



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS:

“La adopción de los niños por parientes”

ASESOR:

DR. Hernández Canelo Rafael

PRESENTADO POR:

BACH. Medina Monzon, Fiorella Elda

PARA OPTAR

POR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA

LAMBAYEQUE, 2017

Tesis denominada “La adopción de los niños por parientes”; **presentada para optar el TITULO DE ABOGADO, por:**

.....

BACHILLER

Medina Monzon, Fiorella Elda

.....

ASESOR

DR. Hernández Canelo Rafael

APROBADO POR:

.....

PRESIDENTE

DR. Arana Cortes Miguel

.....

MIEMBRO

DR. De La Cruz Rios Juan

.....

VOCAL

DR. Cevallos De Barrenechea Carlos



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

OFICINA DE INVESTIGACIÓN



ACTA N° 081

Sustentación para optar el Título de Abogada de doña: **Fiorella Elda Medina Monzon**

En la ciudad de Lambayeque, en Sala de Sustentaciones de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo"; siendo las 12:00 m del día jueves 08 de marzo, se reunió el Jurado conformado por los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ.
SECRETARIO : DR. JUAN DE LA CRUZ RIOS.
VOCAL : DR. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA.

Con el objeto de calificar la sustentación de la Bachiller **Fiorella Elda Medina Monzon**, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo mediante la Modalidad de Presentación, Sustentación y Aprobación de Tesis.

El señor Presidente invita a la sustentante para que exponga la Tesis titulada: "**LA ADOPCIÓN DE LOS NIÑOS POR PARIENTES**".

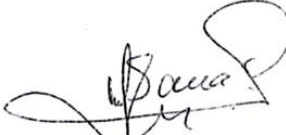
Rendido por la bachiller: **Fiorella Elda Medina Monzon**, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", autorizada con Resolución N° 055-2017-UI-FDCP-UNPRG, de fecha 25 de setiembre del 2017, en cumplimiento al requisito para optar el Título Profesional de ABOGADA, exigido en el Reglamento del Vicerrectorado de Investigación y de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Obteniendo el siguiente resultado: Aprobada con la nota de 14.4, y el calificativo de REGULAR, y apta para obtener el Título Profesional debiendo cumplir con las exigencias de las normas legales vigentes.

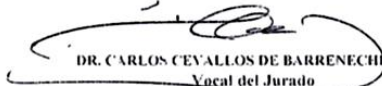
Siendo las 13:00 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico suscribiendo los miembros del jurado la presente acta.

Se expide la presente a solicitud de la interesada, para los fines que estime pertinente.

Lambayeque, jueves 08 de marzo


Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ
Presidente del Jurado


Dr. JUAN DE LA CRUZ RIOS
Secretario del Jurado


Dr. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA
Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A mi madre Mariela y a
mi abuela Elda, por su amor,
apoyo y aliento incondicional.

AGRADECIMIENTO

La ayuda que me has brindado ha sido sumamente importante, estuviste a mi lado inclusive en los momentos y situaciones más tormentosas, siempre ayudándome. No fue sencillo culminar con éxito este proyecto, sin embargo siempre fuiste muy motivadora y esperanzadora, me decías que lo lograría perfectamente. Me ayudaste hasta donde te era posible, incluso más que eso. Muchas gracias Elda Zegarra Peralta.

INDICE**“LA ADOPCIÓN DE LOS NIÑOS POR PARIENTES”****CAPITULO I****ASPECTOS METODOLÓGICOS****1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.**

1.1. Planteamiento del problema.	16
1.2. Formulación del problema.	
1.3. Justificación e importancia del estudio.	19
1.3.1. Justificación del estudio.	
1.3.2. Importancia del estudio.	20
1.4. Objetivos.	
1.4.1. Objetivo General.	
1.4.2. Objetivos Específicos.	21
1.5. Hipótesis.	
1.6. Variables.	22
1.6.1. Variable independiente.	
1.6.2. Variable dependiente.	
1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	23
1.7.1. Métodos.	
1.7.1.1. Métodos generales.	
1.7.1.2. Métodos específicos.	
1.7.2. Técnicas.	24
1.7.3. Instrumentos.	

CAPITULO II**LA ADOPCIÓN**

1.	Antecedentes de la adopción	26
2.	Definición de la adopción	35
3.	Naturaleza jurídica	36
3.1.	Tipología según su Naturaleza Jurídica.	49
4.	Características	54
5.	Requisitos	56

6.	Adopción de mayores de edad	58
7.	Proceso de adopción de mayores de edad	60
7.1.	Procedimiento de adopción de personas mayores de edad.	
7.2	Proceso no contencioso de adopción en la vía judicial	65
7.3.	Proceso no contencioso de adopción en la vía notarial	67
8.	Adopción de menores de edad	70
8.1.	Procedimiento de adopción de menores de edad.	76
8.1.1.	Procedimiento administrativo de declaración de aptitud para adoptar a un menor.	
8.1.2.	Procedimiento de adopción de menores sin previa declaración de menores en abandono.	78
9.	Diferencia de la adopción de mayores con la adopción de menores.	81

CAPITULO III

LA ADOPCIÓN DE LOS NIÑOS POR PARIENTES Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1.	Origen del principio del interés superior del niño	85
2.	Desarrollo normativo internacional	86
3.	Definición	94
4.	Funciones y características	97
5.	Desarrollo en la corte interamericana de derechos humanos	100
6.	El interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento peruano.	102
6.1	Definición del principio del interés superior del niño.	108

7.	La adopción por excepción o por parientes de los niños, niñas y adolescentes	110
8.	Tramite del proceso de adopción por parientes según la normativa nacional	119
9.	Jurisprudencia sobre la aplicación del interés superior del niño en los procesos de adopción	122

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.	Sentencias de adopción por excepción emitidas en los años 2014 – 2017 en los juzgados de familia; conforme a las causales establecidas en el artículo 128 del código de niños y adolescentes.	128
2.	las causales más demandas del artículo 128 del código de niños y adolescentes ante los juzgados de familia de Chiclayo entre los años 2014 – 2017.	130
3.	¿cuantas sentencias fueron declaradas fundadas, infundadas, e improcedentes?	133
4.	cantidad de adoptantes que demandaron la adopción por excepción entre los años 2014- 2017.	135
5.	rango de edad de los adoptantes que demandaron ante los juzgados de Chiclayo la adopción por excepción entre los años 2014 – 2017.	137
6.	rango de edad de los niños y adolescentes adoptados por la adopción por excepción entre los años 2014 – 2017.	140
7.	estado civil de los adoptantes que demandaron la adopción por excepción entre los años 2014 – 2017.	142
8.	se tomó en cuenta la opinión de los menores en el veredicto entre los años 2014 – 2017.	145

9.	cantidad de niños y adolescentes que tuvieron conocimiento del proceso de adopción por excepción.	147
10.	¿los niños que fueron adoptados mantenían algún tipo de contacto con sus padres biológicos?	149
11.	los demandantes adoptantes llámese padres contaban con trabajo o solo uno de ellos.	151
12.	¿la parte demandante adoptante tiene hijos adicionales al niño o adolescente que adopto?	153
13.	¿qué cantidad de procesos fue necesario elevarlas en consulta?	155
	Conclusiones	156
	Recomendaciones y propuesta	158
	Bibliografía	159
	Anexos	165

RESUMEN

En la adopción encontramos, que en cierta medida protege a los menores, bajo la vigilancia del estado; también, la legislación da tres de tipos de adopción tales como: la adopción de mayores de edad; la adopción administrativa; la adopción por excepción.

Al querer pretender que todo niño viva con su familia natural en ocasiones es algo difícil, y esto se da por la falta de conciencia de los padres; entonces el estado reacciona con la ya conocida institución de la Adopción, y dentro de esta, tenemos la adopción por parientes.

El estado peruano da una serie de causales que debe cumplir el adoptante, las cuales están establecidas en el artículo 128 del C.N.A., vinculado a una serie de requisitos formales contemplados en el artículo 378 de C.C.; Esto da a entender que si no se logra pasar el filtro correspondiente, el menor no podrá ser adoptado por las personas que ya venía conviviendo o quienes serían las personas más indicadas para brindarles el calor de hogar.

Es ahí, donde el Juez especializado aplica el Principio del Interés Superior del Niño, en la medida que ayudara a proteger de manera más eficaz los derechos del niño frente a las formalidades que establece la norma.

ABSTRACT

In the adoption we find that, to a certain extent, it protects minors, under the supervision of the state; also, the legislation gives three types of adoption such as: the adoption of adults; administrative adoption; the adoption by exception.

Sometimes wanting to pretend that every child lives with their natural family is difficult, and this is due to the lack of awareness of the parents; then the state reacted with the already known institution of Adoption, and within this, we have adoption by relatives.

The Peruvian state gives a series of grounds that must be met by the adopter, which are established in Article 128 of the C.N.A., linked to a series of formal requirements referred to in Article 378 of C.C .; This suggests that if the corresponding filter is not passed, the child can not be adopted by the people who had already been living together or who would be the best people to provide them with the heat of home.

It is there, where the specialized Judge applies the Principle of the Higher Interest of the Child, to the extent that it will help to protect more effectively the rights of the child against the formalities established by the norm.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se titula “La Adopción de los Niños por Parientes”, y se avoca a tratar el Interés Superior del Niño en los procesos de adopción por excepción; se pretende desarrollar tanto el aspecto doctrinario como casuístico de la figura de la adopción por excepción y cómo los jueces aplican los principios internacionales, en particular el aludido principio del interés superior de niño, a casos concretos de adopción.

El derecho de los niños y adolescentes a crecer en el seno de una familia, se encuentra regulado en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, derecho que ha sido recogido también en el ordenamiento jurídico peruano en el Código de los Niños y Adolescentes que en su artículo 8° establece:

“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”

Constantemente se escucha de la existencia de niños que son acogidos por familias o personas de manera irregular, argumentan que lo hacen porque el trámite es engorroso o porque desconocen cómo proceder en determinados casos, además, se escucha de casos de niños maltratados por sus padres o responsables o de niños abandonados o albergados carentes de una familia, viviendo así privados de un derecho natural, legal y reconocido por la Constitución y la Convención de los Derechos del Niño.

Es utópico pretender garantizar que cada niño viva con su familia natural, pues podemos observar que en la realidad nacional muchos niños son declarados en abandono diariamente. Por lo que, el Estado Peruano ha tomado las medidas legislativas necesarias para evitar que estos niños y adolescentes queden desamparados y puedan crecer en un ambiente armonioso que les permita desarrollar su personalidad, esto es la figura de la adopción.

En el Perú, el proceso de adopción regular es uno administrativo, seguido ante el Ente Rector de la Niñez en este caso el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el cual se encuentra regulado principalmente en el Título II del Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, también se encuentra regulado en el régimen denominado adopción por excepción, el cual tal y como dice su nombre es un régimen que se da por causales específicas establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes (Título II). La autoridad encargada de dirigir el proceso es el Juez Especializado de Familia, quien mediante una sentencia resuelve otorgar o no la adopción a la persona que la solicita.

El proceso de adopción por excepción cuenta con una serie de requisitos formales contemplados en el Código Civil, estando por ejemplo, el requisito de la diferencia de edad entre el adoptante y el pre adoptado, el consentimiento del cónyuge del adoptante, entre otros. Sin embargo, la realidad al ser tan diversa, ha presentado casos en los cuales debido al apego estricto a estos requisitos es que no se puede garantizar el derecho del niño a crecer en una familia, ya sea porque no se cumpla con alguno de ellos o alguna formalidad legal lo obstaculice.

¿Existen normas que impiden el cumplimiento efectivo del interés superior del niño que son tomadas en cuenta en el desarrollo del proceso de adopción? ¿Cómo se desarrolla éste proceso?, son algunas de las

interrogantes que pretendemos responder con el presente trabajo, que nace de las inquietudes surgidas de la experiencia de los integrantes del grupo de autocapacitación que se desenvuelven en el campo del Derecho de Familia.

Es ahí, donde el juez especializado debe aplicar el principio del “Interés Superior del Niño”, principio recogido en diversos instrumentos internacionales y en el Artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes. Dicho principio establece que ante cualquier decisión que involucre a un niño debe considerarse en todo momento el Interés Superior del Niño, es por ello, que el juez en algunos casos deberá ponderar el principio de Interés superior del Niño, de rango constitucional, y las disposiciones específicas sobre el proceso de adopción por excepción contenidos en el Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes.

Pretendemos analizar entonces, el contenido de este principio desde la doctrina y su regulación nacional e internacional, su aplicación en la jurisprudencia peruana, a fin de analizar los casos concretos en los que se haya preferido su aplicación por sobre las disposiciones que regulan la adopción por excepción.

Es por ello, que consideramos que el trabajo de investigación que a continuación se presenta tiene una relevancia tanto jurídica pues se está relacionando dos figuras íntimamente unidas en la casuística nacional; una relevancia social pues se avoca a un problema actual, que es la de los niños que no están protegidos debidamente, y finalmente, consideramos que tienen una relevancia teórica, pues aportará criterios y análisis sobre el actuar de los jueces especializados en los procesos de adopción por excepción; además el trabajo es actual, porque es innegable que existen niños y adolescentes que son adoptados diariamente, pero

existe aún temor tanto en adoptantes como en algunos operadores jurídicos cuando se habla de esta figura jurídica; es útil, porque mediante él, pretendemos conocer cómo se viene aplicando el interés superior del niño en los procesos de adopción; tiene importancia académica porque profundizará en el tema de la adopción; su aporte esta dado no solo para los Magistrados sino, también para los abogados y para los estudiantes, tiene originalidad, porque el tema no ha sido tratado antes.



CAPITULO I

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. ASPECTOS METODOLÓGICOS.

2. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

2.1. Planteamiento del problema.

La adopción es un acto de amor, que crea o da como resultado un vínculo de carácter irreversible entre los niños, niñas y adolescentes con las personas que están dispuestas a integrarlos dentro del hogar familiar.

Técnicamente la adopción según el código de niños y adolescentes nos expresa que es:

“Una medida de protección al niño y adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad del hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”
(Artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337.)

Asimismo en nuestra normativa nacional podemos encontrar (tres tipos de adopción) **a.** la adopción de mayores de edad, que se tramita como proceso no contencioso ante la autoridad judicial o notarialmente; **b.** la adopción administrativa, a cargo del órgano designado bajo responsabilidad del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y, **c.** la adopción por parientes (adopción por excepción), cuyo trámite es judicial y el cual es materia de análisis en nuestro trabajo de investigación.

A fin de encaminarnos al tema que nos ocupa, diremos que el derecho de los niños y adolescentes a crecer en el seno de una familia, se encuentra regulado en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, derecho que ha

sido recogido también en el ordenamiento jurídico peruano, el cual establece que:

“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”(Artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337.)

Como se podrá observar a simple vista lo planteado por nuestras normas sustantivas difieren en gran medida de la realidad, puesto que, de manera cotidiana nos enteramos a través de los medios de comunicación e inclusive sin ir muy lejos en el sector donde vivimos de la existencia de niños que son acogidos por sus parientes, familiares o personas de manera irregular, y muchas veces estas personas no regularizan dicha situación del menor debido a que desconocen cómo proceder en este tipo de casos o simplemente aducen que el trámite es demasiado engorroso y no tienen tiempo para hacerlo.

Somos conscientes que sería utópico pretender garantizar que cada niño viva con su familia natural, esto nos presenta nuestra realidad al observar a muchos niños en los albergues de las instituciones del estado o siendo declarados en abandono diariamente por la autoridad judicial.

Frente a esta problemática planteada el Estado peruano reaccionó con la ya mencionada y conocida institución jurídica de la adopción, y dentro de ella una figura peculiar “la adopción judicial por excepción” que no es otra cosa que la adopción por los propios parientes del menor, el cual cuenta con causales

especificas contenidas en el artículo 128 del Código del Niño y Adolescente.

La problemática o situación a la cual nos enfrentamos resulta pues que, para la procedencia de la adopción por excepción además de cumplir el adoptante con una de las causales establecidas en el artículo 128 del Código del Niño y Adolescente, este proceso cuenta con una serie de requisitos formales contemplados en el artículo 378 del Código Civil para poder acceder a una adopción, estando por ejemplo el de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, el consentimiento del cónyuge del adoptante, entre otros.

Esto quiere decir que si no se logra pasar el filtro de los requisitos establecidos en el Código Civil entonces el niño y/o adolescente no podrá ser adoptado por las personas con quien ya viene conviviendo o quienes serían las más indicadas para poder brindarle el cariño de hogar que necesita el menor. Se han presentado casos en los cuales debido al apego estricto a estos requisitos los cuales no son determinantes es que no se puede garantizar el derecho del niño a crecer en una familia.

Entonces, es ahí donde el juez especializado debe aplicar el principio de Interés superior del niño, principio recogido en diversos instrumentos internacionales y también en el Código del Niños y Adolescente (Artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337.), en la medida que el mencionado ayudará a proteger de manera más eficaz los derechos del niño frente a formalidades que establece la norma.

2.2. Formulación del problema.

Determinar si el principio del interés superior del niño prevalece en aquellos procesos de adopción por parientes (llamado también por excepción), en cuanto ¿Cuál es la diferencia de edad que debe existir entre el adoptante y el adoptado de acuerdo a lo que estipula la norma general; si se cumple todos los requisitos previstos en el artículo 128 del Código de Niños y Adolescentes?

2.3. Justificación e importancia del estudio.

2.3.1. Justificación del estudio.

Encontramos la proyección de nuestra labor académica que se justifica en los siguientes fundamentos:

Tiene relevancia jurídica pues se relacionan dos figuras importantes dentro del marco normativo (el principio del interés superior del niño y el proceso de adopción por excepción) íntimamente unidas en la casuística nacional.

Se justifica nuestra investigación desde el punto de vista social, puesto que se avoca a un problema actual, que es la de los niños que no están protegidos debidamente.

En el aspecto metodológico cabe mencionar que, la investigación se encuentra justificada en el hecho de que, el desarrollo de la misma nos permitirá aplicar métodos de investigación jurídica, los cuales estimarán resultados válidos y confiables dentro del área del Derecho, los mismos que pueden a su vez servir como antecedente para futuras investigaciones.

Así también, nuestro trabajo se justifica ya que nos muestra una realidad actual, puesto que, es innegable que

existen muchos niños y adolescentes que pretenden ser adoptados por sus familiares o parientes cercanos, pero existe aún temor tanto en adoptantes como en algunos operadores jurídicos cuando se habla de esta figura jurídica como es la adopción por excepción.

2.3.2. Importancia del estudio.

Consideramos que la investigación realizada es importante y a la vez útil, porque a través de ella, pretendemos conocer cómo se viene protegiendo el derecho de los niños y adolescente a convivir dentro de una familia y no refugiándolos simplemente en un albergue.

Finalmente tiene una importancia académica porque, profundizará en el tema del principio internacional del interés superior del niño en las adopciones por excepción (parientes), su aporte esta dado no solo para los estudiantes del Derecho, sino también para los abogados y operadores en el ámbito jurídico.

2.4. Objetivos.

2.4.1. Objetivo General.

- Analizar si la aplicación del principio del interés superior del niño prevalece en los procesos de adopción por los parientes del niño en los Juzgados de Familia en el departamento de Lambayeque 2014 – 2016.

2.4.2. Objetivos Específicos.

Para alcanzar el objetivo general anunciado en el numeral anterior, se debe lograr los siguientes propósitos específicos:

- Estudiar la figura de la adopción en la doctrina y legislación nacional.
- Identificar si existen normas que impiden el cumplimiento efectivo del interés superior del niño que son tomadas en cuenta en el desarrollo del proceso de adopción por parientes.
- Establecer cómo se desarrollan los procesos de adopción por parientes o también llamados por excepción en los Juzgados de Familia en el departamento de Lambayeque.

2.5. Hipótesis.

Si, la institución de la adopción por parientes (o por excepción) es una medida de protección que no está siendo aprovechada eficazmente; entonces, su inaplicabilidad afecta el principio de interés superior del niño y adolescente.

2.6. Variables.

2.6.1.Variable independiente.

➤ ***Interés superior del niño y del adolescente:***

En las palabras del autor Peruano **AGUILAR LLANOS** expresa que:

“en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que ante considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo”(AGUILAR LLANOS, 2010).

2.6.2.Variable dependiente.

➤ ***Adopción por excepción:***

Según el Código de los Niños y Adolescentes existen tres supuestos por los que procede la llamada “adopción por excepción” (Artículo 128 del Código de los Niños y adolescente). En este tipo de adopción se podrá iniciar acción judicial ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente.

2.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

2.7.1. Métodos.

2.7.1.1.Métodos generales.

a) El método inductivo: Es el método científico que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos

esenciales: la observación de los hechos para su registro; la clasificación y el estudio de estos hechos; la derivación inductiva que parte de los hechos y permite llegar a una generalización; y la contrastación.

b) El método deductivo: Consiste en obtener conclusiones particulares a partir de una ley universal.

c) El método histórico: Es el resultado de una larga elaboración histórica, en orden a satisfacer concretos intereses y necesidades sociales, económicas, culturales, políticas o de otro orden, que deben regularse jurídicamente.

2.7.1.2. Métodos específicos.

a) El método de Observación, consiste en el registro sistemático, válido y confiable de comportamientos y situaciones observables, a través de un conjunto de categorías y subcategorías.

El método de Observación es el método más utilizado por quienes se orientan conductualmente.

b) El método estadístico, consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. En esta etapa se recoge la información cualitativa y cuantitativa señalada en el diseño de la investigación.

2.7.2. Técnicas.

Las técnicas deben ser seleccionadas teniendo en cuenta lo que se investiga. Ejemplo:

- a) Documentales.
- b) Entrevistas.
- c) Observación.

2.7.3. Instrumentos.

Uno de los instrumentos a utilizar en nuestro trabajo de investigación para recolectar los datos, es el cuestionario. En el cual el autor **BRACE** establece que:

“Un cuestionario consiste en un conjunto de preguntas respecto de una o más variables a medir. Debe ser congruente con el planteamiento del problema e hipótesis”.(BRACE, 2008)

Se hará uso de este instrumento ya que el mismo constará de una serie de preguntas formuladas por escrito, que al ser respondidas por los nuestros informantes, nos permitirá probar nuestra hipótesis formulada.

Otro de los instrumentos a utilizar serán las fichas textuales y de resumen. En donde se copiarán textualmente un fragmento de un libro, revista o folleto. Mientras que en las fichas de resumen, se tomará notas de la idea principal que expresa el autor de la fuente estudiada.



CAPITULO II

CAPITULO II: MARCO CONCEPTUAL

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ADOPCION:

La adopción, entendida como la práctica social mediante la cual una persona que biológicamente pertenece a una familia o grupo de parentesco, adquiere una nueva familia o nuevos lazos de parentesco que son socialmente definidos como equivalentes a los lazos biológicos y que substituyen los anteriores, sea totalmente o en parte, no es una institución moderna sino más bien una tan antigua como la misma sociedad humana. La adopción ha gozado de una casi total universalidad a lo largo de los tiempos siendo la cultura islámica una excepción puesto que el Corán prohíbe la creación de lazos familiares artificiales.

Originalmente la adopción tiene sus primeros vestigios en los pueblos de la Edad Antigua, el pueblo hebreo y el griego, por ejemplo. La Doctora e investigadora Mexicana **BRENA SESMA** explica que, dentro de la cosmovisión de estas culturas, el hecho de no tener descendencia implicaba no tener a alguien que llevara a cabo los ritos fúnebres posteriores al fallecimiento, lo cual a su vez implicaba también descuidar a los dioses familiares y, por ende, merecer el desamparo en el más allá. Es decir, la finalidad de la adopción

“No era dar consuelo a las personas sin hijos u obtener una satisfacción moral sino cumplir con deberes religiosos”.(BRENA SESMA, 2005)

Los orígenes de la adopción son muy remotos, empero, hay que tomar en cuenta que como cualquier otra figura de derecho, la adopción ha sufrido grandes cambios a lo largo de la historia. Tanto en su formalidad, como en sus especificaciones, e incluso en su

finalidad, la adopción no ha permanecido inmutable con el paso del tiempo. Los antecedentes de la adopción van tan atrás en el tiempo que ya se regulaba en el Código de Hammurabi, el cual data del año 1760 a.c (BAQUEIRO ROJAS, 1990).

Si bien la adopción cuenta con antecedentes previos, los autores hasta el momento consultados coinciden en que fue en la civilización romana en donde despegó más visiblemente la historia de esta institución.

En sus inicios, la adopción fue considerada como una imitación de la naturaleza, es por ello que respecto a esta, los romanos decían “*adoptioimitaturnaturam*” (la adopción es imitación de la naturaleza). (BARRIENTOS GRANDA, 2000)

La sistematización de la institución de adopción fue un aporte de los romanos, quienes inicialmente en la época pre justiniana regularon dos formas de adopción: *la adoptio*, por la cual el adoptado se desvinculaba del pater al que hasta ese momento estaba sujeto, para incorporarse a su nueva familia, es decir, que en este caso permitía el ingreso a la familia de una persona previamente sujeta a la potestad de otro, un sujeto aliena juris; y la *adrogatio*, por virtud de la cual se incorporaba a la familia a un sujeto sui juris, es decir, una “cabeza libre”, que se sometía a la autoridad del pateradrogante (BRENA SESMA, 2005); en el caso de la *adrogatio*, podía darse el caso de que del sujeto que estaba por incorporarse a su nuevo grupo familiar dependiera una familia propia, en cuyo caso dicha familia que dependía del adoptado se incorporaba en conjunto al nuevo grupo familiar adrogante.

Asimismo nos expresa el Doctor Mexicano **MAGALLÓN IBARRA**, que:

“La adrogatio es la fórmula más antigua que permitía suprimir a un cabeza de familia por someterlo a la potestad de otro.”; Igualmente, comenta el autor referido que la Ley de las Doce Tablas exigía el voto de los comicios, así como la intervención de los pontífices para la transmisión de las deidades domésticas.”(MAGALLON IBARRA, 2001)

Una vez bajo el imperio de Justiniano, se establecieron dos tipos de adopción según la autora Mexicana **BRENA SESMA:**

“Primero La Adopción Plena y Segundo La Adopción Menos Plena; en la plena, los efectos eran completos al integrar al adoptado a la familia del adoptante, mientras que en la menos plena, los efectos eran únicamente sucesorios al poder recibir la herencia del paterfamiliae adoptante”(BRENA SESMA, 2005).

Hasta este momento, podemos visualizar que en la cultura romana, la adopción en sus diversas modalidades tenía un propósito sucesorio, el pater romano estaba lejos de la voluntad de beneficiar a un huérfano.

Después de su desarrollo en el imperio romano, la adopción vino a menos de manera gradual, convirtiéndose en una institución prácticamente inexistente durante trece siglos, es decir, a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna (del año 476 d.C. a 1453, y del 1453 a 1789 d.C.).

Sin embargo, a pesar del franco desuso, la figura logró llegar a España, proveniente del Derecho Germánico. Si bien la adopción no fue una institución de uso frecuente, cabe destacar que durante esta época la Iglesia cristiana adquirió tanto fuerza como influencia, de manera que los principios de la religión fueron reconocidos; algunos de estos principios fueron, por ejemplo, el de piedad, el cual se tradujo hacia un ejercicio de obras de misericordia, consistentes algunas de ellas en la protección de huérfanos, viudas y ancianos; en aquella época los orfanatos e institutos píos dependían de la Iglesia, lamentablemente, durante esta época la costumbre fue la de

internar a los huérfanos en estos orfanatos, en donde por lo regular vivían una vida en abandono, sin que hubiera una intención real de rescatarlos proveyéndoles de un nuevo seno familiar.

Posteriormente, en la época de la Nueva España, se aplicaban las leyes y decretos provenientes de España, adaptadas al contexto colonial. Para la guarda de los menores abandonados, se crearon las Juntas Provinciales de Beneficencia, las cuales además se encargaban de entregar a los menores a las familias o personas que así lo solicitaran (BRENA SESMA, 2005).

En la Nueva España existían dos maneras de retirar a un menor de una casa de expósitos: una consistente en un compromiso simple de mantener al menor y proporcionarle educación y oficio; y la otra, a través del prohijamiento, por virtud del cual se constituía un vínculo de filiación, ya que el menor pasaba a ser considerado como “hijo legítimo”.

El 21 de marzo de 1804 se publicó el “*Código Civil de los Franceses*”, el cual con el paso de la historia llegaría a ser mejor conocido como el “*Código de Napoleón*”, o “*Código Napoleónico*”, este cuerpo normativo es considerado por muchos como un punto de inflexión en la historia de la codificación civil.

El Capítulo I, del Título VIII, del Libro Primero del Código de Napoleón se refirió a los hijos adoptivos, para aquella época la adopción no era una figura muy recurrida, mucho menos revestida de formalidad, sin embargo en el Código de Napoleón la figura fue incluida como una aportación a petición directa de Napoleón Bonaparte. Planiol y Ripert mencionan que la inclusión de la adopción en este Código “*fue una especie de resurrección*”(BARROSO FIGUEROA, 2005)

La adopción contemplada en el Código de Napoleón solo podía llevarse a cabo entre mayores de edad, teniendo que tener el adoptante al menos 50 años y el adoptado haber alcanzado la mayoría de edad, por tanto, la adopción era un contrato. La adopción en este caso concedía al adoptado el apellido del adoptante, pero el adoptado permanecía en su familia original manteniendo todos sus derechos en ella. Además del apellido, el adoptado adquiría derechos hereditarios al mismo nivel que cualquier otro hijo nacido “de legítimo matrimonio”, sin embargo, el adoptante no cobraba vínculo alguno para con los parientes del adoptado.

En el Código Civil francés se admitió dos especies de adopción y en palabras del doctor **LÓPEZ DEL CARRIL** expresa que estos dos tipos de adopción son:

*“...a) la ordinaria y b) la privilegiada. La adopción privilegiada, a su vez, quedó subdividida en tres formas: **1.La Remuneratoria**, la cual hacía referencia al adoptado que había salvado la vida del adoptante cuando este se hubiere hallado en grave peligro; y por otro lado, **2.La Adopción Testamentaria**, la cual permitía que se adoptara a un menor de edad en caso de muerte de su tutor; y **3. La adopción pública**, que buscaba proveer educación a los hijos de los muertos por la Patria.(LÓPEZ DEL CARRIL, 1984)*

Como se ha venido mencionando, el de Código de Napoleón no admitió la adopción de menores, además de que exigía el consentimiento del adoptado, por tanto, tenemos que la adopción fue utilizada para transmitir el apellido y la fortuna, es decir, con fines de sucesión.

2.1.1. ANTECEDENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL:

➤ EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1852:

Este Código establecía en el artículo N° 264 comentado por la Magistrada **AQUIZE CÁCERES**, que:

“La adopción o prohijamiento, es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante” como vemos, se ponía en primer término al adoptante y se equiparaba a la figura con el prohijamiento, que viene a ser *“la acción de darle el trato de hijo a alguien que no tiene esa calidad”*(AQUIZE CÁCERES, 2012)

Actualmente el prohijamiento es una causal de la llamada adopción por excepción.

El Código de 1852 se ocupó de la figura en los artículos 269 a 283. Conforme aparece en el artículo 275, el apellido del adoptante se añadía al del padre del adoptado, sólo desaparecía el apellido materno. Según el artículo 276 cesaban los efectos de la adopción si el adoptante llegaba a tener hijos legítimos, o a reconocer a sus hijos naturales, encontramos aquí, una especie de condición para la duración de los efectos de la adopción, lo cual hoy a la luz de la Constitución de 1993 resulta inconcebible debido a la igualdad de filiación que se reconoce a todos los hijos.

Finalmente en el artículo 283 se estableció una especie de cese automático de la adopción, puesto que, el hijo adoptivo que está en menor edad a la muerte del adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales.

➤ **EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936:**

El artículo 332 de este Código, por la adopción, adquiere el adoptado la calidad de hijo legítimo del adoptante. Nótese que se habla de hijo legítimo, es decir habido dentro del matrimonio, pues antes eran así distinguidos los nacidos dentro o fuera del matrimonio, teniendo los primeros mayores derechos que los segundos.

El Código se ocupó de esta figura en los artículos 326 a 347. La adopción no podía efectuarse bajo modalidad alguna. Una innovación de este Código y que se mantiene en el actual en el artículo 384, es la que aparecía en el artículo 331 que precisaba que “si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes y está bajo la patria potestad o bajo guarda, no podrá verificarse la adopción sin que se inventarién y tasen dichos bienes y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio de la persona de quien el presunto adoptado dependa”.

En cuanto al parentesco, el Código mantuvo la tendencia del de 1852, puesto que este sólo alcanzaba al adoptante y al adoptado y a los descendientes legítimos de éste, también se mantuvo el hecho que al apellido del padre del adoptado se añadía el del adoptante de modo tal que sólo “perdía” el apellido materno.

Una innovación se produce respecto a los efectos de la adopción puesto que estos no cesan por reconocer el adoptante a sus hijos naturales o por tener hijos legítimos después de la adopción, como ocurría en el Código de 1852,

lo cual constituyó un avance significativo, sobre todo respecto a la protección para el adoptado.

Llama la atención, que este Código estableció dos tipos de adopción, la plena y la menos plena:

- a) **Adopción Plena.**- Según el artículo 332, por la adopción, adquiere el adoptado la calidad de hijo legítimo del adoptante, esta adopción implicaba darle al adoptado el apellido del adoptante, educarlo, cuidarlo y en general darle la condición de hijo y es la misma que ya se encontraba regulada en el Código Civil de 1836, aunque con algunas variantes y la que se conserva en la actualidad con algunas diferencias significativas en relación a los Códigos de 1852 y 1936.

- b) **Adopción menos plena.**- En el artículo 244 se establecía que la adopción podía limitar sus efectos a la obligación de alimentar al menor, educarlo y darle una carrera u oficio. En caso de muerte del adoptante, esta obligación pasaba a sus herederos. Como requisito para la procedencia de esta adopción se requería que el adoptado sea menor de quince años.

La jurisprudencia estableció mediante sentencia de fecha primero de octubre de 1958, publicada en la Revista Jurisprudencia Peruana, que era nula la resolución que declaraba la adopción menos plena si se pidió la adopción pura y simplemente.

➤ **EL CÓDIGO DE MENORES DE 1962, AUTORIZADO SEGÚN LEY 13968 DEL 1 DE FEBRERO DE 1962:**

Estableció en el artículo 66 inciso c) que era competencia del Juez de Menores la adopción, previamente al procedimiento correspondía una investigación por medio de los servicios de Asistentes Sociales y Técnicos tanto sobre el adoptante como del niño. Prácticamente, existían dos tipos de adopciones: una, la de menores de 18 años en situación normal (Código de Procedimientos Civiles) y la otra para el caso de los llamados menores en situación irregular (en el artículo 68 del Código de Menores).

➤ **EL DECRETO LEY 22209 DEL 13 DE JUNIO DE 1978:**

Tenía dos artículos, el primero modificaba artículos del Código de Menores; en su parte considerativa establecía que se había propuesto modificar las disposiciones referentes a la adopción de menores de 14 años de edad o niños en situación de abandono, peligro moral o material en beneficio de ellos. En el segundo artículo se modificaba el Código Civil de 1936 y se estableció así que el adoptado llevaría solamente los apellidos de los adoptantes en los casos que el menor estuviera en peligro moral y/o material.

Un punto importante es que se mantuvo el hecho que el adoptado conservaba los derechos y deberes en su familia natural, pero estaba bajo la patria potestad del adoptante, sin embargo, esta disposición no regía para los niños en peligro moral o material, además tampoco se permitía la revocación en este supuesto.

