la autoridad parental le corresponde a ambos padres, quienes deben cumplir los deberes y obligaciones que la ley les impone, pero existen excepciones legales al respecto, cuando uno de los progenitores o ambos no cumplen con sus obligaciones, ahora bien ese incumplimiento puede acontecer por actos intencionales e imputables a uno o ambos padres, o por actos no imputables a uno sólo de ellos o ambos, al existir causa de justificación.

¹⁴⁹ Cámara de Familia de la Sección de Occidente de Santa Ana, Recurso de Apelación Referencia 065-15-ST-F (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015)

En el primer caso, cuando el padre, la madre o ambos en forma consciente e intencional incumplen con sus deberes paterno-filiales, la ley prevé, por determinadas causas según art. 240 del Código de Familia.

La pérdida de la autoridad parental, como sanción jurídica de orden familiar, que trae como consecuencia que los elementos de la autoridad parental: 1) cuidado personal,; 2) representación legal y 3) administración de bienes del hijo, no sean ejercidos por el padre o la madre sancionado con tal pérdida.

En el segundo caso, cuando configurándose el supuesto de hecho que habilita la consecuencia jurídica, el mismo no puede ser imputable al padre o a la madre a quien se pretende sancionar con la pérdida de la autoridad parental, por circunstancias ajenas a él o ella que atenúan o excluyen su responsabilidad.¹⁵⁰.

Por ello se considera que finaliza la prohibición para adopción cuando se ha perdido la autoridad parental, ya que la finalidad de la primera como lo reza el artículo 165.(...) “es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral”,¹⁵¹ al encontrarse inhabilitado anteriormente, no podría brindarle al menor la protección a dicho bien superior de todas las necesidades que este necesita para su desarrollo.

Sin embargo, existen más prohibiciones para adoptar, las cuales están regulada de forma tácita en el ordenamiento jurídico salvadoreño entre las cuales se menciona la estipulada en el artículo 177 del Código de Familia regulando, que el tutor no podrá adoptar a su pupilo mientras no hayan sido aprobadas judicialmente las cuentas de su administración y pagado el saldo que resultare en su contra; es por ello que, en el caso de ejercer la tutela de un pupilo, esta limitación cesara cuando hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas, es decir a la obligación

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ Código de Familia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

de rendir cuenta general de su gestión a los tutores. En este caso de apelación la prohibición del tutor para adoptar a su pupilo, aparece impuesta con base al interés del menor tutelado que podría verse afectado su patrimonio personal, ya que el tutor utilizaría la adopción para evitar dar cuenta del uso dado a los bienes del menor tutelado, es por ello que la adopción no vendría motivada por mejorar la atención personal del adoptado, sino con fines fraudulentos e ilícito.¹⁵²

La segunda prohibición que se encuentra tácitamente en la normativa salvadoreña, es la adopción entre abuelos y nietos; se puede considerar su existencia según interpretación y relación de los demás tratados, decretos, etc., los cuales constituyen y son parte de la figura de la adopción en nuestro país y de cuyos contenidos determinan este tipo de prohibición de manera indirecta, de igual manera la doctrina establece que en el caso de los abuelos pueden adoptar a sus nietos fundándose de razones de gran peso para prohibir este tipo de adopción como por ejemplo:

El primero: el derecho es sustento del orden social, del orden público y de las buenas costumbres. A pesar que se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, se estima que los que se refiere al orden público y a las buenas costumbres cuentan con parámetros objetivos que permiten definirlos.

Esos parámetros se fundamentan en las exigencias axiológicas que la época histórica impone para una sociedad en particular, con el fin de permitir su continuidad y equilibrio, en donde este último se expresa en su auto-sostenimiento y en su libre orientación. Producto de esa concepción, desde la perspectiva racional de los positivistas, se deriva el constitucionalismo, que contiene valores y principios orientadores de todo el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, el orden público y las buenas costumbres son pilares del sistema social en general, y del subsistema social-familiar en particular, porque

¹⁵² Baelo Álvarez, Los orígenes de la Adopción desde una perspectiva Socio jurídica, 183.

posibilitan que el orden social no se altere, se contenga y, consecuentemente, permanezca en su dinámica proyectada en el tiempo. De esta forma, alterar la naturalidad de las relaciones familiares es alterar el equilibrio de un valor social como la familia, que sirve de sustento a la sociedad de la época histórica actual. En este caso, el Derecho dice pensar en el bien total de la sociedad.

Segundo: la adopción descansa sobre el principio *imitatio naturae*¹⁵³, referido a que la adopción imita a la naturaleza, o sea, el decreto de adopción duplica a la familia natural, biológica o sanguínea, pero realmente no la iguala. De esta forma, si la adopción se trata de una imitación, no puede sobreponerse a las reglas naturales que sobre la familia se imponen, no debe modificarlas o ignorarlas, pues es un elemento que integra la estructura y funcionamiento del sistema social en la dimensión familiar.

La naturalidad de la adopción gira, en principio, sobre un rol, esto es, sobre la función que se ejerce dentro del seno familiar, y luego, sobre un estatus, que se encarga de expresar formalmente el contenido de dicho rol. Ese estatus es el estado familiar, que en sí mismo es un atributo adscrito a la personalidad, cuya adscripción se produce por el hecho del nacimiento, o sea, por la mera objetividad del destino, no por la voluntariedad de los particulares. La adopción no puede ser un instrumento que altere la adscripción de roles que asigna la naturalidad.

Tercero: la adopción es expresión de la solidaridad humana, cuya función social es la de proveer de familia a quien no tiene una, o que teniéndola, ha sido desamparado por ella. En tal sentido, la adopción entre miembros de un mismo grupo familiar no encuentra su razón de ser, pues no cumple dicha función, en la medida que se advierte que el adoptado sí pertenece a una familia que lo acoge como tal, razón por la que el ánimo de recurrir a la adopción tiene un pretexto diferente al de la solidaridad humana.

¹⁵³ Benito Alaéz Corral, Francisco J. Andrés Santos, Bernardo Perrián Gómez, et. al., *Derecho, persona y ciudadanía, Una experiencia jurídica comparada* (Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010) 321.

Se considera, pues, que adoptar a un nieto, por ejemplo, va más allá de materializar relaciones familiares afectivas y ciertas, y que gira en torno a propósitos diferentes, pecuniarios o no, aceptar herencias, cobrar seguros, ejercer la autoridad parental, encubrir el incesto, evadir responsabilidades, etc., pero que tienen un enfoque distinto al de la función social de la adopción. Entonces, el derecho no puede avalar cualquier actuación maliciosa o fraudulenta que se quiera disfrazar de correcta; de esta forma, no puede avalar el ánimo de adoptar al nieto para sacarlo del país sin la autorización del padre.

Cuarto: Con la adopción de los nietos por parte de sus abuelos se altera no sólo la estructura familiar, no sólo los grados del parentesco, sino también la institucionalización de los roles familiares, la identidad reciproca de los miembros de la familia entre sí y el reparto de funciones preestablecidas por atributos adscritos al nacimiento, como la edad. De esta forma, el orden cronológico que siguen los miembros de una familia se alteraría en la medida que el nieto, al ser adoptado por su abuelo, adquiere la calidad de tío de su hermano biológico, a pesar que pueda tener una edad inferior que la de él.¹⁵⁴

En la legislación salvadoreña positiva se encuentran argumentaciones que fundamentan las razones del porque no deben de llevarse a cabo este tipo de adopciones; sin embargo, han optado por siempre velar por el interés superior del menor, la sentencia definitiva del recurso de apelación con referencia 169-A-2012, pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la que se estableció: “Tratándose de menores de edad, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en el Art. 21 prescribe así:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes,

¹⁵⁴ Cristian Palacios, N°1 La adopción de Nietos Por Parte De Sus Abuelos, Revista Enfoque Jurídico (El Salvador, 2015) 1.

las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables .que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación a sus padres, pariente (...)"¹⁵⁵

Así mismo, continuó manifestando la sentencia en relación a la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional en el Art. 4, reguló "Las adopciones consideradas por la Convención sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen .c) se han asegurado de que 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".¹⁵⁶

Ambos cuerpos normas hacían referencia al principio de la adopción que consideraba "subsidiariedad o de promoción de la familia de origen, dentro de la familia de origen, también se encuentran los otros parientes, tíos, abuelos, etc.; bajo esa perspectiva, dentro de la adopción puede contemplarse el apoyo y orientación que en algún momento determinado puede dar un tío o tía u otro pariente cercano. En ese sentido se trata de agotar la adopción nacional de los niños, niñas y adolescentes, respecto de la adopción internacional".¹⁵⁷

Por las múltiples causales mencionadas en la sentencia "de acuerdo a lo que se desprende de los artículos mencionados, la adopción de nietos por abuelos, independientemente de ser menor o mayor de edad; no obstante en casos específicos, como el de autos y bajo determinadas circunstancias en que los abuelos se comportan o se han comportado como progenitores, sin un interés diferente (económico, llevar al nieto al extranjero, más que la propia convivencia del niño, niña o adolescente, los tribunales de 1ª y 2ª instancia han acogido la

¹⁵⁵ Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, Referencia 169-A-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013)

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.*

adopción de menores de edad, respecto de los abuelos, en el interés de éstos, con más razón cuando el adoptado sea una persona adulta que ha convivido con ellos”.¹⁵⁸

2.3.3. Varias Adopciones

En la legislación salvadoreña se reconocen diferentes tipos de adopciones que pueden realizarse en el país, las cuales se encuentran regulados en el artículo 182 del Código de Familia siendo estas: 1) los menores de Filiación desconocida, abandonados o huérfanos de padre y madre; 2) los menores que estén bajo el cuidado personal de sus progenitores o de otros parientes, siempre que existan motivos justificados y de conveniencia para el adoptado, calificados prudencialmente por el juez; 3) los mayores de edad, si antes de serlo hubieren estado bajo el cuidado personal del adoptante y existieren lazos afectivos similares a los que unen a hijos y padres; y 4) el hijo de uno de los cónyuges.

La adopción regulada en la legislación salvadoreña tiene tres variantes las cuales por su naturaleza son: la primera de ellas son los menores de filiación desconocida, abandonados o huérfanos de padre y madre, son los niños que están bajo el cuidado de las instituciones gubernamentales, a segunda los menores que estén bajo el cuidado personal de sus progenitores o de otros parientes, en este caso si se tiene el conocimiento de su filiación.

Sin embargo por el bienestar y para garantizar el bien superior del niño, niña o adolescente es necesario llevar a cabo una nueva filiación que lo garantice, tercero los mayores de edad, si antes de serlo hubieren estado bajo el cuidado personal del adoptante y existieren lazos afectivos similares a los que unen a hijos y padres; y por último el hijo de uno de los cónyuges, aquí se lleva a cabo la adopción solamente por el otro cónyuge, para cada tipo de adopción, la ley establece el procedimiento específico para obtenerla. Normalmente es un trámite

¹⁵⁸ *Ibíd.*

engorroso, debido a los abusos que se han producido en el pasado; por ello oscila entre los seis meses y un año, aproximadamente, el obtener resultados.

2.3.3.1. Los mayores de edad

Adopción de Mayores Si desean adoptar a un mayor de edad, los adoptantes que hubiese tenido los cuidados personales cuando el adoptado, era menor de edad, y que conviviendo juntos, este haya obtenido su mayoría de edad, y que se demuestre que hay un lazo de afectividad entre el adoptante y adoptado, tal afecto debe de asemejarse a una relación de padre e hijos.

Mediante la institución de la adopción lo que se pretende es proteger y beneficiar a menores de edad que carecen de padres, razón suficiente para determinar que la adopción de un mayor de edad, previo consentimiento de estos cuando se trate de hijo de cónyuge del adoptante, o cuando exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial.

Parte de la doctrina considera errónea la introducción de la posibilidad de adoptar a mayores de edad. Hay un interés individual y social al que resulta preciso proteger jurídicamente por lo que el legislador habilita dicha adopción, el fundamento de esta postura radica en que la adopción es una institución típica de protección de menores, por lo tanto, resulta contradictorio que la ley autorice este tipo de adopciones, la cual desvirtúa su naturaleza.¹⁵⁹

2.3.3.2. Adopción del hijo de uno de los conyugues

El proceso de adopción por parte de uno de los conyugues, procede aún sin seguir diligencias de pérdida de autoridad parental cuando el menor que es sujeto de adopción no ha sido reconocido por el padre biológico, pero si este es reconocido, y por lo tanto en la certificación de la partida de nacimiento del menor se

¹⁵⁹ Graciela Mastracusa, *Divorcio y adopción*, 4^o edición, (México: Editorial Hispano-americano, 1988) 841.

encuentran plasmado los apellidos de ambos padres, entonces para que pueda ser sujeto de adopción, se siguen las pérdidas de autoridad parental, para que el cónyuge pueda adoptarlo. El cónyuge no divorciado puede adoptar con el consentimiento del cónyuge con quien convive puesto que de lo contrario no podrá darse la adopción.¹⁶⁰

2.3.3.3. Casos especiales de adopción

2.3.3.3.1. Adopción por el tutor

El tutor es la persona a cargo del resguardo de un menor, por ser un individuo que según la ley no se encuentra apto para valerse por sí, es responsabilidad del individuo que se le impone un cargo a favor del menor o respecto de incapaces, que no están sometidos a autoridad parental; es el encargado de los cuidados personales, de los bienes y representación legal del pupilo, y para que este pueda adoptar a su pupilo tendrá que rendir cuentas de la administración de los bienes que administre.

Debiendo ser aprobadas judicialmente, en caso discrepancias tendrá que pagarlos antes de iniciar la adopción con base en el interés del menor tutelado¹⁶¹, el Código de Familia reguló en su Art. 177 que el tutor no puede adoptar a su pupilo mientras no hubiesen sido aprobadas judicialmente las cuentas de su administración y pagado el saldo que resultare en su contra.

Esta es una norma en la generalidad de legislaciones relativas a la adopción, aun cuando la corriente contemporánea tiende a facilitar la adopción del pupilo, siempre se ha conservado esta prohibición, pues la situación puede prestarse a posibles abusos y por este motivo, debe exigirse que estén aprobadas las cuentas de la administración y pagado el saldo referido el art. 331 y siguientes del Código

¹⁶⁰ Artículo 198.- La solicitud de adopción del hijo de uno de los cónyuges no requiere del trámite administrativo y será presentada por ambos cónyuges.

¹⁶¹ Baelo, *Los orígenes de la adopción*, 183

de Familia lo regulan, de no ser así, la adopción puede convertirse en un medio cómodo de evadir las responsabilidades provenientes de un deficiente desempeño del cargo por el tutor, ya que recuérdese que los padres no están obligados a llevar contabilidad detallada de la administración ni a rendir cuentas de ella.

2.3.3.3.2. Adoptante individual casado

El Código de Familia en su Art. 183 reguló que el adoptante individual casado necesita del consentimiento de su cónyuge para poder iniciar diligencias de adopción; ya que sin tal consentimiento sería imposible que procediera dicho trámite, excepto en los casos en que el cónyuge hubiera sido declarado incapaz, ausente o muerto presunto, cuando los cónyuges estén separados por más de un año o en tal caso que se encuentren en trámite de divorcio.

El consentimiento del cónyuge individual casado ha revestido una gran importancia en este tipo de adopción, ya que a través de su otorgamiento se garantiza el desarrollo del menor; si bien es cierto éste no ejercerá la responsabilidad paterna sobre aquél, si formará parte del núcleo familiar al cual el adoptado se incorporará.

Además, tendrá una responsabilidad moral con su otro cónyuge de brindar las condiciones psico-familiares y económicas al adoptado, logrando en consecuencia alcanzar el fin de la figura jurídica de la adopción de proporcionar una familia que asegure el bienestar y desarrollo integral del menor objeto de adopción.¹⁶²

En este tipo de adopción también se le da la posibilidad al otro cónyuge de poder adoptar al menor posteriormente, siempre y cuando reúna los requisitos que las leyes de familia salvadoreñas establecen y los efectos que en este caso producirá la adopción serán los mismos efectos que surte la adopción conjunta.¹⁶³

¹⁶² Calzadilla, *La Adopción Internacional en el Derecho Español*, 116.

¹⁶³ Fidelina del Rosario Anaya Escobar, Rocío Jeaneth Carrillo Amaya, et. al., "El régimen jurídico de la adopción individual en El Salvador", (Tesis de Grado, San Salvador 2004) 100.

2.3.3.3. Adoptante Individual soltero

La nueva Ley Especial de Adopciones aprobada recientemente regula la posibilidad de que una persona individual pueda adoptar sin importar su estado familiar, tal como aparece citado en el artículo 11 de la referida ley, concerniente a la adopción conjunta o individual, el cual a la letra dice que “La adopción puede ser conjunta o individual. La adopción conjunta solamente puede ser solicitada por cónyuges no separados y por parejas conformadas por un hombre y una mujer así nacidos y declarados judicialmente convivientes.”¹⁶⁴.

Con la entrada en vigencia de esta disposición se evita la adopción del niño niña o adolescente por la comunidad LGTBI, siendo un gran avance en lo referente a las adopciones en El Salvador. Procediendo la adopción individual ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado familiar. Mientras en el Código de Familia aún se mantiene la adopción individual, de conformidad al Art. 169, que regula: “si el Adoptante es uno solo, la adopción es individual. En este caso el adoptante deberá usar los dos apellidos del adoptante.”¹⁶⁵

2.3.4. Nulidad de la adopción

La nulidad es entendida como la ineficacia de un acto jurídico, como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma; o como dicen otros autores, vicio del que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido.¹⁶⁶ Por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, pero para que tenga plena validez es necesario que la nulidad sea declarada judicialmente.

