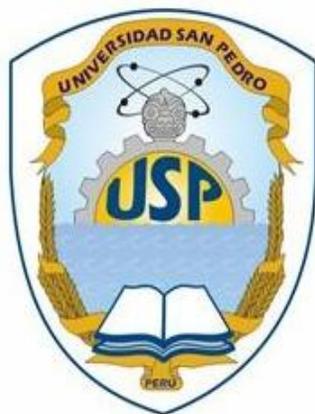


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO**



Fundamentos jurídico dogmático de la adopción de menores de edad declarados en abandono

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional
de Abogado

Autor

Bazán Prince, Marizol Elizabeth

Asesor

Diaz Ambrosio, Silverio

Huaraz – Perú

2017

DEDICATORIA

A mis tres destellos de luz en la tierra Tiffany,
Vanessa y Jesús, y a mi madre Elizabeth mi
destello de luz en el cielo.

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo de tesis en primera oportunidad me gustaría agradecerle a ti Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hiciste realidad este sueño anhelado.

A mi familia, a mis hijos Tiffany, Vanessa y Jesús, quienes son lo primordial en mi vida, los cuales me han motivado durante mi formación profesional y a Julián por su apoyo y paciencia de siempre.

A la Universidad San Pedro – SAD Huaraz por darme la oportunidad de formarme en el ámbito del derecho y brindarme las herramientas necesarias para explotar mis conocimientos esta profesión que tanto admiro.

A mi profesor de Investigación Jurídica Abog. Gustavo Adolfo Vargas Camiloaga, por su visión crítica de muchos aspectos de esta investigación, por su rectitud en su profesión como docente, por sus consejos, que me ayudaron a formarme como persona e investigador.

También agradezco a mi docente el Dr. Lennin Campos Macedo y mis demás profesores que durante toda mi carrera académica han aportado con un granito de arena en mi formación.

Y por último a mi incondicional compañera de cátedra Claudia, que ha formado parte de mi vida profesional, agradecerle por su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos que he necesitado.

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que les aprecio y agradezco su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

De mi consideración:

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Pedro – SAD - Huaraz, tengo el agrado de dirigirme a ustedes para presentar el Trabajo de Suficiencia Profesional titulado: **FUNDAMENTOS JURÍDICO DOGMÁTICO DE LA ADOPCION DE MENORES DE EDAD DECLARADOS EN ABANDONO**. Reporte de investigación que tiene como objetivo analizar y explicar los puntos de vista de la doctrina (marco teórico), los alcances de la legislación nacional y los criterios de la jurisprudencia y los alcances del derecho comparado respecto a la institución jurídica del Derecho de Familia y Procesal Civil- referido a la adopción de menores-.

Así mismo responde a la exigencia administrativa y académica, dado que, la misma servirá como medio de evaluación, para titularme de abogado, mediante la modalidad de trabajo de suficiencia profesional.

Para su procesamiento de investigación el trabajo de suficiencia profesional se ha dividido en diez capítulos, sistematizados de la siguiente manera.

- Capítulo I: Antecedentes
- Capítulo II: Marco Teórico
- Capítulo III: Legislación Nacional
- Capítulo IV: Jurisprudencia
- Capítulo V: Derecho Comparado
- Capítulo VI: Conclusiones
- Capítulo VII: Recomendaciones
- Capítulo VIII: Resumen
- Capítulo IX: Referencia Bibliográfica
- Capítulo X: Anexos Extracto

PALABRAS CLAVES

Tema	Fundamentos jurídico dogmático de la adopción de menores de edad declarados en abandono
Especialidad	Derecho Civil

KEYWORDS

Text	Legal dogmatic foundations of the adoption of minors declared in abandonment
Specialty	Civil Law

INDICE GENERAL

	Página
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Presentación.....	v
Palabras claves.....	vi
Índice General.....	vii
Introducción.....	1
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES.....	8
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	14
2.1. La jurisdicción voluntaria o no contenciosa: Terminología.....	14
2.2. Consideraciones generales sobre la adopción.....	19
2.3 La adopción en el Código del Niño y Adolescente.....	23
CAPÍTULO III. LEGISLACIÓN NACIONAL.....	39
CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA.....	46
CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO.....	50
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES.....	58
CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES.....	61
CAPÍTULO VIII: RESUMEN	62
CAPÍTULO IX: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63
CAPÍTULO X : ANEXOS.....	65

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Suficiencia Profesional aborda el tema referido a los **FUNDAMENTOS JURÍDICO DOGMÁTICO DE LA ADOPCION DE MENORES DE EDAD DECLARADOS EN ABANDONO**. El mismo que fue realizado con la finalidad de analizar y explicar los puntos de vista de la doctrina (marco teórico), los alcances de la legislación nacional y el derecho comparado y los criterios de la jurisprudencia y los alcances del derecho comparado respecto a la institución jurídica del Derecho de Familia y el Derecho Procesal Civil.

Actualmente, la Adopción constituye un acto jurídico solemne que recae dentro del ámbito familiar, y que crea una filiación con igual categoría que la filiación matrimonial. Esto dentro del marco establecido por las Constituciones de 1979 y 1993, que equiparan a todos los hijos, dándoles iguales derechos y deberes frente a sus padres.

La necesidad de perpetuar el culto doméstico, fue el factor primordial para su desarrollo en aquella sociedad. La descendencia debía producirse necesariamente para que el hogar continuase y la tradición se cumpliera.

En la época romana a este fin religioso, se le sumó un aspecto político, el de preservar el poder detentado por los Patricios. Posteriormente se produciría una decadencia de la institución, que resurgiría recién tras la Primera Guerra Mundial, como remedio de la situación de desamparo de miles de niños huérfanos. Así se fue desarrollando jurídicamente la institución, concretándose este proceso evolutivo en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional (ambas suscritas y ratificadas por el Perú).

Entre los principios que reconocen dichas normas tenemos: a) La Adopción entre países puede ser considerada como una alternativa para el cuidado del niño o del

adolescente si es que el niño o el adolescente no puede ser ubicado en una familia adoptiva o no puede ser cuidado de una manera idónea en su propio país de origen; b) El interés superior del niño es el fundamento y la base interpretativa de los convenios; y c) El niño o adolescente al que se refiere la Adopción entre países debe tener seguridades equivalentes a aquellas existentes en el caso de una adopción nacional,

Décadas atrás, se concebía la Adopción como una solución al maltrato o abandono de los niños, en consonancia, se creó un marco asistencial altruista que consideraba la Adopción como un acto de caridad o solidaridad con los niños abandonados a su suerte, al proporcionarles este sistema unos padres que deseaban incorporarlo a su familia y acogerlo como si fueran sus propios hijos o, en su caso, como a un hijo más. Hoy sin embargo, se vive y se siente la Adopción como un medio para poder disfrutar de la experiencia de ser padre o madre, por ello, va configurándose una visión más humana, consciente y responsable de la adopción, respondiendo como principal motivación al deseo auténtico del niño. Así, los adoptados pasan a erigirse en protagonistas porque ofrecen, a quienes les acogen, el ansiado privilegio de ser padres.

La Adopción de un niño tiene múltiples connotaciones y está rodeada de emociones diversas y de incertidumbres tanto para la familia como para el niño. De una parte, se trata de una experiencia única y particular muy enriquecedora con implicaciones morales, emotivas, sociales y psicológicas para quienes participan en ella y, de otra, se convierte en una tarea repleta de obstáculos administrativos, económicos y sociales con repercusión en el proceso de Adopción. Todos estos aspectos no suponen, sin embargo, un muro inaccesible; al contrario, la abnegación, la generosidad y la ilusión por alcanzar este objetivo plagado de satisfacciones y recompensas humanas motivan a las personas a continuar el camino iniciado.

Se trata de una opción que se debe meditar mucho antes de decidir, pues su éxito está estrechamente sujeto a la madurez personal y a la estabilidad emocional.

De otro lado, en el aspecto institucional internacional, se está imponiendo la constitución de entidades o autoridades centrales u organismos acreditados que unifiquen y faciliten el cumplimiento de las reglas de protección a los menores adoptados. Esto surgió como fruto de un proceso natural en que, la especialización se va imponiendo y como resultado de las notorias desventajas que se presentaban a nivel judicial, tales como variaciones en los criterios de interpretación de las normas, falta de especialización, exigencias de requisitos adicionales y dilaciones, lo que perjudicaba a niños y niñas y a los futuros adoptantes.