1. Definición de la adopción

Para definir a la adopción, recurriremos al análisis de los Códigos vigentes, como es el caso del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes que define a la adopción como una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Según el artículo 377 del Código Civil, por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Por lo que recurrimos a la doctrina para encontrar una definición más clara de esta institución y encontramos al maestro NÚÑEZ TRAVIESO, Belkis; quien expresa que la adopción:

“Es la institución del ordenamiento jurídico que permite dar una familia a menores que no la tienen. Es la ficción creada por el Derecho para equiparar los lazos que se crean entre la familia biológica y la adoptiva. Con independencia del tipo de adopción que se acoja y del vínculo o no de parentesco que pueda existir entre adoptantes y adoptados, lo importante es hacer prevalecer, en cada caso, el respeto al interés superior de la infancia, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño” (NÚÑEZ TRAVIESO, 2006).

Asimismo enfocándonos en palabras de autores Nacionales tales como:

*El tratadista **Brugi** (BRUGI, 2008), expresa que la adopción es:*

“...Un acto solemne por el cual, mediante consentimiento recíproco declarado personalmente ante la autoridad judicial competente, alguien admite a otro en lugar del hijo dentro de los límites señalados por la ley...”

*En palabras de los autores **Colín y Capitant** definen a la adopción como:*

“...Un acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y filiación”.

*En opinión del maestro **Belluscio** define que la adopción:*

“...Es una institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación.

Para el tratadista **Lafont Pianetta, Pedro**, en su obra *Derecho de Menores, Juventud y Discapacitados* perteneciente a la doctrina colombiana expresa que la adopción:

“Solamente resulta procedente, de un lado, cuando se ha vulnerado el derecho de todo niño, niña o adolescente a “tener derecho a crecer en el seno de una familia” y a que en ella “se le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos(LAFONT PIANETTA, 2007)”

2. Naturaleza jurídica

Este estudio, nos sitúa ante la imperiosa necesidad de encontrar una razón de orden legal que explique en su totalidad el fenómeno adoptional, a tiempo que delimite su estructura ideológica y los principios que la conforman. Como se explicó en los párrafos precedentes, existe una diversidad de conceptos sobre la adopción así como diversas teorías sobre su naturaleza jurídica, cuerpos doctrinarios y diversas legislaciones que la regulan. Según Cornejo Chávez, señala:

“No obstante las características esenciales de la figura que pueden reputarse como comunes en todas las legislaciones y cuerpos de doctrina, se comprueba una notable diversidad de fórmulas que pretenden definir la adopción”(CORNEJO CHAVEZ)

Asimismo, existen diversas definiciones como autores estudiemos en tanto que cada uno de ellos a pesar que puedan coincidir con otros en relación a la naturaleza jurídica de la adopción, introducen en el concepto que aquellos brindan su punto de vista particular, de tal manera que no encontramos conceptos idénticos sobre la institución de estudio, sin embargo existen tres teorías que han tenido mayor

relación con la naturaleza jurídica de la adopción; la primera responde a una relación contractual, la segunda tiende a considerar a la adopción como una institución jurídica y una tercera que tiene como tendencia calificar a la adopción como un acto jurídico, a continuación pasamos a detallar las siguientes teorías que definen la naturaleza jurídica de la adopción:

Teoría Contractual

Esta teoría nace bajo un espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades, del consentimiento que dominó la estructura familiar, de los “derechos poderes” el interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia, del menor(CHUNGA LAMONJA, 2003), de tal manera que determinó a la adopción en un contrato solemne, el cual tiene como partes celebrantes al adoptante y al adoptado.

Sin embargo esta teoría tiene su máxima plenitud, cuando identifica necesariamente la corriente filosófica de orden contractualista que determinó todo el devenir histórico – jurídico del siglo XIX y parte del siglo XX, es decir la adopción emana de los pensamientos y postulados de la revolución francesa sobre la libertad (entiéndase como liberalismo) época del laissez-faire, laissezpasser y el individualismo, que se traducían en el imperio de la voluntad de las partes sobre la voluntad e intervención del Estado, de lo cual se desprendió la concepción de que la voluntad privada por si sola era generadora de todo efecto jurídico, razón por la cual, el contrato se convirtió en ley para las partes intervinientes en el acuerdo y se elevó a la categoría del ente jurídico más importante para la sociedad, de tal manera que el Estado tomó una posición de carácter

pasivo(ANGELA., 1986)el cual solo cumplía una función de vigilancia, en lo que respecta al objeto y a la causa del contrato a fin de obtener su licitud.

“Esta teoría irrumpe en la doctrina del Derecho a partir de la Revolución Francesa que marcó un hito en la historia de la cultura, revolucionando, no solo la economía, sino también, la filosofía y la técnica, y a la par con ellas, las normas y las concepciones jurídicas.”(ANGELA., 1986)

Los seguidores de esta corriente son Planiol y Ripert, Josserand, Zachariae, Scaerola y Enneccerus. Todos ellos fundamentan este acuerdo de voluntades o consentimiento que debe preceder el acto de adopción.

Planiol y Ripert señala que la adopción es generalmente considerada como un contrato sometido desde el punto de vista de su eficacia a la homologación de la justicia. Es necesario decir de la adopción lo que hemos dicho del matrimonio; es una institución de base contractual.(GEORGE, 1943,)

Como secuela inevitable frente a esa crisis desmedida ocasionada por el individualismo, surgió un Estado interventor que abarcó los campos político, económico y social. Era la decadencia de las ideas contractualistas o mejor, del postulado de la autonomía de la voluntad privada, en consecuencia, fueron muy pocos quienes continuaron sustentando la tesis contractual de la adopción(FEBRES CORDERO, 1977)

Esta teoría fue criticada por diversos autores, entre ellos Guillermo Sarivia señala lo siguiente:

“Esta teoría acuerda al contrato un dominio excesivo haciéndole aparecer como explicación y fundamento de las instituciones más diversas: la sociedad, en el derecho público, la ley, la familia, se asientan en contratos. Donde no se percibe nítidamente la voluntad contractual la ley la presume. Es la época del individualismo

desbordante y de la plena autonomía de la voluntad. El hombre dicta su propia ley, y la libertad y justicia son términos sinónimos.”

En la presente tesis, asumir a la teoría contractual como una posición estricta no es lo indicado y seguramente nos llevaría a terrenos dogmáticos, consideramos que esta teoría no es la adecuada para definir la naturaleza jurídica de la adopción, uno de los principales puntos se debe a que el Código Civil peruano, en el Libro VII, Título I, define al contrato en su artículo 1351 como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Al respecto, la relación jurídica que es regulada en los contratos es de carácter estrictamente patrimonial, lo cual llevado al campo de la adopción deviene en imposible, en tanto que la persona que es adoptada por ser un ser como tal, no tiene un contenido patrimonial ni real, lo que nos lleva a entender que la adopción tienen una relación jurídica extrapatrimonial, en consecuencia una persona no puede ser una prestación y por lo tanto objeto de un contrato.

Asimismo, los artículos 1354, 1359 y 1360 del Código Civil, señalan características de los contratos, las cuales contravienen a lo establecido por la adopción, debido a que las partes solo pueden manifestar su voluntad de querer llevar a cabo dicha adopción más no pueden determinar el contenido de la misma, debido a que esa labor le corresponde al Estado, ya sea a través de una entidad judicial o administrativa

Para finalizar, el artículo 1363 del Código Civil, señala que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan, lo cual no se puede dar en la adopción, debido a que sus efectos alcanzan a la familia biológica de ambas partes.

Teoría de la Institución

Esta teoría considera a la adopción de carácter jurídico por lo que ha sido reglamentada por el derecho. Se trata, pues, de una institución jurídica porque conforma una entidad, o mejor, un conjunto de normas encaminadas a reglar la filiación adoptiva(FEBRES CORDERO, 1977), es decir, las formalidades, requisitos y efectos que produce la adopción se encuentran establecidos en la ley, con prescindencia de la voluntad de las partes, correspondiéndole solo a ellas adherirse a tales disposiciones, sin que puedan modificar las consecuencias que produce la adopción(LLANOS, 2008).

Cabe señalar que el término de institución no responde a un concepto técnico, sino a la manifestación de una determinada concepción del Derecho. En sentido figurado el término institución es el que frecuentemente se le atribuye, y así, cuando se habla de la compra-venta o de la donación como institución, se alude a las distintas relaciones o normas singulares que en función de los caracteres típicos que presentan en relación con una figura común, son reagrupados en conjunto(D, 1982).

Diversos autores han adoptado esta teoría, sin embargo existen discrepancias en relación a si nos encontramos ante una institución de (i) Derecho Privado, (ii) de Derecho de Familia, basándose en un Derecho Público característica propia de un Derecho de Familia y para terceros (iii) Derecho de los Niños y Adolescentes, ya que lo relacionan con el Derecho Tutelar, debido a que tiene como finalidad la protección y amparo de los mismos.

No obstante dicha discrepancia los autores convienen en sostener que la teoría contractual debe ser descartada en tanto:

“En la adopción no hay especulaciones ni cálculos de beneficios, adoptante y adoptado no se encuentran en una relación de igualdad todo lo cual es característico de los contratos. Por el contrario, entre ambos existe un consortium, vale decir, que sus intereses son coincidentes y no opuestos, existe entre ellos una comunión, no una concurrencia, lejos de desenvolverse en un plano de igualdad, sus relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina, sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes, sino que surgen de la ley”(QUINO CALLE, 1995)

De lo expuesto, podemos deducir que, la voluntad de las partes no regula la forma de acceder a la adopción, sino que tanto el adoptante como el adoptado tienen intereses coincidentes y se basan en la ley que regula la adopción para poder acceder a la misma, por lo que la teoría contractual sería dejada de lado.

- i. Institución del Derecho Privado.- Considerando que predomina el interés particular o privado y cuya fuente sustancial es la autonomía de la voluntad, por lo que, se considera a la adopción como de Derecho Privado debido a que se basa en un acto de voluntad del adoptante 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. Asimismo, resaltando las diferencias entre un contrato e institución, podemos apreciar que en la adopción no hay especulación de cálculos ni beneficios, tanto el adoptante como el adoptado no se encuentran en una relación de igualdad, (todo lo cual es característico de los contratos), entre ambos existe unconsortum, vale decir que sus intereses son coincidencias y no opuestos, existe entre ellos una comunión, no una concurrencia.(D, 1982)
- ii. Institución de Familia.- Se crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia, por ello, la adopción ha de ser

entendida como un instrumento institucional de gran relevancia para completar la familia que es una institución necesaria como elemento de cohesión, condición de equilibrio social, mecanismo de transmisión cultural y factor intrínseco de la vida humana.

“Benjamín Aguilar señala: nuestra posición es que se trata de una institución familiar eminentemente social, con reglas de derecho dirigidas a regular la relación paterno filial, que nace a través de esta ficción legal.”(LLANOS, La familia en el código civil peruano, 2008)

“Cesar Belluscio sostiene que la adopción: es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación y sus alcances varían según los distintos ordenamientos jurídicos”(BELLUSCIO, 1981.)

- iii. Institución de Derechos de los Niños y Adolescentes.- Debido a que es una institución jurídica de protección familiar y social por la cual el adoptado forma parte de la familia del adoptante para todos los efectos de calidad de hijo. Se le encaja como una medida de protección en el entendido que tiene lugar luego de haber demostrado que el niño/a o adolescente se encuentra en estado de abandono. Lo sustancial es resguardar el derecho a una familia en base a su condición de sujeto de derechos y en el reconocimiento que la familia sigue siendo concebida como el espacio natural y fundamental para el desarrollo de la persona. Esto último se ve reflejado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” (Convención sobre los Derechos del Niño - Preambulo)

Teoría de Acto Jurídico

Para el desarrollo de esta teoría es conveniente definir al acto jurídico como tal, de acuerdo a Julien Bonnecasse:

“Es una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral cuyo fin directo es engendrar, sobre el fundamento de una regla de derecho, o de una institución jurídica, en contra o en favor de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o al contrario, un efecto limitado de derecho que se reduce a la formación, modificación o extinción de una regla de derecho”(JULIEN, 1945)

Simplificamos la definición anterior de acuerdo a nuestra legislación (Art. 140 Código Civil):

Artículo 140°.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

De esta definición de acto jurídico, se puede determinar que la adopción es un acto jurídico extracontractual y por ende no podría ser un contrato, recordemos que un contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Cabe señalar, que esta teoría se inicia con el desarrollo del capitalismo, la concepción liberal inicial del estado gendarme comienza a debilitarse para dar paso a la del intervencionismo del estado y enfocando a la adopción, de acuerdo a las circunstancias históricas. Por ello, para la validez de la adopción, la sentencia

judicial es de suma importancia a diferencia del acuerdo de voluntades, restándole en esta forma fuerza a la concepción contractualista de proteger con esta figura básicamente al interés particular, para encaminarla por los senderos del interés público, que condiciona su validez jurídica al cumplimiento de su finalidad y sus requisitos, más que a la voluntad de los particulares, haciendo del acto jurisdiccional, una manifestación de voluntad encaminada a que la adopción produzca efectos jurídicos (ANGELA., 1986).

Los que fundamentan su tesis, señalando a la adopción como un acto jurídico lo hacen mediante el argumento que es una manifestación de voluntad del órgano jurisdiccional, orientada a modificar el estado civil de las personas en cuanto a su incorporación a la sociedad y a la familia, es decir, una expresión soberana del ánimo, el cual tiende a producir un nuevo estado civil, diferenciado y privativo, tanto para el adoptante como para el adoptado

Esta teoría tiene como exponentes a Colin y Capitant, Demolombe, Sanjurjo y entre otros, quienes señalan un avance en relación a teoría contractual y lo sintetizan de la siguiente manera:

“En la adopción los requisitos, formalidades y efectos se encuentran estipulados con precisión por la ley, y en consecuencia, corresponde a las partes prestar su concurso, es decir, adherir a esas disposiciones concertadas, entendiéndose lógicamente que si tal adhesión ocurre es porque los integrados buscan el desarrollo de esas normas y pretenden sus efectos”(FEBRES CORDERO, 1977)

De lo expuesto podemos deducir que la adopción se considera un acto jurídico de naturaleza propia, cuyas bases, formas y efectos se encuentran determinados previamente por la ley, pudiendo las partes ejercer su voluntad únicamente en el sentido de someterse o no al proceso de adopción.(D, 1982).

Otro sector de la doctrina prefiere aludir más a las formalidades con que debe establecerse, así al hacer la definición de la adopción:

“Daloz señala que es “un acto jurídico solemne revestido de la sanción judicial, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiaciones puramente civiles.”(QUINO CALLE, 1995)

“Dusi al definir la adopción señala que es “un acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los particulares, con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de la filiación legítima.”(QUINO CALLE, 1995)

“Julio Armando Oddo, Tristán Narvaja, Hector Lafille, Julien Bonnecase, señalan la adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de la adopción”(Menores, 1992)

“Para Castan, la adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítima”(JOSE, 1947)

Luego de la exposición de estos autores, nosotros preferimos tomar la definición que da la autora Nidia del Carmen Gallegos Pérez:

“La adopción es el acto jurídico familiar plurilateral, mixto y complejo de derecho Familiar, por virtud del cual contando con la aprobación judicial correspondiente se crea un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante, así como por regla general un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y los descendientes del adoptado”(CARMEN)()*

(*) Se debe entender que el autor asimila el parentesco creado por la adopción como un parentesco consanguíneo.

Esto se debe a que la adopción de por sí es un acto jurídico familiar mediante el cual se establece una relación jurídica de filiación entre dos o más sujetos, la cual se diferencia de la filiación por naturaleza; cabe resaltar que la adopción se basa en una declaración de voluntad que persigue, debido a que así lo establece y reconoce la ley, la constitución de una determinada relación de filiación.(JIMENEZ)

En la actualidad nuestra legislación contempla a la adopción como una fuente de parentesco civil entre el adoptante y adoptado según lo establecido en el artículo 238 del Código Civil, en el cual a pesar de no existir un vínculo de filiación biológico, imita a la filiación consanguínea y otorga entre estos sujetos intervinientes derechos y obligaciones, idénticas a las de una relación consanguínea y enfatiza en su condición de medida de protección contemplado en el literal e del artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes

Los elementos de Existencia que lo determinan como un acto jurídico son los siguientes

Consentimiento.- En la adopción se requieren de diversos consentimientos para que ella se pueda efectuar, un claro ejemplo de ello, pueden ser: (i) él que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, (ii) el tutor de quien se va adoptar, (iii) las personas que hayan acogido al que se pretenda adoptar y lo traten como hijo cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor; y (iv) el ministerio público del lugar del domicilio del adoptado cuando este no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente importe su protección y lo haya acogido como hijo, asimismo, si la persona que se va adoptar tiene más de diez años, se toma en cuenta la opinión del mismo para que pueda ser adoptado. Como se puede observar en la adopción pueden existir varios tipos de consentimiento, sin embargo existen dos tipos de consentimiento en la adopción, los básicos que los dan al propio adoptante (debe expresarse el consentimiento en el petitorio y en la ratificación ante la autoridad que conoce el

proceso de adopción) y el adoptado (el consentimiento que da el adoptado en caso ser mayor de diez años, tal como lo expresa el artículo 378 inciso 4 del Código Civil) de la legislación que los rige) y los complementarios que son lo que se deben prestar aquellos a los que la ley exige para dar su consentimiento en determinados casos(CARMEN).

Objeto.- El objeto principal que se da en la adopción es la creación del vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado con los efectos que surjan de ella, es decir, se crea un vínculo como el que se da entre un padre o una madre y su hijo consanguíneo, los cuales guardan relación y crean derechos y obligaciones entre sí, creando un verdadero lazo de parentesco, cumpliendo el objetivo del acto jurídico familiar de la adopción, el cual es brindar a un niño huérfano una familia. Un punto a resaltar, es la extinción del vínculo jurídico con la familia consanguínea, a excepción de algunas prohibiciones como es en el caso de los impedimentos en el matrimonio

Solemnidad.- Es un punto fundamental, debido a que se perfecciona a través de lo estipulado por el Código Civil, es decir, señala el proceso y/o procedimiento de la adopción señalado mediante la ley, originándose que el incumplimiento del mismo causaría la nulidad del acto, Sobre la base de esta concepción, resultaría que la adopción va más allá de ser un mero acuerdo de voluntades por cuanto conlleva la dirección y reflexión de esa tal como lo establece el Código Civil en su artículo 219. Para finalizar otro punto a validar en el acto jurídico familiar de la adopción, son los

elementos de validez, tales como la capacidad, la ausencia de vicios, la observancia de las formalidades y la licitud-

Sobre la base de esta concepción, resultaría que la adopción va más allá de ser un mero acuerdo de voluntades por cuanto conlleva la dirección y reflexión de esa manifestación de voluntad en aras de producir unos efectos jurídicos determinados.(D, 1982)

3.1. Tipología según su naturaleza.

a. Adopción semiplena.

De acuerdo a nuestro ordenamiento, la adopción simple o semiplena, es considerada cuando un juez competente entrega a un niño a una familia para que esta pueda ayudar a su desarrollo integral hasta que este logre una profesión u beneficio.

Asimismo, una de las principales características de este tipo de adopción es que el adoptado no se integra como hijo de familia del adoptante, no se rompe el vínculo consanguíneo con su familia biológica y el uso de los apellidos del adoptante o adoptantes es voluntario.

Nuestra legislación en la actualidad no regula este tipo de adopción; sin embargo cuando se inició a regular la adopción en el Código Civil de 1852 nuestra legislación se inclinaba por este tipo; ya que señalaba la no ruptura de vínculo que tenía el adoptado con su familia biológica, recordemos que la adopción semiplena se caracteriza porque no extingue los derechos, deberes recíprocos y

obligaciones con el parentesco biológico o consanguíneo(El Código Civil Peruano de 1984), es decir el adoptado conserva sus derechos a alimentos (ya que este no sale del seno de su familia de origen) y hereditarios en toda su integridad, percibiendo su legítima en la sucesión de sus padres o parientes, según su calidad de heredero y el número de los mismos que concurren, conjuntamente con él a dicha sucesión(SARAVIA), excluyendo en todo sentido a los parientes del uno de otro, lo cual mantiene lógica, debido a que el adoptante en este tipo de adopción no puede obligar a sus parientes a contraer nuevos lazos de parentesco, cuando ellos no han concurrido para nada en el acto de adopción y no han manifestado su aquiescencia para contraer tales lazos.(SARAVIA).

Sin embargo, aquellos derechos y deberes inherentes a la patria potestad, solamente son ejercidos por el adoptante, debido a que, por el hecho de la adopción, es transferida a éste.

En la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, tales como Colombia, Uruguay, Argentina, México y Brasil utilizaron en un inicio este tipo de adopción semiplena, estableciendo como condición primordial, que exista una diferencia considerable de edad entre el adoptado y el adoptante, asimismo, este último deberá demostrar que es de buenas costumbres y que tiene la condición económica para poder cubrir las necesidades del menor de edad, recalcando el tema de la educación.

Además, este tipo de adopción puede ser revocada restituyendo todo al estado en que estaban antes de que se efectuara, esto se da cuando ambas partes lo convengan y el adoptado sea mayor de edad o por ingratitud del adoptado.

b. Adopción Plena.

De acuerdo a nuestro ordenamiento, la adopción plena se basa en lo establecido en el Código Civil de 1984, caracterizándose, debido a que tiene los mismos efectos que una filiación por naturaleza, es decir, otorga al adoptado un nuevo estado de familia, el cual no puede ser revocado, confiriéndole los apellidos de los adoptantes (El llevar el apellido del adoptante o adoptados, tiene como antecedente en el Código de Napoleón y el complemento introducido al mismo por el Art. 1 de la Ley del 13 de febrero de 1909;48 asimismo, en nuestra legislación tiene como antecedente en el artículo 275 del Código Civil de 1852 y en el artículo 334 del Código Civil 1936, en los cuales se evidencia una característica propia de la adopción semiplena, debido a que el adoptado lleva el apellido del adoptante, manteniendo conjuntamente el apellido del padre natural, sin embargo en el Código Civil de 1984 señala en su artículo 22 la obligatoriedad que tiene el adoptado de llevar los apellidos solo del adoptante, motivo por el cual se evidencia una característica propia de la adopción plena); así como los mismos derechos, obligaciones y parentesco que la filiación sanguínea crea; es decir, los hijos adoptivos asimilan al principio constitucional de igualdad de categorías de filiación o principio de igualdad jurídica de efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial, el cual se basa en que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres; sustentándose a través de la normativa peruana en el artículo 238 del Código Civil (**Artículo 238°.-** La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.). Según Alex Placido(ALEX, 2003). señala que anteriormente en nuestra legislación existía desigualdad de trato entre los hijos

matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos; sin embargo con el paso del tiempo, nuestra legislación cambia y señala la existencia del principio de igualdad de categorías de filiación, el cual se basa en un idéntico tratamiento que hace la ley en punto al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que tiene su origen en la procreación humana, asimismo, dos de los objetivos principales de la igualdad de filiaciones son: (i) el de suprimir en las legislaciones la discriminación y diferenciación que existía en las especies de filiaciones así como su clasificación legal y que separaba expresamente la filiación denominada de “legítima” de aquella que recibía la denominación de “ilegítima”; así como (ii) el de innovar los preceptos que en el derecho sucesorio discriminaban a partir del origen de filiación, no limitándose solo los efectos igualitarios sucesorios, sino que también consideran al derecho recíproco de prestación de alimentos entre progenitores, descendientes y ascendientes.(ALEX, 2003)

Para finalizar este punto, el principio de igualdad se basa en nuestra legislación nacional a través de la Constitución del Perú de 1993 Art. 2 inciso 2 y especialmente en el Art. 6 y en los instrumentos internacionales, tal como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 17, inc. 5. (Constitución Política del Perú: Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos

tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad. Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 17: (...) Inc. 5.- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.).

Entre las principales características de la adopción plena tenemos:

- **Adquisición de los apellidos del adoptante.**- Como el adoptado pasa a tener un vínculo paterno filial con el adoptante, tiene el derecho de adquirir el apellido del mismo; como señala Demolombe:

“El apellido es el signo visible del vínculo jurídico que la adopción viene a crear”(DEMOLOMBE & Napoleón, 1958).

De lo que deducimos que el apellido es un derecho e identifica la nueva relación filial que tiene el adoptante con el adoptado.

- Creación de una relación de dependencia alimentaria del adoptado con relación al adoptante.- Es una obligación que genera la adopción entre el adoptante y adoptado de manera recíproca. Una de las principales funciones de adoptante es proporcionarle alimentos al adoptado, para que pueda tener un desarrollo integral.
- Sujeción a la patria potestad del adoptante.- El adoptante es el único que puede ejercer esta autoridad, excluyendo la patria potestad a los padres naturales del adoptado.
- El trabajador petionario de adopción tiene derecho a una licencia con goce de haber.- De acuerdo a la Ley 27409, el

adoptante tiene derecho a una licencia de goce de 30 días naturales, el cual se cuenta a partir del día siguiente en que queda consentida la resolución de la adopción y solo se dará dicho supuesto, cuando el adoptado no tenga más de 12 años de edad. Esta licencia tiene como finalidad acercar y estrechar vínculos de fraternidad entre padres e hijos, los cuales son base para el desarrollo y crecimiento de una familia.

- Se crea una nueva partida de nacimiento del adoptado, la cual sustituye la partida de nacimiento original, extinguiendo para todos los efectos de la partida original del adoptado (con excepción de la conservación de los impedimentos matrimoniales).
- Usufructo por parte del adoptante de los bienes del adoptado menor de edad.
- Constitución de derechos hereditarios tanto para el adoptante, como para el adoptado.

3. Características

Atendiendo a la definición antes esbozada, podemos decir que son características de la adopción las siguientes:

- **NO ES VALORABLE DIRECTA NI INDIRECTAMENTE**, es decir que no se puede poner precio alguno a una adopción y tampoco puede hablarse de recompensa a los padres por la entrega del niño.
- **ES INTRANSMISIBLE**, lo que implica que el derecho de adoptar no puede pasar de uno a otro por causa de muerte; se extingue solo por muerte del adoptante o del adoptado antes de la adopción, pues luego de ella, ocurrirá lo mismo que si muere cualquier padre o cualquier hijo, ya que

según nuestra Constitución todos los hijos tienen iguales derechos.

- **ES INDISPONIBLE E IRREVOCABLE**, una vez que adquiere perfección, no admite modalidad; así conforme al artículo 380 del Código Civil la adopción tiene el carácter irrevocable, por lo que, “una vez culminado el procedimiento de adopción este estado se mantienen incólume y los adoptantes no pueden ya retractarse”(GALLEGO CANALES).
- **DE ELLA SURGEN RELACIONES EXTRAPATRIMONIALES**, por su misma naturaleza ya que el adoptado pasa a ser hijo del adoptante, por tanto aunque este adquiriera derechos, como los sucesorios, prevalecen y se anteponen los fines mismos de la figura que persiguen la protección al niño y al adolescente.
- **ES SOLEMNE**, porque el proceso está sometido a formalidades (ya sea que se opte por seguir el trámite a nivel judicial o ante la Secretaría Técnica de Adopciones e incluso ante un Notario).
- **ES UNILATERAL ESPECIAL**, “porque si bien se perfecciona con la declaración del adoptante para hacer el prohijamiento se requiere no solo los elementos y requisitos que más adelante se señalan, sino también, en ciertos casos, requiere de otros consentimientos (v. gr, de los padres, sujeto adoptable)”(LAFONT PIANETTA P. , 2007)
- **ES DE CARÁCTER SIMPLE**, “y, por tanto, no debe estar sometido a condición o término. Por su naturaleza especial de ser un acto jurídico encaminado a disciplinar situaciones de estado civil, no debe en principio estar

sometido a determinaciones accesorias de la voluntad que pueda suponer una derogación fundamental de los principios en que se asienta la institución.”(HINOSTROZA MINGUEZ, 2008)

- **INSPIRADA EN SANOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA INSTITUCIÓN.** “No valdría establecer un contrato de adopción con fines torpes o contrarios a las buenas costumbres u opuestos a los designios fundamentales que presiden el disciplinamiento de este negocio(HINOSTROZA MINGUEZ, 2008)”.

4. Requisitos

Es importante resaltar que conforme al artículo 116 del Código de los Niños y Adolescentes en términos generales, la Adopción por extranjeros es subsidiaria de la Adopción por nacionales (entendemos que ello ocurre en el caso de las adopciones de niños que han sido declarados en abandono).

Los requisitos para la procedencia de la adopción los encontramos en el artículo 378 del Código Civil, estos son:

- **QUE EL ADOPTANTE GOCE DE SOLVENCIA MORAL:**
¿Cómo probar este requisito si aparentemente es un tema hasta subjetivo?, el bagaje documental resulta amplio, podría probarse presentando, por ejemplo, certificados de buena conducta a nivel policial, judicial, penal y hasta constancias y declaraciones de probidad, entre otros.
- **QUE LA EDAD DEL ADOPTANTE** sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, respecto a este requisito, consideramos que debería modificarse con el tenor previsto en el Reglamento de

Adopciones Decreto Supremo 010-2005-MINDES (para las adopciones en sede administrativa), según el cual lo que se exige del preadoptante es que su edad esté en relación directa a lograr la atención más adecuada de la niña, niño o adolescente sujeto de adopción.

➤ **QUE CUANDO EL ADOPTANTE SEA CASADO CONCURRA EL ASENTIMIENTO DE SU CÓNYUGE.-**

Requisito que debe ser revisado en cada caso concreto y teniendo en cuenta la situación de cada matrimonio.

➤ **QUE EL ADOPTADO PRESTE SU ASENTAMIENTO SI ES MAYOR DE DIEZ AÑOS:**

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3 estipula el derecho del niño a ser escuchado. Su objetivo es garantizar que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tengan en cuenta la opinión del niño.

Además, este requisito permite la proximidad del niño con el juzgador, aquella persona quien decidirá; en respeto al derecho –de aquél- de ser escuchado.

5. **QUE ASIENTAN LOS PADRES DEL ADOPTADO** si están bajo su patria potestad o bajo su curatela.

6. **QUE SE OIGA AL TUTOR O AL CURADOR DEL ADOPTADO** y a la consejo de familia si el adoptado es incapaz.

7. **QUE SEA APROBADO POR EL JUEZ,** dentro del proceso judicial, expresado en una sentencia firme.

8. **QUE SI EL ADOPTANTE ES EXTRANJERO Y EL ADOPTADO MENOR DE EDAD,** aquel ratifique personalmente ante el Juez su voluntad de adoptar. Se

exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

6. Adopción de Mayores de edad.

Existe una serie de razones por las cuales una persona puede adoptar a un adulto, o a una persona mayor de dieciocho años, especialmente cuando existen intereses comunes entre personas mayores de edad de querer heredarse mutuamente haciendo uso de sus derechos civiles, vale decir la voluntad del adoptante y el consentimiento del adoptado; puesto que ya no requieren de ninguna autorización de sus progenitores, pues gozan plenamente de sus derechos civiles, con capacidad de ejercicio. Esto también se da como un caso de cuidados y obligaciones recíprocas de largo plazo entre el adoptante y el adoptado, y de formalizar su parentesco amparado en la Ley, una relación de progenitor a hijo; comprendiendo un “... acto solemne por el cual, mediante consentimiento recíproco declarado personalmente ante la autoridad judicial competente, alguien admite a otro en lugar del hijo dentro de los límites señalados por Ley...”(BRUGI C. Y., 2008)

Una de las razones más comunes para desear la adopción de un adulto está relacionada con la herencia, vale decir heredar a la persona que se está adoptando; y como en cualquier relación de un hijo menor de edad y su padre biológico, en la adopción de un adulto también se crea una relación de progenitor a hijo entre dos personas adultas, lo que hace que dicha relación quede sujeta a las leyes sobre herencia. En este caso, la adopción es un medio de asegurar que el adulto adoptado heredará sus activos, exactamente como si fuera su hijo biológico, es decir que “... la adopción es la institución en virtud

de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación...”(BELLUSCIO A. , 1979).

Otra de las razones por las cuales algunas personas eligen la adopción de adultos, surge de la capacidad disminuida del adulto a ser adoptado; y que mediante la adopción legal de esta persona con capacidad disminuida, se puede asegurar que recibirá los beneficios de la cobertura de su seguro, la herencia, u otros medios que proporcionarán a dicha persona los recursos financieros y de cuidados de la salud durante el resto de su vida.

También es común que las adopciones de adultos tengan lugar simplemente con el propósito de afirmar y formalizar una relación previamente informal entre un hijo y un padre no biológico. Por ejemplo, los padre afines que desean adoptar a los hijos de su esposa o conviviente y con quienes ha disfrutado una relación de padre a hijos durante toda su niñez; y que la adopción puede no haber tenido lugar debido a la falta de consentimiento de uno de los padres biológicos del adoptado, o debido a algún otro impedimento legal. Una vez que el adoptado llega a la edad adulta, ya no se requerirá el consentimiento de los padres biológicos; en la adopción de un adulto, los únicos consentimientos que se requieren en este caso serían la del adoptante y el del adoptado mayor de edad; pues en el derecho actual a la voluntad del adoptante, debe sumarse la de los padres, tutores o guardadores si es menor y si es mayor, desde luego la del adoptado(SANJURJO citado por HINOSTROZA MINGUEZ).

Aunque las leyes sobre la adopción de adultos históricamente fueron proyectadas como medios para que los padre afines que desearan adoptar hijastros más tarde en su vida, y para los casos de adultos con discapacidades, las leyes sobre la adopción de adultos han sido

utilizadas en los años recientes por las parejas del mismo sexo a fin de crear derechos hereditarios u otras clases de seguridades financieras.

Adicionalmente, es importante tener presente que las adopciones, a diferencia de los matrimonios, pueden ser sumamente difíciles de deshacerse. En consecuencia, si, por cualquier razón, la relación entre el adoptante y el adoptado se rompe, puede no existir vía legal alguna para deshacer la herencia así como otros derechos creados entre las dos personas como resultado de la adopción.

7. Proceso de adopción de mayores de edad.

7.1. Procedimiento de adopción de personas mayores de edad

A. Requisitos especiales

Los requisitos para la adopción de personas mayores de edad son los siguientes:

- a. Que el adoptante goce de plena capacidad de ejercicio.
- b. Que el adoptante goce de solvencia moral.
- c. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar (18 años más la edad del adoptado).
- d. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge.
- e. Que el adoptado consienta la adopción o lo haga mediante su representante si fuera incapaz.
- f. Que sea aprobada por el Juez.

- g. En el caso de que la persona a quien se pretende adoptar sea propietaria de bienes, estos deberán previamente ser inventariados y tasados judicialmente, constituyendo el adoptante garantía suficiente a juicio del Juez.
- h. El tutor o curador sólo podrá adoptar a su pupilo (que cumplió la mayoría de edad) después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas.
- i. Garantía otorgada por el adoptante suficiente a criterio del juez si el adoptado fuera incapaz.

B. Efectos

Los efectos jurídicos que tiene la Adopción de personas mayores de edad son los mismos que en la adopción de menores:

- a. Confiere al adoptado el status de hijo del adoptante y al adoptante el status de padre del adoptado.
- b. Adquiere el adoptado los apellidos de el (los) adoptante (s).
- c. Constitución de derechos hereditarios.
- d. Suscripción de nueva partida de nacimiento del adoptado en sustitución de la original.
- e. Extinción de todos los efectos de la partida original del adoptado, con excepción de los impedimentos matrimoniales.

C. Competencia

Tratándose de adopciones de personas mayores de edad capaces, los interesados podrán recurrir indistintamente

ante el Poder Judicial o ante un Notario público, conforme a lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N° 26662 del 22/09/96.