¹⁶⁴ Ley Especial de Adopciones (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 2016)

¹⁶⁵ Código de Familia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

¹⁶⁶ Luis Alberto Maurino, Nulidades procesales, 2° Edición (Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2001) 17.

Por lo que el Código de Familia en el Art. 179, regula en lo concerniente a la adopción las nulidades pertinentes, refiriéndose en primer lugar a la procedencia de aquello cuando es “decretada por funcionario que carezca de competencia en la materia”¹⁶⁷; es decir, que todo funcionario incompetente para conocer sobre las Diligencias de adopción, al decretarla carece de validez, y por lo tanto es nula, ya que la competencia se caracteriza por la facultad que tiene todo funcionario para conocer sobre determinados asuntos.¹⁶⁸

La segunda causal de nulidad hace referencia a aquella adopción que se decreta sin el consentimiento o conformidad de cualesquiera de las personas a quienes les corresponde otorgarlo, ya que el consentimiento es la expresión de voluntad, en la que se manifiesta el estar de acuerdo que el menor sea adoptado por una familia que proporcione un hogar estable y que le brinde un desarrollo integral, por lo que si no otorga dicho consentimiento es nula la adopción.

La tercera causal de nulidad procede cuando el adoptante fuera absolutamente incapaz, esto es en relación a aquellas personas que no tienen capacidad de obligarse por sí mismas, ni la facultad de discernir en determinado acto, sino que necesitan ellas ser representadas por otra persona, es por ello que una persona que se encuentre en esta situación no podría adoptar a un menor, ya que la ley pretende al permitir esta figura es proporcionarle a los menores objeto de adopción una persona que les proporcione todo lo que éstos necesitan para un desarrollo pleno y además para representarlo legalmente y administrar sus bienes, algo que un incapaz nunca podría hacer.

En cuarto lugar, procede la nulidad mediante fuerza o fraude, ya que tales figuras vician el consentimiento de una persona según se establece en el Art. 1322 C.C, a través de engaño, intimidación entre otros casos, lo cual contraviene a uno de los

¹⁶⁷ Luis Vásquez López, *Estudio del código de familia salvadoreño*, (San Salvador, Editorial Lis, 1998) 139.

¹⁶⁸ Ramiro J. Podetti, *Tratado de los actos procesales*, Tomo II, (Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, 1955).485.

requisitos elementales para que proceda la adopción, que es el consentimiento, el cual debe expresarse de una manera libre, por lo que si no se manifiesta de tal forma constituye nulidad.

Esta nulidad es a consecuencia del fraude o fuerza ha puesto en evidencia la existencia de situaciones anómalas en torno a las adopciones. Hay que recalcar que la ley en su uso de conceptos opto por utilizar la palabra fraude y no dolo, esto con el propósito que se abarcara no solo la intención positiva de inferir un perjuicio, sino todo artificio, ardid o engaño empleado en contra de la persona que debe dar el consentimiento.

Se establece como última causal de nulidad, el que la adopción sea decretada “sin el asentimiento del cónyuge del adoptante”, esto es en el caso del adoptante individual casado, ya que con la Adopción lo que se pretende es que el menor tenga un ambiente familiar adecuado, que además se esté en la disposición de proporcionar armonía, estabilidad emotiva, afecto, etc., lo cual va en atención al interés superior del menor, pero si el cónyuge del adoptante no expresa su asentimiento, es decir que no consienta tal adopción, no garantiza que se cumpla con esa finalidad de la Adopción que consiste en dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral.¹⁶⁹

Las causas de nulidad de la adopción esencialmente se centran en: el primero caso cuando la adopción se hubiere decretado por funcionario incompetente. Se puede decir que en fondo se plantea una inexistencia, pues no pueden derivarse efectos jurídicos de una resolución pronunciada por quien no tiene competencia en razón de la materia.

No obstante, la norma sanciona con la nulidad, en un segundo caso, la nulidad se da cuando la adopción se decreta sin el consentimiento o conformidad de las

¹⁶⁹ Quezada Rojas, Carlos Alberto y Gabriela María Villeda Melara, “Instituciones que intervienen en el proceso de adopción y su función en la búsqueda del respeto a los derechos de Los menores sujeto a adopción.” (Tesis de grado, San Salvador, 2011) 102.

personas a quienes corresponda otorgarlos, o sin el asentimiento en los casos en que éste se requiere. La voluntad de los interesados es necesaria y no puede prescindir de ella. La adopción se origina en la voluntad, si ella falta, la adopción es nula, en un tercer caso, se anula la adopción cuando el adoptante fuere absolutamente incapaz y en el último si hubo fuerza o fraude. Por lo cual de lo anterior se puede decir que en nuestro sistema normativo no tiene ninguna regulación procesal sobre la nulidad de la adopción como la vertida en materia de matrimonio. Ante esta situación y siendo la adopción un acto jurídico familiar no podría remitirse a las reglas de la nulidad del Código

CAPITULO III

NORMATIVA APLICABLE EN LA ADOPCION INTERNACIONAL

Este tercer capítulo hace referencia al marco legislativo que incluye la normativa jurídica salvadoreña que regula la institución de la filiación adoptiva explicando los diferentes cuerpos normativos que codifican y garantizan todos los principios y garantías que con el fin de cumplir y garantizar el bien superior del menor que es el eje fundamental de dicha institución, así como también los sujetos procesales intervinientes y los presupuestos procesales para poder llevar a cabo la filiación adoptiva a nivel nacional, igualmente sintetizar las diferentes instituciones gubernamentales que interviene y su papel en el desarrollo del proceso de adopción, haciendo una integración de las normas jurídicas nacionales con los convenios internacionales para poder llevar a cabo una verdadero proceso que vele por el cumplimiento del proceso de adopción en nuestro país .

3.1. Fundamento constitucional de la adopción por extranjero en El Salvador

Es importante mencionar que la institución de “La Adopción” se encuentra regulada la Constitución salvadoreña de 1983, y a su misma vez en leyes secundarias las cuales son: El Código de Familia, La Ley Procesal de Familia, La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, sin perjuicio de la entrada en vigencia de la Ley Especial de Adopciones, la cual fue emitida por la asamblea legislativa el 17 de febrero de año 2016 bajo Decreto Legislativo número 282 y publicado en el Diario Oficial número 205, Tomo número 413, del 4 de noviembre del 2016.

Sin dejar de lado, el ámbito jurídico Internacional Normativo, dicha institución se reguló en la Convención de los Derechos del niño y en la Convención de la Haya de 1993, por lo que se considera oportuno desarrollar la legislación mencionada

con el objeto de presentar una visión más clara respecto a todo lo que encierra el origen de la Adopción Internacional en nuestro país.

La vigente Constitución de la República salvadoreña, estableció una sección de cinco artículos dentro del Capítulo II referido a los Derechos Sociales, sección primera exclusivamente para la institución de la Familia, con el objeto primordial de protegerla, basando toda la regulación de ésta, en el reconocimiento de los derechos que le corresponden en cuanto sociedad natural; específicamente en el Art. 34 de dicha carta magna, se encuentra establecida la obligación del Estado, de garantizar los medios y condiciones necesarios para que los menores gocen de sus derechos, sin distinciones de ninguna clase, por lo tanto aplica para los niños y niñas abandonados o carentes de una familia.

El Estado como ente garante del respeto de los derechos de estos niños y niñas tiene el deber de crear las instituciones necesarias para su protección, pues como lo mencionamos anteriormente, es deber de este, proteger de manera integral, así como también brindar la seguridad y certeza jurídica que todo niño, niña o adolescente necesitan para hacer efectivo su pleno desarrollo. Agregando, que el artículo 36, adopta de forma tácita la institución de la adopción, al establecer la igualdad de derechos de los hijos frente a sus padres, sea cual sea su filiación, incluyendo la adoptiva respecto de que todo menor pueda vivir en condiciones familiares y ambientales que permitan su desarrollo integral, para lo cual cuenta con protección del Estado, tal como lo regula el Art. 34 de la Constitución.

Con el precepto anteriormente citado se equiparan los hijos cualquiera sea su filiación, ya que el artículo en mención, se basa fundamentalmente en el principio de igualdad de derechos entre los hijos frente a los padres, principio que a su vez deriva del primordial derecho a la igualdad enunciada en el artículo 3 de la Constitución; y siendo consecuentes con los valores que nuestra Constitución persigue, tal disposición debe interpretarse como una norma que tiene por finalidad equiparar las facultades o derechos de los hijos sin distinción alguna, los cuales pueden exigirse a sus padres, sin ninguna clase de privilegios, y sin

ninguna distinción entre aquellos, pues se comprenden todos los esenciales para que el hijo tenga una vida digna; es decir tanto los ejercitables en vida del padre como por causa de muerte. Ahora bien, la segunda parte del inciso primero de la disposición analizada se establece la obligación de los padres de proveer a los hijos protección, asistencia, educación y seguridad; derechos que indudablemente son básicos para el bienestar del individuo.

3.2. Fundamento de la adopción por extranjeros en las leyes secundarias

La entrada en vigencia de la Ley Especial de Adopciones dejó sin aplicación material al Código de Familia y la Ley Procesal de Familia para desarrollar los tramites respectivos y que se rijan por sus procedimientos, principios, etc., se considera importante que sean retomadas; ya que, la implementación de dicha ley ha sido reciente, aún se cuenta con varios procesos de adopción internacionales en los Juzgados de Familia salvadoreños.

Por encontrarse muy avanzados, y favoreciendo al bien superior del menor, deben de finalizar con dichas legislaciones, a esto se le denomina Aplicación Temporal de la Norma, pues frente a la creación de un nuevo cuerpo legal se introducen las llamadas normas de tránsito o normas transitorias, con las cuales se pretende regular y solventar los inconvenientes relacionados a la aplicación de un cuerpo normativo derogado y un cuerpo normativo que recientemente ha entrado en vigencia.

También, dentro de la eficacia temporal de las normas, se ha regulado el principio de no retroactividad de la ley, el cual, tal como lo señaló el jurisconsulto Enrique Vescovi¹⁷⁰, al no estar en una Ley una institución jurídica, puede sufrir modificaciones por una norma especial semejante; razón por la cual, es común que las leyes, establezcan reglas para su entrada en vigor. O sea, para regir el derecho intertemporal. Bajo esos supuestos, es que regula la figura de la

¹⁷⁰ Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso*, 2ª Edición (Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 2006) 58.

ultractividad, la cual no es más que la continuación de la eficacia de la Ley derogada para el futuro, rigiendo las situaciones anteriores, de aquellos derechos adquiridos, efectos de las situaciones jurídicas anteriores, etc., frente a esos supuestos, lo más necesario es que la ley procesal debe prever el régimen intertemporal, y debe disponer expresamente las reglas de entrada en vigor de toda nueva ley.

Ante ello, fue previsto por el Legislador el incorporar en el texto normativo de la Ley Especial de Adopciones en lo sucesivo LEA, una norma de tránsito, específicamente en el artículo 131 LEA el cual regulaba que: “las diligencias de adopción iniciadas antes de la vigencia de la presente Ley, se continuarán tramitando hasta su conclusión, de conformidad con las Leyes con que fueron promovidas salvo que sea más favorable la aplicación de la presente Ley”¹⁷¹. Dicho lo anterior, es necesario que desarrollar todas las leyes involucradas dentro de la adopción internacional.

3.2.1. Código de Familia

Desde que este cuerpo normativo, entró en vigor en El Salvador, es que fueron creadas las regulaciones jurídicas especiales sobre la adopción por extranjeros, las cuales surgieron basándose en los problemas que presentaban dicha clase de adopción en El Salvador; por ello, que se determinó en dicho Código que la adopción fuera una institución que incorporará el principio del interés superior del menor para dotarlo de una familia que asegurase su bienestar y desarrollo integral, tal y como se reguló en los Arts. 165, 167, 168, 178 y 179.¹⁷²

Los derechos de la infancia se convierten en una prioridad nacional, ya que es obligación del Estado, atender de manera prioritaria los compromisos con la niñez y la adolescencia. De manera que los primeros derechos que deben ser protegidos son precisamente los derechos de los menores de dieciocho años, se

¹⁷¹ Ley Especial de Adopciones (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 2016)

¹⁷² Código de Familia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

regulaban en el Código de Familia los requisitos para todo adoptante, es decir condiciones que deberían cumplir tanto los adoptantes nacionales como los extranjeros. Además, se estableció que la adopción por extranjeros tendría lugar cuando se hubieren agotado las posibilidades de adopción a nivel local y preferentemente con ciudadanos de los Estados con los cuales se hubiere ratificado Tratados o Convenciones, Pactos Internacionales sobre la materia.

Es de esta manera como se da cumplimiento a lo regulado en el art. 21, lit. b) de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en la cual se planteaba que los estados miembros, reconocerían que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño y mantener su salud física y mental en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva en el país de origen. La normativa salvadoreña lo regula en Art. 184 C.F.

Por otro lado, se planteaba la necesidad de realizar estudios sociológicos, psicológicos y demás a que debían someterse los adoptantes extranjeros, si se efectuaran fuera del país, debían ser realizados por especialistas de una institución pública o estatal, del lugar de su domicilio dedicada a velar por la protección de la infancia o por profesionales cuyos dictámenes sean respaldados por una entidad de tal naturaleza.

En todo caso, dichos estudios serían calificados por las instituciones relacionadas en el art. 168 del Código de Familia, lo que garantizaría la credibilidad de tales estudios. Al ser elaborados por profesionales de Instituciones públicas, además se planteaba una visión bastante real en el aspecto social y psicológico sobre los futuros padres adoptivos, constituyéndose esto para el Juez en un apoyo de tipo técnico a fin de que la decisión que tome, este formada en una apreciación objetiva del caso. En consecuencia, el juez que tomará la decisión debía estar completamente convencido que la adopción internacional constituía la mejor alternativa para el menor de que se trate de conformidad al art.185 C. F.).

3.2.2. Ley Procesal de Familia

Esta ley se promulgó por Decreto Legislativo No. 133, de fecha 14 de septiembre de 1994, y fue publicada en el Diario Oficial No. 173, Tomo No. 324, del 20 del mismo mes y año de su vigencia inició a partir del primero de octubre del año predicho. El Objeto de esta ley fue facilitar a toda persona la solución, de manera ágil, pronta y cumplida de los conflictos de familia, con la finalidad de garantizar el cumplimiento pleno de los derechos establecidos en el Código de Familia.

Desarrolla a su vez los principios de la doctrina procesal moderna, para lograr el cumplimiento eficaz de los preceptos establecidos en el Código de Familia. De tal manera que el Art. 191 L. Pr. F. estipuló lo concerniente al Juez competente en materia de adopción internacional, siendo el Juez de Familia, quien tenía la potestad de conocer sobre las diligencias de adopción internacional en el lugar de residencia del adoptado.

También se estableció que la solicitud de adopción internacional debería ser anexado la certificación que autorizaría la adopción extendida por la Procuraduría General de la República, a la cual se le agregarían según el caso ciertos documentos. Por ello, existen algunos requisitos adicionales para el caso que los adoptantes extranjeros.

De acuerdo al Artículo 193 de la Ley Procesal de Familia, éstos deberían presentar los siguientes documentos: la certificación expedida por la institución pública o estatal de protección de la infancia o de la familia, oficialmente autorizada, donde constará que los adoptantes reúnan los requisitos exigidos para adoptar por la ley de su domicilio; el compromiso de efectuar el seguimiento posterior de la adopción, de la situación del menor en el país de residencia de los adoptantes; y certificación de la calificación de los estudios técnicos realizados por especialistas en el extranjero, emitida de común acuerdo por la Procuraduría General de la República y el ISNA.

A su vez, la solicitud de adopción debería presentarse al Juzgado de Familia competente dentro de los treinta días siguientes de la fecha de entrega de la certificación de la autorización de Adopción de la Procuraduría General de la República; posteriormente, se debería dar el consentimiento para la adopción y el asentimiento del cónyuge cuando fuere necesario, el cual deberá ser ratificado en audiencia.

Luego de la sentencia, se llevaría a cabo la entrega del adoptado, en la sentencia el juez le explicaría los derechos y las obligaciones que como adoptante les corresponde y para finalizar este trámite, se requeriría hacer la inscripción de la adopción y se estableció que dicha resolución tendría calidad de ejecutoriada la resolución, el Juez enviaría copia certificada al funcionario del Registro del Estado Familiar de la residencia habitual del adoptado, para que asiente una nueva partida de nacimiento en el libro correspondiente tal y como fue regulado en los arts. 191 al 203 Ley Procesal de Familia.