Antes del año 1998 el proceso de Adopción se realizaba de manera mixta, es decir que el proceso de evaluación de los adoptantes y la designación de los niños, niñas y adolescentes se efectuaba en la instancia administrativa -lo que era en ese entonces el PROMUDEH- y el Poder Judicial se encargaba de verificar el proceso de integración entre el niño y la familia adoptiva propuesta y de aprobar la Adopción, etapa que por la excesiva carga judicial de los magistrados se dilatava demasiado y tardaban en ser emitidas.

Ante esta situación, el Estado Peruano promulgó en 1998, la Ley N° 26981 “Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono. Que ha significado una mayor celeridad en el procedimiento de adopción y una mejor garantía del proceso de integración familiar adoptivo. Asimismo, desde diciembre del año 2002 se constituyó la Dirección General de Adopciones (DGA), como órgano desconcentrado del MIMP que depende del Vice Ministerio de Poblaciones Vulnerables y cuya principal misión es la de integrar a niñas, niños y adolescentes, declarados en estado de abandono, a familias adoptivas, debidamente evaluadas, en las que logren alcanzar su desarrollo emocional y social necesario para el ejercicio y goce de sus derechos humanos.

Actualmente en nuestro ordenamiento legal existen tres tipos de adopciones, las mismas que dependen de la edad y de la situación legal del adoptado: La Adopción de menores de edad judicialmente declarados en abandono, la Adopción de menores de edad que por circunstancias especiales no es necesario declararlos en abandono

para proceder a su adopción y la Adopción de personas mayores de edad, que es tramitable por la vía judicial o por la vía notarial.

Según la Ley 30311, se determina que las parejas convivientes también podrán adoptar a menores de edad declarados judicialmente en abandono. Esta norma modifica los artículos 378 y 382 del Código Civil, el cual contemplaba que los menores solo podían ser adoptados por parejas casadas. Sin embargo, la ley señala que los convivientes deberán cumplir al menos nueve requisitos, uno de ellos, solvencia moral: reputación favorable sin antecedentes negativos. Otro requisito es que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría (18) y la del hijo por adoptar. Por ejemplo, si el menor a ser adoptado tiene 4 años, el adoptante deberá tener como mínimo 22 años. Si el adoptado tiene más de diez años podrá dar su asentimiento a la adopción; si el menor aún no cumple con esa edad, serán los tutores o el curador o el consejo de familia del adoptado quienes califiquen a la pareja adoptante. Por otro lado, si el adoptado está bajo la patria potestad de sus padres, serán ellos los que tendrán que brindar su consentimiento. Posteriormente, la adopción deberá ser aprobada por un juez. Para los casos en que el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, el primero tendrá que ratificar su voluntad de adoptar ante un juez. Se exceptuará este requisito si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

El procedimiento empieza con la solicitud de la persona natural, cónyuges, convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del Código Civil. EL documento deberá estar dirigido a la Oficina de Adopciones, que la evaluará y dictaminará dentro de los 15 días hábiles siguientes. La evaluación comprende los aspectos psicológico, moral, social y legal de los adoptantes. La calidad de convivientes se acredita con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal de la Oficina Registral, que corresponda al domicilio de los convivientes.

El presente trabajo de Suficiencia Profesional está dividido en diez capítulos: el primer capítulo está referido a los antecedentes; el segundo capítulo aborda el tema

de la revisión de la literatura o marco teórico; el tercer, cuarto y quinto capítulo están referidos a la legislación nacional, la jurisprudencia y el derecho comparado respectivamente; finalmente en los capítulos seis, siete, ocho, nueve y diez se presentan los temas referidos a las conclusiones, recomendaciones, resumen, referencia bibliográfica y los anexos.

Lo descrito, líneas arriba me ha permitido en el presente trabajo plantear la siguiente interrogante:

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos dogmáticos de la adopción de menores de edad declarados en abandono?

Objetivos del estudio.-

Los enunciados que pretendemos alcanzar en la investigación con relación al objeto de estudio son:

Objetivo General.-

Analizar y explicar los fundamentos jurídicos dogmáticos de la institución jurídica del derecho de familia, referido a la adopción de menores de edad declarados en abandono.

Objetivo Especifico.-

- Analizar y explicar los criterios de la doctrina respecto a la institución jurídica del derecho de familia, referido a la adopción de menores de edad declarados en abandono.
- Analizar y explicar los alcances de la legislación nacional y los criterios de la jurisprudencia, respecto a la institución jurídica del derecho de familia, referido a la adopción de menores de edad declarados en abandono.

- Analizar y explicar los alcances del derecho comparado respecto a la institución jurídica del derecho de familia, referido a la adopción de menores de edad declarados en abandono.

Variables de estudio.-

Una variable no es otra cosa que una propiedad o condición que puede variar y cuya variación es susceptible de ser medida. Hernández (2010). Las variables adquieren valor para la investigación científica cuando pueden ser relacionadas entre sí.

Las variables están ligadas con un concepto muy importante dentro de la investigación científica, con el de operacionalización; ahora bien este proceso consiste en establecer las variables y hacerlas susceptibles de un mejor manejo; esto es posible a través de dividir las variables en elementos para que puedan ser mejor utilizados en la investigación. (Ramos, 2014)

Empero, el uso de las variables en el campo de las investigaciones jurídicas, es pertinente cuando se trata de trabajos de campo, a saber, la medición de la población penitenciaria, el establecimiento estadístico de la violencia doméstica en cierta área geográfica, la magnitud de la causa de adulterio en algún juzgado de familia. (Ramos 2014).

El uso de variables en investigaciones como la nuestra, que es de índole dogmático - jurídico es un despropósito, que solo satisface las exigencias de esquemas de proyectos e informes de tesis de algunas universidades, que son el reflejo de un marcado positivismo inmaduro. Como lo puntualiza además Hernández (2010) que el uso de variables dependientes e independientes se da en el caso de hipótesis causales. En el derecho a lo más se pueden plantear hipótesis de carácter descriptivo; sin que eso signifique que el derecho sea una ciencia, dado que la descripción es una de las funciones más importantes de la ciencia.

Variables.-

Las variables de la presente investigación son:

- Adopción
- Abandono
- Prescripción Adquisitiva
- Legislación
- Jurisprudencia
- Doctrina
- Derecho Comparado

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

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. Si bien esta figura parece ser una constante, las motivaciones para realizarla sí han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo. Hoy en día la adopción es realizada principalmente para otorgarle un hogar a un niño y para responder al deseo de las personas que desean cuidarlo y criarlo.

En la antigüedad, la adopción aparece en uno de los textos legales más arcaicos: El código Hammurabi. Éste data de aproximadamente 1780 A.C. en Babilonia. Este código contenía normas que definían a la adopción como un contrato legal que sólo podía ser ejecutado con el consentimiento de los padres, los mismos que dejaban de

tener derechos sobre el niño una vez que la adopción se diera. Sólo los niños varones podían ser adoptados y la adopción podía ser anulada si el hijo adoptivo no cumplía con sus deberes filiales. La antigua Grecia, Roma, Egipto y otros países del Este Medio y Asia llevaban a cabo adopciones. En el caso de la antigua Grecia, sus normas estaban también dirigidas a proveer de un heredero a una persona que no podía tener hijos. Según las leyes de Solón (600 A.C.) y el Código de Gortryn (500 A.C.) sólo los hombres que no tenían descendientes legítimos y estaban en su sano juicio podían adoptar. Las leyes de Solón establecieron tres formas distintas: La adopción podía ser inter vivos (vínculo contractual), mediante un testamento o, después de muerto el adoptante, de forma póstuma por un pariente de éste en su nombre. Estas dos últimas formas requerían la confirmación de una Corte. El fin de la adopción inter vivos era cuidar de los padres adoptivos mientras que la forma testamentaria buscaba continuar con la adoración de los ancestros. Los efectos de esta adopción era terminar los vínculos entre la persona adoptada y sus padres originales. En Roma la adopción tenía como objetivo proveer de un heredero a un hombre sin descendencia para poder transmitir de propiedades y títulos. En su regulación contemplaron formas diversas de adopción. Las Institutas de Gayo (161 D. C) menciona dos formas de adopción: adoptio y adrogatio. Mediante la adoptio, la persona pasaba a estar bajo la patria potestad del padre. La persona adoptada era emancipada por su padre natural y otorgado al padre adoptivo. Podía aplicarse a niños y niñas de toda edad. La abrogatio estaba destinada sólo para personas que no estaban bajo la patria potestad de nadie (sui juris). Tanto el adoptado como la comunidad eran interrogados para aceptar la adopción. Estaba limitada a hijos varones que pasaban la pubertad y generalmente sólo era realizada en Roma pues requería el voto del pueblo.