D. Vía judicial y procedimiento

En el caso de escogerse la vía judicial, es competente el Juez Especializado en lo Civil. La demanda deberá presentarse vía proceso no contencioso, ciñéndose a los requisitos y anexos previstos en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil, adjuntando los siguientes documentos:

- a. Copia Certificada de la partida de nacimiento del solicitante y de matrimonio, si es casado.
- b. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado.
- c. Los medios probatorios destinados a acreditar la solvencia moral del solicitante.
- d. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido presentado legal del adoptado.
- e. Copia certificada del inventario y valorizado judicial de los bienes que tuviera el adoptado.
- f. Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del juez, si el adoptado fuera incapaz.

Si el presunto adoptado es incapaz, se requiere la intervención de su representante. Si es este el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.

Presentada la demanda sin que exista oposición, el solicitante, y su cónyuge si es casado, ratifican su voluntad de adoptar. El adoptado y su cónyuge, igualmente, deberán prestar su asentimiento.

Si existiera oposición, deberá actuarse, conforme a los artículos 753°, 754°, 755°, 756° y 757° del Código procesal Civil.

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la adopción, el juez oficiará a la Oficina del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil para que extienda la nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original.

E. Vía notarial

❖ Marco legal

El marco legal para que una persona mayor de edad pueda ser adoptada por vía notarial, está regulada por la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial de Asuntos No Contenciosos.

❖ COMPETENCIA NOTARIAL

Sólo se tramitará ante Notario la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio. Por ello tanto el adoptante como el adoptado tendrán que ser mayores de 18 años; y además deberá existir entre ellos una

diferencia de 18 años de edad (art. 378° inc. 2do del Código Civil). Es así que el Notario de conformidad a lo dispuesto por el Art. 54 inc. h) dará fe de que tanto el adoptante como el adoptado y la cónyuge del adoptante en caso de ser casado, tienen plena capacidad de suscribir la escritura pública.

Para ello antes debe cerciorarse de que dichas capacidades no estén afectadas por resolución judicial (interdicción), consultando al registro de Personas Naturales si registra limitación de dicha capacidad.

❖ **Presentación de minuta y requisitos**

La solicitud constará en una minuta presentada por el adoptante y el adoptado acompañada de:

- a. Copia Certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio si es casado.
- b. Copia Certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio si es casado.
- c. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado;
- d. Testimonio del inventario de los bienes que tuviera el adoptado.

La solicitud además de las firmas del adoptante y del adoptado, deberá de acompañar firma del abogado. Si el

adoptante es casado, deberá acompañar cláusula adicional con firma del cónyuge.

❖ **Elevación a escritura pública e inscripción**

La minuta de adopción deberá de elevarse a escritura pública, insertando en la misma los documentos anexados y posteriormente deberá oficiarse a la Oficina del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la Municipalidad donde se haya asentado, para su inscripción y extensión de nueva partida de nacimiento del adoptado.

7.2. Proceso no contencioso de adopción: vía judicial.

A tenor del artículo 781 del Código Procesal Civil:

“En este proceso se tramita la adopción de personas mayores de edad. Si el presunto adoptado es incapaz, se requiere la intervención de su representante. Si es este el adoptante, la solicitud se atenderá con el Ministerio Público”.

Es el proceso judicial de naturaleza no contenciosa a través del cual se adopta a una persona mayor de edad soltera o casada. Por este proceso, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Con arreglo a lo previsto en el artículo 783, primer párrafo, del Código Procesal Civil, si no hay oposición, el solicitante, y su cónyuge -si es casado- ratificarán su voluntad de adoptar. El adoptado y su cónyuge presentaran su asentimiento. A continuación, el Juez resolverá atendiendo a lo dispuesto en el artículo 378 del Código Civil en lo que corresponda. Este último precepto legal establece los requisitos a observar para la adopción, los mismos que ya fueron explicados. Finalmente, si

no hay oposición, se realiza la Audiencia de Actuación y Declaración y el Juez expide Resolución, la que consentida da lugar a su ejecución, oficiándose al Registro de Estado Civil(C.P.C. art. 781 primer párr. cc. C.C. arts. 143 a 146, 379.).

A la solicitud se acompañara según el artículo 782 del Código Procesal Civil: Copia certificada de la partida de nacimiento del preadoptante y de matrimonio, si es casado; Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado; Los medios probatorios destinados a acreditar su solvencia moral; Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado; Copia certificada del inventario y valorización judicial de los bienes que tuviera el adoptado; y Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del Juez, si el adoptado fuera incapaz. En la parte final del artículo 783 del Código Procesal Civil se precisa que si hay oposición en el proceso no contencioso de adopción, se sigue el trámite previsto en los artículos 753, 754, 755, 756 y 757 del indicado Código adjetivo(Rebeca, 2008).

1. - Competencia Jurisdiccional.- La adopción de mayores de edad, se tramita, como proceso no contencioso ante el Juez de Paz Letrado(Artículo 749° del Código Procesal Civil).

2. - Requisitos de la Demanda para la Adopción de Mayores de Edad. - Escrito de demanda firmada por el demandante y abogado conteniendo:

- 1) Copia simple del DNI del demandante.
- 2) Original o copia certificada del acta de matrimonio, en caso de ser casado.

- 3) Original o copia certificada del acta de nacimiento del adoptado.
- 4) Pruebas (documentales o testimoniales) que sirvan para acreditar la solvencia moral del/los adoptantes.
- 5) Si el demandante es representante legal del adoptado, debe presentar el documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas.
- 6) Copia certificada de inventario y valorización judicial de los bienes que tuviera el adoptado.
- 7) Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del juez, si el adoptado fuera incapaz.
- 8) Se debe oír al curador y consejo de familia, si el adoptado fuera incapaz.
- 9) Tasa judicial por ofrecimiento de pruebas (abonar en el Banco de la Nación).
- 10) Cédulas de notificación (abonar en el Banco de la Nación).

7.3. Proceso no contencioso de adopción en la vía notarial.

Este trámite de adopción de mayores de edad puede realizarse en notarías públicas y mediante Escritura Pública, suscrita tanto por el adoptante y por el adoptado.

La adopción vía notarial está regulada por la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos y está contemplado en el Título III (Adopción de personas capaces) de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos dispuesto por la Ley N° 26662 en los artículos 21 al 23.

Solo se tramita ante notario la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio (Según el artículo 21 de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No

Contenciosos), por tanto podemos deducir que la competencia para el caso de incapaces está dado sólo al juez en resguardo de sus derechos.

Según el artículo 22 de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, prevé los requisitos de la solicitud de adopción de personas capaces señalando lo siguiente:

La solicitud constara en una minuta, presentada por el adoptante y el adoptado, acompañada de los siguientes anexos(GALLEGGO CANALES):

1. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio, si es casado.
2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio, si es casado.
3. Documento que acredite que las cuentas de la administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante del adoptado.
4. Testimonio del inventario de los bienes que tuviere el adoptado.

La minuta debe contener las generales de ley de los otorgantes: nacionalidad, estado civil, si es casado, indicar los nombres y apellidos del cónyuge, Libreta Electoral, DNI, Libreta Militar, ocupación, dirección domiciliaria.

Asimismo, la minuta contendrá la expresión de voluntad del adoptante y del adoptado y el consentimiento de sus respectivos cónyuges, en caso de ser casados, así como la declaración jurada del adoptante en el sentido que goza de solvencia moral.

Se debe tener en cuenta, además, lo señalado por el inciso 2, del artículo 378 del Código Civil con relación a " la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar."

Finalmente, reunidos todos los requisitos, el Notario elevará la minuta a Escritura Pública, insertando los documentos que acrediten el pedido y se cursará partes al Registro del Estado Civil para la anotación al margen de la partida original y se extienda una nueva partida de nacimiento del adoptado.

A. Requisitos para la Adopción de Mayores de Edad Via

Notarial.- Según el artículo 21 de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos prevé los requisitos de la solicitud de adopción de personas capaces, señalando lo siguiente: La solicitud constará en una minuta, presentada por el adoptante y el adoptado, acompañada de los siguientes anexos(Lo relativo a la adopción de personas capaces está contemplado en el Título III ("Adopción de personas capaces") de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (Ley N° 26662) , en los arts. 21 al 23.):

1. Copia legible del documento de identidad del adoptante.
2. Copia legible del documento de identidad del adoptado.
3. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptante.
4. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado.
5. Copia certificada de la partida de matrimonio del

adoptado, en caso este fuese casado.

6. Copia certificada de la partida de matrimonio del adoptante, en caso este fuese casado.

En caso el adoptante haya sido representante legal del adoptado se presentara el documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas.

En caso el adoptado tuviese bienes se presentara inventario que conste en un instrumento público.

Deberá además adjuntarse medios probatorios que acrediten la solvencia moral del adoptante.

La minuta se eleva a Escritura Pública y debe ser suscrita por el adoptante y adoptado, posteriormente queda a cargo del interesado enviar los partes al registro civil de la Municipalidad donde se encuentra inscrito el nacimiento, a fin de que anote una nueva partida.

8. Adopción de menores de edad.

Resulta pertinente acotar que en Perú, la adopción de menores de edad, se tramita en la vía administrativa, requiriendo para ello que previamente el niño, niña o adolescente haya sido declarado judicialmente en abandono(Artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes).

A. El trámite de la adopción de niños, niñas o adolescentes, en la vía administrativa

El trámite se encuentra regulado por la ley 26981 y su reglamento número **010-2005- MIMDES de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono**

Las personas que pueden acceder a adoptar a un niño, niña o adolescente, son, los cónyuges o persona natural(Decreto Supremo 10-2005-MINDES. Artículo 9). En este caso no se habla de la adopción por convivientes, siendo que si bien, en la vía judicial, se puede hacer control difuso de ser el caso; ello no está permitido en sede administrativa.

Deben apersonarse a la Secretaría Técnica de Adopciones, donde se les informa sobre el tema, inscribiéndolos si lo desean. Deben asistir a las charlas informativas y talleres interactivos que se programen para tal fin. Una vez que hayan asistido a estas dos actividades podrán acercarse a la sede de la Secretaría Nacional de Adopciones donde se les entregará una ficha de inscripción, la cual deberá ser llenada por los solicitantes adjuntando fotos de su vivienda, dándose así inicio al proceso de su preparación que comprende las entrevistas personales, visitas domiciliarias y aplicación de las pruebas psicológicas correspondientes. La evaluación comprende:

- a) EN EL ASPECTO SOCIAL:** Una visita social domiciliaria. En caso que alguno de los profesionales del Equipo Técnico lo considerase necesario podrá citar a los adoptantes a una nueva sesión.
- b) EN EL ASPECTO PSICOLÓGICO:** Dos entrevistas psicológicas. En caso que alguno de los profesionales del

Equipo Técnico lo considerase necesario podrá citar a los adoptantes a una nueva sesión.

c) EN EL ASPECTO LEGAL: En el aspecto legal, son los requisitos exigidos en el reglamento Nro. 010-2005-MINDES de la ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono.(Artículo 14, 15, 16 y 17 del reglamento Nro. 010-2005-MINDES de la ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono).

Debe formarse un expediente administrativo que en líneas generales debe contener:

- a) Solicitud dirigida a la Secretaría Nacional de Adopciones en la que se presenta el o los solicitantes exponiendo los motivos que tienen para adoptar una niña, niño o adolescente, de acuerdo al formato anexo.
- b) Copia fedateada del documento de identidad de los adoptantes.
- c) Copia fedateada de la Partida de Nacimiento de los adoptantes.
- d) Los cónyuges presentarán copia fedateada de la Partida de Matrimonio Civil.
- e) En caso de ser divorciado o divorciada, presentarán copia certificada de la Sentencia de Divorcio debidamente inscrita en el Registro de Personas Naturales de los Registros Públicos.
- f) Copia fedateada de la Partida de Nacimiento del hijo o hijos biológicos, de ser el caso.
- g) En caso de viudez, copia fedateada de la Partida de

Defunción correspondiente.

- h) Copia fedateada de la Partida de Nacimiento del hijo o hijos adoptados y copia del o los reportes de seguimiento post - adoptivo, en aquellas adopciones que no hayan sido tramitadas en la Secretaría Nacional de Adopciones, de ser el caso. i. Certificados de Antecedentes Policiales y Penales.
- i) Certificado Domiciliario.
- j) Certificados Médicos de salud física y mental, con una antigüedad no mayor de tres meses, expedidos por un centro de salud o institución autorizada, exámenes de VIH, Hepatitis B, otras enfermedades infecto-contagiosas y rayos X de pulmones, incluyendo a las personas que conviven con los adoptantes.
- k) Certificados de Trabajo, Constancia de Ingresos, Declaración Jurada del Impuesto a la Renta y demás documentos que acrediten ingresos estables y capacidad económica.
- l) Fotografías de los adoptantes y de su hogar, cuya antigüedad no deberá ser mayor de cuatro (4) meses.

Tratándose de residentes extranjeros en el Perú, deberán acreditar una permanencia no menor de dos (2) años en el país, al momento de presentar su solicitud de adopción y una permanencia posterior de tres (3) años. Se necesita, autorización oficial de su país para adoptar una niña, niño o adolescente peruano en estado de abandono judicialmente declarado.

Revisado el expediente, si éste careciera de algún requisito, o se necesitara mayor documentación, esto será comunicado mediante resolución u oficio a los adoptantes, a fin de que subsanen la

omisión o defecto en el plazo de quince (15) días hábiles, prorrogables, período durante el cual se suspende el plazo establecido en el artículo 10.

Para la subsanación de las observaciones, se exigirá la misma formalidad establecida en los artículos 14 y 16 según corresponda, en relación a las traducciones y legalizaciones de documentos. Tratándose de documentos provenientes del extranjero, se tendrá en cuenta el término de la distancia.

De no subsanarse las omisiones o defectos, se archivará el expediente, lo que deberá ser comunicado a los adoptantes.

En caso que el expediente haya cumplido con todos los requisitos de Ley, y la evaluación psico-social y legal haya sido favorable, se emitirá la respectiva Declaración de Aptitud y se incluirá a los solicitantes en la lista de adoptantes aptos, inscribiéndolos en el Registro Nacional de Adoptantes; es decir existe un tiempo de espera.

Declarado judicialmente el estado de abandono de una niña, niño o adolescente y con posterioridad al estudio de sus características personales, el Equipo de Trabajo de la Secretaría Nacional de Adopciones deberá proponer al Consejo Nacional de Adopciones, ternas o duplas de adoptantes en favor de cada niña, niño o adolescente susceptible de adopción con la finalidad que el Consejo designe al adoptante más compatible e idóneo, quedando en segundo y tercer lugar los adoptantes restantes de acuerdo a las mismas consideraciones. Puede haber designación directa siempre que se considere que sus características compatibilizarán

con las expectativas de los adoptantes, que soliciten una niña o niño con discapacidad física y/o mental, o que sea mayor de cinco (5) años, y/o hermanos y en cualquier otro caso debidamente fundamentado.

En caso que no se produzca la aceptación por parte de la niña, niño o adolescente, o de los adoptantes, y el Informe de Empatía sea desfavorable y siempre que medie motivo justificado para la no aceptación de los adoptantes, éstos tendrán una segunda oportunidad para ser designados, lo que a comparación del proceso judicial, no ocurre.

Después de que se produce la aceptación se da en colocación familiar la niña, niño o adolescente que tendrá un plazo de siete días naturales durante los cuales, el especialista que designe la Secretaría Nacional de Adopciones, realizará las visitas y/o entrevistas que considere necesarias para apreciar la adaptación de la niña, niño o adolescente con su familia adoptiva. Si el informe de colocación familiar es aprobatorio, dentro de las veinticuatro (24) horas de recibido, la Secretaría Nacional de Adopciones expedirá la respectiva resolución declarando la adopción, la cual deberá ser motivada y firmada por el Secretario Nacional de Adopciones y rubricada en cada una de sus páginas. La resolución administrativa que declara la adopción deberá ser comunicada en el día al Juzgado o instancia administrativa que conoció de la Investigación Tutelar de la niña, niño o adolescente. Es pertinente señalar que, desde que se emitió la resolución que autoriza que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables se haga cargo de los procesos de investigación tutelar de abandono de menor (diciembre del 2013) no se han remitido –a la

fecha- a ningún Juzgado de Familia del Cercado, expedientes a efecto declarar el estado de abandono de algún niño, niña o adolescente sujeto a dichos procesos.

8.1. Procedimiento de adopción de menores de edad.

8.1.1. Procedimiento administrativo de declaración de aptitud para adoptar a menor

Pueden solicitar la Adopción vía administrativa los peruanos o extranjeros residentes o aquellas personas que viven en países con los cuales el Perú haya suscrito convenio de adopción y existen entidades colaboradores de adopción autorizadas para promover adopciones en el Perú.

Pueden solicitar la Adopción las parejas de cónyuges o los solteros, de preferencia menor de 55 años de edad y por lo menos 18 años mayores al niño o niña o adolescente que deseen adoptar.

Las solicitudes de Adopción que llegan a la Secretaría Nacional de Adopciones son más numerosas que los niños que han sido declarados en condición de ser adoptados. Por esa razón, el MIMP ha implementado la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar - UGIT, instancia perteneciente al INABIF encargada de llevar a cabo el procedimiento de Investigación Tutelar, que es el conjunto de actos y diligencias tramitados administrativamente que están destinados a verificar el presunto estado de abandono en que se encuentra un niño, niña o adolescente.

❖ **Etapa: preadoptiva o evaluativa**

1. Asistencia a la Sesión Informativa.
2. Asistencia a los Talleres de Preparación para la Adopción.
3. Los solicitantes ingresan la Ficha de Inscripción a Mesa de partes.
4. Evaluación psicosocial.
5. Evaluación legal: entrega de carpeta con documentos para la evaluación legal.
6. Declaración de aptitud(De lo contrario se resuelve la improcedencia o situación desfavorable para la adopción).
7. Ingreso al Registro Nacional de Adoptantes.
8. Propuestas de Designación al Consejo de Adopciones.

❖ **ETAPA: ADOPTIVA**

1. Se comunica la Designación.
2. Tienen siete días, para enviar carta de aceptación.
3. Comunicación a alberge para preparación del niño.
4. Etapa de Empatía: Presentación del niño con su familia; dura de cuatro a siete días hábiles.
5. Externamiento.
6. Etapa de Colocación Familiar con fines de adopción: dura siete días naturales, prorrogables a siete días naturales más. Durante esta etapa se realizan dos visitas una inopinada y otra concertada.
7. Firma de la Resolución de Adopción y el compromiso de seguimiento y acompañamiento post adoptivo.
8. Plazo de ley para que la resolución de adopción quede firme

(1 día)

Comunicación a la RENIEC y obtención de la nueva partida del niño, niña o adolescente adoptado.

❖ **Etapas: seguimiento y acompañamiento post adoptivo**

En el Seguimiento y Acompañamiento Postadoptivo Nacional, se realizan visitas semestrales a las familias por tres años. En caso de adopciones internacionales las familias o instituciones autorizadas deberán remitir informes semestrales durante un periodo de 4 años, salvo lo dispuesto en los convenios internacionales.

8.1.2. Procedimiento de adopción de menores sin previa declaración de menor en abandono

❖ **Circunstancias especiales que viabilizan la declaración judicial**

Estas adopciones de niños, niñas y adolescentes son tramitadas exclusivamente por vía judicial, debido a la existencia de un tipo de vinculación a la adopción entre el menor por adoptar y el (los) futuro (s) adoptante (s).

El Artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, establece que por vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de Adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

- a. El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos;
- b. El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y,
- c. El que ha prohiado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años.

❖ **Competencia y procedimiento**

Es competente para conocer este proceso el Juzgado de Familia y la vía procedimental que le corresponde es la de Proceso Único.

La demanda se presenta por escrito y contendrá los requisitos de los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

Admitida la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado la conteste.

Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del fiscal.

Iniciada la audiencia se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante.

Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvención.

Concluida su actuación, si el Juez encuentra infundada las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente. Si hay conciliación y esto no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejara constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia.

A falta de conciliación y, si producida ésta, a criterio del Juez afectará los intereses del niño o del adolescente, éste fijara los puntos controvertidos y determinará los que serán materia de prueba.

El Juez deberá escuchar al niño o al adolescente, luego actuará los medios probatorios, las partes expresarán oralmente sus alegatos.

El Juez podrá, en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, mediante resolución debidamente fundamentada.

Luego de contestada la demanda, el Juez, para mejor resolver, podrá solicitar al equipo técnico un informe social respectivo de las partes intervinientes y una evaluación psicológica si lo considera necesario.

Concedido los alegatos, el Juez remitirá los autos al fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devuelto los autos, el Juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos.

La resolución que declara inadmisible o improcedente la demanda y la sentencia es apelable con efecto suspensivo. Dentro de los tres días de notificada.

Las decisiones adoptadas por el Juez durante la audiencia son apelables, sin efecto suspensivo y tiene la calidad de diferidas.

La apelación con efecto suspensivo será tramitada por el auxiliar jurisdiccional dentro del segundo día de concedida la apelación, enviándola a la Sala de Familia. Recibidos los autos, la Sala los remitirá en el día al fiscal para que emita dictamen en el plazo de cuarenta y ocho horas y señalará dentro de los cinco días siguientes, la fecha para la vista de la causa.

Sólo excepcionalmente las partes podrán alegar hechos nuevos, ocurridos después del postulatorio. La Sala resolverá dentro de los tres días siguientes a la vista de la causa.

Rige la regulación supletoria en el Código Civil y en el Código Procesal civil.

9. Diferencia de la adopción de mayores con la adopción de menores

Un caso común que involucra la adopción de un menor es cuando una persona o pareja no puede tener hijos biológicos, o de otra manera escoge adoptar un niño que no se encuentra relacionado biológicamente con ellos en manera alguna. En algunos casos, desde luego, hay parientes que adoptan niños menores que son sus parientes consanguíneos; por ejemplo, esto ocurre con frecuencia cuando un niño es retirado de la casa de sus progenitores por abuso y/o negligencia, o un progenitor no puede hacerse cargo del niño por alguna razón, y un pariente da los pasos necesarios para

adoptarlo. Asimismo, con frecuencia ocurren las adopciones efectuadas por padre afines, en este caso, uno o ambos progenitores biológicos, voluntaria o involuntariamente renuncian a sus derechos paternos a fin de permitir que un padre afín lo adopte como su hijo o hija afín.

También es relativamente común que los padres adoptivos, o las personas que toman a su cargo a niños que han sido sacados de la casa de sus progenitores por abuso o negligencia (menores declarados en estado de abandono), opten por su adopción.

En el caso que nos ocupa, la adopción de adultos tiene lugar típicamente bajo muy diferentes circunstancias; y tradicionalmente, las leyes sobre la adopción de adultos han sido aprobadas a fin de comprender los casos de los padre afines que desean adoptar a sus hijastros posteriormente en su vida, y cuando estos hayan adquirido sus derechos civiles con capacidad de ejercicio (La capacidad de ejercicio, en el ámbito jurídico, es la cualidad jurídica de una persona que determina la eficacia de sus actos jurídicos. También es posible definirla como la facultad de la persona para crear, modificar, o extinguir derechos y obligaciones), y casos en que el adulto que va a ser adoptado se encuentra discapacitado de alguna manera. Con frecuencia, los padre afines no pueden adoptar a sus hijastros debido a algún impedimento, tal como el rechazo de un progenitor biológico a dar su consentimiento a la adopción durante la minoría de edad del hijo. Sin embargo, una vez que el hijo cumple los 18 años, ya no se requerirá el consentimiento del progenitor biológico, y puede llevarse a cabo la adopción del hijastro. Igualmente, los padre afines, u otras personas que den cuidados, pueden adoptar a un adulto discapacitado a fin de proporcionarle

beneficios tales como seguro médico y derechos hereditarios. Aún más, en años recientes, las parejas del mismo sexo se han aprovechado de las leyes sobre la adopción de adultos a fin de conseguir los beneficios de la ley sobre herencias, más aun si los matrimonios entre personas del mismo sexo no están legalizados en nuestro país.

Sin embargo, las adopciones que involucran adultos y niño menores de edad son bastante similares, pues en ambos casos se crea ciertos lazos de parentesco, semejantes a los que provienen de la filiación legítima(SANJURJO, 1947). Ambos tipos de adopción tienen el efecto de unir legalmente al adoptado con los adoptantes, dando así como resultado derechos hereditarios y otros derechos entre el adoptado y los progenitores adoptantes, idénticos a aquellos que existen entre un progenitor biológico y un niño. Ambos tipos de adopciones escinden la relación legal entre el progenitor biológico y el adoptado, si acaso no ha terminado legalmente, como puede serlo a través de un procedimiento judicial por negligencia y abuso. Esto significa que el progenitor biológico cuyos derechos fueron cortados ya no tendrán relación legal alguna con el niño, incluyendo los derechos de visita, custodia, hereditarios, etc. Igualmente, el adoptado ya no tendrá derecho a heredar del progenitor biológico a la muerte de éstos.



CAPITULO III

CAPITULO III: LA ADOPCIÓN DE LOS NIÑOS POR PARIENTES Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. Origen del principio del interés superior del niño

La protección de la infancia ha sido una constante preocupación de la comunidad internacional ya desde 1924 donde, en el marco de la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, se sancionó la Declaración de los Derechos del Niño, primer instrumento internacional que aborda la cuestión de los derechos de la infancia. La llamada Declaración de Ginebra en la que:

“Reconociendo que la humanidad debe a los niños lo mejor que pueda darle, declara y acepta como su deber, que más allá y sobre toda consideración de raza, nacionalidad o credo: I. Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual” (Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño,, 1924.).

Más adelante en el tiempo surge, la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por las Naciones Unidas en el año 1959 que dispuso en su segundo apartado que:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (Declaración de los Derechos del Niño, 1959).

Asimismo en similares términos, se ha expedido el Convenio de Protección de Menores de 1961, adoptado en el marco de la Conferencia Internacional de la Haya.

También la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción

de interés superior del niño, esto según el maestro CILLERO BRUÑOS, quien manifiesta:

“Ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación, no sólo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).” (CILLERO BRUÑOS, 2007)

En esta travesía hacia la completa tutela de los niños y adolescentes, la inserción de la Convención sobre los Derechos del Niño entre los instrumentos internacionales que conforman la protección integral de la infancia ha venido a marcar un hito fundamental. Si bien en definitiva, la mentada Convención reitera gran parte de los derechos humanos reconocidos en los otros tratados y convenciones anteriormente proclamados, nos expresan los autores GIL, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA; que:

“Su aplicación específica a los individuos menores de 18 años de edad procura afirmar con mayor énfasis que los niños- como todas las personas- son titulares de derechos fundamentales y que es deber del estado promover y garantizar su efectiva protección igualitaria(GIL, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA., 2006)”.

2. Desarrollo Normativo Internacional.

Una primera aproximación a la regulación internacional de este principio se encuentra en la Declaración de Ginebra de los Derechos del niño, adoptada por la Liga de Naciones en 1924 y el primer instrumento internacional que se ocupa específicamente de los niños. En este documento se reconoce que la humanidad le debe al niño lo mejor que pueda darle y, además, la necesidad especial de protección que requieren todos los niños.

Otro documento internacional que ha regulado la necesidad de la protección especial del niño y adolescente es la Declaración sobre los Derechos del niño de 1959 cuyo Principio 2 establece que:

*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, **la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Resaltado nuestro).***

Esta es la primera mención literal de este principio dentro de un instrumento internacional. Este principio ha sido incorporado en otros instrumentos internacionales relacionados con los derechos de la niñez como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que en el artículo 5b se establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que:

*(...) la educación familiar incluya (...) el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que **el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. (Resaltado nuestro).***

También en su artículo 16 –1– d se regula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

*(...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; **en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (...)***

Así también en el artículo 5 de la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en

hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de 1986 se establece:

*En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, **los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.***

Ahora bien, con respecto a este principio no ha sido incorporado en los documentos internacionales sobre los derechos humanos de todas las personas (incluyendo los niños) el deber de protección especial a los niños y adolescentes están incluidos en la **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1959** en cuyo Artículo 25.2 señala que: “*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”; asimismo la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** en su artículo 19 versa que: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”; de la misma forma el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** en el Artículo 24.1 dice que: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”; y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** expresa en el Artículo 10.3: que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida*

o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

Además, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Comité sobre Derechos Humanos ha señalado en numerosas ocasiones en sus Observaciones Generales el interés superior del niño y su importancia fundamental y hasta ha sido usado para determinar el resultado de quejas individuales presentadas ante ellos (ALSTON, 1996.).

La Convención sobre los Derechos del niño (1989) fue el **primer documento en reconocer que los niños y adolescentes son sujetos de Derecho** y, como tales, tienen una serie de derechos que pueden oponer al Estado y, de esta forma, limitar su actuar. Hasta este Tratado los niños y adolescentes no eran más que objetos de atención y de medidas de protección. La Convención sobre los Derechos del Niño le otorga capacidad de sujetos de derechos. Cabe mencionar que debido a la casi universal ratificación de este Convenio este principio puede ser incluso considerado un principio general de Derecho, según lo estipulado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia así como su carácter consuetudinario y esto se expresa en el “*Artículo 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) c- los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas (...).*”

El principio del interés superior del niño y adolescente está consagrado en el artículo 3 que reza así:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Resaltado nuestro).**

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Si bien este principio ya había sido consagrado en los otros documentos referidos, el lado novedoso de su inclusión en este Tratado en su alcance(Emily, .)ya que crea una obligación muy importante para los Estados: asegurar que los intereses de los niños sean tenidos en cuenta por el gobierno y en toda decisión que tenga algún impacto sobre ellos.

El artículo antes citado contiene uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en conjunto con los artículos 2 (no discriminación), 6 (derecho a la vida) y 12 (derecho a que el niño sea escuchado) conforman llamados derechos “sombrilla” (umbrella) pues abarcan a todas las disposiciones de la Convención. Esto significa que todos los derechos y obligaciones contenidas en la Convención obtendrán su contenido y serán interpretados de acuerdo a estos artículos.

En el primer párrafo del artículo 3 de la Convención se menciona que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Esto implica una regla de procedimiento que regula cómo se llevará a cabo la toma de decisiones. Se estipula que el interés superior de los niños deberá ser tomado en cuenta mas no se menciona que será el único interés a tomarse en cuenta. Salvo algunos casos específicos mencionados por la misma Convención en que el interés superior del niño y adolescente será la consideración fundamental, (Es el caso de la adopción (artículo 21) y las obligaciones parentales (artículo 18.1).) este Tratado es claro al sólo obligar a los estados a tener en cuenta el interés superior y adolescentes de los niños como una consideración primordial al tomar decisiones que los impacten.

Un análisis literal nos lleva a apreciar que cuando se usa el término “en todas las medidas” se abarcan no sólo medidas llevadas a cabo por el Estado sino también entidades privadas que tomen acciones relativas a los niños como grupo. No se menciona a la esfera familiar o doméstica. Sin embargo en el artículo 18(1) se establece el interés superior viene a ser una línea directiva al criar a un niño y adolescente para asegurar su desarrollo y se enfatiza que este interés superior será la preocupación básica de los padres.

La consideración de los derechos del niño debe ser incluida en los planes nacionales y las políticas para los niños y adolescentes, y debe tenerse en cuenta por el Congreso y el Gobierno cuando su actividad concierna de alguna forma a los niños y adolescentes. Por tanto, en este párrafo viene a formarse una obligación para los Estados que los conmina a garantizar que en todas las medidas que

conciernan al niño y adolescente haya sido tomado en cuenta el interés superior del niño.

Al incluirse en esta obligación a los órganos legislativos, se está conminando a que cuando se promulgue una ley, el Estado verifique que se haya preservado el interés superior de los niños y adolescentes. Por otro lado, también están obligadas las entidades privadas de bienestar social vinculadas con la ayuda a la infancia como pueden ser Asociaciones u ONGS.

En la Observación General N° 05 sobre *“Medidas Generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”* el Comité sobre los Derechos del Niño hace hincapié en que el principio del interés superior llama a tomar medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Asimismo, insta a todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales a aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se pudieran adoptar. Se mencionan también a las leyes, las políticas propuestas o existentes, las medidas administrativas y las decisiones de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

No obstante, a pesar de la obligación estatal generada en este artículo, éste no ha sido definido en este documento y tampoco se ha señalado los métodos para llegar a definir cuál es el interés superior del niño, dejando de esta forma todo en manos de la persona encargada del análisis. Es más, el Comité sobre Derechos del Niño a la fecha no ha redactado una Observación General dedicada en su integridad a este principio. Es por esto que su aplicación en cada caso implica la necesidad de definir cuál el interés del niño o grupo de niños en concreto.

Si bien no existe una determinación o las herramientas para realizarla, el interés superior es recogido de forma específica en varios artículos de la Convención, generando la obligación de considerarlo en situaciones particulares relacionadas con:

- **Separación de los padres (Artículo 9 (1) y (3)):** Los niños no deben ser separados de sus padres, ni el contacto con alguno de ellos puede prohibirse a menos que vaya contra su interés superior.
- **Responsabilidad de los padres de la crianza de los hijos (Artículo 18 (1)):** Ambos padres tienen la responsabilidad primordial de la crianza de sus hijos y el interés superior de los mismos será su principal preocupación.
- **Privación el ambiente familiar (Artículo 20):** Los niños que son temporal o permanentemente privados del ambiente familiar o aquellos que por su interés superior no deban permanecer en ese ambiente tienen derecho a protección especial y asistencia.
- **Adopción (Artículo 21):** El Estado deberá proveer al niño o adolescente de asistencia especial y protección en asegurar que se establezcan los procedimientos adecuados para que este principio sea respetado.
- **Restricción de la libertad (Artículo 37 (c)):** Los niños o adolescentes que son privados de su libertad deben ser separados de los adultos a menos que se considere que de acuerdo a su interés superior sea mejor no hacerlo.
- **Audiencias en materia penal (Artículo 40 (2) (b) (iii)):** Los padres y representantes legales deben estar presentes a menos que se considere de acuerdo a su interés superior sea mejor no hacerlo.

A pesar de que existen estas menciones específicas, el interés superior es un principio que ha de aplicarse en toda actividad de la implementación de la Convención pero se hace necesaria esta mención específica en los casos en que se restringirá un derecho ya reconocido (derecho a que los hijos se críen con sus padres, la pérdida de libertad, por ejemplo)(ZERMATTEN, 2010.). En estos casos delicados por naturaleza en que el interés superior del niño y adolescente pasa a ser la consideración primordial y antecederá a intereses como el de la familia y del Estado.

3. Definición.

La definición del principio del interés superior del niño, se puede decir que parte principalmente del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño donde se dispone que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.(30162).

Podemos interpretar entonces, que éste artículo de la citada Convención establece que el interés superior del niño se consideraría como una pauta para el actuar de los órganos del Estado y particulares, siendo que este principio tendría que aplicarse teniendo en consideración cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados, o se verían perjudicados, por las decisiones y las medidas que se adopten en cada acción de estos órganos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características:

“Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz

política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”.(CILLERO BRUÑOS, 2007)

Se ha procedido a encontrar en la doctrina jurídica, que se considera al interés superior del niño como un principio vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones, así como lo expresan los maestros **GIL ANDRÉS, MARÍA VICTORIA FAMA Y MARISA HERRERA**

“Ante lo cual han seguido a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial diferentes planteos metodológicos para su identificación”(GIL, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA., 2006)

Incluso el doctrinario **CILLERO BRUÑOS**, ha sostenido que:

“Constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico(CILLERO BRUÑOS, 2007) ”.

Diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia siguiendo al maestro **CILLERO BRUÑOS** nos expresa que:

“Permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra(CILLERO BRUÑOS, 2007) ”.