3.2.3. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

Esta normativa, fue aprobada por la Asamblea legislativa el 16 de abril de 2009, publicada en el Diario Oficial Número 68, Tomo 383 y con vigencia a partir del 16 de abril de 2010, en dicha ley se contempla el resultado de más de tres años de consultas con los diferentes sectores públicos a escala nacional y local en el sector privado, iglesias, organizaciones de la sociedad civil, incluidos los niños, niñas y adolescentes.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia creó y ordenó las políticas públicas y la institucionalidad nacional y local para la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, estableció la corresponsabilidad entre la familia, el Estado y la sociedad, para la garantía del cumplimiento de todos los derechos de la infancia. Dicha ley entró en vigor con 260 artículos, corroborando la educación universal para niños, niñas y

adolescentes sin excepción; la atención médica oportuna en cualquier centro hospitalario de la red nacional, del seguro social o del sector privado en casos de emergencia y se ocupa de la prevención y atención frente a cualquier tipo de violencia contra la infancia y la adolescencia; con dicha ley, se pretende dar respuesta a las distintas recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado al Estado salvadoreño, esto, con el objetivo de que se adecúen al marco jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En El Salvador, la aprobación unánime de esta ley refleja el compromiso del Estado en velar por los derechos de la infancia y la adolescencia, siendo importante que a pesar de las expectativas por las cuales fue creada dicha ley aún quedan grandes vacíos que debían procurar en lo futuro subsanarse, tal es el caso que dentro del contexto de la misma no se designa ninguna entidad del Órgano Ejecutivo con rango de Ministro, Viceministro o institución oficial para regir al Sistema Nacional de Protección como la Política de la Niñez y la Adolescencia.

Otro punto a destacarse es la complejidad de la estructura del Sistema, por lo que puede ser disfuncional. El desafío pendiente para todos los habitantes de El Salvador era el cumplimiento efectivo de dicha ley; es así que, dicha normativa se transformó en el segundo intento, tras el fracaso del Código de la niñez de establecer un marco de seguridad que permitiera saldar, en medida esa deuda que tiene el Estado frente a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Para el Centro de Estudios Jurídicos La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es otro motivo de preocupación, porque nuevamente los menores de edad, término que ya no se usa en la ley, por tener connotaciones despectivas, otra vez tienen promesas y no realidades. En El Salvador se han tenido por lo menos cuatro intentos de leyes que establecieron regímenes de protección de menores y la situación de mucho siendo lamentable porque dichas leyes nunca fueron cumplidas.

3.2.4. Ley Especial de Adopciones

Esta ley se promulgó por Decreto Legislativo No. 282, de fecha 17 de febrero de 2016, fue publicado en el Diario Oficial No. 205, Tomo No. 413, del 04 de noviembre de 2016. Dicha ley tuvo desde su inicio por objeto, regular la adopción como una institución que garantiza el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, asegurando su bienestar y desarrollo integral, así como el derecho de las personas mayores de edad que de acuerdo con la ley pueden ser sujetas de adopción; asimismo, se encarga de regular procedimientos administrativo y judicial para esas adopciones.

Uno de los pilares fundamentales que contempló la Ley fue la priorización del derecho de las niñas y los niños a vivir con su familia de origen. Para tal fin el estado debería emplear todos los medios necesarios para garantizar esa condición; asimismo, reconocer a la Oficina para Adopciones por sus siglas OPA, que se encontraba desde su inicio adscrita a la Procuraduría General de la República por sus siglas PGR, como una oficina especializada, con autonomía propia, con la función principal de recibir, tramitar y resolver administrativamente las solicitudes de adopciones. Con relación a las adopciones internacionales sería la Procuraduría General de la República, la facultada para establecer mecanismos de cooperación con los países receptores.

La normativa aprobada crearía el Registro Único de Adopciones de niñas, niños, adolescentes y personas aptas para la adopción; también, el de las personas calificadas por parte de la OPA, aptas para adoptar, con el fin de agilizar los procedimientos, sin omitir que se ha facultado al Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia para decretar la adopción de un niño, niña o adolescente y adultos mayores tal como lo dispone el artículo 8 LEA.¹⁷³ El presidente de la Comisión de la Familia, Niñez, Adolescencia, Adulto Mayor y Personas con Discapacidad, destacó que el diseño de esta normativa lleva a que una adopción

¹⁷³ Ley Especial de Adopciones (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 2016).

en tiempo real no debe exceder de un año, incluye plazos para que las respectivas autoridades realicen sus actuaciones dentro de los mismos, sino habría sanciones, la finalidad es que los plazos se cumplan por el interés superior de la niñez salvadoreña,¹⁷⁴ contempla desde su inicio, procedimientos ágiles que ayudaría a la aceleración del proceso administrativo y judicial de la adopción, sin procedimientos engorrosos que tienen como consecuencia un procedimiento exhaustivo para el adoptado y adoptante.

La institución de la adopción internacional fue contemplada en el artículo 12 de la especial, aclarando los requisitos que una persona extranjera debía reunir para adoptar; además, de los establecidos en el Código de Familia, lo referente a la declaratoria de idoneidad para adoptar por parte de la autoridad central del país de residencia, esta inclusión traería consigo una mayor seguridad y abonaría a la adopción internacional, con ello el Juez tendría una mejor aceptabilidad para decretar dicha adopción. prevee al Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia la seguridad dentro de una familia idóneo, como un derecho contemplado en la Constitución salvadoreña, ya que es un derecho fundamental y una responsabilidad del Estado para buscar todos los medios necesarios para cumplir dichos derechos.

3.2.5. Convenciones sobre los derechos del niño y protección

3.2.5.1. Convención sobre los derechos del niño

La Convención de los Derechos del Niño, fue el resultado de diez años de trabajo de representantes de 43 países.¹⁷⁵ Cabe mencionar que dicha Convención, fue el instrumento jurídico internacional de derechos humanos con mayor aceptación. A la fecha, con las únicas excepciones de Estados Unidos y Somalia, 191 países lo

¹⁷⁴Carlos Gustavo, Álvarez Portillo, Stanley Vladimir Espinoza Quezada, et. al., "Regulación, Aplicación y criterios fundamentales con la entrada en vigencia de la ley especial de adopciones", (Tesis de grado, Santa Ana, 2016) 25.

¹⁷⁵ Sneider Rivera, *La protección de los Derechos Humanos, La experiencia de la PDDH en El Salvador: una aproximación desde la perspectiva de los derechos de la niñez*. Imprenta criterio, (El Salvador, Editorial Unicef, 2001) 89.

han ratificado. La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoció la especial vulnerabilidad de la niñez y reunió en un Código único todas las normas y medidas de privilegio y protección a favor de los niños que los países firmantes convienen en adoptar e incorporar a sus leyes, recordando que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, tomando como parámetro a la familia como grupo fundamental de la sociedad constitucionalmente establecido, y el medio para garantizar el crecimiento, el bienestar de todos sus miembros, debe de manera absoluta recibir la protección jurídica del estado garantizándose la responsabilidad de los adoptantes, asumiendo plenamente el rol como tales, brindándole al menor adoptado un ambiente de seguridad, amor y comprensión, tomando en cuenta que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones difíciles y que necesitan especial consideración; la importancia de la cooperación internacional es el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños y niñas en todos los países en particular en los países en desarrollo.

El Salvador ratificó como tratado Internacional dicha Convención, asumiendo importancia debido a que es parte del derecho internacional y de los derechos humanos específicamente en materia de los que corresponde a los niños y niñas; considerada de conformidad al artículo 144 de la Constitución como la ley de la República, ya que fue ratificada por el Decreto Legislativo N° 487 del 27 de abril de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 108 del 9 de mayo del mismo año.

En relación con lo anterior, la Convención estableció de acuerdo con sus principios rectores la importancia que deben dar los Estados parte, a la hora de reconocer o permitir el sistema de adopción, tomando como prioridad el interés superior del niño, significando que la fuerza coercitiva de dicha convención radicó en el hecho de representar el mínimo de los derechos que toda sociedad debe garantizar a sus niños y niñas, reconociendo con ello la vulnerabilidad y las condiciones

excepcionalmente difíciles, carentes de una familia, que viven muchos niños y niñas en los países del mundo, mismos que necesitan especial cuidado y consideración.

En tal sentido y tomando como base lo anteriormente expuesto, se mencionan los dos Artículos más relevantes de dicha Convención. De acuerdo con el Art. 20, 1. “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, 2. Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños”¹⁷⁶. En relación con dicho apartado el artículo 21 al efecto dispone: “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”¹⁷⁷:

a) velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales, y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base de asesoramiento que pueda ser necesario;

b) reconocerán que la adopción por personas que residan en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en

¹⁷⁶ Convención Sobre los Derechos del Niño (Perú, Organización de las Naciones Unidas, 1990)

¹⁷⁷ *Ibíd.*

el país de origen; y d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.¹⁷⁸

Esta Convención reconoce la necesidad de velar por el bien superior del niño, niña y adolescente y con ello brindar un ambiente apropiado para un desarrollo adecuado para un crecimiento óptimo por ello, surge la necesidad de crear dicho mecanismo que brinde las herramientas adecuadas para su cumplimiento, pero dentro de este Convenio reconoce el derecho una familia, es por ello que surge la necesidad de crear un cuerpo legal que regulara específicamente la adopción internacional y con ello brindarle la protección de una familia y garantizar ese derecho.

3.2.5.2. Convenio de la Haya sobre la protección de menores

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado tenía por objeto trabajar para lograr la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado de los países que fueren miembros, esta unificación se alcanzó a través de convenios internacionales que fueron elaborados en las diferentes sesiones de la conferencia y estas se celebraron ordinariamente cada cuatro años; aunque, en caso de necesidad, pudiéndose celebrar sesiones extraordinarias. Sus orígenes se sitúan en la segunda mitad del siglo XIX, el internacionalismo imperante llevó a un amplio sector de la doctrina a la creencia que la unificación del Derecho Privado Internacional fuere posible. La pretensión inicial fue realizar una codificación completa en materias reguladas u de carácter universal desde el punto de vista de los estados participantes.

En dicho marco, el jurista holandés Asser planteó al gobierno de su país en el año de 1891 la importancia de reunir en la Haya una conferencia, que tuviera como principal orientación los conflictos de leyes asumiendo dicha iniciativa el gobierno

¹⁷⁸Florentín Meléndez, *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la Administración de Justicia*, 10ª Edición (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019)183.

de los Países Bajos, estado que envió una memoria a varios gobiernos de Europa, en la que proponía un proyecto de programa que abarcaba tanto los principios generales relativos y la formas de los actos, como diversas instituciones sobre el derecho de familia y el derecho sucesorio y de importancia trascendentales.¹⁷⁹ Fue definida en su artículo 1 como una organización interestatal de carácter permanente.¹⁸⁰

Es de prestigio y se ocupa de la codificación del derecho internacional privado, preparando convenios internacionales que reciben, en general una magnífica acogida y son ratificados por numerosos Estados. La experiencia demuestra no solo el importante papel desarrollado en la Conferencia de la Haya en la asunción y la ejecución de los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, sino, además, el papel que desempeña como integradora de las normas de derecho internacional privado, demostrando la capacidad para adaptar sus técnicas de unificación a dichos principios y al nuevo contexto internacional de la situación del menor.

El Convenio fue celebrado en la XVII Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado el 25 de mayo de 1993 y el cual, parece superar la excesiva generalidad de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Así como la poca efectividad de los instrumentos nacionales para luchar contra el tráfico de menores y asegurar el interés superior de estos.

Mucho se ha dicho que el Convenio en la práctica puede tener repercusiones no deseadas, tales como la acumulación y no distribución de los requisitos exigidos por adopción internacional, estableciendo, por ejemplo, exigencias dispares por los dos ordenamientos en conexión. Por lo que se considera se está ante un Convenio con las mejores intenciones teóricas, pendientes de la práctica diaria y

¹⁷⁹Luis Malpica de Lamadrid, *La influencia del derecho internacional en el derecho mexicano*, (México, D.F.: Editorial Noriega, 2000) 362.

¹⁸⁰Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, (Órgano Ejecutivo, El Salvador, 1996)

de su adecuación por los Estados partes que intervengan en un determinado proceso de Adopción.

Al analizar, aunque sea de manera somera la estructura del Convenio, quizá pueden encontrarse vicios de un convenio que ha cumplido con el objetivo previsto desde sus orígenes o un Convenio que por el contrario, se distancia de sus compromisos.

La Convención de la Haya sobre la protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional fue ratificada por nuestro país el 2 de julio del año de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 140, Tomo 340, del 27 de Julio de 1998; compuesta por un preámbulo de 7 capítulos con un total de 43 artículos, en el preámbulo, se destaca que el Convenio insiste en el papel de la familia, en la crianza y evolución del niño como una especie de hábitat donde se forma y desarrolla su personalidad. En el segundo párrafo del preámbulo se afirmó la importancia de la familia biológica, no solamente por consideraciones psicosociales, sino también jurídicas.

Asimismo, se recuerda el carácter subsidiario de las adopciones internacionales, principio que enmarca a dicha figura. En el capítulo I relativo al ámbito de aplicación y objeto de aplicación, se estableció que el Convenio se aplica en los casos de adopción Internacional; es decir, en aquellas adopciones en las que el niño y el adoptante tienen residencia habitual en diferentes estados; un convenio de cooperación de autoridades que establece un procedimiento de aplicación preceptiva cuando un niño con residencia habitual en un estado contratante, también denominado de origen, ha sido, es o va a ser desplazado a otro estado contratante o denominado estado de recepción, después o antes de su adopción.

De igual manera, en el capítulo referido, se subraya que la finalidad de la Convención es asegurar en las adopciones internacionales según los Art. 1º, 2º, 3º del Convenio el respeto de los derechos fundamentales del niño, estableciéndose la cooperación entre los estados contratantes para evitar la sustracción, venta y

tráfico de menores. Una de las principales preocupaciones de dicho Convenio se centra en la intervención de las autoridades centrales, normalmente entes de naturaleza administrativa cuya actividad está dirigida a dos planos: a) adecuación de los sujetos de adopción y b) el control de los mediadores privados en los procesos de adopción, amén de los temas ya señalados relativos a la transnacionalidad de la adopción, salida y entrada del menor y desplazamiento del mismo de uno a otro Estado.

El capítulo II establece en definitiva cuando puede aplicarse este Convenio y que es necesario, a su vez que las autoridades de cada estado hayan establecido que el niño puede ser adoptable; que conozcan las consecuencias de otorgar la adopción y que den el consentimiento en forma libre, legal y por escrito sin obtener lucro o pago alguno.

Por lo que debe realizarse una investigación sobre los futuros padres adoptivos, para determinar su aptitud para adoptar, así mismo es necesario asesorarlo y constatar el permiso otorgado al niño para entrar, residir y permanecer en otro Estado. En cuanto al Capítulo III establece que todo Estado contratante designará una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio dispone en cuanto a que son las encargadas de suprimir obstáculos, de intercambiar información sobre la situación del niño y los futuros padres adoptivos necesaria para el procedimiento de la adopción.

A su vez se expresa que el Convenio se fundamenta en la cooperación recíproca entre los Estados contratantes y la idea subyacente es la de promover la confianza y asegurar una idea efectiva de trabajo entre el Estado de origen y el de recepción, sobre la base del respeto mutuo, y la observación de reglas muy estrictas profesionales y éticas.

El Capítulo IV determina las condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales, ya que para adoptar un niño que reside en otro país,

es necesario dirigirse a la autoridad central del propio Estado, quien preparará un informe sobre el interesado y lo remitirá a la Autoridad Central del país del menor, el desplazamiento de este se hará en las mejores condiciones de seguridad y si es posible acompañado por los futuros padres adoptivos.

El Capítulo V, contempló que la adopción certificada conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado que ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás estados contratantes, siendo denegado el reconocimiento de una adopción en un estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su ordenamiento público, teniendo en cuenta el interés superior del niño; además, el reconocimiento de la adopción comporta el vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos.

En el Capítulo VI se establece que el reconocimiento de la adopción implica reconocer el vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos y la responsabilidad de estos con él, así como la ruptura del vínculo de filiación preexistente, la adopción produce este efecto en cada uno de los Estados contratantes.

Las disposiciones referentes al Capítulo VII destacan la no afectación de las leyes del Estado de origen, es decir el Convenio no afecta a la ley de un estado de origen que exija que la adopción se produzca en ese mismo estado, o que prohíba el desplazamiento del niño al estado de recepción, antes de la adopción; así mismo queda prohibido obtenerse beneficios materiales indebidos por parte de quienes intervengan en la adopción internacional.

También establece que los futuros padres adoptivos no podrán tener contacto alguno con los padres del niño, o quienes lo tengan bajo su guarda. Sino hasta que se cumplan los requisitos exigidos por las autoridades competentes del Estado de origen del niño. El convenio de la Haya de 1993 se maneja, como un Convenio de aplicación universal y por ende la norma interna lo toma y lo proyecta

directamente sobre su legislación. Este Convenio no es un mero auxiliar o complemento, de legislaciones internas, ya que va más allá de la cooperación desde el momento mismo en el que induce incluso a reformas legislativas. Por otra parte, es importante mencionar que el citado convenio tiene como objetivo formal establecer las garantías para que la adopción internacional tenga lugar, exclusivamente en el interés superior del niño, lo cual no indica que este objetivo necesariamente favorezca la adopción internacional, o que palie simplemente el tráfico de menores.

Con la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoció que este sector de la población mundial es extremadamente vulnerables y no pueden defenderse por ellos mismos y necesitan un cuerpo normativo para que puedan ser protegidos es por ello que este primer Convenio reúne los principios rectores que protejan su bienestar y dentro de ellos está el formar parte de una familia y que esta vele su protección, pero no todos los niños corren con la misma dicha de nacer bajo una familia; debido a ello se crea la institución de la adopción para que todo menor pueda adherirse a un seno familiar y este crezca con los igualdad de derechos y deberes que le corresponde.