La abrogatio, a diferencia de la adoptio, implicaba la renuncia a la adoración de los dioses de su familia originaria para pasar a adorar los dioses de su nueva familia. Mediante esta figura, el padre adoptivo adquiría la patria potestad del hijo, su familia y su propiedad. La adoptio tenía un impacto menor pues los vínculos de sangre no se extinguían. El Emperador Justiniano (527 – 565 D. C.) limitó la adoptio a la llamada

adoptio plena de los ascendientes naturales. Introdujo también la adoptio minus plena para los padres adoptivos que no tenían vínculos de sangre. La adopción plena, la colocaba en la misma posición de un hijo nacido dentro del matrimonio terminando la relación con los padres originarios. La adopción menos plena o simple, no cortaba los derechos y obligaciones con el padre biológico, incluido el derecho a heredarle.

Las normas romanas también especificaban restricciones a quiénes podían heredar. Por ejemplo, una persona no podía adoptar a alguien mayor que él ya que ésta debía imitar la naturaleza. Y todo aquel que quería adoptar un hijo debía tener 60 años o más y ser al menos 18 años mayor que la persona que quería adoptar. Las mujeres no podían adoptar generalmente a menos que tuvieran autorización especial. Los autores concuerdan en que la adopción romana no tomaba en cuenta los intereses o el bienestar de los adoptados ya que frecuentemente era usada como una forma de evitar la extinción de una familia, expresar lealtad política o por motivaciones de tipo religioso. En la Edad Media la adopción formal cayó en desuso en mucho de las provincias del Imperio Romano. Incluso en algunos casos como el inglés pareció ser del todo desconocido. Aunque en algunas partes de Europa Medieval, como el Imperio Bizantino, mantuvo cierta similitud con la adopción romana para luego devenir en una figura más parecida a la adopción menos plena de la época de Justiniano. Los padres adoptivos no podían tomar posesión del patrimonio del adoptado y los vínculos de éste con su familia de origen no se extinguían por la adopción. Ya para la Edad media tardía (1300 a 1500 D.C.) los juristas de la Europa Occidental comenzaron a redescubrir el derecho romano antiguo y aplicaron las normas de las Instituciones de Justiniano.

Durante esta época se puso mucho énfasis en la idea de que la adopción imitaba la naturaleza, lo que se cree llevó a la idea generalizada de que la filiación por adopción era inferior a la natural. Tal estigmatización se volcó en las normas de costumbre francesas de los siglos once y doce, las mismas que desalentó la creación de vínculos adoptivos ficticios al pretender mantener la propiedad dentro de la familia consanguínea. Si bien la adopción fue infrecuente durante esta época, surgieron otras

prácticas como la oblación (niños entregados a conventos o monasterios por sus padres) y el abandono de niños en casas de expósitos que aparecieron durante los siglos XII y XIII. En la era moderna temprana la adopción desapareció del derecho francés (siglo XVI) las normas galas defendían los derechos de sucesión de los hijos biológicos antes que las de extraños. No obstante, los canonistas mantuvieron el concepto romano de adopción siendo que la Iglesia lo adoptó como suyo. Si bien la adopción formal desaparecía de los ordenamientos, los orfanatos e instituciones cobraban importancia en el cuidado de niños sin padres. Sin embargo, las adopciones procedentes de estos lugares eran infrecuentes.

Es con el código de Napoleón de 1804 que la adopción fue incluida en un cuerpo legal moderno. Este código se caracterizó por tener una posición restrictiva de la adopción ya que no se permitía la adopción de niños y adolescentes, sólo de aquellos adultos que durante su juventud fueron cuidados por los adoptantes por un mínimo de 6 años. Esta adopción era un contrato que debía ser aprobado por una corte. El adoptado mantenía todos sus derechos dentro de su familia original y sólo adquiría derechos de sucesión y el nombre del adoptante. Por tanto, era una adopción menos plena o simple, según lo previsto en el Derecho Romano. Es sólo después de la Primera Guerra Mundial (1923) que se permitió la adopción de niños y adolescentes. El código Napoleón influyó en distintos ordenamientos como el español que en 1889 introdujo la adopción menos plena en el Código Civil Español. Estos dos códigos sirvieron de ejemplo a países latinoamericanos como el Perú, que introdujo la adopción en el Código Civil de 1852. Las normas modernas de adopción comenzaron en 1851 con la Ley de Adopción de Massachusetts como respuesta a la creencia de que la sociedad debía jugar un rol más importante en cuanto al bienestar de los niños. La adopción ya no sólo era considerada una forma de señalar un heredero sino que se empezó a promover los intereses de los niños y adolescentes. La Ley de Adopción de Massachusetts fue la primera norma de adopción moderna. Este estatuto requería el consentimiento escrito de los padres originarios, una solicitud conjunta de la pareja que buscaba adoptar y la separación absoluta del menor de su familia originaria dándole al niño adoptado estatus idéntico al de la filiación natural. Siguiendo este

primer esfuerzo, otros países como Nueva Zelanda y Australia también propugnaron normas sobre adopción en el mismo sentido de la Ley de Massachusetts. Sin embargo, en países como Alemania y Suiza se siguió prefiriendo los derechos de sucesión de los descendientes “legítimos”. Después de la Primera Guerra Mundial se empezaron a regularizar las numerosas adopciones de facto realizadas en muchas sociedades, incluyendo a Inglaterra que en 1926 tuvo su primera ley de adopción. En un comienzo la “Adoption Act” de Inglaterra no otorgó derechos hereditarios al adoptado pero enmiendas posteriores alzaron al hijo adoptado al estatus de hijo biológico.

Con la venida de la Segunda Guerra Mundial y sus evidentes consecuencias (miles de niños huérfanos) el tema de los niños huérfanos se hizo prioritario. Así, se cimentó la idea de que la adopción era una forma de proveer de padres a los niños huérfanos víctimas de la guerra. No obstante, los primeros años que siguieron a la guerra la realidad era que no muchos Estados habían incorporado esta figura a su legislación pues el debate se centraba en la naturaleza de la institución y no en sus efectos sociales y psicológicos. Es recién a partir de 1960 que el estado de bienestar se asentó en muchos países industrializados que la adopción empezó a considerarse dentro de los sistemas de bienestar y protección del menor. Con esta visión más orientada a las necesidades del menor, los países industrializados revisaron sus normas sobre la adopción y se dio una flexibilización en cuanto a los tipos de adopción y los requisitos para adoptar. Es a partir de estos cambios de orientación de las políticas de bienestar que se dio importancia a los efectos psicológicos y sociales de la adopción. Se llegó a la conclusión de que la preparación y el asesoramiento de padres prospectivos y niños eran esenciales para un buen resultado en las adopciones. Y que es necesario comunicar al menor sus orígenes con el fin de que el menor adoptado pueda construir su identidad de manera apropiada. El debate también se trasladó a las adopciones interraciales. Sobre todo en Estados Unidos, esto generó un gran debate debido a las posiciones de las distintas minorías étnicas dentro de este país. El temor a una aculturación de los niños y adolescentes adoptados y a la pérdida de sus raíces se arguye para oponerse a este tipo de adopciones.

Hoy en día el debate se sigue dando sobre todo en cuanto a las medidas que deben tomarse para evitar una separación del menor de su familia. Se busca que el Estado se ocupe de proveer de una asistencia adecuada a la familia original y que luego de agotar todos los medios posibles recién se considere la posibilidad de una separación de los niños y adolescentes de sus padres. Como se verá a lo largo de esta tesis, en países en vías de desarrollo en los que los Estados a través de sus sistemas de bienestar no se encuentran en capacidad de brindar asistencia adecuada los niños y adolescentes sin cuidado parental (Aliaga, 2013).

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. GENERALIDADES DEL PROCESO NO CONTENCIOSO:

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA O NO CONTENCIOSA:

TERMINOLOGÍA.-

Chichizola (1963) sostiene respecto de la terminología de la denominada jurisdicción voluntaria o no contenciosa, nos ilustra de este modo:

“... La mayoría de los autores utilizan la expresión ‘jurisdicción voluntaria’ como opuesta a la de ‘jurisdicción contenciosa’, que reservan para la actividad jurisdiccional que se cumple en los procesos contradictorios, en los que existe generalmente un conflicto litigioso de intereses entre las partes, que debe ser resultado por el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, la denominación de ‘*jurisdicción voluntaria*’ para individualizar a aquellos procesos en que no existe controversia y en que la actuación del órgano jurisdicción se haya circunscripto a convalidar el acto, asegurando la estricta observancia del derecho objetivo, es inexacta en sus dos términos.