Ante ello, creemos que el carácter indeterminado de este principio evidencia que algún grado de amplitud resulta inevitable, e incluso recomendado. Porque, así como lo señalaron los doctrinarios **GIL ANDRÉS, MARÍA VICTORIA FAMA Y MARISA HERRERA** que:

“El juez, cuando interpreta cuál es el interés del niño en el caso concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales. Su certeza es relativa porque sólo el devenir podrá decir si el vaticinio

es acertado(GIL, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA., 2006)”.

Dicho de otro modo, el Juez debe valorar en cada caso concreto cuál es el Interés Superior de cada Niño, según el caso que sea materia de pronunciamiento.

Sin embargo, y a pesar de esta insuperable indeterminación, “debemos procurar que la libertad de apreciación que posee el destinatario de la norma en su labor de búsqueda esté por un lado, necesariamente ligada a la realización de los derechos fundamentales de los niños y, por el otro, alejada – en la medida de lo posible- de las preferencia y valoraciones personales que nada tienen que ver con la satisfacción de tales derechos, y mediante las que se tiende a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce(GIL, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA., 2006)”.

De la misma forma consideramos que la protección del interés superior del niño tiene por objetivo constituir una garantía al desarrollo integral del niño, y en palabras del maestro BERMUDEZ, Manuel, nos expresa:

“Por lo cual no puede ser restringido a una mera “directriz” porque este concepto gaseoso impide una real aplicación de sus objetivos en los procesos judiciales donde se ventilan los derechos del niño(BERMUDEZ, 2011)”

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “Principio” que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar “El interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, así como lo señalaron los doctrinarios **GIL ANDRÉS, MARÍA VICTORIA FAMA Y MARISA HERRERA.**

“No porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los

niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen(GIL, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA., 2006) ”.

4. Funciones y Características.

Para el tratadista Zermatten(ZERMATTEN, 2010.) y Alston han identificado ciertas funciones y características del principio del interés superior que pasaremos a revisar. Las funciones señaladas por este autor están incluidas en dos criterios:

1. **Criterio de control:** el interés superior sirve para asegurar que el ejercicio de derechos y las obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos. En temas concernientes al derecho de familia, servicios de protección de los niños, las situaciones de cuidado alternativo y los casos de migración es necesario determinar si el interés superior del niño ha sido considerado.
2. **Criterio de Solución:** El concepto de interés superior asiste a los funcionarios encargados de tomar medidas con el fin de arribar a decisiones apropiadas en casos que involucren niños. Así, en estos casos se debe llegar a soluciones con el impacto más positivo o el menos negativo para el niño y adolescente.

Alston (ALSTON, 1996.), por su parte, considera que el interés superior juega los siguientes roles:

- Apoya, justifica o clarifica junto con los demás artículos de la Convención un enfoque en particular sobre temas concernientes a los niños y adolescentes, por lo que es un elemento de construcción de normas legales y a la vez un elemento que debe ser tomado en cuenta a la hora de implementar otros derechos. Es decir, el análisis del interés superior del niño puede ser el fundamento de la creación de

una norma legal y, a la vez, puede servir para definir la forma en que habrá de implementarse otros derechos.

- Es un principio de mediación que puede ayudar a resolver conflictos entre distintos derechos, a partir de la Convención. Es decir, habrá de usarse al interés superior del niño para realizar la ponderación de estos derechos.
- Puede servir para evaluar leyes, prácticas y políticas que conciernan a los niños y adolescentes pero que no están bajo obligación directa dentro de la Convención. Es decir, permite un examen de lo ya regulado con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes.

Sobre las características de este principio Zermatten enumera las siguientes(ZERMATTEN, 2010.):

1. El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial stricto sensu sino que es un principio de interpretación que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernan a los niños.
2. El artículo 3(1) impone una obligación a los Estados de que el interés superior del niño o niños será una consideración inmediata durante el proceso de toma de decisiones en temas que conciernan a los niños y adolescentes.
3. Si bien este artículo establece una obligación clara, es tan sólo una entre muchas normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, además de otras fuentes legales nacionales e internacionales que afectarán los que constituye el interés superior del niño y adolescente. Por tanto, siempre ha de tenerse en cuenta el estándar más alto favorable al interés superior de los niños.
4. Esto es particularmente importante porque como veremos más adelante el Perú cuenta con un estándar más alto de protección del interés superior del niño y adolescente.

5. El concepto de interés superior es uno indeterminados que debe ser clarificado en la práctica. La jurisprudencia debe ayudar a desarrollar soluciones para situaciones individuales o de un grupo de niños.
6. Este principio está inmerso en un espacio y tiempo en particular. Por tanto, su determinación en el caso concreto va a depender del conocimiento científico en constante evolución y ha de tener en cuenta los estándares de interpretación válidos existentes.
7. Una decisión que tenga en cuenta el interés superior del niño deberá haber considerado las consecuencias a corto, mediano y largo plazo de la misma.
8. Es un principio en constante evolución pues el conocimiento continúa desarrollándose.
9. El criterio del interés superior es doblemente subjetivo. Por un lado, está la subjetividad colectiva (en una sociedad, en cualquier momento de la historia, existe una idea de lo que es mejor para un niño) y, por otro, la subjetividad individual (que incluye las ideas de lo que significa el interés superior para los padres (o representantes legales), para el niño en cuestión y para el juez o el funcionario que tiene a su cargo tomar decisiones).

5. Desarrollo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de sus sentencias y opiniones consultivas o sentencias ha hecho un esfuerzo por exponer el alcance de este principio.

Como se mencionó antes, la Convención Americana no contiene un artículo que mencione literalmente al interés superior del niño. Sin embargo, la Corte ha señalado que para la interpretación de las

obligaciones estatales con los niños y adolescentes se ha de acudir a otros instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño(CIDH, 10 de marzo de 1999).

En el caso Villagrán Morales vs. Guatemala, más conocido como “Niños de la Calle” la Corte se manifestó por primera vez sobre el artículo 19 en el que se estipula que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, y ubica a la Convención dentro del Corpus Juris de derechos del niño en el que están incluidos otros tratados a los que se referirá para precisar las medidas de protección necesarias y adecuadas.

La CIDH se ha manifestado en cuanto a la responsabilidad de los Estados en materia de protección de menores y ha reconocido que los niños tienen derecho a medidas especiales de atención y protección. Estas medidas especiales de protección vienen a plasmarse en la obligación del Estado de considerar el interés superior ante cualquier medida que fuera a tomar.

Así, en el caso Alan García vs Perú(CIDH., Febrero de 1995.), la Corte señaló que los instrumentos internacionales de salvaguarda de los derechos del niño han interpretado el derecho a las medidas que su condición de menor requieren como una obligación afirmativa de los Estados de considerar en todas sus acciones el interés superior del niño. En el caso Bulacio vs Argentina, la Corte fue claro al señalar que cuando se trate de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr tal protección regirá siempre el principio del interés superior del niño(CIDH, Caso Bulacio vs. Argetina Párrafo 134. p. 55 , 18 de setiembre de 2003).

La CIDH ha ahondado en este principio en su Opinión Consultiva OC – 17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del

Niño y construye el contenido de este principio en tres niveles(DELPIANO LIRA):

El primero está relacionado con su calidad de principio regulador de la normativa de los derechos del niño, fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Un segundo nivel, este principio funciona como una forma de interpretación de todos los derechos contenidos dentro de la Convención Americana cuando estén referidos a los niños y adolescentes. Así, toda violación a alguna obligación contenido en el corpus juris de protección del niño y adolescentes es también una violación del artículo 19 de la Convención Americana.

Por último, en un tercer nivel este principio es una premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la elaboración de normas legales y administrativas sobre ellos o antes cualquier decisión jurisdiccional que los concierna(DELPIANO LIRA).

La Corte se ha manifestado en cuanto a la determinación del interés superior del niño y adolescente en lo concerniente al cuidado y la custodia de menores, la misma que deberealizarse a partir de la evaluación de comportamientos parentales específicos, y su impacto negativo en el bienestar del niño caso por caso. No son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a conceptos tradicionales de familia(CIDH:, 24 de febrero de 2012). Es así que el análisis del interés superior del niño dependerá de la situación de cada niño o

adolescente en particular y habrá de hacerse un análisis de las ventajas y riesgos de una medida en particular. Las decisiones estatales no pueden ni deben sólo mencionar el interés superior del niño como argumento de cualquier decisión si no que están conminado a realizar un análisis de lo que más le conviene a un determinado niño o adolescente en particular (DELPIANO LIRA).

6. El Interés Superior del Niño y Adolescente en el Ordenamiento Peruano

En lo que concierne a nuestro ordenamiento el interés superior del niño está incluido implícitamente en el artículo 4 de la Constitución, que establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente No. 02132-2008-PA/TC:

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental en cuanto establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)” (Así también es señalado en otras sentencias como la del Exp. No. 0187-2009-PHC/TC).

En su sentencia del Exp. No. 2079-2009-PHC/TC el Tribunal Constitucional señala que la tutela especial que el artículo 4 ofrece al niño tiene una base en el interés superior del niño, doctrina que se admite en el ámbito jurídico a través del bloque de constitucionalidad de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en el que se menciona que ante toda medida concerniente a un niño se tomará en cuenta su interés superior.

En la sentencia del Exp. No. 0187-2009-PHC/TC, el Tribunal Constitucional menciona que el respeto del interés superior del niño implica a:

Las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Más adelante adiciona que:

Este principio también impone la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armoniosos e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

Siendo esto así es claro que el Tribunal Constitucional reconoce lo ya visto con anterioridad en el análisis del concepto de interés superior y entiende que éste le impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños y adolescentes en todo ámbito. Y, así, el Estado sume el deber de adoptar acciones y medidas de todo tipo con el fin de proteger a los niños de cualquier amenaza a sus derechos.

El Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente No. 03744-2007-PHC/TC precisó que se deriva del artículo 4 la necesidad de procurar una atención especial y prioritaria en la tramitación de procesos judiciales en los que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de niños, siendo la preservación del interés superior del niño una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado (06165-2005-HC/TC) Así, agrega que la atención prestada debe ser especial en la medida en que un niño posee características singulares y particulares y que sea cual sea el resultado del caso, el tratamiento de sus derechos durante el proceso debe ser escrupuloso. Así también la atención ha de ser prioritaria pues el interés superior del niño tiene precedencia en la actuación estatal respecto de las decisiones judiciales que no involucren sus derechos fundamentales.

Cabe resaltar que según lo visto en el análisis normativo, la Convención sobre los Derechos del Niño impone al Estado la obligación de examinar cualquier medida que concierna al niño bajo la luz de interés superior del niño dándole una importancia primordial. Siendo esto así, la Convención sobre los Derechos del Niño no garantiza la preponderancia de los intereses del niño en todo caso.

Sin embargo, se puede deducir que el Tribunal Constitucional ha subido la valla de protección del niño y adolescente entendiendo que en los casos en que se encuentren el interés superior del niño y el de otros, siempre será preferido en desmedro de cualquier otro interés. En la sentencia del EXP. 02079-2009-PHC/TC se dice que:

“(...) Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés (...). En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último (...).”

En esta misma sentencia se consagra que el principio de interés superior está investido de fuerza normativa y que debe ser entendido como vértice de interpretación en los casos relativos a los niños.

Podemos concluir entonces que en nuestro ordenamiento el principio del interés superior del niño ya no es sólo un principio garantista que extiende una obligación a entidades estatales y particulares sino que se ha pasado a reconocer un derecho subjetivo a favor de los niños de que en cualquier caso su interés superior sea examinado primordialmente y prime sobre cualquier otro interés. Por tanto, los niños tienen conferidos el grado más alto de protección en nuestro ordenamiento.

El principio del interés superior fue recogido en el primer Código de los Niños y Adolescentes de 1992 y, más tarde, en el vigente código del año 2000. El artículo IX del Título Preliminar de este código dice:

En toda medida concerniente al menor que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Ministerio Público, de los gobiernos regionales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del menor y el respeto de sus derechos.

Así también se lo considera dentro de las funciones de la Defensoría del niño y adolescente al establecer en el artículo 45(b) que debe intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados los derechos del niño para hacer prevalecer el principio del interés superior.

Por otro lado, en el artículo 78 sobre la restitución de la Patria Potestad, se menciona que los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva y que el Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

En el caso del régimen de visitas, el artículo 88 y 90 disponen que el interés superior ha de ser el principio que se respetará al asignar o extender el régimen de visitas adecuado a las circunstancias del niño o adolescente.

La importancia y alcance de este principio puede verse representada en la aplicación de este principio por nuestras cortes es la Sentencia de Casación del Expediente 001961-2010, proveniente de la Corte Superior de Lima, de 04 de Octubre del 2011(PODER JUDICIAL-Portal institucional., (Visitado por última vez el 12 febrero del 2017), en la que se establece que el artículo del Código de los Niños y Adolescentes que contiene el principio del interés superior del niño (artículo IX) es una norma de procedimiento y que ha de aplicarse

en toda medida estatal, incluyendo naturalmente las decisiones judiciales.

Se menciona que debe aplicarse ante la existencia de intereses en conflicto mediante el razonamiento lógico jurídico que permita priorizar los intereses de los niños y adolescentes sobre los intereses de terceros.

También desarrolla lo que los jueces deben tener en cuenta al aplicar este principio y establece que estos deben otorgar prioridad a los derechos humanos del niño. Al resolver un conflicto de derechos, los jueces deberán asegurar que el niño goce de una protección especial, disponiendo de oportunidades y servicios para poder desarrollarse física, mental, mora, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, en condiciones de libertad, dignidad, debiendo crecer al amparo y bajo la responsabilidad de los padres o, en su defecto, de un ambiente de afecto y de seguridad moral y material siendo protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación, etc.

Es claro, entonces, que este principio obliga a los jueces a la realización de un análisis que abarque todas las formas en que puede afectar su decisión al niño y adolescente, prefiriéndose la alternativa que sea más favorable para el niño o adolescente en cuestión.

Un caso particularmente esclarecedor en cuanto a la aplicación y alcance del principio del interés superior es el que dio lugar a la sentencia de casación del Expediente 000563-2011, proveniente de la Corte Superior de Lima, de 04 de junio de 2012(PODER JUDICIAL- Portal institucional.). En este caso, una madre que había dejado a su hija en el cuidado de sus tíos apenas días luego de haber nacido ésta, acepta en un principio que la niña fuera adoptada por vía de excepción por sus tíos. Luego se retracta, y aduce que al no

dar su consentimiento, como lo exige la ley, la adopción no puede proceder.

En este caso la Corte Suprema, siguiendo la posición del Tribunal Constitucional, reafirmó que existe un deber de velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que se enfrenten o esté en riesgo el interés superior del niño, sea preferido siempre este último antes que cualquier otro interés. En esa línea, en esta sentencia se extendió que existían dos derechos en contraposición, el de la madre de ejercer su patria potestad y prestar su asentimiento para dar en adopción a su hija y el de la hija a vivir en una familia idónea, la misma que desde una edad muy temprana había incluido a los padres que pretendían adoptarla.

Este conflicto fue resuelto guiado por el principio del interés superior del niño, prefiriéndose entonces que la niña fuese adoptada por su familia de hecho sin necesidad del consentimiento de la madre.

Se puede ver que el poder de discrecionalidad que tienen los jueces al aplicar este principio es muy amplio pues incluso permite que los mismos no apliquen normas legales luego de un análisis de lo que se considera más beneficioso para el niño o adolescente en cuestión.

A manera de conclusión, concordamos con Ramírez⁶¹⁷ en que en nuestro ordenamiento este principio tiene tres formas de manifestación en nuestro ordenamiento jurídico: 1) inspiradora pues delimita el accionar del legislador al aprobar normas que conciernan a los niños y adolescentes; 2) interpretativa, ya que es una herramienta de interpretación para los funcionarios que tienen a su cargo tomar decisiones que impliquen a los niños; e 3) integradora porque se la utiliza cuando exista una deficiencia normativa.

6.1. Definición del Principio de Interés Superior del Niño.

A partir de lo ya desarrollado hasta aquí se esbozará una definición de este principio que trata de comprender sus principales características.

El interés superior del niño es un principio de interpretación fundamental en el sistema de derechos humanos de los niños y adolescentes que funciona como una regla procedimental que garantiza que los Estados y particulares, encargados de tomar medidas que conciernen a los niños y adolescentes, evaluarán el impacto de tal decisión en los intereses de los mismos como paso previo a la toma de una decisión en particular.

A la vez, funciona como un criterio de control pues a través de la valoración de efectos y consecuencias que una medida en particular (sea ésta una norma, una resolución judicial, una política en particular, etc.) puede llegar a tener, se controla que el ejercicio de derechos y obligaciones de los niños y adolescentes serán facilitados y cumplidos.

Es, por tanto, el principio inspirador de construcción de normas legales pues le otorga el fundamento o justificación a toda medida que concierna a los niños; también lo es a la hora de resolver conflictos de derechos pues es una herramienta de ponderación, y sirve, además, como un criterio de evaluación de leyes, políticas y prácticas existentes con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes y sus derechos.

La naturaleza de este principio lleva a su determinación en cada caso concreto y, por tanto, es flexible y da pie a que a una protección de los intereses del niño más dinámica haciendo uso de los adelantos que la ciencia, las investigaciones doctrinarias

y los consensos sociales vayan generando siempre en pro de una mejor protección de los derechos del niño y adolescente.

Tanta importancia tiene este principio que nuestro ordenamiento jurídico le otorga el estándar más alto de protección pues el interés superior del niño será preferido ante cualquier otro interés en juego en cualquier tipo de decisión que concierna a los niños y adolescentes, y no sólo en casos específicos como lo señala la Convención de los Derechos del Niño.

7. Adopción por Excepción o por Parientes de los Niños, Niñas y Adolescentes

El artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes establece los tres supuestos por los que procede la llamada “adopción por excepción”. En estos casos, se podrá iniciar acción judicial de adopción ante el Juez Especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente. Tales supuestos son los siguientes:

I. El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar.

En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos que está casado o casada con la persona que quiere adoptar al niño o adolescente por adoptar, de tal forma que tal padre o madre biológico, no pierden sus derechos, no es que otorgue a su hijo en adopción, lo que hace es permitir que su pareja lo adopte.

A. Por lo que a lo expresado en el párrafo anterior nace la interrogante de ¿La no previsión del caso de los convivientes, les impide a éstos que uno de los convivientes pueda adoptar al hijo del otro?

El matrimonio se define como el “acto solemne por el que un hombre y una mujer se unen para hacer vida en común, constituyendo una familia. Se dice del estado de familia, o sea de la relación jurídica que emerge del acto matrimonial y que se adquiere en el mismo acto jurídico”(Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española- definicion de Matrimonio.)

La Constitución Política del Perú, en su artículo 4 establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Podemos decir entonces, que si bien es cierto, el matrimonio es la base fundamental de la familia, que incluso es reconocida como una institución, tal vez la más importante de todas las instituciones de derecho privado, no podemos olvidar que ésta nace del acuerdo de voluntades entre un varón y una mujer de hacer su vida en común; esta voluntad pasa por una “fase” de elección, mediante el cual la pareja elige entre realizar ese “acto solemne” llamado matrimonio y el no realizarlo; la elección que se hace debe ser libre y voluntaria obedeciendo a las opciones y perspectivas personales.

Si la pareja, libre de impedimento matrimonial, elige no realizar el acto solemne llamado matrimonio pero sí decide formar una “familia”, esta unión es denominada unión de

hecho, convivencia, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, etc.

Dentro de nuestra legislación, esta figura no goza de sistematización integral como sí la tiene el matrimonio, pero no está huérfana, ya que es una realidad a la que el legislador no podía hacer ojos ciegos, así la Constitución la reconoce en su artículo 5 cuando establece *“La unión estable de un varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de sociedad de gananciales cuando sea aplicable”*, concepto que concordado con lo dispuesto por el artículo 326 del Código Civil – principio de amparo de unión de hecho- cuando señala que la unión de hecho persigue *“alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio”*

Siendo ello así, se tiene claro que dentro del seno de una unión de hecho, estable y pública, se forma también la familia, misma que es protegida por nuestra legislación y legislación internacional de la cual el Perú es suscriptor (Declaración Universal de los Derechos Humanos), la reconoce como un *“instituto natural fundamental de la sociedad”*, no hace diferencia entre una familia nacida del matrimonio o una familia nacida de la unión de hecho o concubinato propio.

La familia nacida de la unión de hecho, al igual de lo que sucede en una familia nacida en el matrimonio, traen hijos al mundo, ello como un efecto natural de la unión de varón y mujer, con las consiguientes obligaciones naturales y relaciones incluso con terceros como son la familia; por lo que el autor Calderón Beltrán expresa en su libro *“La Familia Ensamblada en el Perú”* que:

“Hablando en términos generales, el modelo de familia propugnado por la Constitución y que merece la mayor protección por parte del Estado y la comunidad, debe sin hacer ninguna referencia a alguna tipología especial de familia, bajo un concepto pluralista, enmarcarse en aquella asociación humana estable, pública, donde sus integrantes se unan en comunidad de vida y a través de convivencia, satisfagan sus necesidades, alcancen sus aspiraciones, desarrollen sus proyectos de vida, compartan afecto, perpetúen la especie y cuiden la prole, sin que éstos dos requisitos sean absolutos o forzosos” (CALDERÓN BELTRAN, febrero 2014)

Entonces, es posible que una pareja unida de hecho pueda petitionar una adopción judicial aduciendo esta primera causal?, pues teniendo en cuenta que el Estado protege la familia y no hace distingo entre una familia matrimonial y la extra matrimonial, pues la respuesta tendría que ser que sí ya que evidentemente existe colisión entre la norma sustantiva con la Constitución Política del Estado cuando establece que *“La comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También a la familia y promueven el matrimonio”*; si los adoptantes no desean contraer matrimonio, esto no es culpa del niño, es una decisión que está dentro de la libertad de estas dos personas; pareja que han formado una unión que también está enmarcada dentro de la legalidad y que con justo derecho desean extender sus lazos familiares.

En ese sentido se pronuncia nuestra Corte Suprema en la Consulta 901-2012 del Santa.

a. Su fin principal.- Constituye una solución integradora de las familias originadas en una segunda unión. **La integración jurídica de las familias**, que se inician a partir de las segundas nupcias o una segunda unión de hecho, no genera

una situación de desamparo respecto de los hijos menores de edad de anteriores uniones. **Se resalta el interés del menor de contar con una familia sólidamente constituida.** Esta adopción busca compenetrar al hijo de una de las partes a la familia constituida por su progenitor.

Dicho en palabras sencillas, a través de esta norma, puede solicitar la adopción el padre afín respecto a su hijo o hija afín.

b. Sus efectos.- Ahora bien, por sus efectos, no se trata de una adopción común, sino de una adopción especial donde, como lo indica la norma, mantiene los lazos con la familia de sangre con el padre o madre que tiene la calidad de cónyuge del adoptante.

II. El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción:

En calidad de definición respecto al parentesco, se puede afirmar que *“familia y parentesco son categorías que dependen una de otra. Como dice el maestro Spota, citado por Zannoni, que:*

“familia y parentesco no son dos conceptos que deban separarse: los unidos entre sí por el nexo del parentesco (y desde luego, por el vínculo conyugal) constituyen la familia”

En la doctrina podemos encontrar la siguiente clasificación del parentesco:

- a)** *Por consanguinidad, que entraña un vínculo de sangre.*
- b)** *Por afinidad, que vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.*

c) *Legal, es decir, la adopción.*

d) *La espiritual, cuyo origen se halla en el Derecho Canónico.”*
(FERNANDEZ REVOREDO)

a) **El parentesco por consanguinidad,** es definido por nuestra legislación en el artículo 236 del Código Civil como la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

b) **El parentesco por afinidad,** como ya se tiene dicho, vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, en esta clasificación únicamente se habla de matrimonio y está contemplado en el artículo 237 del Código Civil. Ambos cónyuges se hallan en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio o mientras viva el ex cónyuge.

En cuestión de adopción, tenemos el típico caso del abuelo que solicita la adopción de su nieto, el tío que solicita la adopción de su sobrino, los motivos son múltiples que más adelante serán materia de análisis.

Sus efectos.- El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con sus integrantes así como sus efectos jurídicos, únicamente subsisten los impedimentos matrimoniales, mediante este tipo de adopción el hijo adoptado adquiere los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico.

La Adopción plena se equipara totalmente a la filiación biológica, sea esta matrimonial o extramatrimonial.(VARSI ROSPIGLIOSI).

III. El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años.

Esta figura fue considerada en la antigua Roma como la opción que tenía el varón sin descendencia para elegir un heredero. En el caso de las mujeres, sí podía hacerlo pero exclusivamente con aprobación real.

El prohijamiento es una institución afín a la adopción, *“también llamada preadoptabilidad, es una situación familiar de hecho en la que una persona funge de padre o madre, sin serlo legalmente, cumpliendo con los deberes propios de una relación paterno – filial. Vivir, criar y mantener integralmente a un niño sin tener la obligación de hacerlo determina el denominado prohijamiento y se demuestra con la posesión constante de estado de familia. (VARSI ROSPIGLIOSI, “Tratado de Derecho de Familia, Derecho de Filiación”).*

Siendo que al evaluar este tipo de adopción por excepción es importante recordar que dentro de un proceso por abandono moral y material, el niño, niña o adolescente de 0 a 17 años puede ser entregado a terceras personas en “acogimiento familiar”, en efecto ello permitiría el inicio de

la “preadoptabilidad” al que referíamos líneas arriba, es así que cuando hablamos de esta figura debemos recordar que antes existió la “Colocación Familiar”, institución que ha sido modificada por la ley número 30162 publicada el veintinueve de enero del dos mil catorce, por la de Acogimiento Familiar. Sin embargo, esta figura (la de acogimiento) establece que no puede otorgarse a las personas que sean aspirantes a la adopción(30162), lo cual es una diferencia sustancial respecto a la ya citada colocación familiar y consideramos debe ser revisada.

Es así que el Acogimiento Familiar es una medida de protección temporal a favor del niño o niña y adolescente quien es acogido por referentes familiares u otras personas idóneas que sin tener parentesco alguno constituyen un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida, o tal como lo dice el artículo dos de la ley nombrada:

“El acogimiento familiar es una medida de protección temporal que se aplica a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o desprotección familiar con la finalidad de ser integrados a su familia extensa o a una familia no consanguínea previamente evaluada o seleccionada.

Los integrantes de la familia extensa o terceros con vínculos afectivos o de afinidad podrán solicitar directamente a la autoridad competente el acogimiento familiar, en los casos en que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de desprotección familiar o riesgo, por la amenaza o violación de sus derechos o cuando los progenitores no puedan cumplir con sus obligaciones parentales por circunstancias graves o excepcionales. La falta de recursos materiales de los padres no autoriza el inicio de una investigación tutelar ni el desapego de su familia nuclear o extensa”.(Artículo 2 de la ley número 30162: Ley de Acogimiento Familiar).

De ello se desprende que el niño o niña y adolescente, para beneficiarse del acogimiento familiar, debe estar dentro de una situación de desprotección familiar o riesgo por

amenaza o violación de sus derechos o cuando los progenitores no puedan cumplir con sus obligaciones parentales por circunstancias graves o excepcionales, esta figura está orientada también a evitar la institucionalización del niño, es decir que el Estado propugna que el niño no tenga que pasar toda su vida en una institución como es un albergue de menores.

Antes de su acogimiento, la familia debe ser evaluada, y únicamente en familias residentes en el Perú y de preferencia familias de su misma identidad cultural, de tal forma que el menor y la familia acogedora, mientras no es adoptado o cumpla la mayoría de edad el niño o adolescente, es periódicamente monitoreado, siempre en cautela del interés superior del niño.

Al realizar el análisis de la ley señalada encontramos que considera diversos tipos de acogimiento como son(30162):

- **Acogimiento en familia extensa.-** Mediante esta medida de protección se dispone el acogimiento del niño, niña y adolescente en su familia extensa, considerando a los abuelos y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con la finalidad de sustituir temporalmente su núcleo familiar y asumir las responsabilidades de la tutela conforme a los artículos 526, 527 y 528 del Código Civil.
- **Acogimiento en familia no consanguínea.-** Mediante esta medida de protección el niño, niña y adolescente es acogido por referentes familiares u otras personas idóneas que sin tener parentesco

alguno constituyen un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida.

La intención de la norma, es que el niño, niña o adolescente tenga un hogar, una familia, que no pase esta etapa tan importante de su vida dentro de una institución, el Estado propicia para que ese niño o niña que por diversos motivos no está al lado de su familia sanguínea, tenga una familia donde se le cariño, protección y atención.

Es así que se establecen requisitos conforme al artículo seis de la ley:

- a)** Edad entre 25 a 60 años, tratándose de acogimiento en familia extensa, bastará con que sea mayor de edad y que cumpla con los demás requisitos de la persona o familia acogedora
- b)** Contar con el acuerdo de todos los miembros de la familia nuclear de la familia acogedora.
- c)** Aceptar ser preparados y permitir la supervisión por un equipo profesional durante el proceso de acogimiento.
- d)** Contar con una vivienda saludable que reúna los requisitos de habitabilidad, salubridad y seguridad interna y externa.

8. Tramite del proceso de adopción por excepción de niños, niñas y adolescentes

Las acciones para la defensa de los derechos de los niños y los adolescentes que tengan carácter de difusos, ya sean individuales o colectivos, se tramitan por las reglas establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes. (Rebecas)

El Trámite Judicial respecto a la adopción se encuentra contenido en el Título II capítulo II del Código de los Niños y Adolescentes; el cual se sujeta al proceso único, que conforme al artículo 164 del Código acotado, la demanda debe contener los requisitos y anexos señalados en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, es decir se aplica en forma general los requisitos de ley, ya que el código de los Niños y Adolescentes no precisa ellos. Así también para declarar inamisible o improcedente la demanda debemos remitirnos al Código Procesal Civil (CPC)

El demandante puede modificar y ampliar su demanda antes de que ésta sea notificada. En el proceso único se puede ofrecer medios probatorios extemporáneos. En los procesos de Adopción por lo general y por no decir siempre, no se ofrece medios probatorios extemporáneos.

El plazo para contestar la demanda, es de cinco días. En los procesos de adopción por lo general existe silencio o pretende adherirse a la demanda, siendo declarado improcedente pues se trata de un proceso único, así la reconvencción también es improcedente, lo que no es presentado en este tipo de procesos.

Con la contestación o sin ella se resuelve la situación jurídica de la parte demandada, y se señala fecha de audiencia única; si bien el Código de los Niños y Adolescentes señala en el artículo 170, que debe realizarse la audiencia dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, ello conforme a la carga procesal que atraviesa el Poder Judicial, no es posible ello.

Durante la audiencia, se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas (artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes.) que serán absueltas por el demandante, en el proceso de adopción, generalmente, no ocurre ello. Se sana el proceso, se fijan puntos de materia de probanza, pero no se concilia por tratarse de derechos indisponibles.

De oficio en este tipo de procesos se puede ordenar la actuación de medios probatorios (artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes.). En los procesos de adopción de oficio, el juez ordena:

Que las partes tanto los padres del niño o adolescente den su consentimiento y los adoptantes se ratifiquen de su solicitud, indicando los motivos de su decisión en ambos casos. Se ordena la realización de un estudio social en el domicilio de los adoptantes. Se ordena que las partes acrediten solvencia material y moral. Se ordena una evaluación psicológica a los adoptantes. Si el niño (a) u adolescente será escuchado en audiencia si es mayor de diez años. (Artículo 12 de la Convención de los niños y adolescentes y 377 numeral 4 del Código Civil).

Todos estos medios probatorios crearan convicción al juez para decidir conforme al interés Superior del Niño, es decir que sea lo

mejor para el mismo así los padres y adoptantes no estén de acuerdo.

Recabados los medios probatorios se remite –el expediente- a vista fiscal y con su opinión se emite sentencia. Si el caso debe ser adecuado a beneficio del niño el juez puede aplicar el control difuso y elevarlo in consulta. La sentencia puede ser apelada, lo que no ocurre en los procesos de adopción.

A comparación del proceso en la vía administrativa en el proceso judicial no existe un periodo de adaptación con la nueva familia, después de haberse emitida la sentencia.

En este tipo de procesos también se ve los casos de niños declarados en abandono, pues se encuentran bajo la causal c) del artículo 128 del Código de los niños y adolescentes, en algunos casos, cuando han sido dados en colocación familiar en su momento.

9. Jurisprudencia sobre la aplicación del interés superior del niño en los procesos de adopción.

➤ CONSULTA N°5550-2012-AREQUIPA:

En este caso viene en consulta la sentencia emitida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que inaplica el inciso 5 del artículo 378 del Código Civil, por cuanto éste- en el caso concreto de autos- contraviene tanto el interés superior de la niña, contemplado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

La Sala de Derecho Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la presente consulta toma el concepto del principio del interés superior del niño que figura en el Artículo 3 de la Convención de los niños, para luego hacer el análisis del caso concreto. La Sala considera que en el proceso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas pues de un lado la norma constitucional (artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional) y de otro la norma legal (el inciso 5 del artículo 378 del Código Civil) que prescribe que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad. Apreciamos que la Sala Civil opta por tomar como norte el interés superior del niño para sobre dicha base hacer el análisis en conjunto de los medios probatorios aportados en el presente proceso.

Ante ello, la Sala decide falla confirmando la inaplicación de la norma legal pues no hay razón objetiva y razonable para que subsista el reconocimiento efectuado por el demandado como padre del menor.

➤ **CONSULTA EXP. N°8334-2012-AREQUIPA.-**

En este caso es materia de consulta la sentencia que inaplica al caso concreto el inciso 3 del artículo 378 del Código Civil, pues en el proceso de adopción primigenio el Juzgado considera que debido al interés superior del niño y el principio de protección especial del niño no es necesario contar con el consentimiento del cónyuge del pre adoptante.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en este caso considera como principios fundamentales de protección especial del

niño: el interés superior del niño y a tener una familia y a no ser separado de ella. Siendo que en el análisis del caso en concreto la Sala considera que las acciones del Estado Peruano y la Sociedad deben dirigirse con relación a los niños, a su protección y a garantizar su desarrollo integral al interior de una familia; que teniendo en consideración los actuados y las evaluaciones psicológicas del niño es que el caso en concreto debe tenerse en cuenta su interés superior, resultando legítimo continuar viviendo junto a la demandante a quien identifica como su madre y con la que forma parte de una familia.

Como se puede apreciar en la sentencia materia de análisis, el principio del interés superior del niño adquiere una vital importancia para la resolución del conflicto aunado al análisis de las situaciones fácticas y de la valoración conjunta de los medios probatorios; en ese sentido cabe analizar la preponderancia del interés superior del niño sobre el estado de la relación de ambas partes como son la demandante y el demandado.

➤ **CONSULTA EXPEDIENTE N°1638-2011 HUAURA.-**

Es materia de consulta la sentencia que inaplicó el artículo 382 del Código Civil por ser incompatible con los artículos 4 y 5 de la Constitución Política del Estado.

En este caso una pareja de convivientes desea adoptar a una menor declarada en abandono, pero al no ser casados no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 382 del Código Civil. La Sala considera que el hacer una interpretación legalista de dicho artículo estaría contraviniendo principios reconocidos en la Constitución y

en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes como es el principio del interés superior del niño. Asimismo, considera que ha quedado acreditado que al haber estado la niña con los preadoptantes por más de dos años, el ser adoptada por ambos resulta favorable para el desarrollo de su personalidad. Por lo que se falla aprobando dicha sentencia.

Lo que podemos entonces apreciar es que muy por encima de la normativa, debe primar el interés superior del niño y/o del adolescente, pues es el parámetro imparcial para estimar lo que es adecuado para el menor.