Esta institución evolucionó llegando a su plano internacional, en un principio era blanco de trata de niños, es por ello que surge la necesidad de crear un mecanismo que regule y garantice dicha institución en su plano internacional y brinde los mecanismos para poder llevar a cabo la colocación de un niño, niña o adolescente en un seno familiar concreto; el convenio de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional para que este sea el mayor rector en cuanto a material de adopción internacional y los países firmantes velen por su cumplimiento; el segundo tratado se integra junto con el primero poder brindarle y garantizarle al menor el derecho a formar parte de una familia y con ello el derecho de tener un nombre, un origen, nacionalidad, educación, alimento y crecer en un ambiente ideal para un desarrollo integral y todo eso hace posible que se cumpla el bien superior del niño, niña o adolescente.

CAPITULO IV

EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL SALVADOR

Este capítulo hace referencia al marco legislativo comparativo que incluye: las consideraciones de algunos autores sobre la adopción como un acto jurídico especial, sosteniendo que este acto es jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho esta institución, por lo que en su totalidad consideramos es de naturaleza jurídica propia, este acto jurídico de naturaleza propia ha tenido un desarrollo al paso de los años, por lo que en este capítulo estudiaremos la evolución de la adopción internacional en El Salvador, pero en base a los cuerpos normativos que lo han venido respaldando, los cuales son: Ley de adopción de 1955, El Código de Familia y La Ley Especial de Adopciones, estudiando su naturaleza, sujetos procesales, los derechos de los adoptantes y adoptados, los requisitos de una adopción internacional, los garantes del proceso, su procedimiento y los obstáculos que se perciben.

4.1. Influencias y bases para la adopción internacional en El Salvador

La adopción internacional se configura cuando los adoptantes y los adoptados no tienen la misma nacionalidad o cuando el domicilio habitual de los adoptantes y del niño se encuentra en países diferentes¹⁸¹. Dicha figura es un fenómeno que se ha producido como consecuencia que países desarrollados de baja natalidad se interesan por incorporar niños en adopción provenientes de países en vías de desarrollo y de alta natalidad, donde el abandono de aquellos adquiere dimensiones importantes. En ese sentido, la posición del legislador salvadoreño es clara en cuanto el ideal de que el niño, niña y adolescente sea adoptado en su

¹⁸¹Miryan Patricia Barona Muñoz, *La adopción y la Familia*, (Colombia: Editorial Arte Libro Impresiones, 2006)11.

país de origen y solo de manera subsidiaria contemplar el evento de una adopción internacional, como lo reguló el art. 184 C.F.¹⁸², por lo que es una solución alternativa para aquellos eventos en los cuales los potenciales adoptados no puedan permanecer en el seno de su familia biológica y tampoco estén ante la posibilidad de ser adoptado en su país de origen.

De ese modo, el Estado debe velar por los derechos de los menores de edad y que éstos crezcan en un ambiente propicio para su crianza y desarrollo integral, sin dejar de lado que nuestra carta magna en su artículo 32 sienta las bases en lo referente a lo fundamental que es la figura de la familia y la protección que el Estado debe brindar dictando las políticas necesarias para la protección, bienestar, desarrollo social, integración de la misma.

Con la entrada en vigencia en El Salvador, de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1990, el Estado ha debido tomar medidas legislativas, institucionales, sociales y educativas necesarias para la efectiva implementación de la Doctrina de la Protección Integral, determinando con mayor precisión los contenidos de cada uno de los derechos, y de las garantías necesarias para su efectivo cumplimiento; los deberes de los niños, niñas y adolescentes y diseñar un Sistema Nacional de Protección Integral de la niñez y la adolescencia, todo ello regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, LEPINA, creándose así una base legal en un marco de derechos humanos que señala lineamientos claros para el trabajo que a nivel nacional se realiza por y con la niñez y la adolescencia.

Dicha ley fue aprobada por la Asamblea Legislativa el día 26 de marzo de 2009 y posteriormente ratificada por el Presidente de la República, habiendo entrado totalmente en vigencia el día 1 de enero de 2011¹⁸³, fundamentada en la doctrina de protección integral, planteado con ello un nuevo enfoque en el trabajo que se

¹⁸² Código de Familia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

¹⁸³ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 2009)

hace con niñas, niños y adolescentes, debiendo asumir este cambio toda la sociedad y en especial los nuevos actores del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establecidos en la normativa LEPINA su componente judicial como administrativo, documento que estableció todas las medidas de protección social, los recursos, los procesos jurisdiccionales, las responsabilidades, las especificaciones de coordinación, las sanciones: todo el conjunto de prácticas y acuerdos normativos a favor de la niñez

La propuesta fue sometida a un proceso de consulta nacional con los diferentes sectores, como en pocos casos se ha dado en el país; en cuanto, al rol del estado y la familia, los niveles de intervención de los padres para corregir, la necesidad de crear Juzgados y Cámaras especializados que aplicarían la ley, la participación de las alcaldías y la institucionalidad en el momento de ejecutarla, el documento que contiene 259 artículos derogó la Ley del ISNA y contemplo la creación del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA).

En este orden de ideas es necesario abordar como definición más próxima a principios, los cuales se “considera a los principios como axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea reglas del derecho”;¹⁸⁴ es decir, que los principios son reglas o normas de conducta que orientan la acción de un ser humano y que para el caso los principios contenidos en la de Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, están destinados a la adecuada aplicación de normas de protección para dicho grupo de población.

Los principios rectores la dotan de un contenido y alcance diferente al que durante siglos imperó las teorías contractualitas en las que primaba la autonomía de la voluntad, sin apreciarse el beneficio del menor tal como se pudo visualizar en el

¹⁸⁴Fredy Ernesto Bolaños Alvarado, Yolanda Vanessa Cerón Juárez, et. al., “El desarrollo integral de la niñez y adolescencia indigente debido a la aplicación de los principios rectores por parte de las instituciones competentes establecidas en la ley de protección integral de la niñez y adolescencia”, (Tesis de Grado, San Salvador, 2011) 82.

planteamiento del capítulo I anteriormente expuesto, dichos principios se enfocan en la necesidad y la prioridad de que el niño, niña y adolescente cuenten con todo lo necesario para poder llevar adelante una vida íntegra y con todas las condiciones necesarias para un firme desarrollo.

4.1.1. Principio del rol primario y fundamental de la familia

La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado; es así, que se reconoció desde los primeros artículos de la carta magna el rol fundamental de la familia como medio natural para garantizar la protección íntegra de las niñas, niños y adolescentes y su papel primario y preponderante en la educación, formación y crecimiento de los mismos; es por ello, que los padres tienen derecho preferente a escoger la educación de sus hijos, artículo 9 LEPINA, en la normativa salvadoreña se ha reconocido el rol fundamental de la familia como el medio natural para garantizar la protección íntegra de los menores, especialmente por el papel primario que ejerce los padres en la educación.

Similares consideraciones adoptan la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño cuando en su preámbulo reza: “la Convención reconoce que el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños requiere que estos crezcan en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.¹⁸⁵

Bajo esta concepción, se le asigna a los padres el cuidado y la educación del niño, niña o adolescente y se privilegia la familia como medio natural de protección y desarrollo, pero con el apoyo y la asistencia por parte del Estado, quien es en consecuencia que se evita la separación de los niños y adolescentes del núcleo familiar, estableciendo además el artículo en análisis la obligación de la familia y específicamente de ambos padres, de asumir las responsabilidades inherentes al desarrollo, cuidado y educación de sus hijos. La constitución salvadoreña señala

¹⁸⁵ La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (Perú Organización de las Naciones Unidas, 1993)

el papel importante que juega el Estado, ya que en los artículos 32 al 36 reguló un apartado específicamente para la institución de la familia, en que le otorga preponderancia a la protección que se debe tener no solo de los hijos, ya sea estos nacidos en un matrimonio o fuera de este, ya que la protección de la familia se enfocó en el interés del bienestar de los menores, a tal grado que consagro la igualdad de los menores de ser criados y desarrollarse en el seno de su familia de origen.

4.1.2. Principio de ejercicio progresivo de las facultades

Los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes serían ejercidos por éstos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la Ley, de conformidad a lo regulado en el artículo 10 LEPINA, estos derechos y garantías, así como los deberes de los niños y adolescentes reconocidos en la Constitución de la República, Tratados Internacionales vigentes en El Salvador en la materia objeto de esta Ley y los contenidos en la Ley de la materia son irrenunciables, inalienables indelegables, intransmisibles, indivisibles e interdependientes para todos los menores.

El artículo 5 de la LEPINA ratificó que todos los niños y adolescentes eran sujetos de derecho, y por ello se entendía, que todo ese grupo de población era titular y acreedora de todos los derechos y garantías consagrados a favor de la persona humana, y especialmente, de aquellos establecidos en la convención. Es evidente que tratándose de seres en formación, algunos de éstos derechos podrían ser ejercidos de manera personal, directa e inmediata por sus titulares; en este sentido, el artículo 10 de la LEPINA establecía la progresividad del ejercicio de tales derechos, en concordancia con la capacidad evolutiva de su titular, sin descuidar la obligación que tienen los padres y representantes de orientar a los

niños y adolescentes, no sólo con respecto a sus derechos, sino también en el cumplimiento de sus deberes.

Es por ello que el autor Cristóbal Cornieles considera que: “este nuevo paradigma del reconocimiento de la titularidad de derechos y deberes unidos a su ejercicio y cumplimiento progresivo definen el objetivo de la protección integral, así como las condiciones sine qua non o imprescindibles para asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes”.¹⁸⁶

4.1.3. Principio de Igualdad, no discriminación y equidad

Todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la Ley., por tal motivo, no podría justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental, nacimiento o cualquier otra condición que tuvieron aquellos o de sus madres, padres, representantes y responsables, que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales, regulado en el artículo 11, LEPINA.

Este principio se orienta a la eliminación de las diferencias en las condiciones, situaciones y circunstancias de carácter económico, social y cultural que generan discriminación, y con ello, desigualdad; de modo que, éste sea el punto de partida y el condicionante del resto de los derechos. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la

¹⁸⁶ Cristóbal Cornieles Perret-Gentil, *Los principios de la Doctrina de la Protección Integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, (Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2000) 25.

posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o sus representantes legales. En el enunciado del artículo se destaca su parte final, el cual extiende el mandato de no discriminación por causa de los padres o representantes legales del niño, prohibición que tiene particular connotación cuando éstos son extranjeros o de etnia diferente del país de residencia o de nacimiento del niño.

En este sentido, puede decirse que este principio supone el reconocimiento de la igualdad de derechos para todos los niños y adolescentes. Explícitamente se cuestiona la discriminación de infantes y adolescentes por su origen étnico, así como la intervención selectiva sobre familias e individuos bajo determinado tipo de circunstancias como el fenómeno en estudio; es decir, cuando los niños, o adolescentes son adoptados por extranjeros.

4.1.4. Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente

En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad, de conformidad a lo regulado en el artículo 12 LEPINA.

Este principio tiene su origen en el derecho común, donde surgió para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Esencialmente, el concepto ha significado que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre

los de sus padres u otras personas o instituciones. Según Buáiz¹⁸⁷, dicho principio de naturaleza jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes".

Este principio igualmente forma parte de las disposiciones directivas de la LEPINA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12, según el cual, el interés superior del niño es toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

4.1.5. Principio de corresponsabilidad

La garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes corresponde a la familia, al Estado y la sociedad, dicho principio conlleva un ámbito de responsabilidad directa del padre, la madre, la familia ampliada y el representante o responsable, según corresponda por participar en el ambiente natural e idóneo en el cual se favorece el desarrollo de la personalidad de las niñas, niños y adolescentes.

El Estado tiene la obligación indeclinable e ineludible mediante políticas, planes, programas y acciones de crear las condiciones para que la familia pueda desempeñar su rol de manera adecuada, según lo ha establecido el artículo 13, específicamente en el primer inciso de la LEPINA¹⁸⁸.

Este artículo señala una responsabilidad solidaria y concurrente entre diversos actores, como son el Estado, la familia y la comunidad, a fin de garantizar al niño y al adolescente, el pleno ejercicio y disfrute de tales derechos; el artículo, igualmente expresa que los padres, o si fuere el caso, la familia o la comunidad,

¹⁸⁷ Yury Emilio Buáiz Valera, *Introducción a la Doctrina para la Protección de los Niños, en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, (Caracas, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2000) 16.

¹⁸⁸ Artículo 13.- Principio de Correspondencia: La garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes corresponde a la familia, al Estado y la sociedad.

están en el derecho y el deber de orientar y dirigir al niño en el ejercicio de sus derechos.

Se adoptó este principio como una garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y que corresponde a la familia, al Estado y la sociedad, pues conlleva un ámbito de responsabilidad directa e indirecta, según corresponda por participar en el ambiente natural e idóneo en el cual se favorece el desarrollo de la personalidad de las niñez salvadoreña de igual al Estado se le impone la obligación de crear los mecanismos que permitan esa participación activa de la sociedad, en el diseño y ejecución de las políticas destinadas a la protección de los niños y adolescentes.

4.1.6. Principio de prioridad absoluta

El Estado debe garantizar de forma prioritaria todos los derechos de la niñez y de la adolescencia mediante su preferente consideración en las políticas públicas, la asignación de recursos, el acceso a los servicios públicos, la prestación de auxilio y atención en situaciones de vulnerabilidad y en cualquier otro tipo de atención que requieran de conformidad al artículo 14 de la LEPINA. Puede entenderse como el deber que tienen los estados suscriptores de la convención de tomar las medidas necesarias para que los niños y adolescentes no sólo ostenten la titularidad de los derechos consagrados en el instrumento jurídico, sino que puedan gozar de éstos y disfrutarlos de manera real¹⁸⁹.

Este Principio es la exigencia impuesta a los estados para que destinen los recursos económicos requeridos en niveles significativos, a fin de hacer posible las medidas y de ese modo, garantizar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que una de las excusas utilizadas frecuentemente por los gobiernos para evadir el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los derechos humanos, precisamente, la falta de presupuesto, la norma extiende esa

¹⁸⁹ Luisa Benavides de Castañeda, N° 28, El Cambio de Paradigma en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, (Venezuela, 2005) 9.

responsabilidad a la alternativa de solicitar la cooperación internacional, cuando sus condiciones económicas le impidan el cumplimiento de este principio, lo que significa un cambio radical en la formulación de planes y políticas sociales, tanto nacionales, como en las relaciones internacionales.

4.2. La adopción internacional según la ley de adopción de 1955

4.2.1. Cuerpo normativo que lo regula

La Ley de Adopción fue emitida por Decreto Legislativo número 1973, de fecha 28 de octubre de 1955, y fue publicado en el Diario Oficial número 211, tomo 168, de fecha 16 de noviembre del año expuesto, la cual tenía como objetivo insertar a los niños niñas y adolescentes en una familia.

4.2.2. Naturaleza jurídica

En la Ley de Adopciones de 1955 se consideró a la figura jurídica de la adopción con la naturaleza de institución; ya que, desde el momento en que un acto es regulado por la ley, este adquiere un carácter institucional, al cumplir requisitos de fondo y forma, surtiendo efectos a través del ordenamiento jurídico, esta teoría defendía la tesis que es una Institución jurídica, perteneciente a la rama de derecho privado, fundada en un acto de voluntad del adoptante.

Por ser este un consenso de voluntades entre las partes, nacida de la sentencia del Juez en virtud de la cual, se establece entre dos personas una relación análoga a la que surge de la filiación matrimonial; análoga y no idéntica, porque hay algunas diferencias.¹⁹⁰ Esta teoría se sustenta en el artículo 6 de la Ley de Adopción en cita, que literalmente expresa que la adopción debería ser autorizada por el Juez de Primera Instancia respectivo, con conocimiento de la causa.

¹⁹⁰Victoria Margarita Doradea Linares, y Fuentes Solórzano, Cindy Evelyn, "La adopción nacional en infantes de 0 a 5 años en el municipio de San Salvador y la función que desempeña la Procuraduría General de la Republica y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia en su procedimiento", (Tesis de Grado, San Salvador, 2007) 20.

4.2.3. Sujetos que Intervienen

En el ámbito jurídico salvadoreño la ley misma ha previsto los sujetos interviene en la adopción como institución jurídica, y al ser una medida de protección de la cual se debe ejercer una suprema vigilancia por parte del Estado para darle al menor lo mejor; es por ello, que no solo intervienen el adoptante y el adoptado en dicha relación jurídica, sino funcionarios, como lo es un Juez y un Procurador, como era regulado en el Código de Familia del Art. 165 y siguientes; asimismo, el art. 9 de la Ley Especial de Adopciones. Juez de Primera Instancia: competente de autorizar la adopción, si el adoptante cumplía con todos los requisitos, dando la autorización judicial, insertándose después en escritura pública.

Procurador General de la República: en su mayoría el Procurador debía dar el consentimiento expreso de las distintas situaciones que se suscitaban en el transcurso del proceso, así como también intervenir cuando hiciere falta, por ejemplo cuando se hubiese tratado de adoptar a un menor que tuviera representante legal este debía comparecer a manifestar su consentimiento, si careciere de representación, el Juez que conozca de las diligencias no podía autorizar la adopción mientras no constare el consentimiento expreso del Procurador General de la Republica.