En primer lugar, la expresión '*jurisdicción voluntaria*' resulta inadecuada, porque, como lo han puesto de manifiesto algunos autores, *lo voluntario* no es la jurisdicción –que por ser una potestad-deber del Estado es siempre obligatoria- sino el proceso, por lo cual sería más preciso hablar de un '*proceso voluntario*', para denominar los procesos en que no se somete al órgano jurisdiccional ningún conflicto litigioso de intereses.

Y en segundo término, la intervención del órgano jurisdiccional en los casos llamados de '*jurisdicción voluntaria*' no es *voluntaria*, sino que es impuesta en forma obligatoria por la ley, como requisitos *sine qua non* para que tenga validez el acto. Por lo tanto, si para obtener el reconocimiento de ciertos derechos subjetivos el interesado no puede dejar de recurrir al órgano jurisdiccional, y a su vez este –por imperio de la ley- no puede negarse a desarrollar la actividad de verificación y control de las pretensiones del recurrente, por ser esa tarea una actividad inherente a su función jurisdiccional, que debe ejercer en forma obligatoria, por tratarse de una potestad-debe, nos parece evidente que la llamada '*jurisdicción voluntaria*' poco o nada tiene de *voluntaria*.

Por su parte Alcalá (1948) hace estas acotaciones:

“...Si algún resultado concluyente se ha logrado en materia de jurisdicción voluntaria en el de que no es ni lo uno ni lo otro. No es jurisdicción, porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en estricto sentido; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio, ponerle termino o sustituirlo por medios autocompositivos y hasta autodefensivos. Tan no es jurisdicción voluntaria (como tampoco proceso voluntario...), que expositores de diversos países, cual queriendo salvar el escrúpulo de conciencia inherente al empleo de una terminología

inexacta, hablan, al referirse a ella, de ‘die *sogeannte* freiwillige Gerichtsbarkeit’ o bien de la ‘*cozzi detta*, de la *soi-distante* o de la *llamada* jurisdicción voluntaria.

Y sin embargo, pese a su notoria impropiedad, el nombre subsiste y persiste, por el lastre de la tradición, tan fuerte en el campo jurídico y, acaso más, porque la variedad extrema de los procedimientos que la componen (...) y la insuficiencia de las teorías puestas en circulación para explicarla (...) dificultan la indispensable convergencia de pareceres, que lleve a cabo el cambio.

(...)Igual convenientes, y además el de su difusión incomparablemente menor, ofrecen los adjetivos *honorario* y *gracioso*, que también se emplean para caracterizarla. Jurisdicción *honoraria* y *gracioso*, que también se emplean para caracterizarla. Jurisdicción *honoraria*, aparte de su posible confusión con la ejercida por los llamados tribunales de honor, solo teniendo en cuenta su derivación histórica se justificaría, pero ella no se acomoda con su alcance actual, como tampoco con las acepciones hoy predominantes del calificativo, por lo menos en lengua castellana.

2.1.1. Concepto de jurisdicción voluntaria.-

Vicente y Caravantes (1963) concibe a la jurisdicción voluntaria como “...la que ejerce el Juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita dar fuerzas y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo son las formalidades esenciales de los juicios” (Vicente y Caravantes; citado por (Chichizola, 1963).

Lazcano denomina jurisdicción voluntaria a “... la actividad desarrollada con otros propósitos que el de obtener la justa composición de la Litis...” (Lazcano, citado por (Chichizola, 1963). Agrega dicho autor que la jurisdicción voluntaria “... comprende todos los procesos que no contienen un litigio propiamente dicho, pero en los que, por razones especiales, la ley exige que intervengan los jueces” (Lazcano, citado por (Chichizola, 1963).

Montero (2003) apunta sobre sobre la jurisdicción voluntaria que “... estamos ante un conjunto de actos, realizados o no ante un juez, por los que determinadas personas autorizadas u obligadas a ello, sin existir controversia normalmente, y en principio también con carácter voluntario, solicitan el cumplimiento de normas de derecho privado, con el fin de obtener una resolución, por regla general de carácter constitutivo, a través de la cual se creen, modifiquen o supriman, según los casos previstos, estados o relaciones jurídicas civiles o comerciales”

Glück afirma que “... la jurisdicción voluntaria se ejerce en los negocios que *no ofrecen discusión* y en los cuales la persona encargada del ejercicio de esta jurisdicción solo tiene que *acordar una afirmación, una declaración pública, etc.* Las dos clases de jurisdicción tienen por objeto garantizar los derechos de las partes, pero tal garantía no es la misma en los dos casos. El objeto de la jurisdicción contenciosa es *garantizar y establecer derechos ya lesionados*; la jurisdicción voluntaria establece garantías contra *lesiones futuras*” (Glück; citado por (Urrutia, 1951).

Urrutia (1951), en relación al tema, hace estas precisiones:

“... La jurisdicción voluntaria es una actividad del Estado que abarca el más amplio campo de actividades jurídicas, porque pone en movimiento a todos los poderes del estado con el fin de satisfacer las necesidades jurídicas del grupo social, realizándose el acto de acuerdo con la formalidad que se le precisa a cada poder público o al organismo que intervienen en representación de un poder del Estado o como un servicio del Estado. (El servicio depende de un poder del Estado y el poder depende de la ley). Y así, si la actividad no contenciosa la realiza el juez, debe tomar la forma de una resolución judicial; si lo hace el Poder Ejecutivo será un decreto; si lo hace la autoridad administrativa será una resolución administrativa; si lo realiza el Poder Legislativo será una Ley”.

2.1.2. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa.-

En lo concerniente a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa, Fix (1963) nos informa lo siguiente:

“Podemos considerar que existen actualmente tres orientaciones distintas en orden a la jurisdicción voluntaria: la de aquellos que consideran que debe conservarse dentro del campo del proceso; los que estiman que se trata de una actividad administrativa efectuada por órganos judiciales, y finalmente los que opinan que se integra por procedimientos autónomos. (...)

- a) Los defensores del carácter procesal de la jurisdicción voluntaria, que se encuentran actualmente en minoría, estiman que puede existir un proceso sin contradictorio, que no implique la solución de un conflicto de intereses, sino que puede existir un proceso sin contradictorio, que no implique la solución de un conflicto de intereses, sino que puede seguirse con la actividad de una sola parte, y por supuesto sin estar ligada a la autoridad de la cosa juzgada (...).
- b) Un segundo grupo, el más numeroso, de tratadistas, opina que la llamada jurisdicción voluntaria, constituye realmente una actividad administrativa realizada por los órganos judiciales; esta corriente doctrina (...) fue elevada a su más perfecta elaboración por el eximio Calamandrei, quien llevo al campo de la jurisdicción voluntaria el concepto de la *administración pública del derecho privado*.
- c) Finalmente, se ha ido abriendo paso la idea de que la jurisdicción voluntaria, por su contenido heterogéneo, no puede asimilarse ni a la jurisdicción ni a la administración, sino que tiene puntos de contacto con ambas funciones del Estado, pero está dotada de autonomía.

Dentro de esta corriente algunos tratadistas han adoptado la actitud cómoda y poco comprometedor de hablar de la naturaleza especial o *sui generis* de la jurisdicción voluntaria” (Fix, 1963).

Chichizola (1963), por su parte, refiere que:

“Muchos son los autores que consideran que la denominada jurisdicción voluntaria no forma parte de la función jurisdiccional propiamente dicha y que los actos que se llaman de jurisdicción voluntaria son, en realidad, actos administrativos, cuya verificación y control se encarga a los jueces, por tratarse de actos que requieren especiales garantías, para asegurar la observancia de la ley. Pero esta equiparación no es aceptable, puesto que en el acto administrativo el Estado es parte, mientras que cuando ejerce la función jurisdiccional está sobre las partes y actúa como tercero imparcial, aun en los casos que se denominan de jurisdicción voluntaria.

2.2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ADOPCIÓN.-

2.2.1. Concepto.-

La adopción se halla normada en el Capítulo Segundo (“Adopción”) del Título I (“Filiación matrimonial”) de la Sección Tercera (“Sociedad paterno filial”) del Libro III (“Derecho de Familia”) del Código Civil, en los arts. 377 al 385.

Conforme al artículo 238 del Código Civil, la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

En el artículo 377 del Código Civil se define la adopción al señalarse que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Para Brugi, 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...” (Brugi, 1946).

Barbero indica sobre el particular que:

“El ´estado de adopción´ es la relación en virtud de la cual dos personas están en correlación de ´padre´ e ´hijo´ sin que haya habido generación natural. Por eso, la adopción *imitatur naturam*.