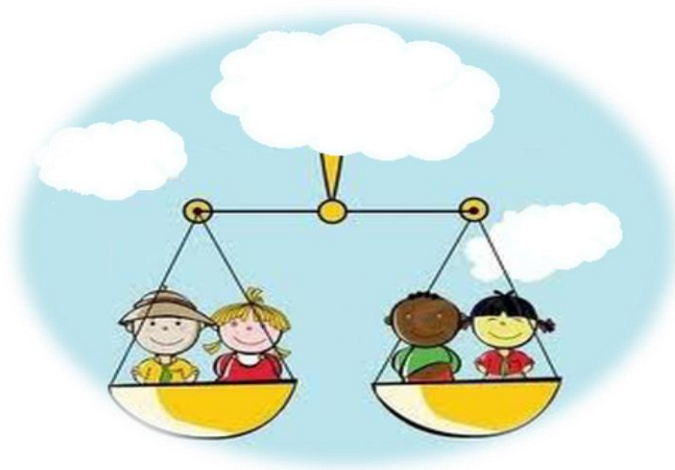
➤ **CONSULTA 1330-2011 LA LIBERTAD.-**

Es materia de consulta la resolución emitida por el Tercer Juzgado de Familia de Trujillo que inaplica el inciso 2 del Artículo 378 del Código Civil. En el caso de autos la sentencia que va en consulta declara fundada la demanda de adopción a pesar de no cumplirse el requisito del inciso 2 del citado artículo.

La Sala señala que considera que el interés superior del niño constituye una síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos y que “implica la protección del desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado del niño y siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, a favor de los niños” (Huaura.)

Es por ello que al preferir la norma constitucional a la ley ordinaria, el Juzgado de Familia no ha hecho más que reconocer el principio

de Jerarquía normativa, por lo que la Sala aprueba la resolución consultada.



CAPITULO IV

CAPITULO IV:**RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

A continuación presentamos los resultados de la investigación de campo realizada en forma de encuesta a los Juzgados Especializados de Familia de Chiclayo, sobre las sentencias emitidas entre los años dos mil catorce, al año dos mil diecisiete en materia de adopción por excepción.

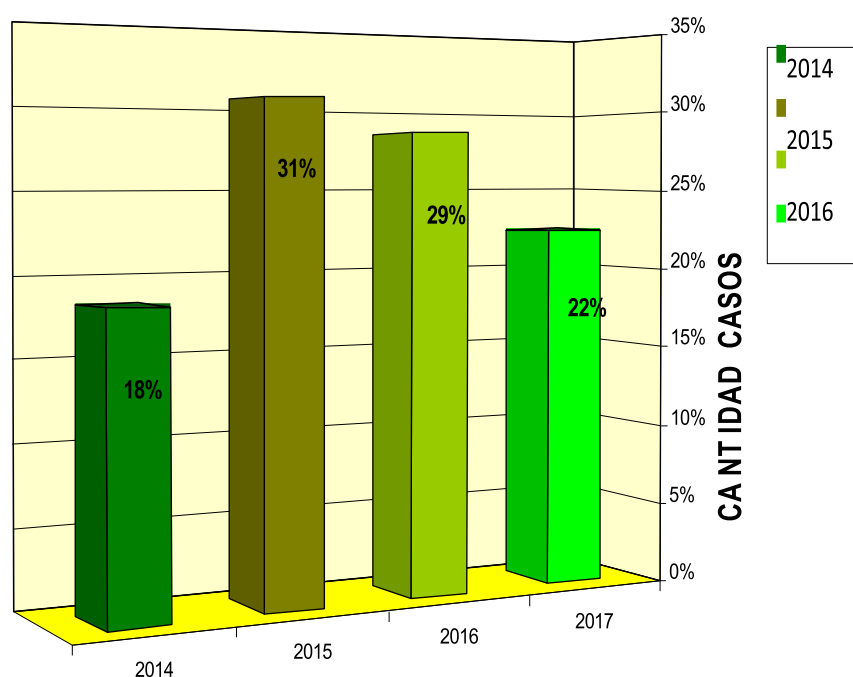
Asimismo la información ha sido recopilada por los propios investigadores en tablas de doble entrada y posteriormente se han plasmado en gráficos de barras para un mejor entendimiento que obran a continuación, siendo que el total de las encuestas realizadas son cuarenta y nueve en los Juzgados de Familia bajo análisis.

Es importante destacar que nos encontramos ante cuarenta y nueve niños o adolescentes inmersos dentro de los casos encuestados.

GRAFICO N° 01: SENTENCIAS DE ADOPCIÓN POR EXCEPCION EMITIDAS EN LOS AÑOS 2014 – 2017 EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA; CONFORME A LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 128 DEL CODIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

TABLA N° 1	
AÑO	CANTIDAD
2014	9
2015	15
2016	14
2017	11
TOTAL	49

SENTENCIAS DE ADOPCIÓN POR EXCEPCION EMITIDAS EN LOS AÑOS 2014 – 2017 EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA; CONFORME A LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 128 DEL CODIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.



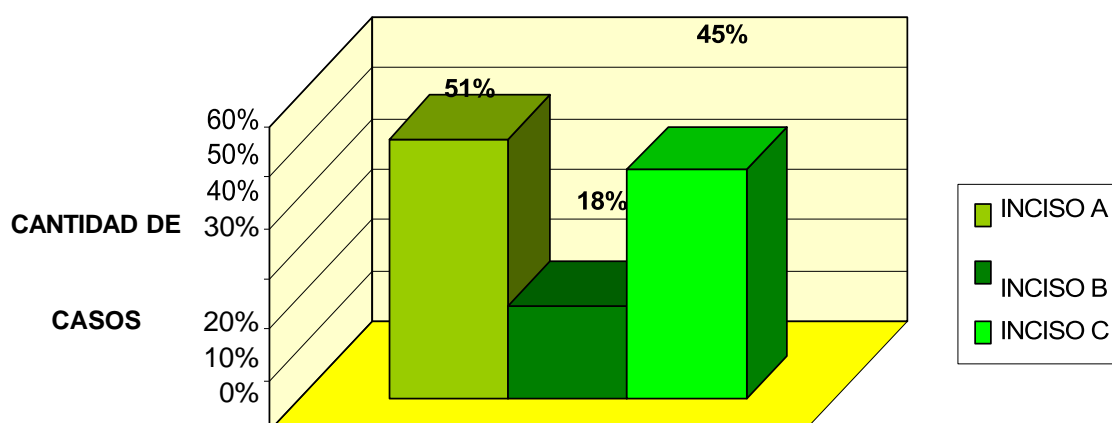
Que, en los Juzgados de Familia de Chiclayo, tanto en el Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Juzgado de Familia, en estos cuatro años y del análisis según las encuestas realizadas a los propios magistrados (y además considerando que respecto del año dos mil catorce solo se tienen en cuenta las sentencias emitidas entre los meses de enero a agosto) se ha emitido un total de cuarenta y nueve sentencias, según las encuestas y que si bien no es un número elevado de sentencias, se debe tener en consideración que la forma de adopción ordinaria se lleva a cabo en la vía administrativa, y sólo se recurre a la vía judicial por excepción conforme lo establece el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

En todo caso del cuadro se aprecia que el año 2015 es el año en el cual se han pronunciado más sentencias sobre esta materia, pero no pasa desapercibido que en lo que va del año 2017, ya que se han expedido 11 sentencias que significan el 22% de todas las encuestas realizadas a los magistrados, por lo que es probable que el presente año, se expida un número mayor.

GRAFICO N° 02: LAS CAUSALES MÁS DEMANDAS DEL ARTICULO 128 DEL CODIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE CHICLAYO ENTRE LOS AÑOS 2014 – 2017.

TABLA N° 02	
CAUSALES DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	CANTIDAD
INCISO A	25
INCISO B	9
INCISO C	22

**CAUSALES DE ADOPCION POR EXCEPCION QUE
FUERON DEMANDADAS ANTE LOS JUZGADOS DE
FAMILIA DE CHICLAYO.**



Resulta pertinente tener en consideración, que en este cuadro, no existe discrepancia con la información anterior (ya que son 49 sentencias emitidas por los magistrados según las encuestas realizadas), pues si bien aquí el total de causales suma 56, debe tenerse en consideración que –en algunos casos- se invocan en un mismo proceso dos o más causales.

Es importante señalar que si bien se puede pretender la adopción por dos causales a la vez; resulta un imposible hacerlo por las tres porque sería incongruente hacerlo entre la causal A y B a la vez, o sea interponer la adopción por poseer vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o adolescente por adoptar no es coincidente con señalar que pueda mantener un vínculo de parentesco del adoptante con el niño por adoptar, y aunque tal observación pueda sonar extrema es necesario hacerla a efecto de establecer que existen procesos que han sido demandados por dos causales, es decir por la causal **A y C**, o la causal **B y C**; siendo que en el caso de las interpuestas por la causal A y C tenemos tres procesos, en los cuales a fin de fortalecer la idea de la familia conformada entre el que posee un vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o adolescente por adoptar señalan que han mantenido el prohijamiento durante un periodo mayor de dos años. Y en el caso de las interpuestas por la causal B y C tenemos cuatro procesos, donde los demandantes tienen un vínculo de parentesco con el niño por adoptar y han estado prohijándolo por más de dos años, aquí encontramos nuevamente la intención de validación, dado que en el tiempo han estado manteniendo a un niño, niña o adolescente que es su familiar y consideran un hijo y por ello interponen el proceso de adopción por excepción.

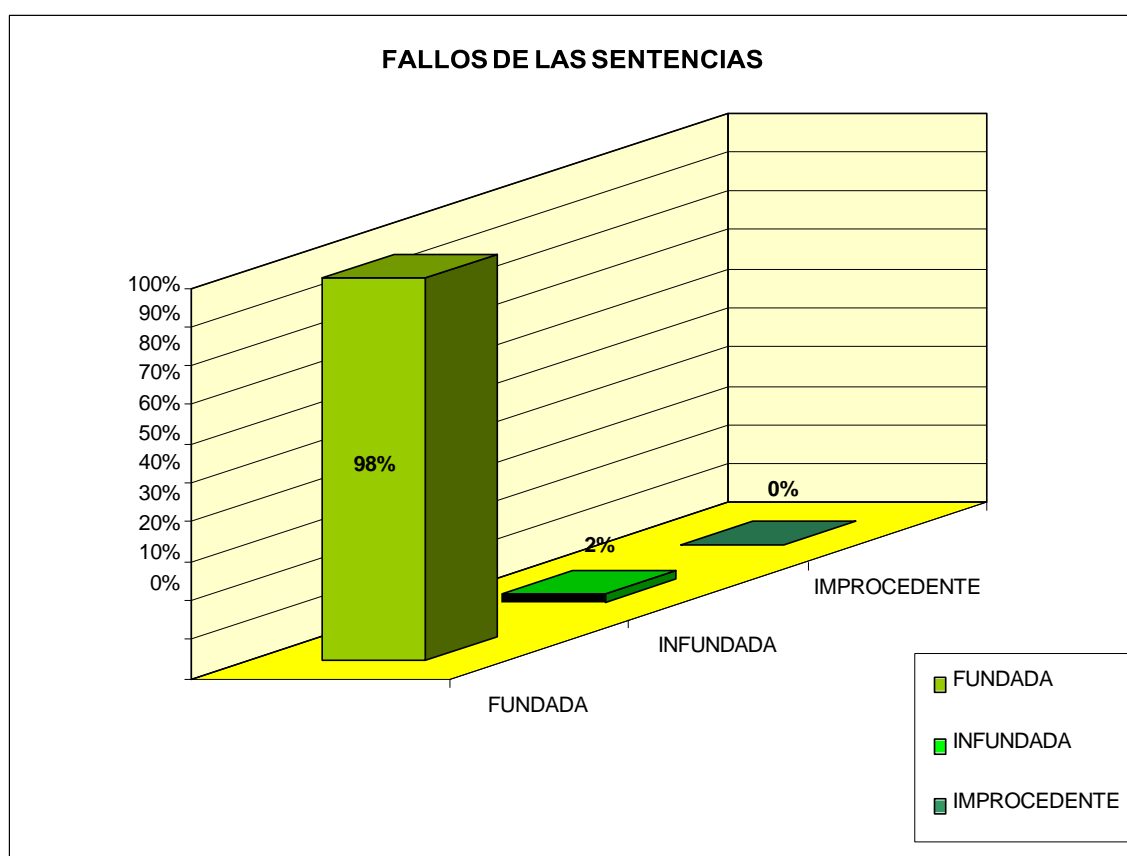
Además se debe destacar que la causal mayormente invocada está vinculada al cónyuge que pretende adoptar al hijo de su esposa o esposo, dado que del total de las respuestas dadas por los magistrados es el 51% de ellas y tienen que ver con esta causal, es decir más de la mitad de ellas encontramos niños que forman parte de una familia conformada por uno de sus progenitores.

A continuación tenemos aquellos que se interpusieron por la causal de prohijamiento o convivencia por más de dos años en un porcentaje de cuarenta y cinco por ciento de ellos, siendo que solo en quince de estos procesos se interpuso la demanda únicamente por tal causal, es decir que prohicaron a un niño que era totalmente ajeno a su familia dado que no tenía un vínculo de parentesco y tampoco eran hijos del padre o la madre que estaba casado con el demandante de la adopción.

De igual manera en el caso de la causal que tiene que ver con el vínculo de parentesco se tienen nueve procesos, y en el caso de cinco de ellos se interpuso la demanda únicamente por tal causal.

GRAFICO N° 03: ¿CUANTAS SENTENCIAS FUERON DECLARADAS FUNDADAS, INFUNDAS, E IMPROCEDENTES?

TABLA N° 03	
FALLO DE LAS SENTENCIAS	CANTIDAD
FUNDADA	48
INFUNDADA	1
IMPROCEDENTE	0



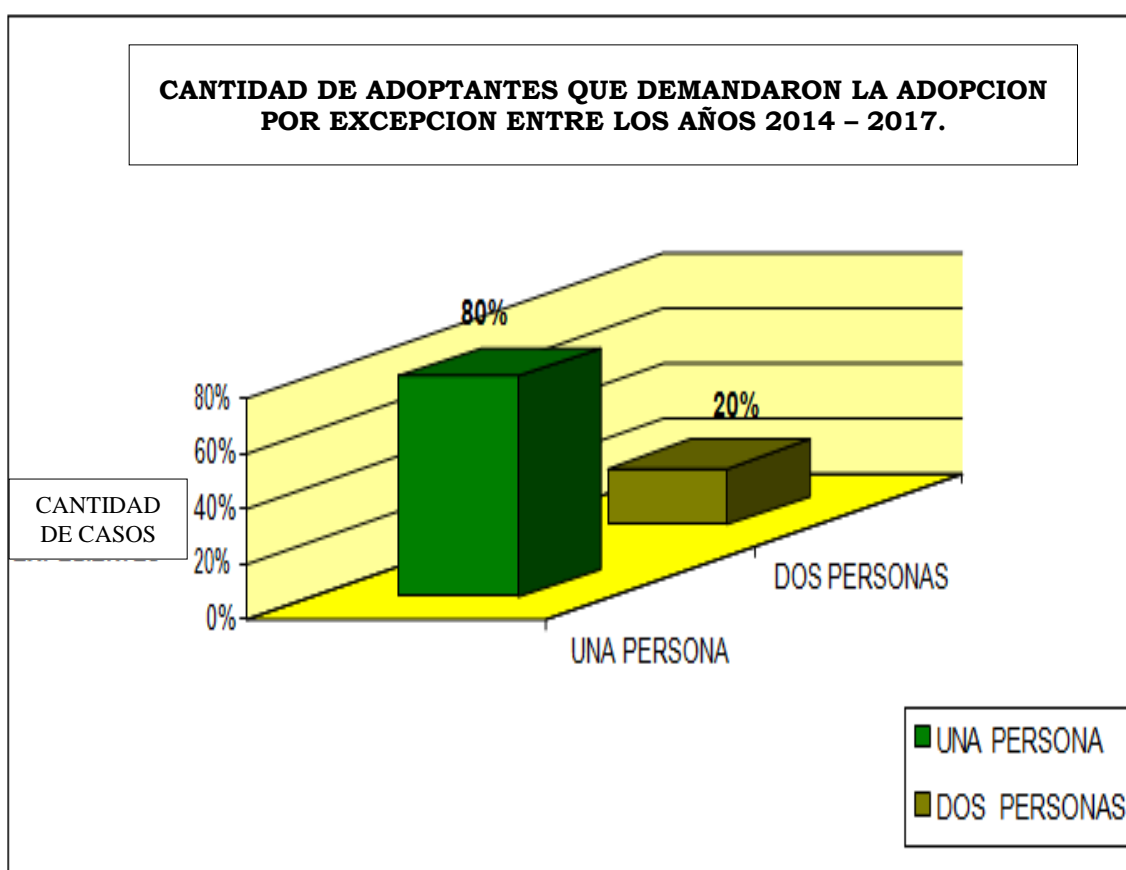
Como vemos en los Juzgados de Familia de Chiclayo, según las encuestas hay un amplio margen donde las demandas de adopción por excepción son DECLARADAS FUNDADAS, es decir que en todos estos procesos los Juzgados no solo han seguido los requisitos, sino que hay una evaluación concienzuda de parte de los Magistrados de Familia quienes sopesan el pedido de adopción con el interés superior del niño por adoptar al momento de emitir sentencia, prueba de ello que entre las encuestas realizadas se ha encontrado un proceso donde fue declarada infundada la demanda.

El proceso en mención es uno interpuesto por una adolescente de 16 años de edad la misma que quiere hacer valer su derecho de opinión y solicita que se haga efectivo su estado de hecho, proceso donde se DECLARÓ INFUNDADA la demanda, lo que también hace notar que a pesar que sea una adolescente quien solicita directamente la adopción los Magistrados al momento de sentenciar no solo consideran su opinión sino los otros medios probatorios que se tiene en el proceso.

En cuanto a las improcedencias no se ha observado sentencia alguna en este sentido, haciendo la salvedad que también pueden ser declaradas así al calificar la demanda, siendo que esta información no ha sido materia del presente trabajo.

GRAFICO N° 04: CANTIDAD DE ADOPTANTES QUE DEMANDARON LA ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN ENTRE LOS AÑOS 2014- 2017.

TABLA N° 04	
CANTIDAD DE ADOPTANTES	CANTIDAD
UNA PERSONA	39
DOS PERSONAS	10

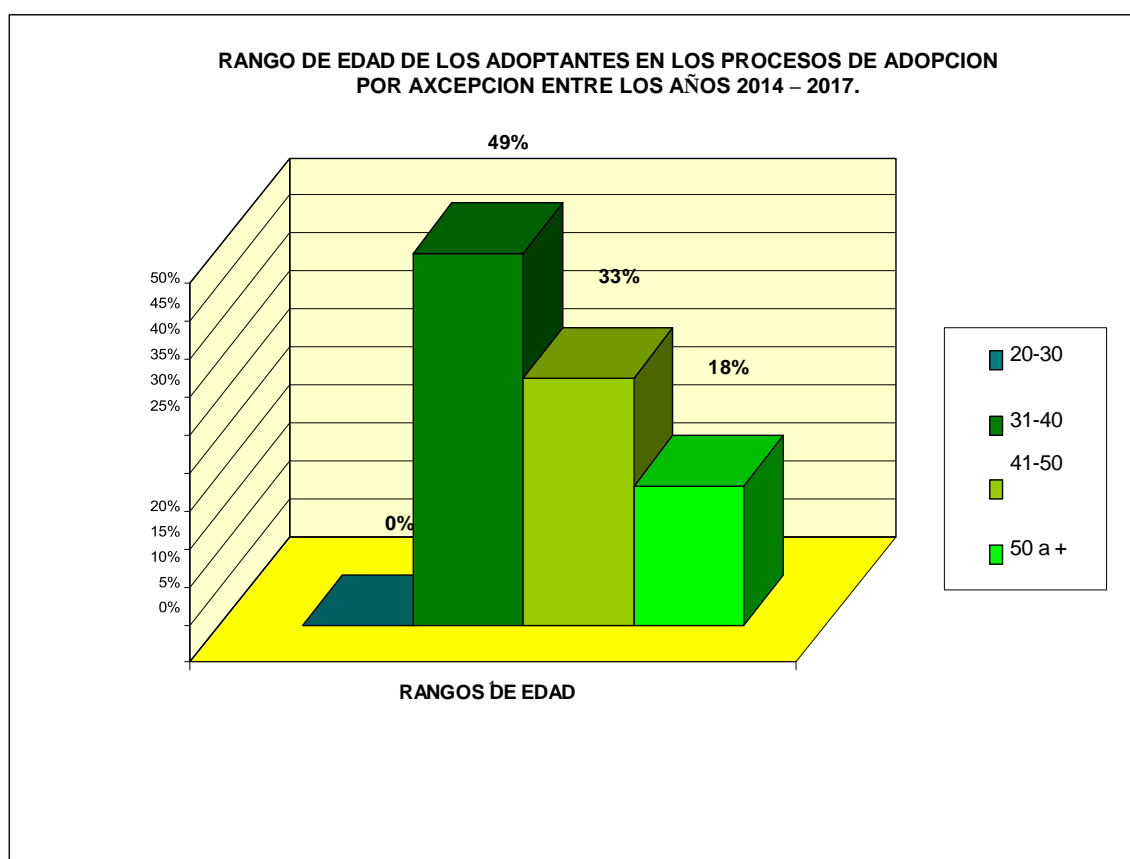


Este grafico reafirma lo establecido en el Grafico número dos, dado que considerando en las encuestas que la mayor cantidad de procesos fueron por la causal a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, es entendible que en ellos sea solo una persona la que interpone la demanda.

Asimismo de acuerdo a este gráfico también se resalta en las encuestas que en diez casos fueron (varón y mujer) casados o convivientes, quienes demandaron la adopción de un menor, es decir que forman una familia nuclear con el menor al integrarlo a su espacio familiar.

GRAFICO N° 05: RANGO DE EDAD DE LOS ADOPTANTES QUE DEMANDARON ANTE LOS JUZGADOS DE CHICLAYO LA ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN ENTRE LOS AÑOS 2014 – 2017.

TABLA N° 05	
RANGO DE EDAD DE LOS ADOPTANTES	CANTIDAD
20-30	0
31-40	24
41-50	16
50 A +	9



La madurez de las personas se puede medir por la edad que tienen, siendo que de las encuestas realizadas reflejadas en el cuadro se denota que los adoptantes presumiblemente tienen tal madurez, dado que de este cuadro no se han encontrado personas demandantes de entre veinte a treinta años de edad, tanto más que conforme al inciso dos del artículo 378 del Código Civil la edad del adoptante debe ser menos del igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, lo que demuestra adicionalmente que se ha cumplido con tal requisito. Sin embargo respecto a este requisito debemos tener en consideración, que somos de la opinión – como ya lo hemos expresado en el marco teórico- que no se exija una diferencia etaria a rajatabla sino que ésta se encuentre en función directa a la posibilidad de brindarle al niño, niña o adolescente la atención más adecuada, como lo prevé el Reglamento de Adopciones Decreto Supremo 010-2005-MINDES, para las adopciones en sede administrativa. Siendo incluso que una de las sentencias expedidas por un Juzgado de Familia (no de los Juzgados de Chiclayo), expidió sentencia inaplicando este requisito, lo que fue confirmado por la Consulta 1330-2011 LA LIBERTAD.

De otro lado las encuestas señalan que el 49% de los casos los adoptantes, el rango de edad es entre treinta a cuarenta años, es decir estamos ante personas que se encuentran en edad económicamente activa y que a pesar que puedan aun concebir optan por la adopción como una manera de otorgar amor al niño o adolescente que acogieron dentro de su familia.

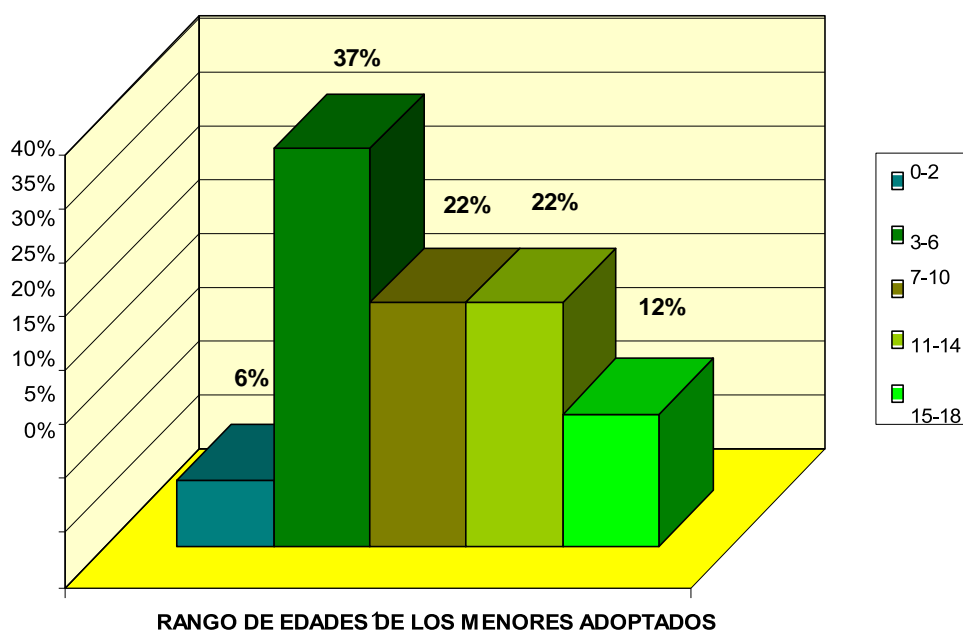
Por su parte en el caso de las personas mayores de cincuenta años las encuestas señalan que muchos de ellos son abuelos de los menores por adoptar que simplemente legalizaron

una situación que de hecho ya vivían, pues se encargaban del niño supliendo la figura de los padres biológicos, o que debido a que los hijos adquieren ya la mayoría de edad se encariñaron de un niño y decidieron acogerlo al hogar que ya habían mantenido para sus hijos ya mayores.

GRAFICO N° 06: RANGO DE EDAD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES ADOPTADOS POR LA ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN ENTRE LOS AÑOS 2014 – 2017.

TABLA N° 06	
RANGO DE EDAD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES POR ADOPTAR	CANTIDAD
0-2	3
3-6	18
7-10	11
11-14	11
15-18	6

RANGO DE EDAD DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES ADOPTADOS POR LA ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN ENTRE LOS AÑOS 2014 – 2017



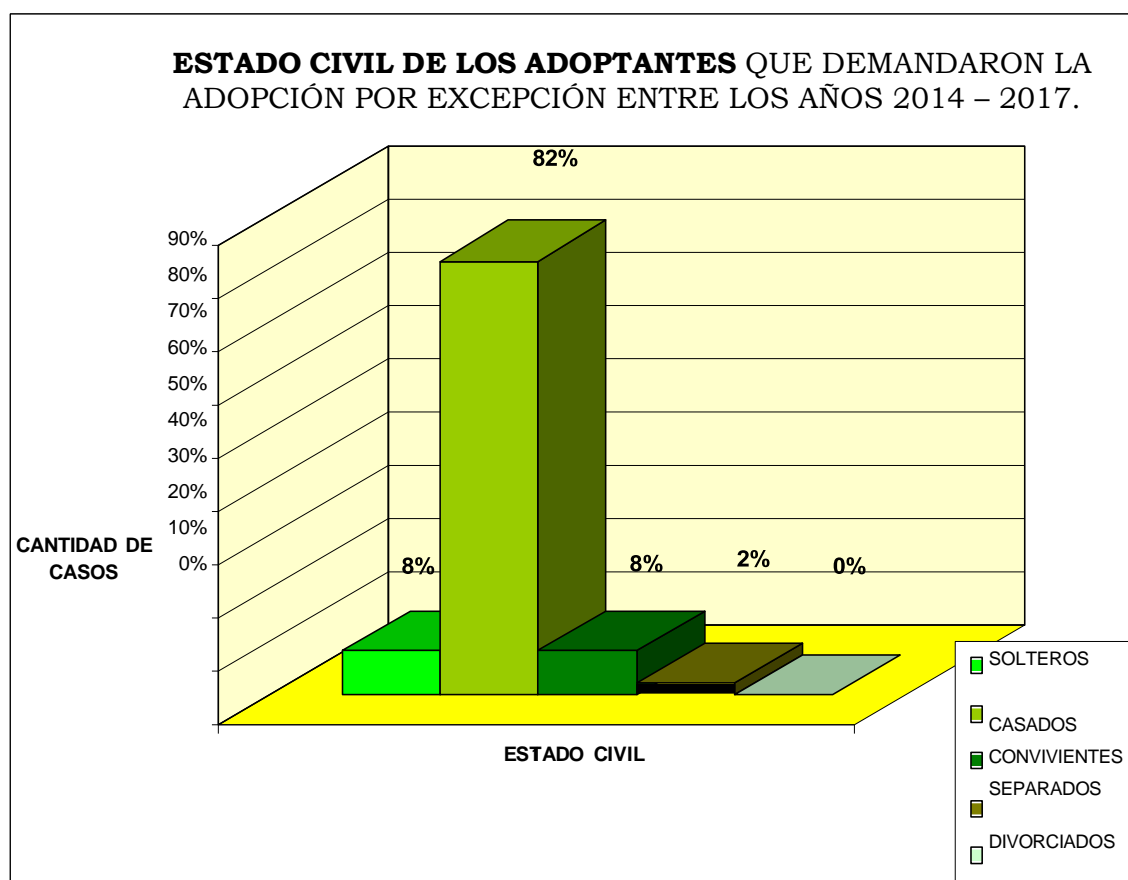
De las encuestas diseñadas en este gráfico se puede observar que en el rango de niños y adolescentes de entre siete a diez años y de once a catorce años ocupan un importante número de adoptados, lo cual nos llama la atención y nos demuestra que las adopciones no se centran solo en niños pequeños, sin embargo si se debe considerar que en estos casos nos encontramos con una gran cantidad que fueron prohijados mucho tiempo antes de la interposición de la demanda, es decir que luego de haber convivido con los adoptantes se busca formalizar la situación que de hecho viven, lo que permite ratificar una vez más que en los procesos se ha considerado el interés superior del niño dado que se ha otorgado a los menores una coincidencia entre su identidad real y la que dinámicamente tienen debido a que se encontraban considerando a una madre o un padre como tal a pesar que legalmente no lo eran, hecho que en muchos casos les causaba confusión lo que menguaba su autoestima.

Asimismo se debe detallar que los niños que fueron adoptados y tuvieron entre cero a dos años son aquellos que fueron adoptados bajo la causal de parentesco con el menor por adoptar.

De otro lado tenemos seis adolescentes, que fueron dados en adopción, donde en muchos de estos casos son los menores quienes hacen valer su derecho de opinión y solicitan que se haga efectivo su estado de hecho, y es por ello que de las encuestas realizadas se dedujo que un proceso fue declarado Infundado, lo que también hace notar que a pesar que sea una adolescente quien solicita directamente la adopción los Magistrados al momento de sentenciar no solo consideran su opinión sino los otros medios probatorios que se tiene en el proceso.

GRAFICO N° 07: ESTADO CIVIL DE LOS ADOPTANTES QUE DEMANDARON LA ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN ENTRE LOS AÑOS 2014 – 2017.

TABLA N° 07	
ESTADO CIVIL DE ADOPTANTES	CANTIDAD
SOLTEROS	4
CASADOS	40
CONVIVIENTES	4
SEPARADOS	1
DIVORCIADOS	0



Dentro de la mayoría de los solicitantes se denota que el 82% de ellos, es decir en cuarenta procesos, la parte adoptante es casada cumpliendo con lo señalado en el artículo 382 del Código Civil; repitiendo el hecho que de la mayoría de ellos tenemos que tienen que ver con aquellos que se encuentran dentro de la causal “A” interpuesta en tales causas

Sin embargo dada la realidad peruana, también concurren a este proceso los solicitantes convivientes, separados y solteros, que a pesar que son los menos respecto de todos los procesos sentenciados forman el 18% de las encuestas en general.

De otro lado se tiene que dentro de ese porcentaje 8% son solteros, lo que se ve reflejado que son aquellos que han buscado adoptar a un niño o adolescente con el que tienen algún vínculo familiar, siendo que en tales casos se consideró que a pesar de ser familias monoparentales eran personas que brindaban a los niños o adolescentes las suficientes condiciones para vivir con bienestar, lo que reconoce nuevamente que los Magistrados del Área de Familia han considerado el Interés Superior del Niño en este aspecto.

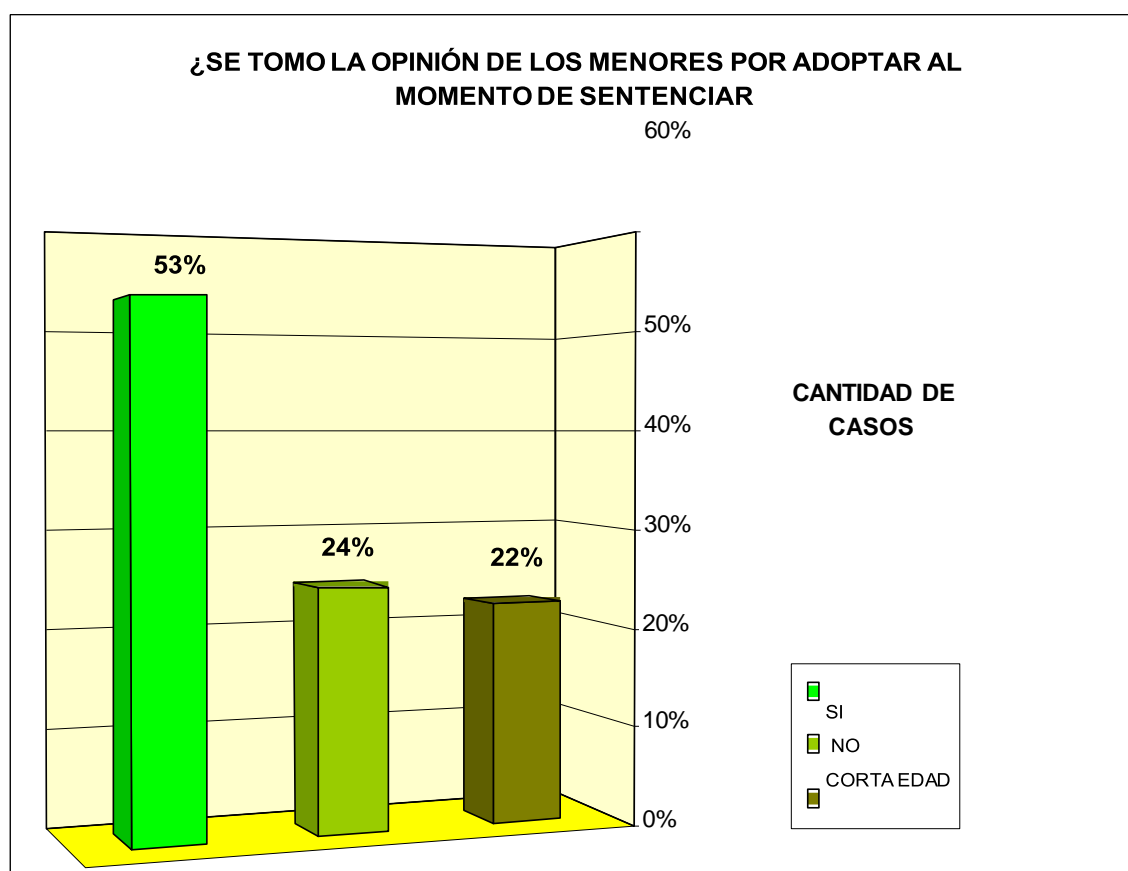
Como se dijo anteriormente la realidad peruana se ve reflejada en este gráfico donde en cuatro de los procesos las partes son convivientes, sin embargo en todos ellos se interpone la demanda únicamente bajo la causal de prohijamiento y convivencia con el menor, lo que nos lleva a concluir que se ha realizado una interpretación extensiva de la norma que ha permitido que el interés superior del niño prevalezca, porque esto le permite ser parte de una familia que de hecho se encuentra conformado por dos personas

que mantienen una relación que aunque sin el contrato que implica un matrimonio se encuentra unidos como familia.