Adoptante: es el encargado de cumplir todos los requisitos que establecía la ley para poder adoptar a un niño, niña o adolescente, en otras palabras es la persona que asume legalmente el carácter de padre. Adoptado: La ley en mención no establece una relevancia única, pero era quien recibiría una nueva familia; siendo el sujeto más importante, porque se basa en el interés superior del menor, ya que este recibe la calidad de hijo del adoptante.

4.2.4. Requisitos

Los requisitos de fondo que debía cumplir una persona para adoptar se encontraban regulados en el artículo 3 de la derogada Ley de Adopciones de

1955, los cuales eran principalmente que debía ser una persona legalmente capaz y psicológicamente apta para hacer la adopción; además se encontraban regulado, los siguientes: a) tener por lo menos veinticinco años de edad, salvo los cónyuges que tuvieran más de cinco años de casados; b) ser de buena conducta y tener los medios económicos suficientes; c) el adoptante debía ser al menos quince años mayor que el adoptado; d) que consintiera el representante legal del adoptado, además debía presentar su consentimiento el adoptado mayor de catorce años cuando no hubiere convivido anteriormente con los futuros adoptante, e) el adoptante no podía ser hermano del adoptado; f) si el adoptante fuere casado, debía concurrir el consentimiento del cónyuge, salvo que estuvieren separados por más de un año o se desconozca el paradero o hubiere sido declarado interdicto o muerto presunto; g) el adoptante debía gozar de buena salud; y h) debían realizarse estudios sociales y psicológicos del adoptante, a efecto de comprobar circunstancias familiares y de personalidad.

En el caso de los estudios a los que se refería el literal h) del artículo 3 del cuerpo normativo en mención, estaban sujetos a la calificación de la Procuraduría General de Pobres, la cual tenía un plazo máximo de treinta días para emitir su dictamen; si transcurriese ese plazo, sin que dicha institución emitiera el dictamen correspondiente, debía de entenderse el mismo favorable a la adopción.

4.2.5. Entidades que intervienen en el proceso

La adopción a mediados de la década de los cincuenta debía ser autorizada por el Juez de Primera Instancia respectivo, con conocimiento de causa, previa audiencia con el Procurador General de Pobres en dicha época, exceptuando aquellas cuya solicitud había sido promovida por la misma Procuraduría General, o si en la documentación presentada hubiese constado la correspondiente calificación. En caso de adoptar a un menor que tuviera representante legal debía esta persona comparecer a manifestar su consentimiento, si carecía de él, el Juez que hubiese conocido de las diligencias no autorizaba la adopción mientras no

constará el consentimiento expreso del Procurador General de Pobres, de conformidad con lo que se había regulado en el art. 6 de la Ley de Adopciones de 1955 ya derogada.

4.2.6. Procedimiento

La Ley de Adopción de 1955, fue el primer cuerpo normativo que regulo la institución jurídica de la adopción, en el pasado reciente El Salvador. En los primeros años de vida de dicha ley, casi no fue utilizada para hacer adopciones, porque el ciudadano salvadoreño, prefería inscribir en el Registro Civil, como hijo propio, al menor que iba a adoptar; haciéndose pasar como padre del menor. En el texto de la Ley en mención estaba incluido su procedimiento, el cual comprendía tres fases: en la primera se desarrollaba en un Juzgado de lo Civil, se solicitaba la autorización del Juez para proceder posteriormente a adoptar, obtenida aquella para proceder a la adopción, esta se formalizaba a través de una escritura pública de adopción.

Era preciso entonces presentar al Juez de lo Civil, con la petición de adopción, un legajo de documentos para validar las actuaciones dichos atestados se regulaban en el artículo 9 de la ley de adopción los cuales eran nombre, apellido, nacionalidad, estado civil, profesión y domicilio del adoptante y adoptado, lugar donde se encontraba la inscripción del nacimiento del adoptado y la referencia de la escritura pública de la adopción para demostrar la idoneidad de los adoptantes; también intervenía en las diligencias, la madre del futuro adoptado, para dar su consentimiento.¹⁹¹

En el procedimiento, la Procuraduría General para pobres (PGP), en la actualidad Procuraduría General de la República (PGR), tenía intervención, para que diera su opinión ilustrativa al juzgado, en relación con los estudios social y psicológico, sobre la conveniencia de autorizar la adopción, en dicha época.

¹⁹¹ José Damián Girola Kurz, Paula Raquelina Arias Ayala, et. al., "La función jurisdiccional y la competencia en el proceso de Adopción", (Tesis de Grado, San Salvador, 1996) 11.

4.2.7. Obstáculos percibidos durante el proceso

El mayor obstáculo en dicho trámite era el tiempo que tenía que pasar para que se pudieran autorizar las adopciones, por lo que volvían el proceso lento y tedioso, por lo cual pocos optaban por iniciarlo, conllevando en ese tiempo a mentir en el Registro Civil ya que se presentaban haciéndose pasar por los padres biológicos del menor.

4.3. La adopción nacional e Internacional según el Código de Familia

4.3.1. Cuerpo normativo que lo regula

El Código de Familia entró en vigor por Decreto Legislativo No 677, de fecha 11 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial No 231, Tomo 321, de fecha 13 de diciembre del mismo año. En materia de adopción, la competencia del Juez de familia era regida por el lugar de residencia habitual del adoptado, tal como lo regulaba el art. 191 de la Ley Procesal de Familia.¹⁹²

4.3.2. Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza jurídica de la adopción a la luz de la legislación familiar, debe partirse del hecho que por medio de dicha institución se estableció entre dos personas extrañas el inicio de las relaciones civiles de paternidad y filiación semejante a la filiación legítima.

La naturaleza jurídica de la adopción tiene los siguientes elementos: a) Una institución, al tener la base negocial que constituye el presupuesto de voluntad y la base para determinar la intensidad y eficacia de los efectos que produce; y b) Uno de los modos de adquirir la autoridad parental, ya que a través de ella se establecen entre dos personas extrañas, relaciones de paternidad y filiación.¹⁹³ En el Código de Familia de El Salvador, se reguló la adopción como una

¹⁹² Ley Procesal de Familia (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1994)

¹⁹³ Paul Joers, *Derecho privado romano*, (Barcelona, España: Editorial Labor, 1937) 475.

institución de protección familiar y social, es decir que reconoció la importancia del vínculo que existe entre un niño y sus padres; además, el estado tiene la obligación de brindar todo lo preciso para que se proteja las necesidades y condiciones óptimas para un buen desarrollo del niño, niña y adolescente. Por otro lado, la naturaleza del procedimiento de adopción reviste el carácter de voluntario, que es esencialmente extra contencioso, en el que no existe en rigor de verdad, un previo conflicto entre el o los adoptantes y el adoptado, esto es porque en los procedimientos de adopción, no se demanda nada ni a nadie.

El carácter de voluntario lo recogía la normativa Procesal Familiar, al regular y desarrollar la etapa judicial de la adopción, en la cual se incluía la misma como una Diligencia de Jurisdicción Voluntaria, siendo que la misma era diligenciada por medio de una solicitud y no por medio de una demanda, lo que se desprende de la lectura de los artículos 179, 180 y 191 de la Ley Procesal de Familia.

El anterior procedimiento, en su origen era eminentemente extra contencioso, el cual podría transformarse en contradictorio, dependiendo de la concreta posición que hayan de asumir los padres biológicos, es decir que se produce cuando los padres del menor sujeto de adopción intervienen como parte, en contra del adoptante, esto lo prescribe expresamente la Ley Procesal de Familia, en su art. 183 al regular en cuanto a las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria se presente conflicto, el juez debía adecuar el trámite al proceso de familia. Desde luego, aparecieron dos etapas de este procedimiento de la cual una es antecedente de la otra y esas son la Administrativa y la Judicial.

4.3.3. Sujetos que intervienen

Sujeto activo: Estos serían los adoptantes, quienes son considerados aquellos individuos que acuden ante el Juez de Familia con el fin de llevar a cabo la adopción, adquiriendo todos los derechos y obligaciones que la ley establece. Sujeto Pasivo: El adoptado, quien formará parte de la familia y que se

considera incapaz por no poder decidir por sí mismo, solamente se requerirá, su consentimiento cuando éste sea mayor de doce años. La autoridad judicial: El juez de Familia, que es considerado el único que puede autorizar la adopción por medio de una sentencia y quien velara por el cumplimiento de la ley.

4.3.4. Instituciones intervinientes dentro del proceso

Para garantizar el bien del niño, niña o adolescente, el Estado salvadoreño ha asignado a la Procuraduría General de la República por sus siglas PGR y al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, por sus siglas ISNA como autoridades centrales en materia de adopción, es por lo que las adopciones nacionales pueden solicitarse en cualquiera de la Procuradurías Auxiliares del país o en la Oficina para Adopciones.

La OPA fundada el dieciocho de febrero de 1999, la cual ha sido creada por las instituciones antes mencionadas para tal fin por medio de un convenio interinstitucional, como efecto de haber sido designadas tales entidades, como autoridades centrales encargadas de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, la cual fue ratificada por nuestro país el dos de Julio de 1998 y publicada en el Diario Oficial de fecha veintisiete de julio de 1998; no obstante para las adopciones extranjeras, será la OPA, la única instancia autorizada para realizar este tipo de procedimientos.

Como complementos de dicho procedimiento de adopción, se encuentra la función asignada a los Juzgados de Familia, los cuales con base en el art. 168 del Código de Familia, intervienen decretando las adopciones; es así, que las instituciones que intervienen en el Procedimiento de Adopción son: 1) la Procuraduría General de la República (PGR); 2) Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA); 3) Juzgados y Cámaras de Familia.

4.3.4.1. Procuraduría General de la República

De conformidad a los artículos 191 y 194 de la Constitución salvadoreña, corresponde a la Procuraduría General de la República, velar por la defensa de la Familia y de las personas e intereses de los menores e incapaces, ejercer la procuración en defensa de los mismos, así como la protección integral de la familia y sus componentes; dicha facultad.

Además de ser recogida por la Ley Orgánica de dicha institución en su artículo 3 el cual literalmente estipula: “Corresponde a la Procuraduría General de la República, promover y atender con equidad de género la defensa de la familia, de las personas e intereses de los menores, incapaces y adultos mayores, conceder asistencia legal y atención psicosocial de carácter preventivo y servicios de mediación y conciliación; representar judicial y extrajudicialmente a las personas, especialmente de escasos recursos económicos, en defensa de la libertad individual, de los derechos laborales, de familia y derechos reales y personales”¹⁹⁴.

De tal forma que la PGR, es la institución que por excelencia ha conocido en la fase administrativa de las adopciones, así a tal efecto, es congruente mencionar la Ley de Adopción de 1955, inspirada en concepciones contractualistas, la cual fue derogada por la entrada en vigencia del Código de Familia en 1994, siendo que este último cuerpo normativo al igual que dicha ley, prescribe su intervención en el procedimiento de Adopción, desde varios enfoques, entre ellos se encuentran: la fase administrativa y la fase judicial.

Fase administrativa: en la recepción de las solicitudes de adopción, y posteriormente en la revisión de las mismas, así como de las condiciones de adoptabilidad, deben verificarse estas, así como los estudios necesarios para determinar que los solicitantes llenen los requisitos que la normativa familiar establece, y de tal forma emitir un dictamen sobre la calificación personal de los

¹⁹⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa) 2008.

solicitantes, a través de la Oficina para Adopciones por sus siglas OPA y en la culminación de esta fase, con la autorización de la adopción por el titular de la institución en comento lo cual se incluye en el Art. 168 Código de Familia.

Fase Judicial: En representación de los adoptantes, actúan por medio de los Agentes Auxiliares; aun cuando, se esté en presencia de una Diligencia de Jurisdicción Voluntaria, de conformidad al art. 42 Inc. Final de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, con relación a lo estipulado por los arts- 10 Inc. 2° y 179 de la Ley Procesal de Familia; en el otorgamiento del consentimiento, el cual por deber legal lo debe prestar, tratándose de los menores de filiación desconocida o hijos de padres cuyo paradero se desconoce abandonados o huérfanos según lo regulado en los arts. 174 Inc. 3° y 224 Código de Familia, todas leyes salvadoreñas.

Por medio de los procuradores de familia que se encuentran adscritos a los juzgados de Familia, los cuales con base en los arts. 42 Inc. 5° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República reguló expresamente que: “son agentes del Procurador General de la República, que estando adscritos a un Juzgados de Familia, tienen como función velar por el interés de la familia y de los menores, incapaces y los adultos mayores, es Agente Auxiliar, el Representante del Procurador a quien este le delega el cumplimiento de determinadas actuaciones judiciales”¹⁹⁵.

4.3.4.2. ISNA

El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, conocido por sus siglas ISNA, fue creado por Decreto Legislativo N° 482 el día veintitrés de Mayo de 1993, está constituido por una Junta Directiva presidida por la Titular de la Secretaría Nacional de la Familia y conformada además, por los titulares de los Ministerios de Gobernación, Educación, Trabajo y Previsión Social,

¹⁹⁵ *Ibíd.*

Salud Pública y Asistencia Social, Procuraduría General de la República y Procuraduría para la Defensa de los Derechos humanos, como por un representante de las organizaciones, no gubernamentales legalmente inscritas y dedicadas al trabajo de la niñez y adolescencia.

Esta institución gubernamental ISNA, tiene como misión, velar por el cumplimiento de los Derechos y Deberes de la Niñez y la Adolescencia y por objeto, ejecutar y vigilar el cumplimiento de la Política Nacional de Atención al Menor, en todo el Territorio Nacional y brindar protección integral al menor, siendo que la misma es una de las Instituciones integrantes del Sistema Nacional de Protección a la Familia, personas adultos mayores y al menor; también, se deduce de la lectura del art. 2 de la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, con relación a los artículos 399 y 400 del Código de Familia. Dicha institución con respecto a la Adopción, interviene principalmente en la fase Administrativa de aquella y lo hace de la siguiente manera:

A través de la realización de estudios a los menores sujetos a adopciones y consecuentemente en el otorgamiento de la resolución de Aptitud del menor para ser adoptado, con lo cual se da cumplimiento a lo establecido en el Artículo 168 del Código de Familia y 33 de la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia.

De igual forma la intervención del ISNA, en las Adopciones se ve reflejada en la búsqueda de los padres biológicos de los menores, para que den su consentimiento para tal fin, situación que debe ser viabilizada por dicha institución, debido a que como ya se dijo anteriormente, no siempre dichos padres serán encontrados, ya que por reminiscencia vienen a mención los menores de filiación desconocida, huérfanos o abandonados a los cuales los representa el Procurador General de la República y debe ser este quien por disposición legal, otorgue el consentimiento para las Adopciones de los menores a que nos referimos; por el contrario ,de los menores que tienen a sus padres biológicos y se desconoce su

paradero, el juez de familia, a solicitud, de parte debe declarar la pérdida de autoridad parental por motivos justificados, abandono, maltrato, entre otros y sólo entonces se puede iniciar el procedimiento de adopción.

Pero no menos importante, es la intervención del ISNA en el caso de la implementación del programa a favor de los menores colocados en hogares sustitutos, programa que es promovido por el ISNA y consiste en proporcionar una familia acogedora a niños que por cualquier razón carecen de hogar propio, se trata pues de una medida de protección temporal, que se aplica por el término de un año, es supervisada por personal del ISNA.

A la larga puede proporcionar una adopción ya que si se establece que el menor a quien se le hubiere aplicado la medida de institucionalización por más de seis meses, es huérfano o hijo de padres desconocidos, se considera sujeto de adopción, sólo se aplica para familias nacionales y los requisitos son similares a los de la adopción, como presentar una serie de documentos, someterse a evaluaciones psicológicas y estar casados por más de tres años en el caso de la adopción conjunta. Al igual que en la adopción, no se selecciona a los niños; solo se puede elegir la edad y el sexo y el trámite suele demorar entre uno a tres meses, todo con base en los artículos 50 y 53 de la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia¹⁹⁶.

4.3.4.3. Los Juzgados y Cámaras de Familia

Los Juzgados y Cámaras de Familia se crearon para hacer efectiva la aplicación del Código de Familia y demás legislación familiar, mediante Decreto Legislativo de fecha 14 de septiembre de 1994, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia. Comenzaron a funcionar a partir del primero de octubre del mismo año, en atención a la necesidad de tribunales especializados que conocieran única y específicamente todo lo atinente al Derecho de Familia circunstancia que obligó a

¹⁹⁶ Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993)

la separación de la jurisdicción familiar de la Civil, que fue asumida por los Magistrados y Jueces especializados en la Legislación familiar.

La jurisdicción del derecho de familia, encuentra su sustento en el reconocimiento de la familia como grupo social primario y se orienta entre otros principios en la protección integral de los menores, el interés superior del niño y de la niña. En específico la intervención de los Tribunales se concentra en resolver y decretar, la adopción, de conformidad a lo regulado en los arts. 168 Código de Familia y 191 y siguientes de Ley Procesal de Familia; asimismo se tiene el art.146 de la Ley Orgánica Judicial,¹⁹⁷ la cual regula la división territorial de los diversos Juzgados y Cámaras y del engranaje jurídico; de tal manera que, aun cuando las diligencias de adopción inicialmente no presumen contienda o litigio, el Juez está facultado para realizar los estudios necesarios y requerir las pruebas que el caso amerite necesarias para realizar la tan delicada tarea que antes hemos mencionado.