La ´adopción´ es una relación que imita el parentesco, pero que no es parentesco: éste deriva de la sangre, la adopción, de la voluntad. Es una relación cuya finalidad es la de ir al encuentro de deseo de filiación en quien no tiene hijos por naturaleza...” (Barbero, 1967).

Por su parte, Messineo opina que “*la finalidad de la adopción (de naturaleza privadística) es doble: a) dar una familia a quien carezca de ella y, correlativamente, dar hijos a quien no se los ha dado la naturaleza* (sin embargo, la adopción realizada no impide al adoptante pasar a matrimonio, del cual, por tanto, podrá tener hijos propios...), *o a quien no los tenga ya; y, b), sobre todo, procurar al adoptado el beneficio patrimonial de poder ser heredero legítimo, o legitimario, del adoptante (...), además de serlo de los propios progenitores (...) y de los otros parientes propios*”. (Messineo, 1954).

Ferrer señala al respecto que “... en su estadio constitutivo, la adopción es un acto jurídico familiar de carácter procesal, pues requiere la manifestación de la voluntad del adoptante, concretada por vía de demandad judicial, y se perfecciona con la sentencia que crea el emplazamiento adoptivo. El segundo aspecto (la adopción en cuanto estado) se refiere al estado civil que nace de aquel acto constitutivo, y cuya naturaleza es institucional, pues el estado de hijo adoptivo crea la sentencia está reglamentado imperativamente por la ley, y ese conjunto de reglas legales de orden público configura una institución jurídica” (Ferrer, 1991).

Barassi señala que la adopción “... crea un grupo familiar, limitado al adoptante y al adoptado, independiente de la procreación. Trata de suplir la falta de familia legítima imitando su apariencia (*adoptio imitatur naturam*). En ello estriba la utilidad social de la adopción, que atribuye al adoptado una cualidad equivalente a la de ´hijo´ o incluso a la de ´hijo legítimo´...” (Barassi, 1955).

2.2.2. Requisitos de la adopción.-

Para la adopción se requiere (según el art. 378 del C.C):

1. Que el adoptante goce de solvencia moral.
2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
3. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentamiento de su conyugue.
4. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
5. Que asientan los padres del adoptado si estuviese su patria potestad o bajo su curatela.
6. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
7. Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.
8. Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar, exceptuándose de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

2.2.3. Tramite de la adopción.-

La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337), la Ley de procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono (Ley Nro.26981), o la Ley de Competencia Notarial (Ley Nro.26662), según corresponda (art. 379, primer párrafo, del C.C.).

Terminando el procedimiento de adopción, el juez, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el Notario, que tramita la adopción, oficiara al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotara la adopción (art.379, segundo párrafo, del C.C).

En la nueva partida de nacimiento del adoptado se consignara como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmaran la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador. La partida original conserva vigencia solo para el efecto de los impedimentos matrimoniales (art. 379, penúltimo y último párrafos, del C.C).

2.2.4. La adopción como acto irrevocable y puro.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 380 del Código Civil, la adopción tiene carácter irrevocable, por lo que una vez culminado el procedimiento de adopción este estado se mantiene incólume y los adoptantes no pueden ya retractarse.

La adopción es un acto puro, vale decir, no puede hacerse bajo modalidad alguna (es decir, no está sujeta a plazo, condición o cargo). Así lo determina el artículo 381 del Código Civil.

2.2.5. Prohibición de pluralidad de adoptantes.-

La prohibición de pluralidad de adoptantes está contemplada en el artículo 382 del Código Civil, que prescribe que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.

2.2.6. Adopción por el tutor o el curador.-

En aplicación del artículo 383 del Código Civil, el tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas. Al respecto, el Código Civil establece lo siguiente acerca de la rendición de cuentas del tutor (lo que también resulta aplicable al curador en virtud del art. 568 del C.C., según el cual rigen para la tutela las reglas relativas a la tutela):

- El tutor está obligado a dar cuenta de su administración: 1. Anualmente; y 2. Al acabar la tutela o cesar en el cargo (art. 540 del C.C).

- Tratándose del tutor legítimo (según el art. 541 del C.C), se estará a lo dispuesto en el artículo 427 del Código Civil (conforme al cual los padres no están obligados a dar cuenta de su administración sino al terminar esta, a no ser que el juez, a solicitud del consejo de familia, resuelva otra cosa) en lo que concierne a la obligación que impone el inciso 1 del artículo 540 de dicho cuerpo de leyes (obligación del tutor de dar cuenta de su administración anualmente).
- La rendición (de cuentas), a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado. La presentación, en audiencia que el juez señalara al efecto y con presencia del menor si tiene más de catorce años, se hace por escrito, adjuntando copia de los documentos justificantes u ofreciendo otros medios probatorios. En la audiencia, el tutor proporcionara las explicaciones que les sean solicitadas (art. 542, primer párrafo, del C.C).
- La demanda de desaprobación (de cuentas) se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentada las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento (art. 542, parte final, del C.C).
- Rendida la cuenta del primer año, el juez podrá resolver que las posteriores se rindan bienal, trienal o quinquenalmente, si la administración no fuera de entidad (art. 543 del C.C).

2.3. LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE.-

2.3.1. Generalidades.-

El Código de los Niños y Adolescentes norma lo relativo a la adopción de menores de edad en el Título II (“Adopción”) del Libro Tercero (“Instituciones familiares”).

Conforme al artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, la adopción es una medida de protección al niño y adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterna 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.

La adopción por extranjeros es subsidiaria de la adopción por nacionales. En caso de concurrir solicitudes de adopción de nacionales y extranjeros, se prefiere la solicitud de los nacionales (art.116 del Código de los Niños y Adolescentes).

Para la adopción de niños o de adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en estado de abandono, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 378 del Código Civil (art. 117 del Código de los Niños y Adolescentes), el cual dispone que para la adopción se requiere: 1. que el adoptante goce de solvencia moral; 2. que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar; 3. que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge; 4. que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años, 5. que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; 6. que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz; 7. que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales; y 8. que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel ratifique personalmente ante el Juez su voluntad de adoptar, exceptuándose de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

Si ocurrieren circunstancias imprevistas que impidan culminar el trámite de adopción, la Oficina de Adopciones (de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano – en adelante PROMUDEH-) adoptara las medidas pertinentes teniendo en cuenta el interés superior del niño y del adolescente (art. 118 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.3.2. Titular del proceso de adopción de niños y adolescentes.-

Lo atinente al titular del proceso de adopción de niños y adolescentes es materia de regulación legal en el Capítulo II (“Titular del proceso”) del Código de los Niños y Adolescentes, en los arts. 119 y 120.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Código de los Niños y Adolescentes:

- A. La oficina de Adopción de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) es la institución encargada de tramitar las solicitudes de adopción de niños o de adolescentes declarados en estado de abandono, con las excepciones señaladas en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual, en vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juez especializado, inclusive sin que medie declaración de abandono del niño o 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 prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años.
- B. Las atribuciones de la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) son indelegables, salvo lo dispuesto en la Ley.
- C. La Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) cuenta con un Consejo de Adopciones conformado por seis miembros: dos designados por el PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano), uno de los cuales lo presidirá; uno por el

Ministerio de Justicia y uno por cada colegio profesional de Psicólogos, abogados y asistentes sociales.

D. La designación de los integrantes del consejo de adopciones será ad honórem y tendrá una vigencia de dos años.

La Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) cuenta con un registro, en el que se inscribirá las adopciones realizadas a nivel nacional. En el deben constar, expresamente, los datos de los adoptantes: nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, institución extranjera que lo patrocina y los datos del niño o del adolescente (art. 120 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.3.3. Programa de adopción de niños y adolescentes.-

Lo que concierne al Programa de Adopción de niños y adolescentes está regulado en el Capítulo III (“Programa de adopción”) del Título II (“Adopción”) del Libro Tercero (“Instituciones Familiares”) del Código de los Niños y Adolescentes, en los arts. 121 al 126.

Por programa de Adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a brindar hogar definitivo a un niño o adolescente. Comprende su recepción y cuidado, así como la selección de los eventuales adoptantes. El niño o adolescente ingresarán a un Programa de Adopción solo con la autorización de la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano). Así lo establece el artículo 121 del Código de los Niños y Adolescentes.

Solamente desarrollan programas de adopción la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) o las instituciones públicas debidamente autorizadas por esta (art. 122 del Código de los Niños y Adolescentes).

La Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) y las instituciones autorizadas para participar en el Programa de Adopción están prohibidas de otorgar recompensa alguna a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en adopción y de ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. El incumplimiento de esta disposición, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, acarrea la destitución del funcionario infractor o la cancelación de la licencia de funcionamiento si el hecho se hubiere cometido por una institución autorizada para llevar a cabo Programas de Adopción (art.123 del Código de los Niños y Adolescentes).

Mientras permanezca bajo su cuidado, la institución autorizada para desarrollar Programas de Adopción garantizará plenamente los derechos de los niños o de los adolescentes susceptibles de ser adoptados. Está prohibida la entrega de niños y adolescentes a cualquier persona o institución sin cumplir los requisitos consagrados en el Código de los Niños y Adolescentes (art. 124 del Código de los Niños y Adolescentes).

La Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) asesora y supervisa permanentemente a las instituciones que desarrollan Programas de Adopción (art. 125 del Código de los Niños y Adolescentes).

En caso de incumplimiento o violación de las disposiciones establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes, la oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) aplicará sanciones a las instituciones, según la gravedad de la falta, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiese lugar (art. 126 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.3.4. Procedimiento administrativo de adopciones de niños y adolescentes.-

Con arreglo a lo previsto en el artículo 127 del Código de los Niños y Adolescentes, la adopción de niños o adolescentes solo procederá una vez declarado el estado de abandono, salvo los casos previstos en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual en vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de abandono del niño o 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; c) el que ha prohiado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años.

Sobre el particular, debe tenerse en consideración lo relativo a la declaración judicial de abandono, regulada en el Capítulo X (“Declaración judicial de abandono”) del Título II (Actividad procesal) del Libro Cuarto (“Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente”) del Código de los Niños y Adolescentes. Así tenemos que, a tenor del artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, el Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

- a) Sea expósito
- b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación.
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran.

- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo.
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlos.
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción.
- g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad.
- i) Se encuentre en total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración judicial del estado de abandono (art. 248, parte final, del Código de los Niños y Adolescentes).

Continuando con la declaración judicial de abandono, cabe indicar que el Juez especializado (Juez de Familia) en un plazo que no excederá de quince días calendario, previo dictamen fiscal, expedirá resolución judicial que declarara al niño o adolescente en estado de abandono. Para este efecto dispondrá las diligencias que estimare conveniente. En el plazo de cinco días calendario, remitirá todo lo actuado al PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano). Así lo determina el artículo 249 del Código de los Niños y Adolescentes.

Finalmente, la resolución que declarara al niño o adolescente en estado de abandono podrá ser apelada en el término de tres días ante la instancia judicial superior (art. 250 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.3.5. Proceso judicial de adopciones de niños y adolescentes.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 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 abandono del niño o 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 vinculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.
- c) El que ha prohiado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años.

Es de resaltar que, con arreglo a lo previsto en el artículo 160, inciso d), del Código de los Niños y Adolescentes, corresponde al Juez especializado (Juez de Familia) el conocimiento del proceso de adopción de niños o adolescentes.

El Juez especializado (Juez de Familia), para resolver, toma en cuenta las disposiciones del **proceso único** establecido en el Capítulo II (“Proceso Único”) del Título II (“Actividad procesal”) del Libro Cuarto (“Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente”) del Código de los Niños y Adolescentes, en el arts. 164 al 182, y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil. Los citados artículos 164 al 182 del Código de los Niños y Adolescentes, sobre el trámite del proceso único en que se ventila la adopción, establecen lo siguiente:

- La demanda se presenta por escrito y contendrá los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. No es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta (Postulación del proceso”) del Código Procesal Civil (art. 164 del Código de los Niños y

Adolescentes). El artículo 424 trata, pues, sobre los requisitos de la demanda en general y prescribe que la demanda se presenta por escrito y contendrá: 1. la designación del Juez ante quien se interpone; 2. el nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante; 3. el nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo; 4. el nombre y dirección domiciliaria del demandado (si se ignora esta última, se expresara esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda); 5. el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide; 6. los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad; 7. la fundamentación jurídica del petitorio; 8. el monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse; 9. la indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda; 10. los medios probatorios; 11. la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos (el Secretario respectivo certificara la huella digital del demandante analfabeto). Por su parte, el artículo 425 del Código Procesal Civil regula los anexos de toda demanda y establece que a esta debe acompañarse: 1. copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante; 2. el documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actué por apoderado; 3. la prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por si mismas; 4. la prueba de la calidad de heredero, conyugue, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actué el demandante, salvo que tal calidad sea materia de conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso; 5. todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación (a este efecto acompañara por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versara el dictamen pericial, de ser el caso); 6. los

documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante (si nose dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso).

- Recibida la demanda, el Juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia de conformidad con lo establecido en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil (art. 175 del Código de los Niños y Adolescentes). El artículo 426 del Código Procesal Civil señala: A. que el Juez declarara inadmisibile la demanda cuando: 1. no tenga los requisitos legales; 2. no se acompañen los anexos exigidos por ley; 3. el petitorio sea incompleto o impreciso; o 4. la vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o el valor de este, salvo que la ley permita su adaptación; B. que en estos casos el Juez ordenara al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días; y C. que si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazara la demanda y ordenara el archivo del expediente. Por su parte, el artículo 427 del Código Procesal Civil preceptúa: A. que Juez declarara improcedente la demanda cuando: 1. el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; 2. el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; 3. advierta la caducidad del derecho; 4. carezca de competencia; 5. no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; 6. el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o 7. contenga una indebida acumulación de pretensiones; B. que si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos; C. que si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto; y D que la resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.
- El demandante puede modificar y ampliar su demanda antes de que esta sea modificada (art. 166 del Código de los Niños y Adolescentes).

- Luego de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios de fecha posterior, los referidos a hechos nuevos y aquellos señalados por la otra parte en su contestación de la demanda (art.167 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Admitida la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el termino perentorio de cinco días para que el demandado la conteste (art. 168 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Las tachas u oposiciones (cuestiones probatorias) que se formulen deben acreditarse con medios probatorios y actuarse durante la audiencia única (art.169 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijara 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 (art. 170 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Iniciada la audiencia se puede promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante. Seguidamente, se actuaran los medios probatorios. No se admitirá reconvencción. Concluida su actuación, si el Juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas, declarara saneado el proceso y seguidamente invocara a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente. Si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejara constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia. Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el Juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviara a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el Juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada (art. 171 del Código de los Niños y Adolescentes).

- Si no pudiera concluirse la actuación de las pruebas en la audiencia, será continuada en los días sucesivos, sin exceder de tres días, a la misma hora y sin necesidad de nueva notificación (art. 172 del Código de los Niños y Adolescentes).
- A falta de conciliación y, si producida esta, a criterio del Juez afectara los intereses del niño o del adolescente, este fijara los puntos controvertidos y determinara los que serán materia de prueba. El Juez puede rechazar aquellas pruebas que considere inadmisibles, impertinentes o inútiles y dispondrá la actuación de las cuestiones que sobre esta decisión se susciten, resolviéndolas en el acto. Deberá también escuchar al niño o al adolescente. Actuados los medios probatorios, las partes tienen cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos. Concedidos los alegatos, si los hubiere, el Juez remitirá los autos al Fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devueltos los autos, el Juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos (art. 173 del Código de los Niños y Adolescentes).
- El Juez podrá, en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesaria, mediante resolución debidamente fundamentada (art. 174 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Luego de contestada la demanda, el Juez para mejor proveer, podrá solicitar al equipo técnico un informe social respecto de las partes intervinientes y una evaluación psicológica si lo considera necesario. Los encargados de realizar el informe social y la evaluación psicológica deben evacuar su informe dentro del tercer día, bajo responsabilidad (art. 175 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Las medidas cautelares a favor del niño y del adolescente se rigen por lo expuesto en el Código de los Niños y Adolescentes y en el Título Cuarto (“Proceso cautelar”) de la Sección Quinta (Procesos contenciosos) del Código Procesal Civil (art. 176 del Código de los Niños y Adolescentes).

- En resolución debidamente fundamentada, el Juez dictara las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente. El Juez adoptara las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente. El Juez está facultado en estos casos incluso para disponer el allanamiento del domicilio (art. 177 del Código de los Niños y Adolescentes).
- La resolución que declara inadmisibles o improcedentes 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 tienen la calidad de diferidas (art. 178 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Concedida la apelación (con efecto suspensivo), el auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, enviara el expediente a la Sala de Familia dentro del segundo día de concedida la apelación y la adhesión en su caso. 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 señalara, dentro de los cinco días siguientes, la fecha para la vista de la causa. Solo 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 (art. 179 del Código de los Niños 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 Capítulo II (“Proceso Único”) del Título II (“Actividad procesal”) del Libro Cuarto (“Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente”) del Código de los Niños y Adolescentes. Pueden demandar acción para proteger estos derechos los padres, los responsables, el Ministerio Público, el defensor (del niño y del adolescente), los Colegios Profesionales, los Centros Educativos, los Municipios, los Gobiernos Regionales y las asociaciones que tengan por fin su protección (art. 180 del Código de los Niños y Adolescentes).