En cuanto a los separados se ha considerado a una sola persona que se encontraba aun casada durante el proceso pero conformando una familia monoparental con el niño, de la cual ya se hizo referencia previamente, sin embargo se resalta nuevamente, porque a pesar que este no es un estado civil per se, se considera dentro de la evaluación por ser un estado considerado al momento de resolver la sentencia, que fue declarada fundada, y que una vez que subió en consulta a la suprema fue aprobada.

GRAFICO N° 08: SE TOMO EN CUENTA LA OPINION DE LOS MENORES EN EL VEREDICTO ENTRE LOS AÑOS 2014 – 2017.

TABLA N° 08	
¿SE CONSIDERO LA OPINIÓN DEL MENOR POR ADOPTAR?	CANTIDAD
SI SE CONSIDERO	26
NO SE CONSIDERO	12
EL MENOR ERA DE MUY CORTA EDAD	10



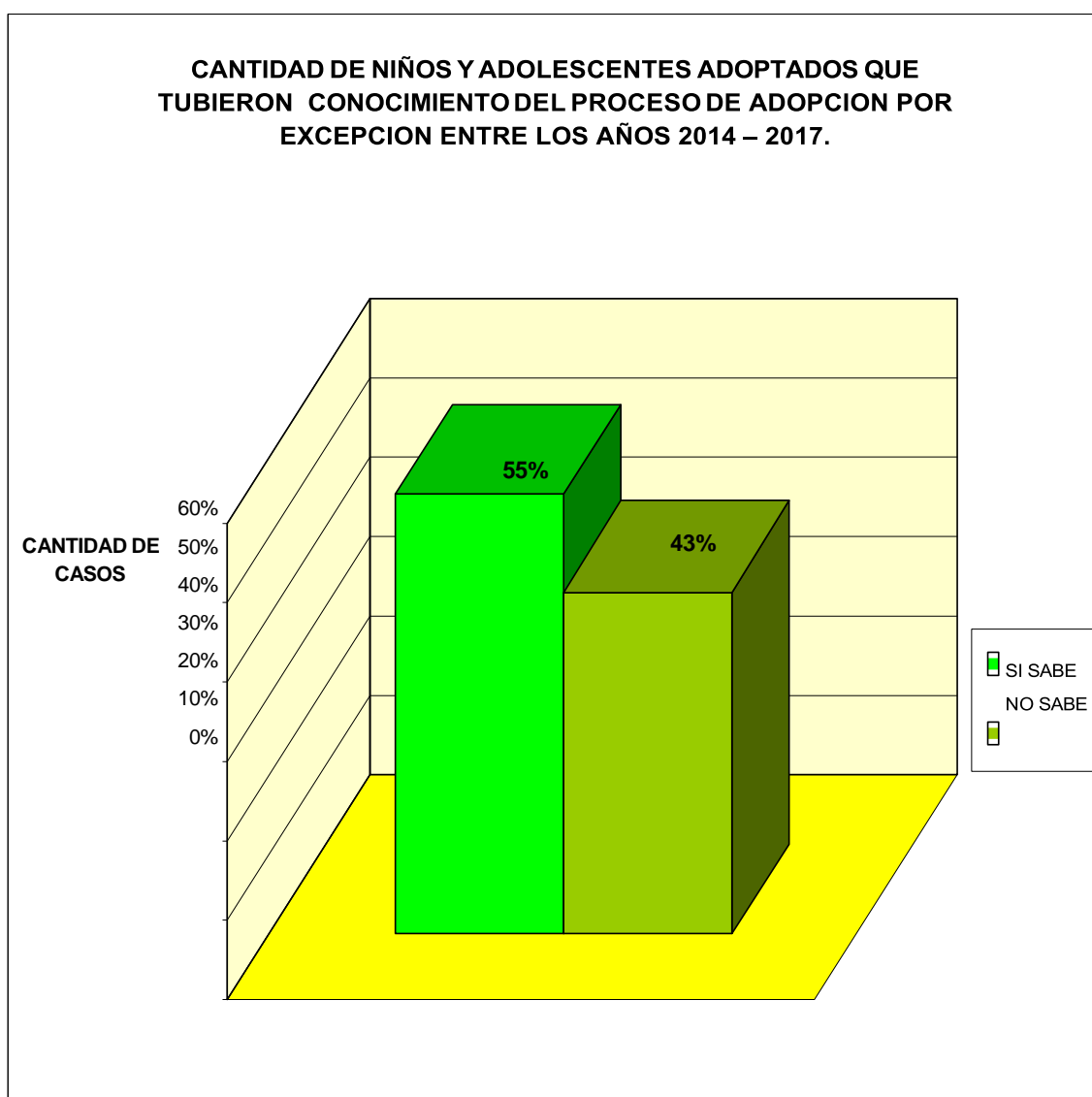
En este cuadro se destaca que el 53% de las encuestas realizadas a dichos procesos se ha considerado la opinión de los menores al momento de emitir una sentencia, es decir que a pesar que solo el treinta y cuatro por ciento de los menores tenían la obligación de emitir su opinión se consideró preguntar incluso a aquellos menores que ya tenían uso de razón.

Sin embargo de este cuadro también se obtiene un porcentaje de niños o adolescentes de los que no se obtuvo su opinión, entre ellos algunos de entre siete a diez años donde su opinión no era fundamental pues la ley no prevé como requisito el contar con su opinión; pero consideramos que sí es importante escuchar lo que tienen que decir cuando los niños tengan una edad en la cual ya pueden formarse una opinión sobre aquello que les atañe; asimismo se encuentra en este cuadro la adolescente que es sujeto de la sentencia que fue declarada infundada donde ella dio una opinión a favor.

Y bueno es importante considerar que hay un porcentaje de niños que son muy pequeños y que es el Juzgado quien utiliza todos los medios existentes para determinar lo que beneficia al niño y por eso se emite la sentencia a su favor.

GRAFICO N° 09: CANTIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES QUE TUVIERON CONOCIMIENTO DEL PROCESO DE ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN.

TABLA N° 09	
MENORES ADOPTADOS QUE TUVIERON CONOCIMIENTO DEL PROCESO	CANTIDAD
SI SABEN	27
NO SABEN	21

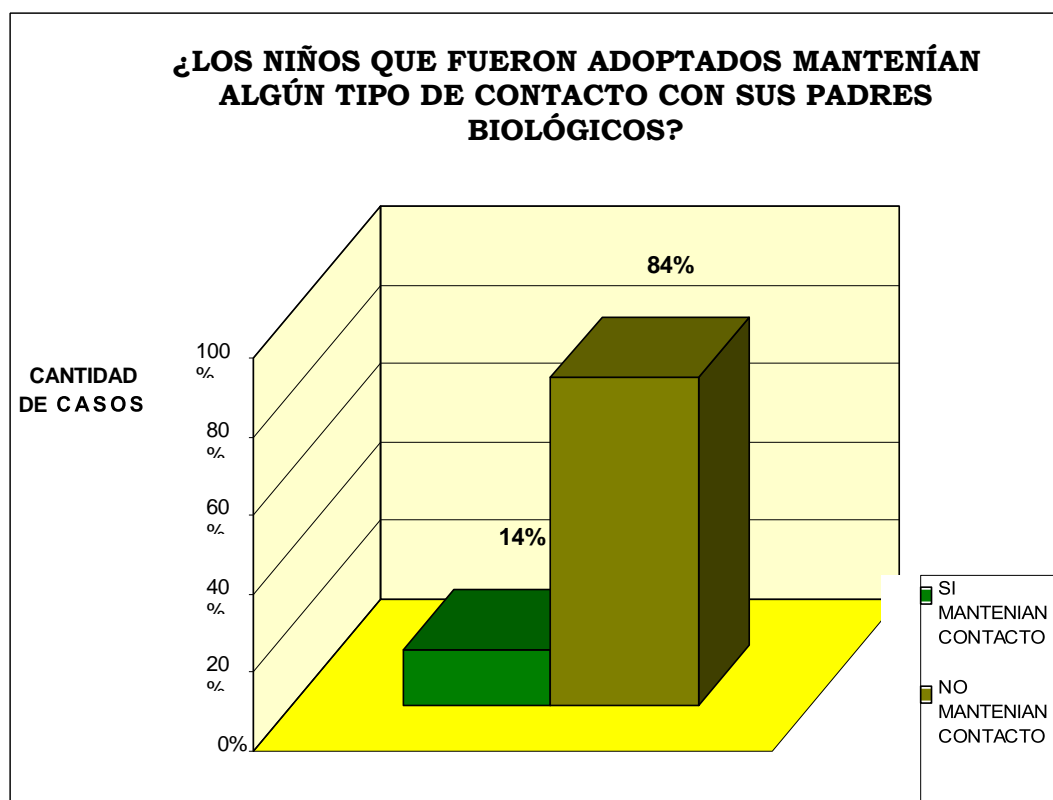


En este gráfico las encuestas cobran importancia porque la identidad dinámica que tiene el niño, dado que a pesar que tiene conocimiento de la existencia de otra persona que es su progenitor emite una opinión favorable a la adopción, dentro de este grupo se encuentran muchos mayores de catorce años que por su edad, lógicamente tienen derecho a saber sobre las cuestiones que les atañen.

Del otro lado tenemos la cantidad de niños que no tienen conocimiento del proceso quienes al verse dentro de un espacio familiar, en el que han crecido o desde que tienen uso de razón, simplemente desean legalmente ser parte de la familia a la cual pertenecen

GRAFICO N° 10: ¿LOS NIÑOS QUE FUERON ADOPTADOS MANTENÍAN ALGÚN TIPO DE CONTACTO CON SUS PADRES BIOLÓGICOS?

TABLA N° 10	
¿MANTIENEN ALGUN CONTACTO CON LOS PADRES BIOLÓGICOS?	CANTIDAD
SI MANTIENEN CONTACTO	7
NO MANTIENEN CONTACTO	41



En este caso las encuestas realizadas a los magistrados, señalan que cuarenta y un niños y adolescentes ósea 84% de ellos, no mantienen relación con sus padres biológicos.

Respecto a los que sí tienen contacto es importante apreciar una sentencia emitida donde el padre si mantenía contacto aparente con el menor, porque le pasaba alimentos, e incluso no prestó su asentimiento a la adopción, no obstante ello la Jueza emitió una sentencia a favor de la adopción porque en sus palabras:

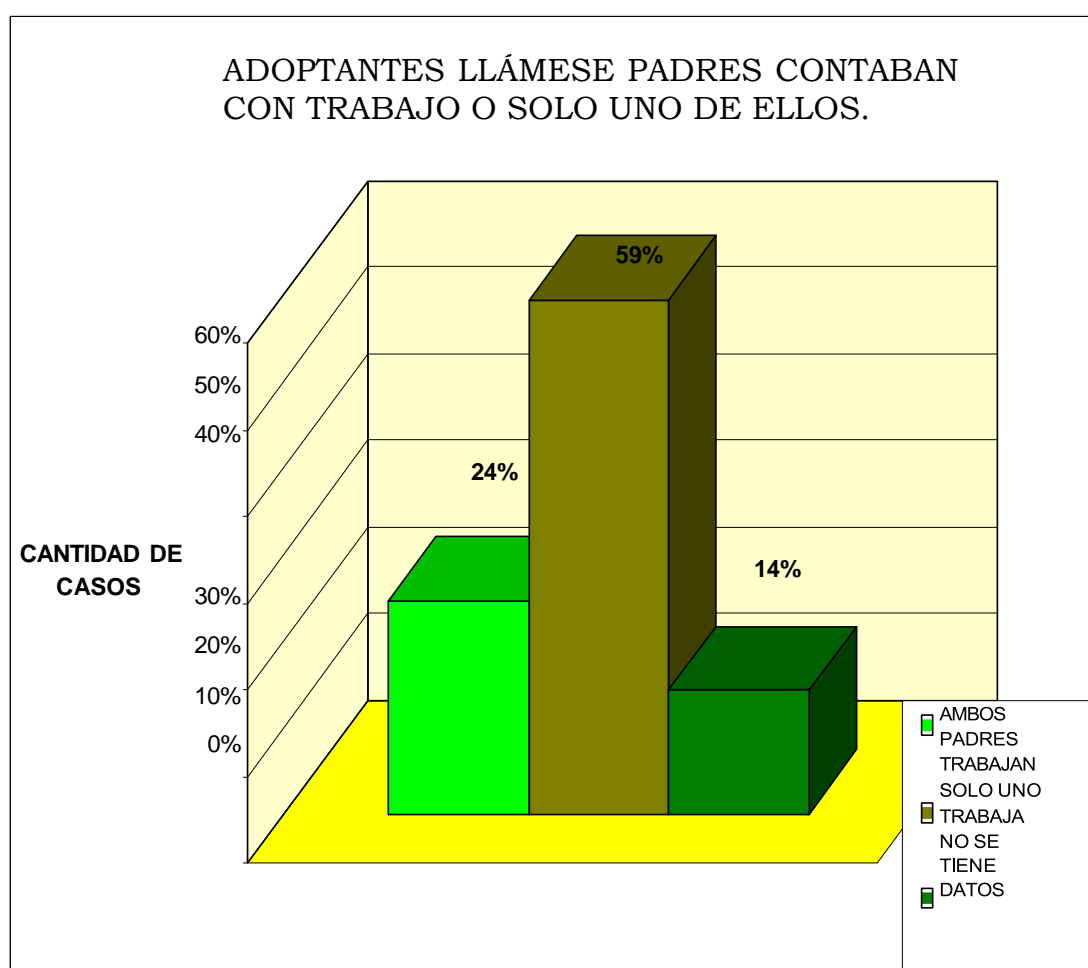
“Habría que preguntarse si la familia a la cual tiene derecho la niña A. H., es una que se limite a “proporcionarle los alimentos”, en todo caso si tal situación puede considerarse una familia, o si ella tiene derecho a una familia, entendida ésta como el lugar en el cual pueda encontrar el afecto, seguridad y fortaleza para desarrollarse plenamente como ser humano...

...Ante la pregunta de si había iniciado algún proceso para la tenencia de su menor hija o visitas, respondió que lo iba a ser en el momento que estime conveniente (sic) (el subrayado es nuestro). Esto es que el demandado no considera a la pre-adoptada como su hija, ni ha considerado pertinente tenerla bajo su cuidado siendo que en todo caso lo hará “en el momento que estime conveniente”, no en el momento en que la niña, como se humano digno y con derecho a contar con una familia lo necesite o requiera” (ADOPCION , 2012).

Haciendo presente que en este proceso se aplicó control difuso el cual fue posteriormente aprobado por la Sala Suprema.

GRAFICO N° 11: LOS DEMANDANTES ADOPTANTES LLÁMESE PADRES CONTABAN CON TRABAJO O SOLO UNO DE ELLOS.

TABLA N° 11	
¿EN LAS FAMILIAS DE LOS ADOPTANTES AMBOS PADRES CUENTAN CON TRABAJO O SOLO UNO DE ELLOS?	CANTIDAD
AMBOS PADRES TRABAJAN	12
SOLO UNO TRABAJA	29
NO SE TIENEN DATOS	7



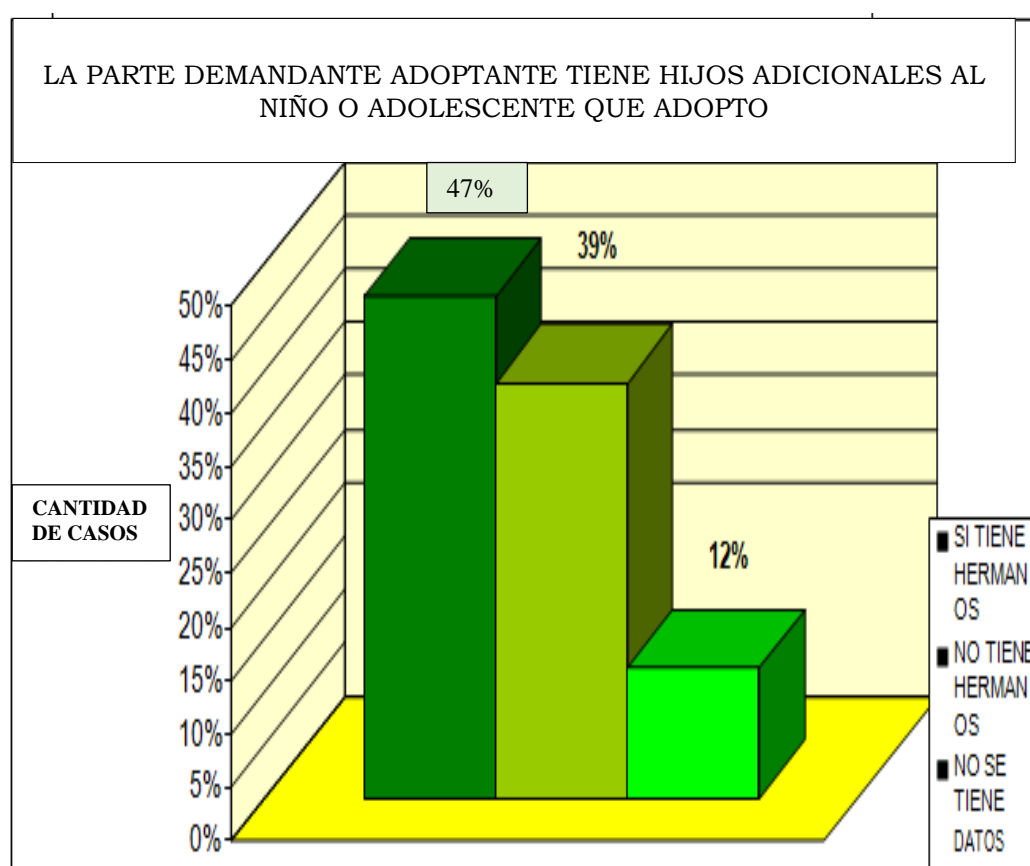
Los adoptantes, en su mayoría, se encuentran formados por familias tradicionales donde las mujeres son las que se encargan de las labores del hogar y el cuidado de los hijos y son los varones los que trabajan para sostener a la familia.

De otro lado también en un 24 % tenemos familias donde padre y madre son proveedores para el grupo familiar, y ello permite que tengan un ingreso económico necesario.

A ello se agrega que comparando este cuadro con el rango de edades de los adoptantes, la mayoría de ellos se encuentra en una edad donde son parte de la población económicamente activa, por lo que su desempeño laboral permitirá no solo proveer económicamente a la familia sino brindar un ejemplo de esfuerzo y desarrollo a través del trabajo.

GRAFICO N° 12: ¿LA PARTE DEMANDANTE ADOPTANTE TIENE HIJOS ADICIONALES AL NIÑO O ADOLESCENTE QUE ADOPTO?

TABLA N° 12	
EXISTENCIA DE HERMANOS EN LA FAMILIA POR ADOPTAR	CANTIDAD
SI TIENE HERMANOS	23
NO TIENE HERMANOS	11
NO SE TIENE DATOS	6

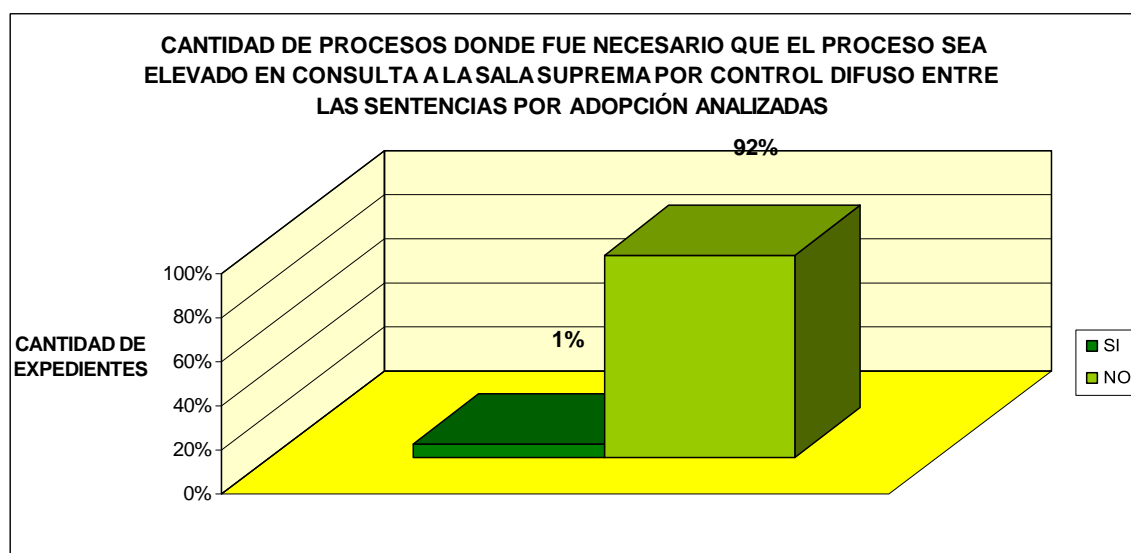


En este caso se tiene que, en el 47% de los casos las familias adoptantes no solo tienen al niño por adoptar como hijo, sino también a otros niños que son parte del grupo familiar, lo cual demuestra que se pretende incorporar al adoptado a una familia formada beneficiando su interés superior, y en tales casos, no se busca cubrir una carencia emocional de los padres.

El porcentaje contrastante es aquel que se tiene en el 39 % donde se ha establecido que efectivamente los niños no tienen hermanos, por lo que han ingresado a completar la familia, permitiendo que los adoptantes cumplan con parte de su ciclo de vida y tengan a un niño al que educar y transmitir amor y conocimientos de vida y enseñanza.

GRAFICO N° 13: ¿QUÉ CANTIDAD DE PROCESOS FUE NECESARIO ELEVARLAS EN CONSULTA?

TABLA N° 13	
PROCESOS ELEVADOS EN CONSULTA POR CONTROL DIFUSO	CANTIDAD
SI NECESITARON SER ELEVADOS EN CONSULTA	1
NO NECESITARON SER ELEVADOS EN CONSULTA	46



En este cuadro destacamos que dentro de las encuestas realizadas se observó una sentencia emitida entre los años 2014 a agosto del año 2017 (Exp. 846 – 2014 de fecha 2 de julio del 2015), que fue elevada en consulta la misma que fue aprobada por la Corte Supremas.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no tienen la relación de padre e hijo biológicamente, debiendo prevalecer el respeto al interés superior del niño en cada uno de los casos.

SEGUNDA: El interés superior del niño es todo lo que le favorece como tal. En los procesos de adopción, constituye un importante hito que posibilita el acceso de niños, niñas y adolescentes a hacer efectivo el derecho que tienen a contar con una familia dentro de la cual puedan desarrollarse íntegramente. Dicho principio es aplicado por los Juzgados de Familia del distrito Judicial de Lambayeque como corresponde, y las decisiones emitidas materia de análisis buscan ampararlo.

TERCERO: La figura de la adopción ha ido sufriendo cambios en nuestra legislación, pues de ser una institución que protegía al adoptante, ha pasado a proteger al adoptado, dándole la importancia que tiene a la familia y respetando la Convención de los Derechos del Niño, que propugna el principio de interés superior de niño.

CUARTO: La adopción por excepción está orientada a dar estabilidad al niño, niña y adolescente, la cual le permite gozar de los mismos derechos que tendría respecto de sus padres biológicos, considerando que según la Constitución Política del Perú, todos los hijos tienen iguales derechos

QUINTO: Es importante resaltar que se ha comprobado a través de la investigación de campo realizada en los Seis Juzgados de Familia del

distrito Judicial de Lambayeque, entre los años dos mil catorce hasta el año dos mil dieciséis, que el Interés Superior del Niño viene siendo respetado en todos los procesos de adopción seguidos en la vía judicial, de modo tal que, cuando ha sido necesario se han inaplicado normas que atentan contra sus derechos y entre otros, se ha dictado sentencias previo cumplimiento escrupuloso de los requisitos establecidos por ley.

SEXTO: La causal más invocada durante los años 2014 a lo que fue del 2016, es la del inciso a) *“la del casado con la madre o padre del niño por adoptar”*; la segunda causal invocada es la del inciso c) y, la menos invocada, es la causal establecida en el inciso b) del artículo 128 del CNA; sin embargo en todos los casos se ha buscado lograr que el niño forme legalmente -y en todo sentido- parte de la familia de hecho a la que ya pertenece y su realidad social concuerde con su realidad legal.

SETIMO: Nuestra legislación no se encuentra acorde con la realidad de las familias peruanas, (familias formadas por convivientes, parejas separadas, familias ensambladas, monoparentales, entre otros) ello por el transcurso del tiempo; lo que puede dificultar un proceso de adopción y la formalización de la familia que de hecho ya se encuentra constituida y de la cual forman parte los niños, niñas y adolescentes por adoptar, por lo que los Magistrados se ven la necesidad –en dichos casos y según corresponda- de inaplicar normas existentes, como por ejemplo el artículo 382 y el inciso 3 del artículo 378 del Código Civil.

RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

PRIMERA: Debido a la realidad peruana, también deberían acceder a la adopción los convivientes, y esposos separados de hecho, debiéndose modificar y actualizar el Código Civil, específicamente los artículos 378 inciso 2 y 3, así como el artículo 382 del Código Civil.

SEGUNDO: Que, el asentimiento de los padres biológicos del niño, niña y/o adolescente no sea óbice para la adopción, siempre y cuando no contravenga el interés Superior del Niño, por lo que debe modificarse el artículo 378 numeral 5, del Código Civil.

TERCERO: Que, la opinión del niño sea escuchada por los Magistrados, aun cuando sean menores de diez años de manera obligatoria y siempre que tengan condiciones de expresar su voluntad y de formarse una opinión sobre el tema.

CUARTO: Se realicen campañas de sensibilización e información sobre los beneficios de la adopción y pérdida de temor a efecto de lograr formalizar la situación de hecho en que puedan encontrarse algunos niños y adolescentes.

BIBLIOGRAFIA

- **ALSTON**, Philip y Bridgett **GILMOUR-WALSH**. “The Best Interests of the Child”. Innocenti Studies. UNICEF, International Child Development Centre. 1996
- **AQUIZE CÁCERES**, Rocío: “La Adopción y su evolución en el Código Civil Peruano”, Editorial IUDEX, Arequipa, 2012.
- **BACA CABRERA ARACELI D**; La Adopción en el Perú y Realidad, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982.
- **BAQUEIRO ROJAS**, Edgar & **BUENROSTRO BAEZ**, Rosalía: “Derecho de familia y sucesiones”, Editores Oxford, México, 1990.
- **BARRIENTOS GRANDA**, Juan José: “Curso de Derecho Civil”, México, 2000.
- **BARROSO FIGUEROA**, José: “La Filiación”, Editorial Porrúa, México, 2005.
- **BELLUSCIO, CESAR AUGUSTO**; Manual de Derecho Familiar. 3era. Edición. Edición De Palma. Buenos Aires 1981. Tomo II
- **BENJAMIN AGUILAR LLANOS**; La familia en el código civil peruano; Ediciones Legales, Febrero de 2008.
- **BERMUDEZ**, Manuel; La Constitucionalización del Derecho de Familia. Lima: Caballero Bustamante, 2011
- **BERNALES BALLESTEROS**, Enrique: “La Constitución de 1993”, Editorial Grijley, Lima, 1997.
- **BONNECASSE JULIEN**, Introducción al estudio del derecho, traducción de Jorge Guerrero, Librería Siglo XX, Bogotá, Editorial Santa Fe, Bogotá 1945.

- **BRACE**, Ian: “Diseño de cuestionarios”, Editorial Larousse, 2008.
- **BRENA SESMA**, Ingrid: “Las adopciones en México y algo más”, Editorial de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005.
- **BRUGI, COLÍN Y CAPITANT Y BELLUSCIO**, citados, por GALLEGOS CANANLES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca, Manual de Derecho de Familia, Juristas Editores, Lima, 2008.
- **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”.
- **CALDERÓN BELTRAN**, Javier Edmundo, La Familia Ensamblada en el Perú, Atrius editores, Arequipa, febrero 2014
- **CALDERÓN BELTRAN**, Javier Edmundo: “La Familia Ensamblada en el Perú”, Atrius Editores, Lima, 2014.
- **CHUNGA LAMONJA, FERMIN**; Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia, Editora Fecat, edición 2009.
- **CILLERO BRUÑOS**, Miguel; “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”.
- **CORNEJO CHAVEZ, HECTOR**; Derecho Familiar Peruano, Tomo II.
- **DELPIANO LIRA**, Cristián. “Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional.
- **DEMOLOMBE, C**; Cours de Code Napoléon, Tomo VI. Traité de l’adoption et la tutelle officieuse; de Puissance Paternelle”, Ed. Luvset, París, 1958.

- **FEBRES CORDERO, JAIME BUENAHORA**, La adopción, implicaciones jurídicas y sociológicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.E. 1977.
- **FELIPE DE LA MAZA PIZAÑA Y ROBERTO GARZON JIMENEZ**; Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal”.
- **GALLEGOS CANANLES**, Yolanda y **JARA QUISPE**, Rebeca, Manual de Derecho de Familia.
- **GALLEGOS PÉREZ NIDIA DEL CARMEN**; La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar.
- **GIL**, Andrés, María Victoria **FAMA** y Marisa **HERRERA**; Derecho Constitucional de Familia. Tomo I.
- **GUTIERREZ MORA LUZ ANGELA**, La adopción símbolo jurídico de una familia suplente, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1986.
- **HERNANDEZ SAMPIERI, FERNANDEZ COLLADO, & BAPTISTA LUCIO**, Pilar: “Metodología de la investigación”, McGraw-Hill/Interamericana Editores, México, 2010.
- **LAFONT PIANETTA**, Pedro, Derecho de Familia, Derecho de Menores, Juventud y Discapacitados, librería Ediciones del Profesional LTDA., Bogotá, Colombia, 2007.
- **LOGAN**, Emily. "The child's best interest: a generally applicable principle". Conferencia organizada por el Concejo de Europa: Comisionado de Derechos Humanos.
- **LÓPEZ DEL CARRIL**, Julio: “Derecho de familia” Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1984.
- **MAGALLON IBARRA**, Jorge Mario: “Instituciones del Derecho Civil”, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 2001.
- **MEJIA SALAS**, Pedro Andrés: “Institución jurídica de la adopción en el Perú”, Lima, 2013.

- **MONTOYA CHAVEZ**, Víctor Hugo: “Derechos fundamentales de los niños y adolescentes: el interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono”, Editorial Grijley, Lima, 2007.
- **NÚÑEZ TRAVIESO**, Belkis Varidad, en artículo de NUEVOS PERFILES DEL DERECHO DE FAMILIA, editorial Rubinzal Culzoni Buenos Aires, Argentina, 2006.
- **PLACIDO V ALEX**; “Filiación y Patria en la Doctrina y en la Jurisprudencia”, Gaceta Jurídica, 2003.
- **PLANIOL MARCEL – RIPERT GEORGE**; Traité élémentaire de droit civil. París Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, Tomo I.
- **QUINO CALLE, GISELLA EDITH**; en estado de abandono en nuestra actual legislación, Lima – 1995.
- **SAN JURJO, FERNANDO JOSE**; La adopción, histórico, doctrina y legislación, Librería Jurídica Valeria Abeledo. Editor. Buenos Aires, 1947.
- **SARAVIA, GUILLERMO A**; La adopción, Biblioteca Jurídica, Sección Derecho Civil.
- **VALDERRAMA**, Santiago: “Pasos para elaborar proyectos de investigación científica”, Editorial San Marcos, Lima, 2013.
- **VARSI ROSPIGLIOSI**, Enrique, Tratado de Derecho de Familia, Derecho de Filiación, Tomo IV, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- **ZERMATTEN**, Jean. “El interés superior del Nino: del análisis literal al alcance filosófico”. Informe de trabajo. Institut International desde Droits de L’enfant. 2010. pp. 27-29

REVISTAS JURÍDICAS:

- **AGUILAR LLANOS**, Benjamín: “Interés superior del niño: Criterio predominante y prioritario”, En Gaceta Constitucional, Lima, 2010.
- **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto: “Procesos derivados del Derecho de Familia”, Gaceta Jurídica. Lima, 2008.
- **PLACIDO**, Alex: “El Sistema Internacional de protección de los derechos del niño”. En Academia de la Magistratura. Familia, Niños, Adolescentes y Constitución, Fondo editorial de la AMAG, Lima.
- **REVOREDO DE DEBAKEY**, Delia (compiladora): “Código Civil, exposición de motivos y comentarios”, Grafotécnica editores, Tomo VI, Lima, 1988.

LEGISLACION NACIONAL E INTERNACIONAL.

- CÓDIGO CIVIL
- CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, Jurista Editores, Lima, 2014.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño
- Declaración de los Derechos del Niño.
- Ley de Acogimiento Familiar N° 30162
- Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (Ley N° 26662).
- Reglamento Nro. 010-2005-MINDES de la ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono

WEBGRAFIA.

- **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española** - definición de Matrimonio.

En:[http://www.lasil.sladi.org/webdav/site/lasilsladi/share
d/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf](http://www.lasil.sladi.org/webdav/site/lasilsladi/share/d/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf)

SENTENCIAS:

- CONSULTA AL EXPEDIENTE N° 2014-04037-0-0401-JR-FA-01

JURISPRUDENCIA.

- CONSULTA AL EXPEDIENTE N°1330-2011 LA LIBERTAD.
- CONSULTA AL EXPEDIENTE N°8334-2012-AREQUIPA.
- CONSULTA AL EXPEDIENTE N°1638-2011 HUAURA.
- CONSULTA AL EXPEDIENTE N°5550-2012-AREQUIPA.
- CONSULTA AL EXPEDIENTE N° 000563-2011- LIMA.
- CONSULTA AL EXPEDIENTE N°901-2012 DEL SANTA.

ANEXOS

EXPEDIENTE : 2014-04037-0-0401-JR-FA-01
MATERIA : ADOPCIÓN
ESPECIALISTA : MEJÍA CÁCERES, IDELMA
DEMANDADO : MÁRQUEZ APARICIO, EMPERATRIZ GLEDY
DEMANDANTE : ARENAS OPORTO, GILBERTO ESTEBAN

S E N T E N C I A Nro. 82- 2016**Resolución: 16.**

Chiclayo, 23 de junio del dos mil dieciséis.-

VISTOS: Aparece a fojas diecinueve y siguientes, subsanada a fojas treinta y ocho la demanda de adopción que interpone **don Gilberto Esteban Arenas Oporto**, a efecto de adoptar **a la adolescente María del Carmen Gómez Márquez** de diecisiete años de edad a la fecha y la dirige en contra de **Emperatriz Gledy Márquez Aparicio**.

Fundamentos de Hecho de la Demanda.