4.3.5. Requisitos adoptante extranjero

Dentro de los requisitos que se deben cumplir, por parte de una persona que dese hacer adoptante y tenga una nacionalidad extranjera a la del menor que se quiere adoptar, son:

1) tener por lo menos cinco años de casados: la exigencia para los extranjeros es adicional a la edad inicial requerida; es decir, que los adoptantes extranjeros deben tener veinticinco años como mínimo y cinco de casados.

Uno de los fundamentos de este requisito es evidenciar la consolidación familiar, si bien es cierto el mero transcurso del tiempo no prueba la existencia de la armonía deseada, si lo hará en el transcurso del proceso los estudios a que se someterán los extranjeros, los cuales darán una buena probabilidad de que se ha escogido un hogar estable y armónico para el niño, niña o adolescente.

¹⁹⁷ Ley Orgánica Judicial (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1984)

2) Reunir los requisitos para adoptar exigidos por la ley de su domicilio: el requisito en comento tiende a superar irregularidades, ya que con su cumplimiento existirá la seguridad de que la nueva situación filiatoria del niño, niña o adolescente le será reconocida en el país a que se le lleve o al menos, que sus adoptantes van a poder regularizar la situación del adoptado, de conformidad a la ley del domicilio de aquellos.

3) Comprobar que una institución pública o estatal de su domicilio, de protección de la infancia o de la familia, velará por el interés del adoptado: los adoptantes deberán dar evidencias de que una entidad confiable velará por este interés; esta exigencia debe ser complementada con los contactos oficiales que establezcan las instituciones salvadoreñas encargadas de velar por la protección de los menores con sus homologas extranjeras, para conseguir una efectiva colaboración.

En el artículo 184 del Código de Familia, establece los requisitos especiales para la adopción condicionados a que se hubieren agotado las posibilidades de hacerla a nivel local. Determina, además una preferencia para concederla hacia ciudades de países con las cuales se hubiere ratificado tratados, convenciones o pactos sobre adopción.

4.3.6. Procedimiento adopción por extranjeros

El juez que tome esta decisión debe estar plenamente convencido de que la adopción Internacional constituye la mejor alternativa para el niño, niña o adolescente, de que se trate. Para llegar a esta conclusión, es indispensable que el Tribunal cuente con la mayor cantidad de antecedentes confiables, para lo cual es preciso dotarlo de apoyo técnico adecuado, a fin de que su decisión esté fundada en una apreciación objetiva del caso.

Los interesados acuden en sus países a oficinas estatales o privadas autorizadas por sus Estados para el trámite de adopciones, donde deben presentar la

documentación requerida por ese país y la requerida por El Salvador, esta última se menciona a continuación:

1) Poder General Judicial con cláusula especial otorgado ante un Notario o el Consulado de El Salvador a favor de un abogado que ejerza la profesión en la República de El Salvador, la cláusula especial que se requiere para esa clase de poder es para facultar al abogado para que inicie, siga y fenezca ante la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia. Las respectivas diligencias de autorización y de aptitud para la adopción de un menor, así como en el Juzgado de Familia del lugar de residencia habitual del adoptado, las diligencias de jurisdicción voluntaria correspondientes a fin de que se decrete la adopción por parte de los solicitantes.

2) en el mismo poder debe facultarse al abogado para que, una vez decretada la adopción pueda, seguir trámites, tales como: la inscripción en el Registro del Estado Familiar así como los Migratorios y de visados del menor.

3) certificación de Partidas de Nacimientos de los solicitantes para probar que son mayores de veinticinco años y no excede en más de cuarenta años a la edad del menor en adopción.

4) Certificación de Partida de Matrimonio de los solicitantes para probar que tienen más de cinco años de casados;

5) Certificación de poseer condiciones morales, para asumir la autoridad parental, extendida por autoridad competente, buena conducta;

6) Comprobante de la capacidad económica de los solicitantes ya sea mediante la Certificación del sueldo que devengan o devenga alguno de ellos, constancias referencias bancarias o mediante cualquier documento idóneo.

7) Estudio social y psicológico realizado por especialistas de una Institución Pública, del lugar de su domicilio dedicadas a velar por la protección de la infancia o de la familia o por profesionales cuyos dictámenes sean respaldados por una entidad de tal naturaleza a efecto de comprobar condiciones familiares, morales, económicas, sociales, de salud y psicológica de los adoptantes.

8) Constancia expedida por facultativo sobre los solicitantes.

9) Certificación expedida por la Institución Pública o Estatal de Protección de la infancia o de la Familia, oficialmente autorizada donde conste que los solicitantes reúnen los requisitos exigidos para adoptar por la ley de su domicilio y del compromiso de seguimiento de la situación en el país de residencia de los solicitantes.

10) Fotografías individuales de los solicitantes y del interior o exterior de la casa de adopción.

11) Certificación de Migración del país receptor en la cual autorizan la entrada y residencia del niño o niña en adopción.

Todos los documentos indicados deben ser enviados autenticados ante el Cónsul de El Salvador, desde el país del domicilio de los adoptantes. Al respecto, se debe hacer la observación, si los documentos no se presentan en legal forma, la solicitud, no será recibida.

Cuando la autoridad extranjera los declara idóneos y se compromete a dar el seguimiento por dos años al menor adoptado, los interesados deben contratar a un abogado que los represente en el país para realizar los trámites ante la OPA. En este caso, la OPA evalúa los documentos enviados por los interesados y constata que sean legales, auténticos y traducidos al castellano. Si falta algún documento, y los datos no son satisfactorios se pide que hagan las correcciones o

ampliaciones. Si todo está bien, el equipo técnico emite una declaración favorable que traslada a las autoridades máximas de la PGR e ISNA.

En caso de emitir ellos un dictamen favorable, los adoptantes se incorporan a una lista de espera para la asignación de un niño, niña o adolescente. Cuando se logra la asignación se notifica a las autoridades extranjeras y a los solicitantes para que expresen su conformidad y aceptación. Luego, el Procurador entrega la autorización para que inicie el procedimiento legal ante el juez de familia, como ocurre con las adopciones nacionales. El trámite ya en manos de la OPA demora de seis meses a dos años, lo que se suma al tiempo que el procedimiento demore en los países de origen de los solicitantes.

4.3.7. Obstáculos percibidos durante el proceso

Si bien es cierto dentro del Código de Familia se observa una mejor implementación en todos los mecanismos referentes a la protección y los procedimientos de lo que es la adopción en nuestro país, se ha podido observar que el procedimiento que se corresponde tanto a la adopción nacional como a la internacional, es en gran escala un tanto engorroso, que puede durar años, siendo que de esta manera no se está cumpliendo con el fin que el menor crezca dentro de un seno familiar.

A consecuencia de esto las familias que se postulan para adoptar a un niño, niña o adolescente tienen una mayor afinidad para adoptar a un niño de 0 a 5 años, haciendo una completa exclusión a los niños mayores de la edad citada por el tiempo que se imaginan estarán inmersos en el proceso, por lo tanto si bien es cierto, debe de haber una protección exhaustiva del procedimiento también debe de haber un equilibrio, entre las necesidades del menor para que este tenga una familia, ya que es un derecho inherente al mismo, tal como reza nuestra Constitución y de crecer en un medio lleno de amor y seguridad interior de una familia.

Esta dificultad la vemos aún más marcada, en las adopciones realizadas por extranjeros, los requisitos demandan en gran manera que el tiempo se duplique, ya que como bien hemos observado es subsidiario a la adopción nacional, y si bien es cierto los estudios son más exhaustivos para garantizar el bienestar de un niño en otro país, de igual manera retrasa la posibilidad de que este pueda desarrollarse y crecer en un ambiente familiar, en tanto, no es que se esté en un desacuerdo en que se realicen los estudios pertinentes para fortalecer la seguridad del menor, pero sí debe encontrarse la forma de que estos mediante la cual estos procedimientos sean más accesibles tanto en la adopción nacional y la extranjera.

4.4. Ley Especial de Adopciones

4.4.1. Cuerpo normativo que lo regula

La Ley Especial de Adopciones, fue promulgada bajo el Decreto Legislativo N° 282, de fecha diecisiete de febrero de dos mil dieciséis, publicado en el Diario Oficial N° 205, tomo N° 413, de fecha cuatro de noviembre del mismo año, y su entrada en vigencia en un período de setenta días.

La nueva Ley Especial de Adopciones en su art. 1 consagró primordialmente: “regular la adopción como una institución que garantiza el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, asegurando su bienestar y desarrollo integral; así como el derecho de las personas mayores de edad que de acuerdo a esta ley pueden ser sujetas de adopción. Asimismo, regula los procedimientos administrativo y judicial para la adopción de niñas, niños y adolescentes, además del procedimiento judicial en el caso de adopción de personas mayores de edad.”¹⁹⁸

En el art. 1 se denotó que dicha ley tenía como objeto principal el garantiza el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes; asimismo, el

¹⁹⁸ Ley Especial de Adopción, (República de El Salvador. Asamblea Legislativa, 2016)

asegurarle su bienestar y desarrollo integral por medio de los principios rectores siguientes: a) principio de interés superior; b) principio del rol primario y fundamental de la familia; c) Principio de subsidiariedad de la adopción nacional; d) principio de subsidiariedad de la adopción internacional; e) principio de imitación de la naturaleza; y f) Principio de cooperación internacional.

4.4.2. Naturaleza jurídica

La Ley Especial de Adopciones se ha considerado de naturaleza social de conformidad a lo regulado en el art. 2 que expresamente ha establecido: “La adopción es una institución jurídica de interés social que confiere mediante resolución judicial un vínculo de filiación en forma definitiva e irrevocable, que tiene como finalidad proveer a la niña, niño o adolescente como a la persona mayor de edad una familia, desvinculándose para todo efecto jurídico de su familia de origen.”¹⁹⁹

Es así, que en la exposición de motivos de la nueva ley especial, se enmarcó los arts. 32, 34 y 36 de la Constitución salvadoreña, los cuales consagraron a la familia como la base fundamental de la sociedad y que todo menor tiene el derecho de pertenecerá a una, crecer y desarrollarse en condiciones óptimas que permitan su desarrollo integral, se estableció que los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tenían iguales derechos frente a sus padres por lo que es necesario regular el proceso de adopción a través de una ley especial.

Por otro parte, los mecanismos internacionales con los que cuenta El Salvador como la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional son de suma importancia para el desarrollo de dicha ley, dando primacía al Interés superior de la niña, niño y adolescente privilegiándolo con medidas adecuadas por lo que es necesario crear una ley especial que adecue y desarrolle los principios y

¹⁹⁹ *Ibíd.*

objetivos de la doctrina de la protección integral, para dar primicia al interés superior de las niñas, niños y adolescentes frente a cualquier otro.²⁰⁰

4.4.3. Sujetos procesales

Como en toda normativa existen sujetos participantes del proceso para llevar a cabo el procedimiento; por ello, en la ley especial de adopciones se faculta para intervenir a los siguientes sujetos: el Juez competente, el adoptante y el adoptado.

Juez competente: es el encargado de autorizar la adopción, si el adoptante cumple con todos los requisitos que establece la ley según lo establecido en el artículo 5 de la Ley Especial de Adopciones: es la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia, siendo el funcionario competente para declarar la adoptabilidad en relación con el artículo 8 de la ley en mención, en cuanto expresa que la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia que declare la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, es competente para decretar su adopción.

Sujeto adoptado: es, el que siendo por naturaleza hijo de una persona, es prohijado o recibido como tal por otra, mediante autorización judicial. Respecto de este, se estableció en el art. 23 de La ley especial, quienes pueden ser adoptados, los cuales son: a) los de filiación desconocida; b) las niñas, niños o adolescentes que carecen de madre y padre, se encuentren en situación de abandono por ambos o cuyo paradero se ignore; c) los que estén bajo el cuidado personal de sus progenitoras, progenitores o de otros parientes, siempre que existan motivos justificados y de conveniencia para la persona adoptada, calificados por la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia; d) las hijas o hijos de uno de los cónyuges o de convivientes declarados; e) aquellos cuya madre o padre hayan sido declarados incapaces judicialmente por la causal de enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos; y f) la hermana o hermano de quien ha sido declarada su adaptabilidad.

²⁰⁰ *Ibíd.*

Sujeto adoptante: es la persona natural, que asume legalmente el carácter de padre del adoptado, y que debe cumplir con los requisitos personales, que establece el Art. 38 así como los especiales en su caso del artículo 39 de la ley.

4.4.4. Derechos del adoptado

La Ley especial de adopciones fue creada bajo los parámetros de una normativa moderna enfocada y encaminada a la protección del principio del interés superior, en conjunto con todos los mecanismos nacionales e internacionales. Es por ello que está basada en la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual se reconocen los derechos y principios jurídicos básicos para la protección de la niñez²⁰¹.

Los cuales son: 1) derecho de gozar de sus derechos sin discriminación, es decir, sin distinciones de ninguna naturaleza; 2) derecho a gozar de protección y cuidados especiales; 3) el principio del interés superior del niño; 4) el derecho al nombre y a la nacionalidad; 5) el derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; 6) el derecho a la atención prenatal y postnatal; 7) el derecho a la alimentación, vivienda, recreo, juegos y recreaciones; 8) el derecho a servicios médicos adecuados; 9) el derecho al amor y la comprensión de todas las personas; 10) el derecho a la educación; y 11) derecho a estar protegido contra la explotación, el abandono y la crueldad; y Derecho a proteger a los niños sin familia.

Dentro la normativa nacional se encuentra el fundamento constitucional en el artículo 36 que literalmente regula: “Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.”²⁰² La ley especial de adopciones lo integra en el artículo 14 literal a) que dice “La persona adoptada pasa a formar parte de la familia de la o los adoptantes, como hija o hijo

²⁰¹Declaración de los Derechos del Niño (República de El Salvador, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1990)

²⁰²Constitución de la República de El Salvador (República de El Salvador, Asamblea Constituyente, 1983)

de éstos, adquiriendo los derechos, deberes y obligaciones que como tal le corresponden, y las personas adoptantes adquieren de pleno derecho la autoridad parental”

4.4.5. Derechos del adoptante

En cuanto a los derechos del adoptante no se encuentran enmarcados en la normativa jurídica, ya que la filiación adoptiva está encaminada a la protección del bien superior del niño, niña o adolescente, por lo tanto, es una institución meramente orientada a salvaguardar el bienestar del adoptado.

4.4.6. Requisitos para la adopción

El legislador estableció en la Ley Especial de Adopciones todo un mecanismo de protección para la institución de la adopción en El Salvador, implementando ciertos requisitos personales que todo adoptante deberá de cumplir, esto en virtud que cada situación que involucre a un niño, niña o adolescente debe ser estudiada y analizada y para ello deben ser legalmente capaces, en derecho la capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Es decir, de reclamar los primeros y contraer los segundos en forma personal o comparecer a juicio por propio derecho. Además de los requisitos generales mencionados, existen otros especiales para personas extranjeras o no residentes del país de conformidad al art. 39 de la normativa en mención: a) que tengan por lo menos tres años de casados o en convivencia declarada, cuando se tratare de adopción conjunta; b) que reúnan los requisitos personales para adoptar exigidos por la ley de su país de origen o de residencia; c) comprobar que una institución pública o estatal de protección de la niñez y adolescencia o de la familia de su país de residencia, velará por el interés de la persona adoptada; y d) declaratoria

de idoneidad para adoptar por parte de la autoridad central de su país de residencia.²⁰³

4.4.7. Garantes del proceso

Para garantizar que la adopción se realice de la mejor forma, tomando en cuenta el interés superior de la niña, niño o adolescente, la Ley Especial de Adopciones hace una integración de algunas instituciones gubernamentales que serían las encargadas de ser las garantes del proceso²⁰⁴ y cada una de ella desempeña un rol en cada etapa, las cuales son: la Procuraduría General de la República; la Junta Directiva de la Oficina para Adopciones; el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia; los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Familia, por último encontramos a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, esta última de conformidad a las facultades que le fueron otorgadas por la Constitución de la República²⁰⁵ salvadoreña en el artículo 194, romano II, ordinal 1°; al ser una función del procurador velar por la defensa de la familia, de las personas e intereses de los menores e incapaces.

4.4.8. Procedimiento

Los procedimientos judiciales previstos en la Ley Especial de Adopciones salvadoreña pueden ser de dos formas: el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 60 de dicha ley.

4.4.8.1. Procedimiento Judicial adopción internacional

Los interesados acuden en sus países a oficinas estatales o privadas autorizadas por sus Estados para el trámite de adopciones, ahí deben presentar la

²⁰³ Art 39, Ley Especial de Adopción, (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 2016)

²⁰⁴ Art 9, Ley Especial de Adopción, D.L. N° 282 del 17 de Febrero de 2016, publicado en el D.O. N°205, Tomo 413 el 04 de noviembre de 2016.

²⁰⁵ Constitución de la República de El Salvador (República de El Salvador, Asamblea Constituyente, 1993)

documentación requerida por ese país y la requerida por la legislación salvadoreña. Si las personas solicitantes son extranjeros o salvadoreños con residencia habitual fuera del país.

El expediente administrativo deberá contener, además, los siguientes documentos: certificación expedida por la institución pública o estatal de protección de la niñez o de la familia, oficialmente autorizada, donde conste que las personas solicitantes reúnen los requisitos exigidos para adoptar por la ley del país de su residencia habitual y el compromiso de efectuar el seguimiento de la situación de la niña, niño o adolescente en dicho país; y estudios técnicos realizados por especialistas en el extranjero. Todos los documentos indicados deben ser enviados autenticados ante el Cónsul de El Salvador, del país del domicilio de los adoptantes.