- Para el debido cumplimiento de sus resoluciones, el Juez puede imponer los siguientes apercibimientos: a) multa de hasta cinco unidades de referencia procesal a la parte, autoridad, funcionario o personal; b) allanamiento del lugar; y c) detención hasta por veinticuatro horas a quienes se resistan a su mandato, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar (art. 181 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervengan niños y adolescentes, contempladas en el Código de los Niños y Adolescentes, se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil (art. 182 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.3.6. Etapa post-adoptiva de niños y adolescentes.-

Lo concerniente a la etapa post-adoptiva de niños y adolescentes se encuentran normado en el Capítulo VII (“Etapa postadoptiva”) del Título II (“Adopción”) del Libro Tercero (“Instituciones familiares”) del Código de los Niños y Adolescentes, en los arts. 131 y 132.

Conforme al artículo 131 del Código de los Niños y Adolescentes, los adoptantes peruanos deben informar sobre el desarrollo integral del niño o el adolescente semestralmente y por un periodo de tres años a la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) o a las instituciones debidamente autorizadas por esta (art. 131 del Código de los Niños y Adolescentes).

El centro o institución extranjera que patrocina a los adoptantes será responsable de la supervisión del estado del niño y, en su caso, de la legalización de la adopción en el país de los adoptantes. A este efecto, remitirá periódicamente, de conformidad con los convenios suscritos, los informes respectivos dirigidos a la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del

PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano). Así lo prescribe el artículo 132 del Código de los Niños y Adolescentes.

2.3.7. Colocación familiar del niño o adolescente.-

La colocación familiar del niño o adolescente es objetivo de tratamiento legal en el Código de los Niños y Adolescentes, en el Capítulo VI (“Colocación familiar”) del Título I (“La familia y los adultos responsables de los niños y adolescentes”) del Libro Tercero (“Instituciones familiares”) de dicho Código en los arts. 104 al 108.

Mediante la colocación familiar el niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución que se hace responsable de él transitoriamente. Esta medida puede ser dispuesta por la instancia administrativa o judicial y puede ser remunerada o gratuita (art. 104, primer párrafo, del Código de los Niños y Adolescentes).

En el proceso de adopciones se aplica como medida de aclimatamiento y de protección al niño o adolescente cuando el lugar donde vive pone en peligro su integridad física o mental. En este último supuesto, la medida es dispuesta por el PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) o la institución autorizada (art. 104, parte final, del Código de los Niños y Adolescentes).

El PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) o las instituciones autorizadas podrán decidir la colocación del niño o adolescente. Para este efecto deben considerar el grado de parentesco y, necesariamente, la relación de afinidad o afectividad con la persona, familia o institución que pretende asumir su cuidado, dándose preferencia a quienes se encuentren ubicados en su entorno local (art. 105 del Código de los Niños y adolescentes).

La colocación familiar tendrá lugar únicamente en familiar residentes en el Perú, salvo en los casos de procedimiento administrativo de adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono (art. 106 del Código de los Niños y Adolescentes).

El niño o adolescente bajo colocación familiar podrán solicitar la remoción de dicha medida ante la autoridad que la otorgo (art. 107 del Código de los Niños y Adolescentes).

El PROMUDEH (Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano) o las instituciones autorizadas que produzcan programas de colocación familiar seleccionan, capacitan y supervisan a las personas, familiar o instituciones que acogen a los niños o adolescentes (art. 108 del Código de Niños y Adolescentes).

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1. LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD DECLARADOS JUDICIALMENTE EN ABANDONO,

LEY N° 26981.

Capítulo I sujetos del proceso

Artículo 1.- Titular del proceso.- La Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), es la institución encargada de tramitar las solicitudes de adopción de menores de edad declarados en abandono judicial, con excepción de los casos contemplados en el Artículo 145 del Código de los Niños y Adolescentes. Sus atribuciones son indelegables, salvo lo dispuesto en la Ley.

Artículo 2.- El Adoptante.- Adoptantes son preferentemente los cónyuges o la persona natural, mayores de edad, que expresen de manera formal, indubitable y por escrito su deseo de adoptar un menor de edad declarado en abandono judicial, dirigido a la Oficina de Adopciones señalada en el artículo anterior.

Artículo 3.- El Adoptado.- Se considera susceptible de ser adoptado al menor de edad declarado en abandono mediante Resolución Judicial. Es requisito el consentimiento del adoptado, en función de su edad y madurez.

Artículo 4.- Adopción Internacional.- Entiéndase por Adopción Internacional la solicitada por residentes en el exterior, quienes no están exceptuados de los procedimientos y plazos establecidos en la presente Ley.

Capítulo II Trámite y Designación

Artículo 5.- Inicio del proceso.- El proceso de adopción se inicia con la solicitud de la persona natural o cónyuges interesados dirigida a la Oficina de Adopciones, que la evaluará y dictaminará dentro de los quince días hábiles siguientes. La evaluación comprende los aspectos psicológico, moral, social y legal de los adoptantes.

Artículo 6.- Declaración de aptitud. 6.1. Aprobada la evaluación, la Oficina de Adopciones emite la correspondiente Declaración de Aptitud. Los solicitantes son incluidos en la Lista de Espera de Adoptantes. 6.2. Si la evaluación deviene en desaprobatória, es puesta en conocimiento de los solicitantes dentro del plazo establecido en el Artículo 5 de la presente ley.

Artículo 7.- Designación.- Culminado el período de evaluación, la Oficina de Adopciones designa al menor de edad que será adoptado teniendo en cuenta el orden en la Lista de Espera de Adoptantes.

Artículo 8.- Aceptación e Informe de Empatía.- 8.1. Los adoptantes formalizan su aceptación dentro de los siete días naturales siguientes a la designación. En ese plazo se produce la socialización entre el menor de edad y los adoptantes en presencia de personal especializado de la Oficina de Adopciones. 8.2. El Informe de Empatía del especialista se emite dentro del día hábil siguiente al encuentro entre el menor de edad y los adoptantes.

Artículo 9.- Segunda oportunidad.- Si el Informe de Empatía deviene en desaprobatório; o no se produce la aceptación por parte de los adoptantes; o por parte del menor de edad de acuerdo a lo establecido en el Artículo 3 de la presente ley, los adoptantes tendrán una segunda oportunidad para ser designados.

Artículo 10.- Externamiento del menor de edad.- La designación será comunicada al Juzgado de Familia y a la Fiscalía de Familia. La Oficina de Adopciones dispondrá el externamiento del menor de edad, con indicación de los nombres de los adoptantes y dentro del día hábil siguiente a la comunicación.

Artículo 11.- Colocación Familiar.- 11.1 Realizado el externamiento, la Oficina de Adopciones dispone mediante Resolución Administrativa la Colocación Familiar por el término de siete días naturales, finalizado el cual el personal especializado de la misma emitirá el informe correspondiente. 11.2. La Colocación Familiar puede prorrogarse por un plazo de siete días naturales.

Artículo 12.- Resolución de Adopción.- Si el Informe de la Colocación Familiar es aprobatorio, la Oficina de Adopciones expide la respectiva Resolución Administrativa que declara la adopción y comunica al Juzgado de Familia que declaró el abandono, y a la Oficina del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) de la localidad donde se registró el nacimiento, para dejar sin efecto la inscripción original y registrar los nuevos nombres y apellidos.

Artículo 13.- Revocatoria de Colocación Familiar.- Si el Informe de la Colocación Familiar deviene en desaprobatorio, la Oficina de Adopciones revoca la Colocación Familiar y corre traslado al Juzgado de Familia para que dicte la medida de protección pertinente en consideración al interés superior del niño.

3.2. LEY QUE PERMITE LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD DECLARADOS JUDICIALMENTE EN ABANDONO POR PARTE DE LAS PAREJAS QUE CONFORMAN UNA UNIÓN DE HECHO, LEY N° 30311

Artículo 1. Modificación de los artículos 378 y 382 del Código Civil.- Modifíquense los artículos 378 y 382 del Código Civil, los cuales quedan redactados de la siguiente forma:

Artículo 378.- Requisitos para la adopción.- Para la adopción se requiere:

1. Que el adoptante goce de solvencia moral.
2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.

3. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
4. Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concorra el asentimiento del otro conviviente.
5. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
6. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
7. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
8. Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.
9. Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél 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".