Refiere el recurrente que, es ascendiente del adolescente a adoptar, puesto que es su tío y se encuentra bajo su responsabilidad y tenencia de hecho desde el año de mil novecientos noventa y siete, fecha en la que se produjo el fallecimiento del padre del adolescente, quién era su hermano por parte de madre y se llamaba Víctor Luis Gómez Oporto. Señala que la adolescente nació en el distrito de Paucarpata, Provincia de Departamento de Arequipa, el día cuatro de abril del mil novecientos noventa y cinco, conforme a la partida de fojas dos, en la que aparece como su padre don Víctor Luis Gómez Oporto y debido a que éste falleció y la madre no contaba con capacidad económica para mantenerlo, es que la adolescente tuvo que vivir con él y sus padres y desde ese momento se le brindo cariño, afecto y asumió la responsabilidad de alimentarlo y educarlo como corresponde, puesto que ya en ese tiempo él contaba con un trabajo y una renumeración regular para afrontar los gastos que genera su sostenimiento, ya que, con mucho dolor la madre tuvo que aceptar la realidad y entregarlo a su familia pero en todo momento y en la actualidad ésta mantiene una estrecha relación con el adolescente. Refiere que él es una persona sola, ya que es un hombre separado y en la actualidad no cuenta con compromiso alguno y actualmente vive con su madre, la señora Teodora Oporto viuda de Arenas, quien viene a ser abuela y apoderada del adolescente a adoptar, especialmente en su centro de estudios, que lleva una relación excelente y armoniosa llena de afecto y cariño con éste, quién incluso lo llama “papá” y en el colegio “Salesianos Don Bosco” donde está actualmente estudiando es un alumno muy aplicado y de muy buena conducta, además que tanto la madre del adolescente como éste, están de acuerdo con que lo adopte como hijo, por lo que solicita que su sobrino adquiera la calidad de hijo del recurrente y a la vez solicita que el nombre del adolescente quede como **María del Carmen Arenas Márquez**.

Fundamentación Jurídica.

Amparan jurídicamente su petitorio en los artículos 377, 378 y 382 del Código Civil, los incisos b y c del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

Actividad Jurisdiccional y Contestación de la Demanda.

La demanda fue admitida a trámite mediante auto número tres de fojas

cuarenta.

La demandada contestó la demanda a fojas cuarenta y ocho, manifestando que es cierto que el solicitante de la adopción es ascendiente de su hijo, por ser su tío, puesto que es hermano por parte de la madre de quien en vida fue su esposo Víctor Luis Gómez Oporto y es a raíz del fallecimiento de éste, ocurrido en el año de mil novecientos noventa y siete y debido a su crítica situación que su hijo tuvo que vivir en casa de sus abuelos paternos en la cual también vivía el demandante, ya que ella tenía que ir a buscar trabajo para superar su situación que era muy precaria, pero ha mantenido durante todos estos años una constante comunicación con su hija, no obstante que su trabajo es fuera de la ciudad; que el demandante es la persona que incondicionalmente ha venido afrontando los gastos de alimentación, educación, vestido, salud y otros sin dejar de mencionar a la señora Teodora (abuela de la adolescente) que también le ha brindado su ayuda en la medida de sus posibilidades al margen de haberle dado todo el amor y cariño que han sido importantes para su formación; refiere que, tiene conocimiento que el demandante es una persona sola y que vive con su madre, su hijo y demás miembros de la familia en la misma casa y por el cariño y cuidado que le han dado, es por lo que esta de acuerdo que se lleve a cabo la adopción de su hijo. La contestación de la demanda fue admitida fojas cincuenta y uno, mediante auto número cinco – dos mil catorce.

Se ha nombrado un curador procesal para la adolescente **María del Carmen Gómez Márquez** mediante resolución seis – dos mil catorce, quien aceptó el cargo a fojas sesenta y seis, manifestando que con vista de los documentos presentados en la demanda se acredita que el recurrente efectivamente es tío de la adolescente **María del Carmen Gómez Márquez** y el Juzgado deberá escuchar la opinión del adolescente respecto a la relación paterno filial que mantiene con el adoptante. Está contestación fue admitida a fojas setenta y dos, mediante resolución número ocho.

- La audiencia de ley se llevó a cabo conforme aparece de fojas noventa y siguientes.
- Actuados los medios probatorios, se remitió el expediente en Vista Fiscal; el señor Fiscal ha opinado a fojas ciento treinta y tres que se declare fundada la demanda. La causa se encuentra expedita para ser sentenciada; y,-----

CONSIDERANDO: -----

Primero: DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN.

- 1.1.** El artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes define a la adopción como una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.
- 1.2.** El artículo 377 del Código Civil, establece que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.
- 1.3.** Según la doctrina, la adopción “es la institución del ordenamiento jurídico que permite dar una familia a menores que no la tienen. Es la ficción creada por el Derecho para equiparar los lazos que se crean entre la familia biológica y la adoptiva. Con independencia del tipo de adopción

que se acoja y del vínculo o no de parentesco que pueda existir entre adoptantes y adoptados, lo importante es hacer prevalecer, en cada caso, el respeto al interés superior de la infancia, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño”¹.

Segundo: ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN

Nuestra normatividad establece en el artículo 127 del Código de los Niños y Adolescentes, que la adopción sólo procederá una vez declarado el estado de abandono (queda claro que se refiere al procedimiento administrativo de adopción cuyo titular es la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y Adolescencia del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano), salvo los casos del artículo 128 del mismo Código. En el último artículo se establecen tres supuestos por los que procede la llamada “adopción por excepción” que son los siguientes:

- a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos;
- b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción (caso invocado en el caso de autos); y
- c) El que ha prohiado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años.

Tercero: SUPUESTO INVOCADO EN EL CASO DE AUTOS

3.1. En el caso de autos, se desprende de la demanda que el demandante solicita la adopción por la causal del inciso b (parentesco) notándose además la existencia de la causal del inciso c (prohijamiento)

3.2. Respecto a la primera causal mencionada, con la partida de nacimiento que obra en fojas dos, se acredita la existencia de la adolescente **María del Carmen Gómez Márquez**, nacido el día cuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco en la provincia y departamento de Arequipa, contando actualmente con diecisiete años de edad recién cumplidos el pasado cuatro de abril.

3.3. La adolescente ha sido reconocida por ambos padres, figurando en su partida como padre **Víctor Luis Gómez Oporto** (ya fallecido conforme a la partida de defunción de fojas trece) y como madre doña **Emperatriz Gledy Márquez Aparicio de Gómez** (demandada).

3.4. El mencionado Víctor Luis Gómez Oporto (padre de la adolescente) es hermano por parte de madre del demandante, según se desprende de las partidas de nacimiento de fojas cuatro y treinta cinco, así como de la partida de defunción de fojas trece, acreditándose así la causal invocada del inciso b) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

Cuarto: EN CUANTO A LA CAUSAL DE PROHIJAMIENTO.-

4.1. María del Carmen Gómez Márquez, vive con el demandante, se encuentra bajo su cuidado prácticamente desde el fallecimiento de su padre; así lo han manifestado el demandante en la demanda de fojas diecinueve y siguientes y la propia demandada en su contestación de demanda de fojas treinta y ocho (que se toma como declaración asimilada a tenor de lo establecido en el artículo 221 del Código Procesal Civil) haciéndose presente que conforme a la partida de defunción de don Víctor Luis Gómez Oporto, este falleció con fecha ocho de octubre de mil novecientos noventa y siete; además, durante la audiencia única de fojas noventa y cuatro se ha ratificado en la decisión de adoptar a su sobrino y ha aclarado que desde que su hermano estaba vivo, él ya ayudaba a su hermano en el cuidado de sus hijos y cuando

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y PEREZ GALLARDO, Leonardo B. Coordinadores, de NUEVOS PERFILES DEL DERECHO DE FAMILIA, editorial Rubinzal Culzoni, artículo de NÚÑEZ TRAVIESO, Belkis Varidad, Buenos Aires, Argentina, 2006, página 316.

falleció, ayudaba al cien por ciento; trabaja en Lambayeque y no tiene compromiso, por lo cual asumió a sus sobrinos como a sus hijos, su relación con su sobrina es de padre a hija y por eso no asumió otro compromiso.

- 4.2. Según el informe social de fojas ciento cinco y siguiente, la adolescente vive con su abuela paterna, su hermano Luis Alonso de veintitrés años y su tío Gilberto Esteban Arenas Oporto (demandante), quién trabaja en la Provincia de Lambayeque como Ingeniero Químico y es éste quién asumió la responsabilidad de la adolescente **Maria del Carmen** desde que tenía dos años y medio, siempre está al pendiente de su salud y estado emocional, no permanece diariamente en su domicilio pero está al pendiente de su familia, constituyen un hogar integrado y armonioso, se aprecia una familia unida con principios y valores son los que le brindan protección, amor, cariño, atención y cuidado que la adolescente requiere para su desarrollo personal, familiar y social. Acreditándose también la causal establecida en el inciso c) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

Quinto: SITUACIÓN DEL DEMANDANTE, DE LA DEMANDADA Y DE LA ADOLESCENTE POR ADOPTAR

- 5.1. El demandante es separado conforme aparece de la de la denuncia de abandono de hogar por parte de su pareja de fojas treinta y seis, trabaja en Southern Copper Corporation desde marzo de mil novecientos noventa conforme se tiene de fojas cinco, por tanto tiene ingresos fijos según aparece de la boleta de pago de fojas seis, tiene una propiedad inmueble según la ficha registral de fojas siete y siguientes, no registra antecedentes penales ni policiales según fojas treinta y uno y treinta y dos.
- 5.2. Respecto al adolescente, tenemos que, a fojas ciento quince obra su informe psicopedagógico remitido por la Institución Educativa Salesianos Don Bosco, en el cual se concluye que es un alumno destacado y de buena conducta, expresa gran preocupación sobre todo por su rendimiento académico, manifiesta expresamente sentirse bien con su actual familia con quienes desea permanecer y establecerse; a fojas ciento veinticuatro obra el informe psicológico practicado al referido adolescente, en el cual se concluye que éste no presenta trastorno psicológico que limite su capacidad para percibir y evaluar la realidad. Personalidad introvertida con tendencia a la inestabilidad emocional, Autoestima adecuada. Con relación a su tío (demandante) evidencia actitudes positivas y vínculos afectivos y aceptación plena de su figura paterna, aceptación de sus propias competencias, fortalezas y limitaciones personales, ha recibido un diploma de honor según se tiene de fojas treinta y siete, no posee bienes según certificados de fojas treinta y cuatro y treinta y tres; además a fojas noventa y dos ha referido que desea ser adoptado por su tío, quien tiene una hija en Estados Unidos.
- 5.3. Según el informe social de fojas ciento cinco y siguiente, se aprecia que la adolescente vive en una familia unida con principios y valores, le brindan protección, amor, cariño, atención y cuidado que la adolescente requiere para su desarrollo personal, familiar y social, vive junto a su abuela Teodora Oporto y su hermano, además el demandado trabaja tiene un trabajo estable. .
- 5.4. En cuanto a la demandada, contestó la demanda a fojas cuarenta y ocho, solicitando se den por ciertos todos los hechos expuestos y manifestando estar de acuerdo con la adopción, pero durante la audiencia única de fojas noventa y dos, al prestar declaración de parte dijo que no vive con su hija por motivos de trabajo, que cuando su esposo falleció, sus cuñados y su suegra se hicieron cargo de sus hijos; **que sólo está de acuerdo con la adopción en la que el demandante aparezca como padre y ella como madre**, pues él siempre ha sido muy generoso con su hijo y también con su

otro hijo Luis Alonso, que su esposo no les ha dejado nada, por lo que ella ha tenido que salir a trabajar **y que bajo otros términos no desea entregar en adopción a su hijo**. Se le preguntó si vivía con el padre de su hijo antes del fallecimiento de este, contestando ella que no, que se habían separado siete meses antes, que ella tenía la tenencia y el fallecido inició un juicio y antes de la sentencia falleció, que la relación con su suegra y su cuñado ahora es buena, que cuando su esposo falleció, la familia de este, llevó a sus hijos a Tacna y **tuvo que hacer un juicio por raptor porque no se le permitía verlos**, luego se solucionó el problema y le permitieron verlos e ingresar a la casa, un tiempo se llevó a sus hijos a vivir a su casa y la señora Teodora fue y le dijo que mejor se los llevaría para el beneficio de los niños y le dijo que los iba a poder visitar **y si permite la adopción para que el demandante tenga todos los derechos va a ser peor**.

Sexto: DERECHOS DEL ADOPTADO Y CONCLUSIONES

- 6.1. La adoptada lleva los apellidos del adoptante estando a lo establecido por el artículo 22 del Código citado.
- 6.2. La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución como lo dispone el artículo 238 del Código Civil.
- 6.3. La resolución que declara la adopción hace que tal decisión sea irrevocable respecto del adoptante; teniéndose en cuenta que la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna como lo prescriben los artículos 380 y 381 del Código Civil acotado; del mismo modo respecto a la prohibición de mencionar la naturaleza de la filiación en los Registros Civiles o en cualquier otro documento de identidad establecido por el artículo 6 de la Constitución Política del Perú.
- 6.4. Siempre recordando, que la adopción no tiene sólo un matiz patrimonial, y que, exige como uno de los requisitos del artículo 378 del artículo del Código Civil el asentimiento de los padres del adoptado si están bajo su patria potestad, además que, debe velarse por el interés superior del niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, no se deja de lado que como vemos, en el caso de autos, **la madre no permite la adopción de su hija por parte del demandante, en todo el entendido de lo que esta figura significa**, pues no se puede pretender que la adopción prospere en este caso sólo en cuanto a la familia paterna, puesto que la madre no forma parte de la familia nuclear del demandante, es decir no es su pareja, ni es parte de su familia inmediata, es más ella ha manifestado que hubo problemas con la familia paterna (entendiendo a esta como la madre del demandante y el propio demandante) justamente por sus hijos y es por ello que este Despacho no estima beneficiosa para el adolescente una adopción en estas circunstancias, menos aún si el adoptante es justamente hermano del padre biológico del adolescente y no se puede decir que él no sea parte de la familia en la cual vive, ya que desde niña ha convivido con la abuela paterna y con el hermano del padre, como las partes del proceso lo han reconocido en la demanda y subsanación de fojas diecinueve y siguientes y treinta y ocho y siguientes, contestación de demanda de fojas cuarenta y ocho y siguientes, declaraciones rendidas durante la audiencia única de fojas noventa y siguientes y visita social de fojas ciento cinco y siguientes. Debiendo dejarse en claro que el llevar los apellidos del demandante no cambiará la situación del adolescente, pero si puede modificar la situación respecto a su madre, pues de accederse a la adopción, el hijo pasaría a ser sólo hijo del demandante por mandato del artículo 377 del Código Civil, no encontrándonos en la excepción prevista en el inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, puesto que el adoptante no es cónyuge

de la madre del adoptado y tampoco estamos frente al caso en que el adoptante sea conviviente de la madre para establecer que se trata de una familia nuclear, al contrario, la madre demandada ha referido la existencia de problemas anteriores justamente por el cuidado de sus hijos con la familia paterna entre quienes se encuentra el demandante al ser hermano de su difunto esposo.

Sétimo: REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN.

Estando a lo expresado en el considerando anterior, consideramos que no es necesario ya, analizar el cumplimiento de los otros requisitos establecidos en el artículo 378 del Código Civil

Octavo:

8.1. Al resolver el proceso no se deja de lado que este debe ser tratado como UN PROBLEMA HUMANO de conformidad a lo establecido en el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que establece que el Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes y que los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos, lo que al criterio de la Juzgadora implica resolver dejando de lado prejuicios y hasta formalismos que perjudiquen a niños y adolescentes involucrados.

8.2. Otro aspecto fundamental se encuentra constituido por el PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989) que en su artículo 3, inciso 1, que establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"². El mismo fue incorporado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, Ley, N° 27337, que señala : "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos"³. En este entendido consideramos, como ya lo expresamos, que la adopción solicitada no es beneficiosa para **María del Carmen Gómez Marquez**, quien tiene derecho a conservar su real filiación con la madre, dado que de accederse a la adopción puede generarse un conflicto a nivel familiar que evidentemente involucrará al adolescente, lo que definitivamente no le conviene.

Noveno: Si bien es cierto se ha nombrado un curador procesal para el adolescente **María del Carmen Arenas Márquez**, también lo es, que la demanda no es en su contra, y que, en este proceso él no resulta perdedor, por tanto no corresponde elevarlo en consulta al superior conforme a la previsión del artículo 408 inciso 2 del Código Procesal Civil.

Décimo: COSTAS Y COSTOS

Habiéndose nombrado curador procesal para la adolescente y siendo que el demandante tuvo motivos atendibles para demandar, debe exonerárseles del

² ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, del 20 de noviembre de 1989 artículo 3 inciso 1

³ CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, LEY 27337, Título Preliminar, artículo IX

pago de costas y costos, ello con la facultad concedida por el artículo 412 del Código Adjetivo.

Por estas consideraciones y con el dictamen fiscal de fojas ciento treinta y tres y siguientes

FALLO declarando **INFUNDADA** la demanda interpuesta por don **Gilberto Esteban Arenas Oporto**, en contra de doña **Emperatriz Gledy Márquez Aparicio**, sobre la adopción de la adolescente **María del Carmen Gómez**

Márquez, sin costas ni costos y por esta mi Sentencia así lo pronuncio mando y firmo. TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.

3° JUZGADO DE FAMILIA - Sede Central

EXPEDIENTE : 00846-2014-0-0401-JR-FC-03

MATERIA : ADOPCION

ESPECIALISTA : ESTELA VAQUEZ. L.

DEMANDADO : FUENTES SALAS, LUIS JAVIER

DEMANDANTE : HIDALGO CALLA, WALTER

S E N T E N C I A

N° 195-2017-3JEF

Resolución N° Treinta y dos

Chiclayo, 17 de julio

De dos mil diecisiete.

VISTOS: -----

PARTES Y MATERIA: Aparece de fojas treinta y siete subsanada a fojas cuarenta y siete y siguientes, la demanda de acción judicial de ADOPCIÓN, que interpone **DON WALTER HIDALGO CALLA** en contra de LUIS JAVIER FUENTES SALAS, sobre adopción de la niña ANGELINA HORNELLA HIDALGO CALLA. -----

Petitorio: En su condición de tío materno estando dentro del segundo grado de consanguinidad, respecto de la niña Angelina Hornella Fuentes Hidalgo, y conforme lo previsto en el inciso b del artículo ciento veintiocho del Código de los Niños y Adolescentes, solicita que su sobrina adquiera la calidad de su hija, dejando de pertenecer a su familia paterna consanguínea y en su momento se ordene se extienda su nueva partida de nacimiento en sustitución de la original, debiendo llevar sus apellidos por lo que quedará en definitiva como Angelina Hornella Hidalgo Calla. -----

Fundamentos Fácticos de la demanda: El demandante señala que **(1)** La menor Angelina Hornella Fuentes Hidalgo, es su sobrina, hija de su hermana Rocío Diana Hidalgo Calla y del demandado Luis Javier Fuentes Salas, señalando que la menor nació el 21 de setiembre de dos mil seis. **(2)** Que el padre biológico siempre se ha desentendido de sus obligaciones, por el contrario maltrataba a la hermana del recurrente, Rocío Diana Hidalgo Calla, quien se ve obligada a interponer demanda de cobro de pensión alimenticia, proceso que se halla en estado de ejecución y en el cual el demandado adeuda varias pensiones. **(3)** De la misma manera su hermana demandó al padre biológico la filiación paterna, declarándose judicialmente dicha filiación. **(4)** Que la hermana del recurrente y madre de la menor ha fallecido, quedando la niña al cuidado de la familia materna, en específico de la abuela materna Mauricia Calla Rojas. **(5)** Con la madre de la menor, el recurrente ha sido muy unido, que la niña le dice papá, y el recurrente la ayuda económicamente. **(6)** El padre biológico no tiene interés alguno en la niña, y

el declarante vive y labora en España pero se encuentra en excedencia voluntaria con el fin de adoptar judicialmente a su menor sobrina. (7) Se ha tramitado un proceso de abandono material y peligro moral de su sobrina por ante el Segundo Juzgado de Familia interpuesto por la abuela materna, para protegerla del padre biológico, ante el fallecimiento de la hermana del recurrente, siendo que la abuela materna tiene a su cuidado a su sobrina, afrontando el demandante todos los gastos.(8) Que es soltero, vive en España y tiene en propiedad un lote en Asociación Hijos de Ciudad de Dios en el Distrito de Yura, que es su deseo llevarse a su madre (abuela de la menor), y a su sobrina a España, que la menor ha estado bajo la protección de la familia materna desde su concepción e incluso ya cuenta con su pasaporte. -----

Fundamento jurídico de la demanda: Ampara su demanda en lo dispuesto por los artículos 377 y 379 del Código Civil, artículos 128, inc. b en su condición de tío materno de la menor Angelina Hornella Fuentes Hidalgo, es que demanda la Adopción de su sobrina, y sin que medie que declaré(e su estado de abandono a fin de que adquiriera la calidad de hija del recurrente y deje de pertenecer a su familia consanguínea paterna. -----

Contestación de la demanda por parte del demandado: Pide se declare improcedente la demanda: (1) No concurren los supuestos sustanciales y formales para ser declarada fundada.

(2) La acción judicial de adopción prevista por el artículo 128 inciso b del CNA corresponde a una situación donde no exista padres o éstos se encuentren incapacitados o sea declarada judicialmente la pérdida de la patria potestad en forma previa o exista declaración de abandono previa, más aún cuando la menor aún cuenta con su padre. **Pronunciamiento respecto a los hechos de la demanda.** Que son verdad los puntos uno y cuatro; que no son verdad los extremos de los puntos dos, tres, seis y que desconoce respecto a los extremos expuestos en los puntos cinco, siete y ocho. **Fundamentos fácticos de su contestación: (1)** Que su persona en todo momento ha asumido su responsabilidad de padre, expresando su total desacuerdo con la demanda interpuesta, pues está en disposición de continuar cumpliendo sus obligaciones, por otro lado no se acredita fehacientemente una situación de extrema necesidad o abandono material o moral de la menor, que justifique o conlleve a una petición de adopción, pero aún de los actuados aparece que el demandante, no reúne o acredita los requisitos necesarios (familia constituida, estabilidad emocional, psíquica, moral, relación interpersonal adecuada con la menor y otros necesarios, que requieren de evaluaciones previas por parte de profesionales especializados).

(2) El demandado viene asumiendo su responsabilidad de padre en el proceso Nro 615-2008 sobre cobro de alimentos seguido por doña Rocío Diana Hidalgo Calla en su contra, que no esperó a la emisión de una sentencia, sino que llegó a un acuerdo conciliatorio, asumiendo el pago en especie (leche) y en efectivo, la que se cumplió en la cuenta de ahorros del Banco de la Nación, que la entrega en especie no se estuvo cumpliendo regularmente por falta de comunicación adecuada con la madre de la menor, y si se interrumpió la entrega de pensiones en efectivo fue debido al fallecimiento de ésta. Que incluso pidió al juzgado entregar

los bienes en especie por medio del juzgado. (3) Señala que hasta la notificación de la presente demanda, en ningún momento ha tomado conocimiento de la existencia del Proceso 4045-2010 sobre abandono material y moral de la menor, dado que no ha sido reemplazado o notificado para el ejercicio de su derecho de defensa: Se ha pretendido hacer una situación de abandono material u moral, que en los hechos no es real y no dará, pues ha venido asumiendo su responsabilidad y reafirmó la misma a fin de que la menor cuente con lo necesario para poder desarrollarse normalmente.(4) El demandando afirma que he venido cumpliendo con la pensión alimenticia y otras atenciones adicionales, expresando además que su situación laboral y económica actual se encuentra mejorada, expresando la voluntad de mejorar el monto de la pensión alimenticia. (4) Resulta injustificado e improcedente pretender la declaración de abandono material y moral de la menor. (6) Que no ha sido privado de su ejercicio regular de la patria potestad, por lo que no cabe amparar la pretensión ya que ésta sólo es factible cuando la situación sea de total abandono moral y material, lo que no es el caso de autos. (7) Que además de su absoluta negativa para la adopción alegada, no puede sustentarse la adopción por parte de una persona soltera, que no cuenta con familia constituida que pudiera eventualmente garantizar el adecuado desarrollo físico, psicológico y social de la menor, más aún si trabaja lo que no le permitirá cumplir con sus labores de padre, más aún considerar que la niña cuenta con solo cuatro años por lo que requiere para su cuidado una mujer y no un varón. (8) Que con la adopción se estaría atentando contra los derechos de identidad como parte de su desarrollo integral, poniéndose en riesgo el respeto a su integridad física, psíquica y moral. -----

Fundamentos de la contestación de la demanda por el curador procesal: A los puntos uno, dos y tres, es cierto, puesto que se tiene acreditado en la partida de nacimiento de la menor, así como también del proceso de Alimentos que se halla en ejecución de sentencia al igual de la filiación paterna en el que la menor lleva el apellido paterno del padre biológico prescrito en la partida de nacimiento, dichos documentos presentados en el presente proceso. Al punto cuatro y siete, así se desprende de la copia del acta de defunción que efectivamente falleció la madre de la menor, además de la existencia de un proceso de abandono moral y material a favor de la menor. Al punto cinco, siendo los hechos afirmados por el demandante no se puede pronunciar, dicha información deberá ser evaluada y merituada por la señora jueza. Al punto seis y ocho así se desprende de los documentos adjuntos al presente proceso, se sostiene que el supuesto adoptante tiene la solvencia económica y moral para poder hacerse cargo tanto de su sobrina como de su señora madre. **Fundamentos de la defensa:** Dada la naturaleza de la pretensión el actor debe demostrar fehacientemente y con pruebas los extremos de la demanda. El demandante ampara su pretensión en la figura de la adopción por excepción específicamente en la causal de vínculo de parentesco, y con vista de los documentos presentados en la demandada respecto a que se acredita que el recurrente efectivamente establece un grado de parentesco con el menor por adoptar. -----

Actividad Procesal: La demanda es admitida a trámite por resolución dos de fojas sesenta y seis, nombrándose curador procesal a la niña preadoptada. La misma que es notificada válidamente al demandado conforme se aprecia de fojas ochenta y tres, y al curador procesal a fojas setenta y siete. El curador contesta la demanda a fojas ochenta y ocho a noventa. El demandado contesta la demanda de fojas ciento cinco a ciento dieciséis, subsanándola a fojas ciento treinta y cuatro. Se señala fecha para la audiencia única. El demandante procede a ofrecer medios probatorios extemporáneos estando a la contestación formulada por la parte demandada, los que se tienen por ofrecidos a fojas ciento ochenta. La audiencia única se desarrolla conforme se aprecia de fojas doscientos treinta y siete y siguientes, en la cual se declara saneado el proceso, se fijaron los puntos en controversia y se admitieron los medios probatorios, actuándose éstos, luego de actuados todos los medios probatorios admitidos en la audiencia única, se remiten los actuados en Vista Fiscal, el que emite pronunciamiento a fojas trescientos veintiuno y siguientes, que opina por que se declare fundada la demanda. Por resolución treinta de fojas trescientos cincuenta y cuatro se admiten medios probatorios de oficio. Disponiéndose el ingreso de autos a Despacho para expedir sentencia, siendo este su estado. -----

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO: Que para efectos de la presente sentencia debe considerarse que todo niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, siendo que en caso que el niño carezca de familia natural tiene derecho a crecer **en un ambiente familiar adecuado**. (Artículo octavo del Código de los Niños y Adolescentes), familia que por cierto ha de contar con la protección estatal (Artículos cuarto y sétimo de la Constitución Política del Estado). No obstante ello, debe considerarse que como nuestra legislación nacional no define el concepto de familia, a falta de una enunciación expresa de tal, debemos inferir la misma de las normas que tratan sobre ella, como bien ha referido Alex Plácido “examinando el sentido con que se emplea la palabra familia y el alcance con que se consideran la relaciones familiares en la norma jurídica”, siendo que, al realizar dicha inferencia, la definición que formula este conocido autor nacional y cuyo criterio – en el extremo a citarse-, esta magistrado comparte- refiere : *“la familia está formada por personas que se hallan unidas por un afecto natural ... que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente”*. -----

SEGUNDO.- En esa línea de razonamiento, la adopción es una medida de protección al niño y al adolescente, por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza (Artículo 115 Código de los Niños y Adolescentes); una institución familiar, en virtud de la cual el adoptado adquiere la calidad del hijo del adoptante y deja de pertenecer a la familia consanguínea (artículo 377 del código Civil), esto último con la única salvedad que establece el artículo 128 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes. -----

TERCERO: Si bien en nuestro país la adopción se realiza –por regla general- administrativamente una vez declarado el estado de abandono de los niños; existe, además, la vía de excepción prevista por el aludido artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, que posibilita tramitar la adopción judicial, en los supuestos indicados en dicha norma, dentro de los cuales se encuentra previsto el que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, -----

CUARTO: En la audiencia única, se han establecido como puntos controvertidos: **Primero.-** Determinar o establecer si se cumplen con los presupuestos establecidos por el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, y **Segundo.-** Determinar si como consecuencia del primer punto controvertido prevalece el interés superior de la niña. **Tercero.-** Determinar si se cumple con los requisitos previstos por el artículo 378 del Código Civil. -----

QUINTO: Que respecto **al primer punto controvertido**, cabe analizar si el demandante cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 128 inciso b) el Código de los niños y adolescentes, al respecto: -----

5.1. Obra en autos (fojas trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres) las partidas de nacimiento de demandante y de quien en vida fuera Rocío Diana Hidalgo Calla, con las cuales queda probado que son hermanos, al ser ambos hijos de don Juan Hidalgo Zapana y de doña Mauricia Calla Rojas.-----

5.2. Con la partida de nacimiento de fojas siete, queda probado que la niña pre-adoptada, Angelina Hornella Fuentes Hidalgo, es hija reconocida de Rocío Diana Hidalgo Calla e hija declarada de Luis Javier Fuentes Salas. -----

5.3. Siendo ello así, se encuentra probado que el demandante y la niña pre-adoptada son parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, puesto que es hermano de quien fuera madre de la niña preadoptada. -----

5.4. El artículo 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes prevé que, en vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez Especializado, **incluso sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (...)** b) el que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción (el resaltado en negrita es nuestro). -----

5.5. Al respecto, debe tenerse en consideración que si bien la parte demandada refiere que esta demanda es improcedente por cuanto la acción judicial de adopción que prevé el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes está prevista de manera excepcional para cuando exista carencia de padres o éstos se encuentren incapacitados o se haya declarado judicialmente la pérdida de patria potestad o el abandono del niño, si bien el artículo 128 del código de los Niños y Adolescentes –en efecto- prevé la adopción judicial por la vía de excepción, no es cierto que tales excepciones se refieran a los presupuestos señalados por el demandado, sino para aquellos expresamente mencionados en los incisos a (cónyuge que quiere adoptar al hijo de la

o del cónyuge), b (parentesco con el niño por adoptar) y c (prohijamiento por más de dos años) de la aludida norma y aún cuando no medie declaración de abandono, esto es que no resulta necesario acreditar una previa declaración de abandono del niño preadoptado, para que pueda demandarse su adopción, por lo que no se verifica el supuesto de improcedencia que plantea la parte demandada.-----

SEXTO: En referencia al cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 378 del Código Civil, cabe analizar: -----

6.1. Respecto al primer numeral, que el adoptante goce de solvencia moral, para lo cual se valoran: -----

6.1.1. El Informe social de fojas doscientos setenta y ocho y siguiente (no cuestionado), el cual refiere: *“El pre adoptante trabaja en la Empresa Española Acciona como Electricista en energías renovables percibe un ingreso mensual de s/. 5,500.00 nuevos soles, ingresos que le permiten cubrir el sostenimiento de la pre-adoptante ”* -----

6.1.2. El Informe Psicológico Nro 524-2011-EMA-JF-PS-JF, de fojas doscientos sesenta y dos y siguiente practicado al demandante Walter Hidalgo Calla del que se concluye: *“...inteligencia normal, y una personalidad caracterizada por tendencia a la estabilidad emocional, introversión, reservado en sus relaciones sociales, buena capacidad de adaptación y muestra una elaboración coherente de su proyecto de vida y una toma de conciencia adecuada de las personas, relaciones y cosas que tiene prioridad en la vida, dentro de las que incluye a la menor preadoptada. La menor Angelina Hornella Fuentes Hidalgo, constituye para él una fuente importante de sus motivaciones y la orientación de su personalidad, y evidencia hacia ella sentimientos estables de amor, protección y cuidados, habiendo desarrollado hacia ella un sentido de responsabilidad consciente con relación a su educación, su futuro, y oportunidades de realización personal. ”. --*

6.1.3. La Constancia emitida por el Párroco de la Parroquia San Maximiliano Kolbe de Ciudad de Dios (fojas doscientos cincuenta y cuatro), en la que se hace constar que el Señor Walter Hidalgo Calla de 43 años de edad, *“que según parecer de nuestra Parroquia muestra solvencia moral “.*

6.1.4. La Constancia de Solvencia Moral (fojas doscientos cincuenta y cinco) emitida por la Asociación Institución Educativa Privada “ San Cristóbal ” que hace constar que el señor “ *Walter Hidalgo Calla con DNI 29532804 y domiciliado en Urb. Rafael Belaúnde Diez Canseco Zn. B, J, Lte. 15, del distrito de Cayma es tío y apoderado de la alumna Angelina Hornella Fuentes Hidalgo, del aula de 4 años del Nivel Inicial, quien hasta la fecha, se ha hecho cargo de su educación integral, ya que siempre asiste a las reuniones, cumple con las actividades correspondientes, abona los respectivos conceptos de pensiones mensuales y otros, y se le ha observado una conducta respetuosa y decorosa con la niña en mención, el personal que labora en el colegio y con los otros padres de familiar. ”.* -----

6.1.5. El demandante carece de antecedentes penales, como se verifica del certificado de fojas veinticinco. -----

6.1.6. La constancia de Probidad y Buena conducta y solvencia moral, de fojas doscientos cincuenta y seis, cuyo cuerpo acompañado de firmas de algunos de los vecinos del recurrente, indica que: “ *Los abajo firmantes, como vecinos del U.P.I.S. *Rafael Belaúnde Diez Canseco* Zona B, declaramos bajo juramento que conocemos al sr. Walter Hidalgo Calla, con DNI No 29532804, domiciliado en el lote 1 de la manzana M, zona B de la UPIS *Rafael Belaúnde Diez Canseco*, quien es una persona honrada, no teniendo problemas con sus vecinos teniendo trato cordial y buena conducta, es decir cuenta con solvencia moral y, que por motivos de trabajo, viaja a España, estado a su cargo su Sra. madre doña Mauricia Calla Rojas, firmamos a su solicitud y para los fines que le convengan.* ” La cual se valora sólo de modo referencial, pero que permite tener un indicio de la conducta del demandante. -----

6.1.7. Que los medios probatorios anteriormente descritos valorados en su conjunto causan convicción en la juzgadora que el demandante muestra un comportamiento acorde con el requerimiento que prevé este supuesto de hechos (solvencia moral). -----

6.2. Respecto del segundo numeral, relativo a que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría más la edad de la preadoptada. Su cumplimiento queda acreditado con la partida de nacimiento de fojas siete y copia de documento de identidad del demandante de fojas dos, donde aparece que Angelina Hornella Fuentes Hidalgo nació el veintiuno de setiembre de dos mil seis, y el pre adoptante don Walter Hidalgo Calla, el dieciocho abril de mil novecientos sesenta y ocho, por lo que evidentemente la diferencia de edad entre éstos es superior a la suma de la mayoría y la de la citada menor. -----

6.3. Respecto al numeral tres: Esto es el asentimiento del cónyuge casado que pretende la adopción, no resulta aplicable teniendo en consideración que tal y como se desprende de autos el demandante es soltero, según Documento Nacional de Identidad de fojas dos, lo que también es aceptado por la parte demandada en su escrito de contestación. -----