4.4.9. Obstáculos percibidos durante el proceso

En el procedimiento de la nueva Ley Especial de Adopciones no se perviven mayores obstáculos, ya que unos de los mayores obstáculos reflejados en la normativa anterior era el tiempo que tenía que pasar para que se pudieran autorizar las adopciones, por lo que hacía el proceso lento y tedioso, por lo cual la nueva normativa acortó los plazos para el procedimiento.

CAPITULO V

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

El quinto capítulo hace referencia al análisis e investigación que incluye: un análisis de las instituciones que intervienen en la filiación adoptiva, a lo largo de nuestro trabajo de grado hemos recorrido la importante transcendencia que la Adopción tomó durante la historia y como esta institución se ha fortalecido y ha venido evolucionando al paso de los años hasta llegar a la actualidad, estudiamos como las leyes, tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país hace de la Adopción internacional una figura importante para la protección de los derechos del niño, niña y adolescente aunque de manera subsidiaria, se analizó el procedimiento de la adopción internacional el cual ha sido modificado con la entrada en vigencia de la Ley Especial de Adopciones (LEA), la cual viene a renovar los procedimientos y con ello vela por qué, los derechos y deberes de los adoptantes y adoptados sean respetados en su cabalidad mediante las diferentes instituciones las cuales tienen carácter de garantes del proceso de adopción tanto nacional como internacional, es por ello que por medio de nuestro método investigativo procedimos a la realización de las entrevistas a dichas instituciones, haciéndonos ver los obstáculos que se les presentan, cual es el papel que ellos representan en el trámite de adopción y las ventajas que ellos consideran la LEA trae con su entrada en vigencia.

5.1. Análisis de entrevistas

En la investigación realizada, se seleccionaron seis instituciones públicas como unidades de observación, las cuales fueron: el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia por sus siglas CONNA; la Procuraduría General de la República por sus siglas PGR; la Oficina para Las Adopciones por sus siglas OPA, el

Juzgado Especializado en la Niñez y Adolescencia y algunos Juzgados de Familia. Se llevó a cabo el análisis por medio de la entrevista a usuarios del sistema judicial, aclarando no como entidad institucional, sino como practicantes de este tipo de adopciones por lo que es necesario conocer las valoraciones de estos.

En principio, es importante aclarar que, con la investigación de campo, de las seis unidades de análisis que se tenían, quedaron reducidas únicamente a: Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia por sus siglas CONNA; Procuraduría General de la República (PGR); Oficina para Las Adopciones por sus siglas OPA, y a los Juzgados Especializado en la Niñez y Adolescencia y de Familia.

A efecto de conocer el papel que cada una de ellas desempeña en el trámite de las adopciones realizadas por extranjeros, se consideró necesario elaborar una guía de entrevista dirigida específicamente a cada institución, las cuales a su vez contenían preguntas de carácter general a todas ellas, obteniendo los resultados siguientes:

5.2. Análisis entrevista consejo nacional de la niñez y de la adolescencia

Con la entrada en vigencia de la LEA el CONNA tiene su propia oficina de adopciones, a pesar de ello lo único que hace es vigilar que durante el proceso administrativo y judicial no se le vulnere ningún derecho al niño, niña o adolescente; por lo tanto, su rol como institución es únicamente vigilar que el niño niña o adolescente tenga su debido proceso, no se le vulnere sus derechos en especial el derecho de ser oído, en el que pueda generar su consentimiento, lo cual va relacionado íntimamente con el ejercicio progresivo de las facultades, uno de los principios fundamentales de la LEPINA pues si este niño ya llegó a su edad de 12 años puede dar su opinión.

De acuerdo con la LEA el tipo de relación que tiene el CONNA con las diferentes entidades que intervienen en el proceso de adopción es que al inicia; un proceso

administrativo en la junta de protección se apertura el sistema nacional de protección, y una vez activada todas las entidades garantes, están en la obligación de respetar que no se vulneren los derechos del menor, en el caso de la adopción se activa con el juzgado especializado, que es quien en materia judicial conoce de la adopción con la PGR que en materia administrativa es a quien compete dicho conocimiento.

El CONNA cuenta con un área de registro y vigilancia, en la cual se encuentra la jefatura de adopciones por lo que, si se cuenta con los recursos, con ello se lleva al cumplimiento del interés superior del menor, con todos los principios contemplados en la LEPINA y los que corresponderían a la LEA, si se cumple el no vulnerar, lo importante es cumplir con el debido proceso para poder respetar con ello el interés superior del menor.

El mayor obstáculo al entrar en vigencia la LEA fue que no se había conformado e instalado la Junta Directiva de la OPA, por lo que no se podía dar inicio a ningún proceso con la nueva ley, creando conflictos con los procesos iniciados antes de la entrada en vigencia de la misma. Con la LEA el trámite de adopción se estima que tiene una duración de un año, siempre y cuando se respeten los plazos establecidos. Ya que se considera de observancia principal que los entes garantes del proceso deben cumplir dichos tiempos, caso contrario incurren en una sanción económica, con ello, se puede observar que se superó un obstáculo en cuanto la dilatación del proceso de adopción por un extranjero, beneficiando el interés superior del menor en su área emocional y también evitando con ello la victimización al acortar el mismo.

5.3. Análisis de la Oficina para Adopciones

Al determinar con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Adopciones se conforma una nueva estructuración de las funciones administrativas de la PGR específicamente en la OPA, lo cual viene a dar un giro innovador en el tema de

adopciones con el objetivo de agilizar los trámites, con ello podemos ver el más importante de los cambios al transformar la OPA en una institución que integra diferentes entidades gubernamentales así como también de la integración de la población civil salvadoreña, de tal manera que dicha entidad estaría formada de la siguiente manera: una Junta Directiva compuesta por la señora Procuradora General de la República como presidenta, la Directora Ejecutiva del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, una persona nombrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, dos personas electas de la población civil las cuales son seleccionadas por La Fiscalía General de Republica y la Corte suprema de Justicia quienes deciden cuales personas provienen de la sociedad civil entraran a la Junta Directiva.

Con la entrada en vigencia de la LEA se ha producido un avance significativo no solo en el ámbito judicial sino también en un ámbito socio-cultural, derribando los tabús hacia el tema de las adopciones ya que promueve una cultura integradora, unificadora y con ello impulsa una conciencia social de igualdad e inclusión para las personas adoptadas. La OPA junto a diferentes entidades buscan fomentar la adopción mediante la concientización, ya que la institución de la familia es un derecho fundamental del niño niña y adolescente, por lo que la adopción busca proteger el bien superior del niño o niña. Al hacer referencia sobre el tema de la adopción internacional la postura de la OPA es que si es necesario promover esta siempre y cuando se respeten los diferentes mecanismos de protección en el extranjero para salvaguardar la integridad física, moral y espiritual del niño niña y adolescente.

Para que un extranjero pudiera optar por el trámite de adopción se debían de realizar muchos trámites que a la larga retrasaban el proceso ya que se les solicitaba muchos más requisitos, que a cualquier connacional , lo que, si bien es cierto busca otorgar un ámbito familiar que reúna todos los requisitos necesarios para que el niño niña y adolescente se desarrollen de una manera óptima, al tener procedimientos extensos hace que crezcan institucionalizados y con ello se les

niega la oportunidad de crecer con su derecho fundamental a integrar una familia. Un claro ejemplo de ello ocurre cuando uno de los dos padres del niño, niña o adolescente se localiza y este no quiere acogerlo, se debe primero pasar por un proceso de pérdida de autoridad parental, lo cual es un procedimiento largo y traumatizante, posteriormente, se puede iniciar con el trámite de adopción cuando el niño niña y adolescente ya se ha aproximado a la mayoría de edad y con ello no poder seguir siendo parte de una institución que los acoja.

En general la ley tiene muchas ventajas, como toda legislación que ha sido creada para una pretensión como la adopción. Ejemplo de ello es que en la antigua legislación el ISNA era el encargado de declarar la adaptabilidad y se tardaban aproximadamente un año para constancias lo solicitado con eso hacia el tramite engorroso, pero con la entrada en vigencia de la LEA la adaptabilidad la declara el Juzgado de la Niñez lo cual debe realizarse en un corto periodo de tiempo así mismo no de manera literal pero si da la pauta para que todos esos niños niñas y adolescentes que sean encontrados en situación de abandono se les pueda asentar la partida como una afiliación desconocida para poder empezar de una manera directa la adopción y no realizando primero los tramites de búsqueda de familiares o pérdida de autoridad parental beneficiando con ello de igual manera las adopciones internacionales. Esta ley promete que se respeten cada uno de los plazos y que los procesos de adopción tanto nacional como internacional puedan ser promovidos por las diferentes instituciones que son garantes del proceso.

5.4. Análisis de Juzgado Especializado de la Niñez y de la Adolescencia

El cambio ocurrido al transformar la institución jurídica de la adopción en materia de niñez y adolescencia relacionado a la LEPINA, se hizo tomando en consideración la necesidad de ir trasformando y acogiendo los postulados de la doctrina de protección integral; con ello se renueva el aparato jurisdiccional y administrativo, creando nuevas instituciones y transfiriendo los procesos a los

jueces especializados de LEPINA quedando solo con la competencia de las adopciones de mayores de edad en los Juzgados de Familia.

La implementación de la Ley Especial para Adopciones no fue la más adecuada debido a que se creó un aparataje sin tener la institucionalidad creada, porque establece una nueva oficina para las adopciones, pero omite la asignación de un presupuesto especial a la PGR para su creación debido a lo cual se implementó de una forma errónea, prueba de ello son los decretos transitorios emitidos por la Asamblea Legislativa postergando su entrada en vigencia ya que no estaba creada la institucionalidad.

Esta falta de institucionalidad creó un conflicto de competencia entre los jueces Especializados de Niñez y Adolescencia con sus pares de familia, dando como resultado una dilatación de los procesos por lo tanto una vulneración a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Con la entrada en vigor de la LEA se da un cambio sustancial en la estructura, pero no basta solo con el cambio de ley si no con un cambio estructural a nivel de institución. La falta de institucionalidad creó un conflicto de competencia entre los jueces, ya que la mayor dificultad no estaba en la fase judicial si no en la fase administrativa ya que la instalación de audiencia para declarar la adopción ya está estableció su tiempo, pero la fase administrativa no, lo que implica que esto se demora un poco más.

5.5. Análisis juzgados de familia

La legislación entró en vigor en abril del año pasado en teoría, más no en la práctica, pues la PGR aún no cuenta con el personal que debería conformar la nueva OPA, tal como lo manda la nueva ley por lo tanto los juzgados de LEPINA se declaran incompetentes para conocer de los procesos de adopción al igual que el juzgado que fuera consultado ya que la nueva ley, ya entro en vigencia, lo cual significa un conflicto en cuanto a la materia e implica un retraso en los procesos de adopción. El rol de los juzgados de familia anteriormente era muy importante ya

que con ello se fijaba la fecha para la audiencia de sentencia para decretar la adopción del niño niña o adolescente, posteriormente se fijaba fecha entrega del adoptado hacia los adoptantes. Con ello se observa que las funciones o las atribuciones dadas por la LEA se vieron reducidas ya que solo conocerán sobre los procesos de adopción en mayores de edad. Es por ello que con la entrada en vigencia de la LEA se llevaron a cabo muchos conflictos en materia de competencia, pero La Cámara de Familia bajo resolución declaró que los procesos que habían iniciado antes de la entrada en vigencia de la LEA y que su fase administrativa se hubiera visto avanzada sería conocido y culminados por los juzgados de familia.

5.5. Análisis de Procuraduría General de la República

Es importante que se observe que la Procuraduría General de la República en el Código de Familia y con la entrada en vigencia de la Ley Especial de Adopciones, juega un papel importante, pues es dicha institución quien tiene la función principal de aprobar el procedimiento administrativo. Actualmente se busca que este proceso sea de manera más ágil, pues el proceso de adopción sea este nacional o por adoptantes extranjeros inicia mediante la presentación de la solicitud y pidiendo se realice los estudios pertinentes para realizar las evaluaciones a los adoptantes.

En la fase administrativa que nos atreveríamos a decir es la más importante, pues es donde se emite declaratoria de aptitud de adaptabilidad y que posterior a ello se realiza una selección de la familia realizando los estudios técnicos a que se refiere el art. 90 de dicha ley, dichos trámites pueden prolongar el proceso de maneras exponenciales, terminado los estudios técnicos se remite el expediente certificado al titular de la Procuraduría General de la República para que sea esta quien emita resolución de autorización de adopción, la cual la fase administrativa finaliza, todo esto se debe de realizar de una manera ágil para que de esta

manera se protejan los intereses de los niños, niñas y adolescentes, superando así los procedimientos engorrosos y disuasivos.

Cabe mencionar que en el caso de la Adopción internacional tiende a ser aún más engorroso, pues los estudios se realizan en el país de origen de los adoptantes, sin dejar de mencionar que los requisitos para los mismos son aún más esto por el principio de subsidiariedad, toda documentación presentada debe ser presentada por un apoderado especialmente facultado para ello. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LEA se observa una reducción considerable de los plazos, lo cual es un avance en cuanto a la verdadera protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

CONCLUSIONES

Tomando de base la doctrina consultada sobre la figura de la adopción, y principalmente la que tiene que ver con adopción internacional, los resultados obtenidos en nuestra investigación de campo, las diferentes disposiciones legales estudiadas concluimos lo siguiente:

Que nuestro país no se encuentra entre los cuales los extranjeros prefieren adoptar, debido a los requisitos y documentos exigidos, ya que de conformidad con nuestra legislación, se otorgue más rigurosos en comparación con los exigidos por otros países, situación que en algunos casos, puede alargar la duración de los trámites que se realizan para la adopción de un niño, niña o adolescente, ya que existen países como Honduras e India en los cuales las asignaciones se realizan alrededor de nueve meses; Guatemala cuenta con indulgentes leyes de adopción que facilitan la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de extranjeros en ese país. No obstante lo anterior, en nuestro país los trámites para la adopción realizada por extranjeros, se han visto un poco de agilidad desde la entrada en vigencia de la Convención de la Haya en materia de adopciones internacionales, esperando que con la LEA venga a reforzar la agilidad de dichos procesos.

Que la adopción internacional resulta ser una buena alternativa para otorgarle una familia a los niños, niñas y adolescentes que no la poseen, pero para los extranjeros El Salvador no figura entre los países preferidos para adoptar, y esto debido a que el procedimiento administrativo por muchos es considerado como engorroso y hasta burocrático.

Que las Autoridades Centrales de los países de Origen y Recepción, son quienes se encargan de realizar el seguimiento posterior a la adopción internacional, una vez que los menores se encuentran en el extranjero, a través de los informes periódicos enviados, que demuestran la situación del menor adoptado en su nueva familia, dando cumplimiento así, al compromiso hecho por la Institución

gubernamental de Protección de las niñas, niños y adolescentes y de la Familia del país de recepción encargada de llevarlo a cabo. Que existe un sistema de cooperación entre las Autoridades Centrales de los países de Origen y Recepción, con lo cual se garantiza que los adoptantes sean idóneos para adoptar, y que a la niña, niño o adolescente adoptado se le respeten todos sus derechos y se cumpla el principio superior del menor.

El consentimiento se configura como uno de los requisitos fundamentales en materia de adopción internacional, debido a que en virtud de este, se establece la voluntad de llevar a cabo una adopción internacional determinada, voluntad consiente de querer lo mejor para el menor objeto de adopción. Las partes involucradas, tal es el caso de los adoptantes, las Instituciones Centrales encargadas de dicho proceso, y en su caso el adoptado cuando haya cumplido doce años; deben manifestar dicho consentimiento, debido a que los menores no son objeto de comercio sino sujetos de derechos que deben estar protegidos por el Estado.

El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia como máxima autoridad del Sistema Nacional de Protección Integral y como institución rectora de la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia en nuestro país y quien además tiene que garantizar el goce de los derechos de las niñas, niños y la adolescencia, no tiene un papel trascendental en la figura de adopción y adopción internacional, pues no muestra interés para impulsar u obligar al Estado que cumpla con las disposiciones en materia de Adopción Internacional como ejemplo de ello La Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional al cual nos encontramos suscritos, quedando en tela de juicio si realmente tiene la voluntad de reforzar todos los mecanismos el cual se cumple en un cincuenta por ciento puesto que no se le da importancia necesaria para hacer cumplir dicha obligación.

RECOMENDACIONES

Que la adopción de menores salvadoreños realizada por extranjeros, preferentemente se lleve a cabo con países que hayan suscrito la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, no con el fin de establecer más requisitos y hacer más difícil el trámite de la adopción, sino con el de brindar mayor protección a los menores que saldrán del país.

El Estado Salvadoreño debe crear políticas encaminadas a promocionar la adopción internacional, ya que en el transcurso de esta investigación nos dimos cuenta de las diversas críticas que el proceso administrativo se ha acreditado a nivel internacional por lo que excluye a nuestro país de ser considerado entre los países que los extranjeros prefieren para adoptar.

Se le debe asignar al Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia mayores atribuciones y un papel prioritario en los procesos de adopciones nacionales y las realizadas por un extranjero, para que realmente sea un ente garante el cual verifique que los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes son realmente protegidos a lo largo del proceso de adopción dando cumplimiento a los plazos, de no ser así que este ejerza presión en el cumplimiento de los mismos.

Recomendamos al Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia promover la adopción, como alternativa funcional en la conformación de la familia dándola conocer a través de los diferentes medios de comunicación (televisión, radio, Internet, etc.), ya que de esta forma se contribuirá a fomentarla y consecuentemente la población tomaría este tema con mayor importancia.

Que los requisitos para la adopción por parte de un extranjero no sean numerosos al punto de hacer engorroso el proceso de adopción y con ello no ser un país favorito para adoptar, de ello se considera que la adopción internacional es

subsidiaria a la nacional pero El Salvador es firmante y ratificante de convenios multilaterales en la materia de la protección de lo niños, niñas y adolescentes, así como también en los de materia de adopción internacional lo cual busca ampliar las posibilidades del mejoramiento de vida en el ámbito internacional, por ello la importancia de brindarle al niña, niño o adolescente una vía alternativa, al no ser una posibilidad la adopción nacional.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alaéz Corral. Benito. Andrés Santos. Francisco J. Perriñán Gómez. Bernardo. Arias Castaño Abel. Colorio. Andrea. Cuenca Boy. Francisco, Guerrero Lebrón. Macarena. Lamberti. Francesca. Mattiangeli. Daniele. Ramos Prieto. Jesús. Ribas Alba. José María. Ricart-Martí. Encarnació. Rodríguez. Ennes Luis. Rodríguez Montero. Ramón P. Tello Lázaro. Juan Carlos. Valiño Arcos. Alejandro. Valpuesta Bermúdez. Macario. Valpuesta Fernández. Rosario. Vela Sánchez. Antonio J. Villagrasa Alcaide. Carlos. *Derecho. persona y ciudadanía, una experiencia jurídica comparada*. Madrid. España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2010.

Barona Muñoz. Miryan Patricia. *La adopción y la Familia*. Colombia. Editorial Arte Libro Impresiones. 2006.

Belluscio. Augusto Cesar. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II. 7º edición. Buenos Aires. Argentina: Editorial Astrea. 2004.

Berástegui Pedro-Viejo. Ana. *La adaptación familiar en la adopción internacional. Una muestra de adoptados mayores de tres años en la Comunidad de Madrid*. Madrid. España. Editorial Consejo Económico Social. 2005.

Roux. Georges. *Mesopotamia. Historia Política. Económica y Cultural*. España. Madrid. Ediciones Akal. 1987.

Baelo Álvarez. Manuel. *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*. España. Madrid. Editorial DYKINSON. S.L. 2014.

Bowlby. John. *Cuidado maternal y amor*, 2º edición. Geneva. Suiza. Fondo de Cultura Económica Organización Mundial de la Salud. 1972.

Bottéro. Jean. *The Code of Hammurabi in Mesopotamia*. Chicago. University of Chicago Press. 1992.

Brunori. Pedro. *La iglesia católica: fundamentos personas, instituciones*. España. Ediciones Rialp. 2000.

Buaiz Valera. Yuri Emilio. *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada* Libro Primero. El Salvador. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia CNJ. 2013.

Buaiz Valera. Yury Emilio. *Introducción a la Doctrina para la Protección de los Niños, en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas. Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. Centro de Investigaciones Jurídicas. 2000.

Calderón de Buitrago. Anita. Bonilla de Avelar. Emma Dinorah. Bautista Bayona. Aracely. Burgos Salazar. María Eugenia. García. César Rolando. Pino Salazar. Federico Edmundo. *Manual de Derecho de Familia*. 2º Edición. El Salvador. Centro de Información de Justicia. 1996.

Calzadilla Medina. María Aránzazu. *La Adopción Internacional en el Derecho Español*. Madrid. Dykinson. 2004.

Carrillo Carrillo. Beatriz. *Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993*. Granada. España. Editorial Comares. 2003.

Cornieles Perret-Gentil. Cristóbal. *Los principios de la Doctrina de la Protección Integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. Centro de Investigaciones Jurídicas. 2000.

D`Antonio. Daniel Hugo. *Derecho de Menores*. 4º edición. Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea. 1994.

De Castilla. Alfonso X el rey sabio. *Opúsculos Legales*. Tomo II. Madrid. España. Imprenta Real 1836.

De Castro y Bravo. Federico. *Derecho civil de España. Parte General. Derecho de la persona. La persona y su estado civil.* Tomo I. parte I. Madrid. Editorial Civitas.1952.

Díez Picazo. Luis y Guillen. Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de persona. Volumen I.* Madrid. Tecnos. 2001.

Duby. Georges. El caballero. la mujer y el cura. El matrimonio en la Europa feudal. Madrid. Taurus historia. 1987.

Escudero López. José Antonio. Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-Administrativas. Madrid. Editorial Solana e Hijos. 1995.

Espin Canovas. Diego. Manual de Derecho Civil. Vol. IV. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1956.

Estepa Díez. Carlos. Ladero. Quesada. Miguel Ángel. Valdeón Baruque. Julio. Rodríguez. Llopis. Miguel. González Jiménez. Manuel. Mitre Fernández Emilio. Pérez Martín Antonio. García Avilés Alejandro. *Alfonso X. Aportaciones de un Rey castellano a la construcción de Europa.* Murcia. España. Consejería de Cultura y Educación. 1997.

Gallegos Pérez. Nidia del Carmen. *La Teoría del Hecho y Acto Jurídico Aplicada al Derecho Familiar.* México. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. 2006.

García Goyena. Florencio. *Concordancias. motivos y comentarios al Código Civil español.* Tomo I. Madrid. Imprenta de Sociedad Tipográfico Editorial. 1852.

Ibarra. Joachin. *El fuero viejo de castilla.* Madrid. Lex Nova. 1983.

Joers. Paul. *Derecho privado romano.* Barcelona- España. Editorial Labor. 1937.

Lasarte Álvarez. Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil V.6° ed.* Madrid. editorial Marcial Pons. 2007.

Maurino Luis Alberto. Nulidades procesales. 2° Edición. Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea. 2001.

Mastracusa. Graciela. *Divorcio y adopción*. 4º edición. México. Editorial Hispanoamericano. 1988.

Malpica de Lamadrid. Luis. *La influencia del derecho internacional en el derecho mexicano*. México, D.F. Editorial Noriega. 2000.

Meléndez. Florentín. *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la Administración de Justicia*. 10º Edición. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2019.

Méndez Costa. María Josefa. Lorenzo de Ferrando. María Rosa. Ferrer. Francisco A.M. Cadoche de Azvalinsky. Sara. D'Antonio. Daniel Hugo. Rolando. Carlos H. *Derecho de Familia*. Tomo I. Santa Fe. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 1982.

Miranda. Jara. *La Legitimación Adoptiva*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1968.

Montero Duhalt. Sara. *Derecho de Familia*. México D.F: Editorial Porrúa. 1984.

Muñoz. Adam y García Cano. Sandra María. *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional*. Madrid. España. Editorial Colex. 2004.

Ocón Domingo. José, Vásquez-Pastor. Jiménez Lucia, Gómez Espino. Juan Miguel, Martínez García. Rosalia, Legido Carpio. Marcos. Burgos Ruíz. Agustín. Vásquez Morillo María Dolores. León Muñoz Macarena. Marmolejo Vera Gloria. López Góngora. María Isabel. Piqueras Alegre. Blanca María. Cruz García. Susana. *La adopción de menores: retos y necesidades*. 2º edición. Sevilla. España. Asociación Andaluza de Ayuda a la Adopción y a la Infancia. 2006.

Padilla Piñol. Martín. *Guía jurídica de la Adopción*. Barcelona. Ediciones Fausi. 1988.

Podetti. Ramiro J. *Tratado de los actos procesales*. Tomo II. Buenos Aires. Argentina. Editorial Ediar. 1955.

Rivera. Sneider. *La protección de los Derechos Humanos. La experiencia de la PDDH en El Salvador. una aproximación desde la perspectiva de los derechos de la niñez. Imprenta criterio.* El Salvador. Editorial Unicef. 2001.

Rodriguez-Cano. Rodrigo. Bercovitz. Comentario al artículo 172. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Tomo III. Vol. II. España-Madrid. Editorial Edersa. 1984.

Sánchez Márquez. Ricardo. *Derecho Civil. México.* Editorial Porrúa. 1998.

Sariego Morillo. José. *Guía de la Adopción Internacional.* Madrid. España. Editorial Tecnos. 2000.

Sayce Archibald. Henry. *Babylonians and Assyrians, life and customs.* New York. Elibron Classic. 2000.

Solé Alamarja. Eduard. *Todo Sobre la Adopción, Normativa Actual de la Adopción en España.* España. Editorial de Vecchi. 2002.

Somarriva Undurraga. Manuel. *Curso de Derecho de Familia.* Santiago de Chile. Editorial Nascimento. 1946.

Suárez Franco. Roberto. *Derecho de Familia.* Tomo II. 3º Edición. Colombia. Editorial Temis. 1999.

Torralba Soriano. Vicente. *Nociones de Derecho Civil.* Madrid. Torralba Abogados. 2000.

Urruela Quesada. Jesús J. *Egipto Faraónico: Política, Economía y Sociedad.* España. Ediciones Universidad de Salamanca. 2006.

Hermosilla Valencia. Marta. *Abandono y adopción.* San Salvador. San Salvador. Editoriales CSJ-PGR-SNF.1992.

Vásquez López. Luis. *Estudio del código de familia salvadoreño.* San Salvador. Editorial Lis. 1998.

Vescovi. Enrique. *Teoría General del Proceso*. 2º Edición. Bogotá. Colombia. Editorial Temis S.A. 2006.

Weber. Max. *Ensayos sobre la sociología de la Religión*. 2º edición. Madrid. Ediciones Akal. 2012.

TESIS

Álvarez Clemente. José Moisés. Muñoz García. Ada Raquel. Zepeda. Dalila Elizabeth. “La adopción como causa de extinción de la autoridad parental frente a la retractación justificada de los padres biológicos”. Tesis de Grado. San Salvador. El Salvador. 2011.

Álvarez Portillo. Carlos Gustavo. Espinoza Quezada. Stanley Vladimir. Solano Toledo. José David. “Regulación, Aplicación y criterios fundamentales con la entrada en vigencia de la ley especial de adopciones”. Tesis de grado. Santa Ana. 2016.

Amaya Jurado. Silvia Guadalupe. Coreas Vaquerano. Jacqueline Lisseth. Mendoza Rodas. Deysi Yanira. “Factores que dificultan la adopción para los extranjeros en El Salvador y el rol del Estado como garante del proceso”. Tesis de Grado. San Salvador. El Salvador. 2009.

Anaya Escobar. Fidelina del Rosario. Carrillo Amaya. Roció Jeaneth. Flores Alonso. Aura Janeth. “El régimen jurídico de la adopción individual en El Salvador”. Tesis de Grado. San Salvador. 2004.

Arévalo. Rafael David. “La adopción en El Salvador”. Tesis Doctoral. San Salvador. El Salvador. 1968.

Baelo Álvarez. Manuel. “La adopción. Historia del amparo socio-jurídico del menor”. Tesis Doctoral, La Coruña. España. 2013.

Bazzano. Marina A. “Viabilidad de la adopción internacional en Argentina”. Tesis de Grado. Buenos Aires Argentina. 2010.

Bolaños Alvarado. Fredy Ernesto. Cerón Juárez. Yolanda Vanessa. Mejía Ramos. Lorena Guadalupe. “El desarrollo integral de la niñez y adolescencia indigente debido a la aplicación de los principios rectores por parte de las instituciones competentes establecidas en la ley de protección integral de la niñez y adolescencia”. Tesis de Grado. San Salvador. 2011.

Bonilla Mancía, Jacqueline Yohazabeth. Ruiz Hernández. José Antonio. Sibrian Martínez. Salomón de Jesús. “La eficacia del ISNA como parte del Sistema Nacional de Protección al Menor para garantizar el principio del interés superior del menor en los casos de maltrato infantil por negligencia o descuido”. Tesis de Grado. San Salvador. 2006.

Cardoza Ayala. Miguel Ángel. “La Adopción en El Salvador; Problemas Actuales”. Tesis Doctoral. San Salvador. 2006.

Girola Kurz. José Damián. Arias Ayala. Paula Raquelina. Cornejo Cañenguez. Ángel Antonio. “La función jurisdiccional y la competencia en el proceso de Adopción”-Tesis de Grado. San Salvador. 1996.

Gómez Pacas. Diana Maribel. “La presunta violación de las garantías fundamentales con la publicidad efectuada por los medios de comunicación social que exhiben la identidad de los menores infractores”. Tesis de Grado. San Salvador. El Salvador. 2001.

Domínguez Escobar. José Napoleón. González Guzmán. Jorge. Toledo Chávez. Ronald Eduardo. “La Filiación y los medios de prueba que ayudan a determinarla”. Tesis de Grado. San Salvador. 1994.

Doradea Linares. Victoria Margarita. Fuentes Solórzano. Cindy Evelyn. “La adopción nacional en infantes de 0 a 5 años en el municipio de San Salvador y la función que desempeña la Procuraduría General de la Republica y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia en su procedimiento”. Tesis de Grado. San Salvador. 2007.

Herrera Barrera. Carlos Humberto, Rafael Antonio. Iraheta Tamayo, Vásquez Guevara. Isabel, "La eficacia del principio del interés superior del menor en los procesos de filiación adoptiva en menores de 0 -11 años en el municipio de San Salvador, Periodo 1995-1998", (Trabajo grado, El Salvador, 2000) 43.

López Benavides. Mario Alberto. "La (s) Noción (es) de Matrimonio de La Sala Constitucional". Tesis de Grado. San Pedro de Montes De Oca San José. Costa Rica. 2008.

Martínez Ágreda. Ruth Anabell. Crisóstomo Franco. Irma Jacqueline. Pineda. José Idilberto. "La garantía de la prestación alimenticia a través del establecimiento judicial de la filiación paterna". Tesis de Grado. San Salvador. 1999.

Pérez Pérez. Claudia Carolina. Osegueda. José Victorino. Monterrosa Guardado. Ricardo Manriques. "La aplicación de la convención de la haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional como garantía del interés superior del menor, cuando la adopción es realizada por extranjeros". Tesis de Grado. San Salvador. El Salvador. 2001.

Pocasangre Alfaro. Sofía Rosa. "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". Tesis de Grado. El Salvador. 2009.

Rodas Amaya. José del Tránsito. Ávila Ochoa. Delmy Guadalupe. Hernández Rivas. Flora Concepción. "La adopción como Institución de derecho de familia en interés primordial de los menores y sus reformas en el periodo 1999-2000". Tesis de Grado. San Salvador. El Salvador. 2001.

Quezada Rojas. Carlos Alberto. Villeda Melara. Gabriela María. "Instituciones que intervienen en el proceso de adopción y su función en la búsqueda del respeto a los derechos de Los menores sujeto a adopción.". Tesis de Grado. San Salvador. 2011.

LEGISLACIÓN

Código Civil Español. España. Ministerio de Gracia y Justicia. 2018.

Código Civil. República de El Salvador. Ministerio de Gobernación. 1860.

Código de Familia. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 1993.

Código de Menores. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 1974.

Convención Americana de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. Organización de los Estados Americanos. 1969.

Convenio de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Órgano Ejecutivo. El Salvador. 1996.

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Organización de Estados Americanos. La Paz. Bolivia. 1988.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Perú. Organización de las Naciones Unidas. 1990.

Constitución Española de Cádiz. España. Don Fernando VII y la Regencia del Reino nombrada por las Cortes generales y extraordinarias. 1812.

Constitución de la República de El Salvador. República de El Salvador. Asamblea Constituyente. 1983.

Constitución Política de El Salvador. República de El Salvador. Asamblea Constituyente. 1950.

Ley de Adopción. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 1955.

Declaración de los Derechos del Niño. República de El Salvador. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990.

Ley Especial de Adopciones. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 2016.

Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 1993.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 2009.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 2008.

Ley Orgánica Judicial. República de El Salvador, Asamblea Legislativa. 1984.

Ley Procesal de Familia. República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 1994.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. New York. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1966.

JURISPRUDENCIA

Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador. Referencia 81-A-96. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 1996.

Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador. Referencia 169-A-2012. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2013.

REVISTAS

Benavides de Castañeda Luisa. N° 28. El Cambio de Paradigma en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Venezuela. 2005.

Berástegui Pedro-Viejo Ana. N° 27. Adopción Internacional. ¿Solidaridad con la infancia o reproducción asistida?. Revista de Psicología, ciéncies de l'Educatió i de l'Esport. Madrid. España. 2010.

Gallego Molinero Aranzazu. N° 1. Vol. 26. Repensando la adopción internacional desde un enfoque centrado en el menor: el caso de España-Etiopía. Granada. España. 2013 Universidad de Granada. España 2013.

González Martin Nuria. N° VII. Adopción Internacional en México Luces y Sombras. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de derecho internacional. D.F. México. 2013.

Palacios Cristian. N°1, La adopción de Nietos Por Parte De Sus Abuelos. Revista Enfoque Jurídico. El Salvador. 2015.

DICCIONARIOS

Giuseppina Sechi Mestica. Diccionario Akal de Mitología Universal. España. Madrid. Ediciones Akal, S.A. 2007.309.

De Valbuena Manuel. Diccionario Universal. LATIN-ESPAÑOL. Madrid España. Imprenta de Don Benito Cano.1793.