6.4. Respecto al numeral cuatro: no resulta de aplicación, teniendo en consideración que, según la partida de nacimiento de fojas siete, la niña pre-adoptada no es mayor de diez años, sin embargo, no puede dejar de mencionar este juzgado en la evaluación psicológica que se ha realizado a la niña preadoptada, y que obra a fojas doscientos noventa y nueve y siguientes, ésta expresa “...lo quiero mucho a mi papito Walter porque trae muchas cosas en la Navidad...porque me compra ropa, zapatos y me compra libros...y juguetes y muñecas” “me quiere mucho porque me extraña”, “quiero ver a mi papito Walter”. -----

6.5. Respecto al numeral cinco, esto es que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela, cabe realizar el siguiente análisis: -----

6.5.1. La madre de la niña preadoptada, ha fallecido con fecha veintinueve de noviembre del dos mil diez, siendo más bien éste el motivo por el cual el hermano de la misma está pretendiendo la adopción de su sobrina. -----

6.5.2. El padre biológico de la menor, al momento de contestar la demanda (ciento catorce) ha referido que “... *no se encuentra de acuerdo con la adopción planteada*” Lo que ha reiterado en su declaración de parte a fojas doscientos cuarenta y uno. -----

6.5.3. Al respecto, se debe tener en consideración el derecho que tiene todo niño de vivir en familia y a preservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (Convención de los Derechos del Niño, Preámbulo y artículos octavo y noveno) -----

6.5.4. En el caso de autos, se tiene que la negativa del demandado se ha centrado básicamente en el hecho que él “viene cumpliendo con su obligación alimentaria” (según su escrito de contestación lo que se valora como declaración asimilada), o porque “*todo lo que dicen en la demanda que no es verdad, además porque él viene cumpliendo con su obligación pecuniaria adquirida en el acta de conciliación...*”, esto es que se niega a que la niña sea adoptada por el hermano de la madre biológica, porque él “paga los alimentos”. -----

6.5.5. Habría que preguntarse si la familia a la cual tiene derecho la niña Angelina Hornella, es una que se limite a “proporcionarle los alimentos”, en todo caso si tal situación puede considerarse una familia, o si la niña Angelina Hornella tiene derecho a una familia, entendida ésta como el lugar en el cual pueda encontrar el afecto, seguridad y fortaleza para desarrollarse plenamente como ser humano. -----

6.5.6. Fluye de lo actuado, en especial de la partida de nacimiento de la niña pre adoptada y de la sentencia que obra a fojas ciento setenta y siguientes, que no ha sido reconocida voluntariamente por el demandado, sino que ha sido el Juzgado de Paz Letrado de Cerro Colorado, quien ha declarado judicialmente su paternidad, el propio demandado en su declaración de parte ha referido que no la reconoció *porque los hechos se dieron de una manera informal, ya que no tenía una relación sentimental ni amical con madre de la niña, fue una situación esporádica y porque había la posibilidad de que la niña fuera su hija*. Si bien ante la pregunta de su abogado defensor sobre si existe la voluntad de asumir la tenencia de la menor y/o visitarla, contestó, que sí existe y que quiere tenerla y visitarla aunque sea un fin de semana. No puede dejarse de mencionar que cuando se le preguntó por el Juzgado si considera que Hornella es su hija, contestó ***primero debería haber una prueba de ADN para saberlo*** (el resaltado es nuestro). Ante la pregunta de si había iniciado algún proceso para la tenencia de su menor hija o visitas, respondió que *lo iba a ser en el momento que estime conveniente* (sic) (el subrayado es nuestro). Esto es que el demandado no considera a la pre-adoptada como su hija, ni ha considerado pertinente tenerla bajo su cuidado siendo que en todo caso lo hará “en el momento que estime conveniente”, no en el momento en que la niña, como se humano digno y con derecho a contar con una familia lo necesite o requiera. -----

6.5.7. Hasta qué punto se puede considerar que el demandado pueda brindarle a Angelina Hornella una familia, si estos años su participación en la vida de la niña ha sido inexistente, limitándose a cumplir, moderadamente, con una “obligación alimentaria” que si bien fue conciliada judicialmente, tuvo que ser inicialmente demandada (y posteriormente liquidada y requerida –según resoluciones judiciales de fojas doscientos doce y siguiente, doscientos dieciséis), porque no era cumplida y en la cual –además- el demandado no reconocía ser el padre de la niña, pues negaba haber sostenido relaciones con la demandante (copia de audiencia de fojas doscientos diez y siguiente).-----

6.5.8. Del informe psicológico de fojas trescientos catorce practicado al demandado, se concluye que en éste *no se observa genuina preocupación por tener a su cuidado a su hija, y más bien a lo largo de su relato centra su atención en el actuar de los familiares de ésta, revelando dogmática convicción del daño que le quieren causar y le causarán (...) no revela mayor interés ni afecto por la niña en adopción.* Esto es que no existe un vínculo afectivo y real entre la niña preadoptada y su padre biológico, tan es así que la niña llama “papito” al pre adoptante y no al demandado. -

6.5.9. Del informe social de fojas doscientos ochenta y seis, se verifica que la asistente social se constituyó al domicilio del demandado para realizar una visita social en su hogar, donde la asistente social no encontró a nadie, dejando constancia que aparentemente en dicha vivienda nadie la habita, que al constituirse al centro de trabajo del demandado se coordinó para la realización de una nueva visita, siendo que el demandado incumplió con asistir a la Oficina de Servicio Social por lo que no se pudo realizar el informe social ordenado, habiéndosele requerido al demandado por resolución veintiuno, el coordinar dicha visita, bajo apercibimiento de prescindir de la misma y valorar su conducta procesal, sin que haya cumplido con lo ordenado por lo que mediante resolución veintidós se tuvo que prescindir de dicho medio. Apreciándose una falta de cooperación del demandado para conocer la situación en su hogar, lo que valora este Despacho, no pasando desapercibido el hecho que el demandado se encuentra casado. ---

6.5.10. Que, estando a lo valorado anteriormente, cabe cuestionarse si podría declararse infundada la adopción de la niña pre-adoptada por la negativa del demandado a brindar su autorización, cuando dicha negativa, está fundada en razones que poco o nada tienen que ver con el interés superior de la menor, entendido éste como aquél que permita el cabal ejercicio de los derechos que le corresponden a la niña, entre ellos, el de contar con una familia, como en efecto se desprende del Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño que refiere: *reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*-----

6.5.11. En el caso de autos, considera esta Juzgadora que resulta necesario inaplicar el inciso 5 del artículo 378 del Código Civil, por cuanto éste –en el caso concreto de autos- contraviene tanto el interés superior de la niña, contemplado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que por ser un tratado que versa sobre Derechos Humanos tiene rango Constitucional,

así como el derecho de la niña a que se proteja su familia, conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política del Estado.-----

6.6. Respecto al sexto numeral, no resulta aplicable teniendo en consideración que el menor no tiene tutor.-----

6.7. Respecto al sétimo numeral, debe tenerse en consideración que es precisamente el motivo del presente proceso y por el cual se está requiriendo a este Despacho su pronunciamiento. ----

6.8. Respecto al octavo numeral, a pesar de no ser extranjeros, el pre-adoptante se ha ratificado en su decisión de adoptar a la niña *Angelina Hornella Fuentes Hidalgo*. -----

SÉTIMO: En la Audiencia Única se fijó –además- como segundo punto controvertido “si como consecuencia del primer punto controvertido prevalece el interés superior del niño”, al respecto cabe realizar el siguiente análisis:-----

7.1. Se ha probado a lo largo del proceso que la niña por adoptar se encuentra plenamente identificada y adaptada al núcleo familiar en el que vive, identificando incluso al pre-adoptante como “papito Walter”. -----

7.2. No pasando desapercibido a la Juzgadora, que ante la muerte de su progenitora, el pre-adoptante, así como sus hermanas y madre, han procurado para la niña un ambiente familiar acorde a sus necesidades, en la que la menor pueda desarrollarse plenamente como ser humano, existiendo el legítimo deseo del demandante que tanto su sobrina (a quien pretende adoptar como hija), como su progenitora puedan vivir con él, para brindarles su protección y cariño. -----

7.3. Evidenciándose a lo largo del proceso la falta de interés del padre biológico respecto de su menor hija, respecto de la cual –incluso- duda sobre su filiación biológica, por lo que no la ha reconocido legalmente. Y aún contándose con la declaración judicial, refiere requerir una prueba de ADN, para tener la seguridad de si es su hija o no, lo que nos permite colegir que en atención al interés superior del Niño consagrado tanto en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes como en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, resulta conveniente declarar fundada la presente demanda y autorizar la adopción de la niña Angelina Hornella Fuentes Hidalgo por parte de su tío materno, el demandante. -----

7.4. Más aún si se considera que el respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Este respecto no sólo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos, sino que, adicionalmente, determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones. En el caso de autos, respetar el derecho que tiene la niña Angelina Hornella de ser adoptada legalmente por quien viene siendo su imagen paterna estos años y más aún a la muerte de su madre. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “la verdadera y plena protección de los niños significa que

éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 8).-----

OCTAVO: Se debe tener en consideración que le presente proceso es uno adopción excepcional contemplada en el Código de los Niños y Adolescente, **no necesita declaración de abandono previa**, y se ha acreditado fehacientemente los presupuestos del artículo 128 inc. b, del citado código, ya que se encuentra plenamente probado que el demandante es tío materno de la niña (tercer grado de consaguinidad). -----

NOVENO: Que la Adopción es una institución de Familia que se encuentra bajo la vigilancia del Estado (Convención de los Derechos del Niño), por ésta y a través de la resolución que la establece, se instituye de manera irrevocable una relación paterno - filial entre personas que no la tienen por naturaleza (Art. 380 CC), adquiriendo el adoptado la calidad de hijo de quien lo peticiona, perdiendo el vínculo de filiación con sus padres biológicos. Dicha adopción no puede –además- admitirse bajo modalidad alguna como lo prescribe el artículo 381 del Código Civil acotado.-----

DÉCIMO: Que, debe tenerse en cuenta –también- que la adopción es fuente de parentesco como lo dispone el artículo 238 del Código Civil y que por los alcances de esta institución la niña por adoptar tendrá los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima de conformidad con lo dispuesto por el artículo 818 del Código Civil.-----

DÉCIMO PRIMERO: El artículo 22 del Código ya glosado ordena que la niña por adoptar deberá llevar los apellidos del adoptante, por lo que un vez consentida o ejecutoriada sea la presente, deberá extenderse una nueva partida de nacimiento en que se consigne como nombres de la niña Angelina Hornella HIDALGO CALLA. -----

DÉCIMO SEGUNDO: En cuanto a lo establecido en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, que establece que si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no podrá realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente, y sin que el adoptante constituya garantía suficiente. A juicio de juez no se ha probado que la niña por adoptar tenga algún tipo de bienes muebles o inmuebles en propiedad, habiéndose negado lo propio en el presente proceso. -----

DÉCIMO TERCERO: Al resolverse la presente, se tienen en cuenta las recomendaciones hechas por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Niños establecidas en el literal a) del artículo 21 (entrada en vigor para el Perú desde el cuatro de octubre de mil novecientos noventa), así como el Principio del Interés Superior del Niño contemplado en el artículo tercero de citada Convención y recogido por nuestra legislación nacional en el artículo IX del Título

Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, interés que implica en el caso de autos que el Estado debe garantizar que la niña Angelina Hornella Fuentes Hidalgo reciba la protección y el cuidado necesario para su bienestar (Art. 3 Convención), garantizándole su derecho a vivir en una familia (Art. 8 del Código de los Niños y Adolescentes), como ya se ha probado en el presente proceso.-----

DÉCIMO CUARTO: Que debe tenerse en consideración la prohibición de mencionar la naturaleza de la filiación en los registros Civiles o en cualquier otro documento de identidad, tal como lo establece el artículo 6 de la Constitución Política del Perú. En tal sentido, una vez terminado el proceso y consentida sea la presente, deberá oficiarse al Jefe del Registro Civil de la Municipalidad correspondiente para que proceda a extender una nueva Partida de Nacimiento de la niña Angelina Hornella Hidalgo Fuentes como hija del demandante y con los apellidos Angelina Hornella Fuentes Calla; y en el margen de la partida original se anotará la adopción, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 379 del Código Civil, modificado por ley 27442 únicamente para fines de impedimentos matrimoniales. -----

DÉCIMO QUINTO: Que a fin de cautelar los derechos del niño por adoptar, dentro de proceso se le ha designado curador procesal, no obstante debe tenerse en consideración que la niña, no ha tenido –en este proceso- la condición de parte demandante o demandada, ni mucho menos puede considerársele parte perdedora en este proceso, más aún si se tiene en cuenta que la adopción **es una medida de protección** (Art. 115 del CNA).-----

DECIMO SEXTO: Conforme a lo establecido en el artículo cuatrocientos doce del Código Procesal Civil el pago de las costas y costos es de cargo de la parte vencida, no obstante teniendo en consideración la naturaleza del proceso, cabe exonerar de su pago a la parte demandada, puesto que esta vía es la única posible para lograr la adopción de la niña, ello con la facultad concedida por el artículo 412 del Código Adjetivo; -----

Por estas consideraciones, con la opinión favorable del Ministerio Público quien actúa en defensa de los menores y teniendo en cuenta que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño, debe considerar el Principio del Interés Superior del Niño, administrando justicia en nombre de la Nación, -----

FALLO: -----

Declarando inaplicable al caso de autos el inciso 5 del artículo 378 del Código Civil; Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por don **WALTER HIDALGO CALLA**, por la causal establecida en el literal b) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, en consecuencia, en contra de **Luis Javier Fuentes Salas**, **APRUEBO** la adopción de la niña **Angelina Hornella Fuentes Hidalgo** de cinco años de edad a la fecha, quien por el mérito de esta sentencia adquiere la calidad de hija del solicitante; con derecho a llevar el apellido del adoptante, con derecho a sucederlo hereditariamente, debiendo, en adelante, llamarse en lugar de **Angelina Hornella Fuentes Hidalgo**, **ANGELINA HORNELLA HIDALGO CALLA**;

extinguiéndose los vínculos de filiación con sus padres biológicos. **Nombre con el que se inscribirá su nueva partida de nacimiento** en los Registros Civiles de la Municipalidad Provincial de Arequipa y en la cual **NO DEBERÁ ANOTARSE SU CONDICIÓN DE ADOPTADA**, ello, **en sustitución** de su partida original número 65921358, correspondiente al año dos mil seis y en la que deberá procederse conforme lo dispone la última parte del segundo párrafo del artículo 379 del Código Civil y el décimo cuarto considerando de la presente sentencia, para todo lo cual se cursará el oficio correspondiente, una vez consentida sea esta sentencia; efectuada la inscripción ordenada, deberá adjuntarse –por los demandantes - copia de la nueva acta de nacimiento al presente expediente. Habiéndose declarado inaplicable al caso concreto el inciso 5 del artículo 378 del Código Civil, EN CASO DE NO SER APELADA LA PRESENTE, DEBERÁ SER ELEVADA EN CONSULTA A LA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA, **sin costas ni costos** y por esta mi Sentencia así lo pronuncio mando y firmo en el Despacho del Tercer Juzgado de Familia. TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.-

LA ADOPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Julia María Montesinos

La diferencia de edad entre adoptado y adoptante como requisito para la adopción

Artículo 378 inciso 2 del Código Civil.- Para la adopción se requiere: (...) 2.-

Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar

CONSULTA 1330-2011 LA LIBERTAD

2/06/2011

HECHOS:

Doña Lena V.A.S de R. y don Walter A.R.C, pretenden la adopción del adolescente Carlos A.A.S. Se tiene que los padres del adolescente preadoptado son personas mayores y aquél es hermano de la demandante (Lena) y desde su nacimiento ha estado bajo su cuidado y del co-demandante, encontrándose incorporado a dicho núcleo familiar. Habiéndose establecido dentro de proceso que la diferencia etaria entre el preadoptado y la preadoptante es de sólo dieciséis años de edad. Esto es que no existe entre ambos, la diferencia prevista por la norma (mayor a la suma de la mayoría (dieciocho años) más la edad del preadoptado (quien nació el 18 de diciembre de 1995)).

Fundamentos de la Consulta:

“el artículo 4 de la Constitución Política del Estado establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio” (fundamento quinto).

“la decisión que se adopte debe garantizar al adolescente preadoptado que se desenvuelva dentro de un ambiente que le asegure su mayor bienestar y sobre todo reciba el cariño, atenciones y cuidados de quienes siempre le han brindado el trato de hijo, de tal modo que pueda alcanzar un pleno y armonioso desarrollo, privilegiando así su interés superlativo que reconocen los artículos 3, 8 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes” (fundamento de la consultada, citado por la Consulta en el f. sexto)

“Este concepto de interés superior del niño, implica la protección del desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado del niño y siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, a favor de los niños” (fundamento séptimo).

“Dicho principio [interés superior del niño] debe ser entendido como la protección a los derechos del menor ante un conflicto de intereses mediante un razonamiento lógico jurídico que le otorgue certidumbre en resguardo de su derecho (...)” (fundamento octavo)

CONSULTA 5039-2012 LIMA

15/11/2012

HECHOS:

Rudy T.H. solicita la adopción de la adolescente Marilyn E.Z., dicha pretensión es declarada infundada en primera instancia, y la Superior Sala Civil, revocando dicha sentencia, la reforma declarando fundada la demanda. Para ello considera inaplicable para el caso concreto el inciso 2 del artículo 378 del Código Civil. Se reconoce que dicha limitación a la adopción tiene por finalidad generar entre adoptante y adoptado un vínculo familiar que se parezca lo más al biológico, logrando así que la adopción imite lo más posible la naturaleza normal de las relaciones familiares.

Fundamentos de la Consulta: establece que hay Litis entre el artículo 4 de la Constitución y el artículo 378 inciso 2 del Código Civil.

“... si bien esta norma cumple, por regla general, la función de evitar situaciones en las que la adopción sea usada de tal forma que produzca supuestos de hecho totalmente disociados de la lógica y la configuración normal de una familia, como los que se producirían si el padre fuera menor que el hijo o si sólo fuera mayor por cinco u ocho años, existen también ocasiones en las que es posible para el Juzgador advertir la presencia de circunstancias que hacen necesario apartarse de esta regla, como la adopción del hijo del cónyuge superviviente o la del pariente consanguíneo. En estos últimos casos, es evidente que existen circunstancias que obligan al operador a morigerar los alcances de la regla precitada, a efectos dar prioridad al principio contenido en el artículo 4 de la Constitución Política, proveyendo al menor de un seno familiar en el que pueda vivir, crecer y desarrollarse adecuadamente.” (fundamento sétimo).

“...se encuentra acreditado en autos, en base a los documentos (...), versiones de la madre de la menor y, sobre todo, la declaración de esta última, realizada en la audiencia de fojas (...), que el demandante se encuentra en óptimas condiciones de adoptar a la menor (...), la cual viene gozando de un ambiente familiar al cual se ha integrado, contando con el afecto y comodidades materiales necesarias que le permitirán la plena formación de su personalidad, y aceptando tratar como padre al actor.” (fundamento octavo).

“... desde una perspectiva meramente legalista, contravendría lo dispuesto en tratados internacionales como la Declaración del Niño (en el presente caso, la persona respecto de la cual se pretende la adopción era todavía menor al momento de la interposición de la demanda), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, que en su artículo 6 establece que: *‘el niño, para el pleno desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (...)*’, así como lo previsto en el artículo 4 de nuestra Constitución Política del Estado en cuanto establece que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)*”, concordante con lo previsto en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: *“El niño y el adolescente tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado”*.

El asentimiento del cónyuge como requisito para la adopción

Artículo 378 inciso 3 del Código Civil.- Para la adopción se requiere: (...) 3.- Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.

CONSULTA 8334-2013 AREQUIPA

03/12/2013

HECHOS:

La señora Ana M.F.P. solicita la adopción por excepción del niño Yack M.C.C. de nueve años de edad, por prohijamiento por más de dos años, (quien ha sido declarado en abandono en otro proceso 3132-2005), solicitando deje de pertenecer a su familia consanguínea y se convierta en su hijo. Viviendo con el niño por más de siete años al haberle sido entregada en el proceso tutelar de abandono moral y material que se siguió a favor del indicado niño, eso es desde marzo del dos mil seis, constituyendo desde entonces una familia con el niño. Siendo que el niño fue entregado en colocación familiar a la demandante y su esposo. La demandante se encuentra casada con Rousvelth C.F.C.F., de quien se encuentra separada de hecho y quien –dentro de proceso- se ha negado a consentir o expresar su conformidad en dicha adopción, argumentando el mal carácter y personalidad compleja e inestabilidad emocional de la demandante. Por la adopción, la demandante pretende

Fundamentos de la Consulta:

“(…) La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (...) que prescribe en sus artículos 5 y 13 que : *‘en todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental’* y que *‘El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente’* (fundamento 16).

“(…) debe tenerse en cuenta los principios fundamentales de protección especial del niño: interés superior del niño; y, a tener una familiar y no ser separado de ella. Conforme al Principio de Protección Especial del Niño, reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2: *‘el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad’*. A ello cabe precisar que el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo *‘niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’*. (...) dicho principio es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” (Fundamento 17).

“(…) Principio de Interés Superior del Niño, inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del niño, que en su Principio 2 establece: *‘El niño gozará de una protección especial y*

dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (...) a través de este principio se reafirma y a la vez se refuerza el Principio de Especial Protección del Niño, principios que se encuentran implícitamente reconocidos en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.” (Fundamento 18).

“Sobre el principio y derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, lo encontramos en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que: *‘el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión’*. (...) el niño tiene derecho a tener una familia, a vivir con ella, y a no ser separado de ella, por cuanto el niño necesita para su crecimiento y bienestar de afecto, seguridad y comprensión para su crecimiento y desarrollo integral que sólo podrá ser prodigado por una familia”. (fundamento 19).

“(…) el artículo 4 de la Constitución Política del Perú prevé (...) Nótese que la norma constitucional, a diferencia de la legal citada, conforme a las disposiciones internacionales y a los principios invocados en consideraciones que preceden, contienen implícitamente el derecho fundamental a tener una familia; precisando expresamente que la familia es considerada como instituto fundamental en nuestra Sociedad. En ese entendido, las acciones del Estado Peruano y la sociedad deben dirigirse con relación a los niños, a su protección y a garantizar su desarrollo integral al interior de una familia”. (Fundamento 20)

“(…) los Estados deben garantizar la protección, preservación y disfrute de los derechos de los niños, a fin de lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. El niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, y del Estado; lo cual implica para los órganos de la administración de justicia, como en el caso que se tiene a la vista, que la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, deban estar dirigidas a la protección y desarrollo integral de los mismos al interior de una familia armoniosa, afectiva y comprensiva. En efecto, El Estado y la Sociedad se encuentran obligados a proteger al niño para procurar un nivel de vida digno para su desarrollo en forma integral; de ahí, es importante que la familia en la que crezcan los niños asegure su bienestar.” (Fundamento 21)

“(…) este Supremo Tribunal aprecia de los autos que con el Informe Psicológico (...), realizado a la demandante (...) que: *‘la examinada no presenta trastorno psicológico grave, asimismo revela genuino interés por el menor a adoptar y sus características de personalidad no sugieren trastorno por lo que se halla en capacidad de adoptarlo’*, igualmente (...) el Informe Psicológico (...) que contiene la evaluación (...) realizado al menor, en el que precisa ser : *‘el más querido del planeta’*, y se encuentra feliz de vivir con la actora, concluyendo la evaluación que el menor muestra un desarrollo psicoevolutivo dentro de los parámetros de normalidad para su edad, educación y medio sociocultural, no presenta trastorno emocional, cognitivo, ni conductual, presenta una inteligencia normal y rasgos de una personalidad en formación caracterizada por tendencia a la estabilidad emocional, seguridad en sí mismo y en las relaciones que establece con su entorno mediato e inmediato; entre otros documentos que evidencian que realmente el menor se encuentra protegido y querido en la familia a la que pertenece”. (Fundamento 22)

“(…) para el caso concreto debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, resultando legítimo continuar viviendo junto a la demandante a quien identifica como su madre y con la que

forma parte de una familia; en consecuencia, debe aprobarse la consulta, por cuanto efectivamente el artículo 378 inciso 3 del Código Civil es incompatible con el artículo 4 de la Constitución Política, por cuanto si bien es cierto conforme a la norma legal se requiere el asentimiento del cónyuge de la actora por encontrarse ésta aún casada con aquél *-asentimiento que ha sido negado-* debe prevalecer la norma constitucional que impone al Estado peruano y a la Sociedad misma la protección, seguridad y bienestar de los niños, dándose de esta manera prevalencia al derecho fundamental del menor a tener una familia y no ser separada de ella” (Fundamento 23).

El asentimiento de los padres del adoptado como requisito para la adopción.

Artículo 378 inciso 5 del Código Civil.- Para la adopción se requiere: (...) 5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

CONSULTA 5550-2012 AREQUIPA

04/04/2013

HECHOS:

El señor Walter H.C. solicita la adopción por excepción de su sobrina (hija de su hermana fallecida) Angelina H.H.C., adopción en la cual el padre biológico de la menor, quien fue declarado tal por resolución expedida en un proceso de filiación instaurado por la madre de la niña, no presta su consentimiento para la adopción. El padre no se encuentra suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Fundamentos de la Consulta: El conflicto se encuentra entre el artículo 3 de la Convención de rango Constitucional, así como el derecho de la niña a que se proteja su familia, conforme el artículo 4 de la Constitución, y de otro la norma legal: inciso 5 del artículo 378 del Código Civil.

“(...) El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño establece que: 1) En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2) Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3) Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada: y el artículo 4 de la Constitución Política del Estado prevé que La Comunidad (...) (fundamento 6)

“(...) la adopción es una institución tutelar del Derecho de Familia, mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer vínculos consanguíneos con ella (...)”

"(...) verificándose del presente proceso que el padre biológico de la niña Angelina H.F.H. refiere requerir una prueba de ADN, para tener la seguridad de si es su hija o no, lo que permite colegir que en atención al interés superior del niño, consagrado tanto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes como el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, resulta conveniente (...) aprobar la sentencia elevada en consulta.

Adopción por convivientes

Artículo 382 del Código Civil.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.

CONSULTA 1638-2011 HUAURA

07/07/2011

HECHOS:

A través de la demanda interpuesta, los demandantes César G.N.A y Myriam R.C.C solicitaron la adopción por excepción de una menor de edad, declarada en estado de abandono material y peligro moral en el expediente 532-2006, acogida por los recurrentes por disposición judicial recaída en dicho proceso en calidad de colocación familiar y a quien tienen como prohijada por más de dos años. Los demandantes se encuentran en la condición de convivientes.

Fundamentos de la Consulta:

"(...) se ha acreditado en base a las declaraciones de los solicitantes, las evaluaciones económicas y psicológicas, y de la visita social efectuada, que los demandantes se encuentran en óptimas condiciones de adoptar a la menor que han solicitado, la cual viene gozando de un ambiente familiar al cual se ha integrado, contando con el afecto y comodidades materiales necesarias que le permitirán la plena formación de su personalidad." (Fundamento 7)

"(...) la sentencia materia de consulta ha considerado que la limitación contenida en el artículo 382 del Código Civil (...) no debe impedir la adopción solicitada (...) por quienes, como los demandantes, se encuentran en la condición de convivientes (...) ya que una interpretación en contrario desde una perspectiva legalista contravendría lo dispuesto en tratados internacionales como la Declaración del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (...) que en su artículo 6 establece que: *'El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (...).'* así como lo previsto en el artículo 4 de nuestra Constitución Política del Estado (...) concordante con lo previsto en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes (...) (Fundamento 8)

"(...) este Colegiado considera que lo que resulta incompatible con la Constitución no proviene del texto literal del artículo 382 del Código Civil, sino del sentido interpretativo derivado de dicha norma que concluiría en que sólo los cónyuges podrían adoptar mas no los que conformen una unión de hecho. Tal conclusión, así formulada, deviene en inconstitucional en el presente caso al haberse acreditado que la menor de edad, que ya se encontraba bajo el cuidado de los recurrentes por un período mayor a los dos años como consecuencia de la medida de protección de la menor

dispuesta en el proceso judicial sobre abandono material y otros, que obra como acompañado, resulta favorable para el desarrollo de la personalidad de la menor, atendiendo al principio del interés superior del niño previsto en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes (...) (Fundamento 9).

“En ese sentido, cabe precisar que nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 4 dispensa una protección especial al menor de edad y reconoce al mismo tiempo en su artículo 5 a las uniones establecidas conformadas entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, por lo que acorde con la jurisprudencia establecida por nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N° 06572-2006-PA/TC el Estado no solo tutela a la familia matrimonial sino también incluye a las uniones de hecho, reconociéndoles derechos compatibles con los que se ejercen y derivan de una sociedad conyugal (...)” (Fundamento 10).

Adopción del hijo del o de la conviviente

Artículo 378 inciso 3 del Código Civil.- Para la adopción se requiere: (...) 3.- Que cuando el adoptante sea casado concurre el asentimiento de su cónyuge.

Artículo 382 del Código Civil.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges

Artículo 128 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes.- En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: (...) a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos.

CONSULTA 901-2012 DEL SANTA

05/06/2012

HECHOS:

El adoptante mantiene una relación convivencial con la madre de la adoptada, declarada judicialmente (Exp. 535-2009). La sentencia de primera instancia declara a la adolescente en calidad de hija del demandante dejando de pertenecer a su familia consanguínea de la línea paterna, asimismo consignándose como padre al demandante y como madre a su madre biológica, la conviviente del demandante.

Fundamentos de la consulta:

“(...) Los niños y adolescentes tienen el derecho a tener una familia, la misma que es definida con el núcleo fundamental en que el ser humano nace, crece y se desarrolla en donde existen factores biológicos, sociales y psicológicos. Dentro de este contexto, (...) el artículo 5 de la Constitución

Política del Estado reconoce a 'La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho (...)’ (Fundamento 6).

“Al texto del artículo 382 del Código Civil al atribuirle una interpretación en contrario desde una perspectiva legalista contravendría lo dispuesto en los Tratados Internacionales como la Declaración del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (...), así como lo previsto en el artículo 4 de nuestra Constitución Política del Estado (...), concordante con lo previsto en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes (...) (Fundamento 7).

“(…) lo que resulta incompatible con la Constitución no proviene del texto literal del artículo 382 del Código Civil, sino del sentido interpretativo derivado de dicha norma que concluiría en que sólo los cónyuges podrían adoptar mas no los que conformen una unión de hecho. Tal conclusión deviene en inconstitucional (...) al haberse acreditado que el adoptante es conviviente de la madre de la adoptada y que forman una vida convivencial de más de catorce años, es decir, desde que la niña tenía año y medio de vida, atendiendo además al principio del interés superior del niño previsto en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y las demás normas antes citadas.” (Fundamento 8)

“(…) Nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 4 dispensa una protección especial al menor de edad y reconoce al mismo tiempo en su artículo 5 a las uniones estables (...) el Estado no solo tutela a la familia matrimonial sino que también incluye a las uniones de hecho (...) en la medida que compartan un mismo lazo estable, continuo e ininterrumpido, donde compartan habitación, lecho y techo, llevando su vida tal como si fueran cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo.” (Fundamento 9).



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



**RESUMEN DEL TOTAL DE ENCUESTAS PARA UN TRABAJO DE
TESIS TITULADO:
“LA ADOPCION DE LOS NIÑOS POR PARIENTES”
CUESTIONARIO**

Es grato dirigirnos a vuestra persona, con la intención de saludarlo y a la vez requerir de su valioso tiempo para la absolución de los cuestionamientos que se le presentan a continuación, cuyos resultados se tomaran como un aporte importante para la investigación académica que realizamos.

1. Diga Ud. ¿fue significativo el número de Sentencias de adopción por excepción emitido por su despacho entre los años 2014 – 2017 conforme a las causales establecidas en el artículo 128 del código de los niños y adolescentes?; Si la respuesta fue si especifique cuantas por año, en caso contrario pase a la siguiente pregunta.

☒ a) Si

b) No

Cuantas por año:

2014: 9; 2015: 15; 2016: 14; 2017: 11.

2. Según el artículo 128 del código de niños y adolescentes se basa en tres causales; Diga Ud. ¿cuáles fueron las causales más demandas ante su despacho y en las mismas que Ud. Emitió sentencia? Especifique por según corresponda.

a) Inciso A.: 25

b) Inciso B.: 09

c) Inciso C.: 22

3. Según los procesos demandados ante su despacho ¿cuantas sentencias fueron declaradas FUNDADAS, INFUNDAS, E IMPROCEDENTES? Especifique según corresponda.

a) Fundadas. : 48

b) Infundadas. : 01

c) Improcedentes. : 00

4. Dada la cantidad de procesos sentenciados ante su despacho entre los años 2014 – 2017, diga Ud. ¿Qué cantidad de adoptantes demandaron la adopción por excepción? Especifique según corresponda.

a) Una persona : 39

b) Dos personas : 10



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



5. Diga Ud. ¿cuál fue el Rango de edad de los adoptantes que demandaron ante su despacho la adopción por excepción? Especifique según corresponda.
- a) 20 – 30 años : 00
b) 31 – 40 años : 24
c) 41 – 50 años : 16
d) 50 - + años : 09
6. Diga Ud. ¿cuál fue el Rango de edad de los niños y adolescentes adoptados en las sentencias de adopción por excepción emitida por su despacho entre los años 2014 – 2017? Especifique según corresponda.
- a) 0 – 2 años : 03
b) 3 – 6 años : 18
c) 7 – 10 años : 11
d) 11 – 14 años : 11
e) 15 – 18 años : 06
7. Diga Ud. ¿cuál fue Estado civil de los adoptantes que demandaron la adopción por excepción entre los años 2014 – 2017? Especifique según corresponda.
- a) Solteros : 04
b) Casados : 40
c) Convivientes : 04
d) Separados : 01
e) Divorciados : 00
8. Diga Ud. Al momento de emitir su veredicto entre los años 2014 – 2017 ¿Tomó Ud. en cuenta la opinión de los menores por adoptar? Especifique según corresponda.
- a) Si se consideró ¿a cuántos? : 26
b) No se consideró ¿a cuántos? : 12
c) El menor era de muy corta edad : 10
9. Diga Ud. ¿Cuál fue la cantidad de niños y adolescentes que tuvieron conocimiento del proceso de adopción por excepción? Especifique según corresponda.
- a) Si supieron ¿cuántos niños? : 27
b) No supieron ¿cuántos niños? : 21



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



10. Diga Ud. En las demandas que se presentaron ante su juzgado ¿los niños que fueron adoptados mantenían algún tipo de contacto con sus padres biológicos? Especifique según corresponda.
- a) Si mantenían contacto ¿cuántos? : 07
- b) No mantenían contacto ¿cuántos? : 41
11. Diga Ud. En las sentencias emitidas por su judicatura entre los años 2014 – 2017, ¿los demandantes adoptantes llámese padres contaban con trabajo o solo uno de ellos? Responda según corresponda.
- a) Ambos padres trabajan : 12
- b) Solo uno trabaja : 29
- c) No se tienen datos : 07
12. Diga Ud. ¿la parte demandante adoptante tiene hijos adicionales al niño o adolescente que adopto? Responda según corresponda.
- a) Si tiene hijos : 23
- b) No tiene hijos : 11
- c) No se tiene datos : 06
13. Diga Ud. En las sentencias emitidas por su despacho entre los años 2014 – 2017, sobre la adopción por excepción ¿qué cantidad de procesos fue necesario elevarlas en consulta? Responda según corresponda.
- a) Si se elevó en consulta ¿cuántos? : 01
- b) No se elevó en consulta ¿cuántos? : 48