Artículo 382.- Prohibición de pluralidad de adoptantes.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges o por los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del presente Código".

Artículo 2. Modificación de los artículos 2 y 5 de la Ley 26981, Ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono.- Modifíquense los artículos 2 y 5 de la Ley 26981, Ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, los cuales quedan redactados de la siguiente forma:

Artículo 2.- El Adoptante.- Adoptantes son los cónyuges, los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del Código Civil, o la persona natural, mayores de edad, que expresen de manera formal, indubitable y por escrito su deseo de adoptar un menor de edad declarado en abandono judicial, dirigido a la Oficina de Adopciones señalada en el artículo anterior".

Artículo 5.- Inicio del proceso.- El proceso de adopción se inicia con la solicitud de la persona natural, cónyuges, convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del Código Civil, dirigida a la Oficina de Adopciones, que la evaluará y

dictaminará dentro de los quince días hábiles siguientes. La evaluación comprende los aspectos psicológico, moral, social y legal de los adoptantes".

3.3. CÓDIGO CIVIL LIBRO III DERECHO DE FAMILIA

Sección tercera sociedad paterno-filial título I capítulo segundo

Adopción:

Artículo 377.- Definición: Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Artículo 378.- Requisitos de la adopción: Para la adopción se requiere:

1. Que el adoptante goce de solvencia moral.
2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
3. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
4. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
5. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
6. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
7. Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.
8. Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél 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.

Artículo 379.- Trámite de adopción.- La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley N° 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono o la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial, según corresponda. Terminado el procedimiento, el juez, el funcionario

competente de la Oficina de Adopciones o el Notario, que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotará la adopción. En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador. La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales¹.

Artículo 380.- Irrevocabilidad de la adopción

La adopción es irrevocable.

Artículo 381.- La adopción como acto puro

La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

Artículo 382.- Prohibición de pluralidad de adoptantes

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges.

Artículo 383.- Adopción por el tutor o curado

El tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas.

Artículo 384.- Adopción de persona con patrimonio

Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez.

Artículo 385.- Cese de adopción a pedido del adoptado

El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite. En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida

¹ Artículo modificado según el Art. 1° de la ley N° 27442 del 02/04/2001.

correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial.

CAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia del Derecho de Civil constituye la compilación de las decisiones que dicta los Tribunales Supremos especializados o vinculados a esta rama del Derecho en cumplimiento de sus funciones, manteniendo la unidad del criterio asumido, impartiendo justicia en el espacio más privado y sensible en el mundo del Derecho, es decir al interior de la familia.

Dichas decisiones dependiendo de su origen jerárquico tienen fuerza vinculante, estableciendo directrices que determinan las líneas jurisprudenciales en el Derecho Civil.

En ese sentido, el valor jurídico de las sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional y la Corte de Suprema de Justicia en materia Civil, son trascendentales, afectan las futuras decisiones que adoptaron los diferentes tribunales y estamentos de administración de justicia, especializada o no, vinculadas estrechamente con el derecho de familia - la adopción- y su protección jurídica.

Por las consideraciones anteriormente descritas es relevante para nuestro estudio, analizar el contenido esencial de la Casación N° 563 – 2011- Lima, de fecha seis de diciembre de dos mil once, que fijo los siguientes criterios:

Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(. . .) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. 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, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”

Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: i) los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; ii) la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino

Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; iii) la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, iv) la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; v) los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; vi) el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; viii) los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b) el informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: “se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c) El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala “se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la

persona que la criará es su tía; vi) Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO

5.1. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA ADOPCIÓN EN EL

DERECHO COMPARADO.-

5.1.1. Legislación de Chile.-

En el caso chileno, la ley N° 19620 redefine la adopción, afirmando la calidad del niño, niña y adolescente como un sujeto de derecho, cuyo bienestar es el objetivo principal de esta institución. Así, el inciso primero del artículo primero establece que “la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. El legislador, fiel a los compromisos internacionales referidos anteriormente, estableció el resguardo del interés superior del niño como finalidad de la institución y, en consecuencia, se configura como guía principal para todos los actores involucrados

en los procedimientos relativos a la adopción, especialmente para los jueces de familia, quienes tienen actualmente la competencia para conocer de esta materia. Esta cuestión no es menor, toda vez que cobrará vital importancia al momento de enfrentar el problema de la ponderación que debiera hacer el juez de los diversos derechos fundamentales que normalmente entrarán en conflicto en este tipo de procedimientos. Establecido el interés superior del niño como principio rector de la legislación vigente en materia de adopción, se observará a lo largo de este trabajo que la regulación de cada uno de los aspectos de la materia se nutren directamente de éste y, de esta manera, los procedimientos previos a la adopción, dirigidos principalmente a regular la declaración de susceptibilidad de adopción y determinar las personas susceptibles de ser adoptadas, los procedimientos de adopción propiamente tales, incluida la adopción internacional, y el sistema sancionatorio de las conductas contrarias a la reserva del procedimiento y las que impliquen una mercantilización de la adopción, se verán fuertemente influenciados principalmente por el interés superior del niño y, además, por el catálogo de derechos y deberes establecidos en los instrumentos internacionales mencionados con anterioridad.

Artículo 1º.- La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.

Artículo 2º.- La adopción se sujetará, en cuanto a su tramitación, a las normas establecidas en esta ley y, en lo no previsto por ella, a las del Título III de la Ley que crea los Juzgados de Familia.

Artículo 3º.- Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción,

en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.

Artículo 4°.- El Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste para los efectos de lo establecido en el artículo 6° en conformidad a las disposiciones que sean aplicables, podrán hacerse parte en todos los asuntos que regula esta ley, en defensa de los derechos del menor comprendido dentro de sus normas. Esta facultad podrá ejercerse hasta que surta efectos la adopción y, con posterioridad, sólo en relación con el juicio de nulidad de la adopción.

Artículo 5°.- El Servicio Nacional de Menores deberá llevar dos registros: uno, de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquellas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; y otro, de personas que pueden ser adoptadas. El Servicio velará por la permanente actualización de esos registros.

La sola circunstancia de que un menor de edad que puede ser adoptado o un interesado en adoptar no figure en esos registros no obstará a la adopción, si se cumplen todos los procedimientos y requisitos legales.

Artículo 6°.- Podrán intervenir en los programas de adopción sólo el Servicio Nacional de Menores o los organismos acreditados ante éste. La acreditación se otorgará únicamente a corporaciones o fundaciones que tengan entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción, y sean dirigidas por personas idóneas.

La concesión o denegación de la acreditación se dispondrá por resolución fundada del Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, motivada en la

conurrencia o ausencia de todos los requisitos señalados; la suspensión o revocación procederá en caso de ausencia o pérdida de alguno de los requisitos indicados. La institución a la cual se deniegue, suspenda o revoque la acreditación podrá solicitar reposición ante el mismo Director, e interponer en subsidio recurso jerárquico, por intermedio del Ministerio de Justicia, ante el Presidente de la República, dentro del plazo de treinta días, contado desde que le sea notificada la resolución. Dicha solicitud deberá presentarse acompañando los antecedentes de hecho y de derecho que la fundamenten.

5.1.2. Legislación de Colombia.-

El concepto de adopción se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006. Se define como "principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza". La adopción es un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia y, por ello, toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás. La finalidad de la adopción es "el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello conlleva ya que", en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

La adopción tiene dos etapas:

- La primera es administrativa. Se surte ante el ICBF y en ella se declara adoptable al niño.
- La segunda es judicial. La adopción es decretada a través de sentencia judicial en los juzgados de familia, y debidamente ejecutoriada establece la relación paterno - filial.

Los lineamientos técnicos se constituyen en una herramienta por medio de la cual el ICBF tiene la posibilidad de seleccionar las familias que garanticen un hogar estable y seguro para el desarrollo armónico del niño. Se les da trámite preferente e inmediato para su asignación familiar a aquellas solicitudes para niños con discapacidades físicas, mentales o sensoriales, para los grupos de más de dos hermanos, para los niños indígenas que gozan de jurisdicción especial y para los mayores de 7 años. La adopción es irrevocable. El adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil. Los trámites que se adelanten en el ICBF con relación a las adopciones son totalmente gratuitos.

Requisitos para tramitar la adopción:

- Tener cumplidos 25 años de edad.
- Tener al menos 15 años más que el adoptable.
- Garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.

Pueden adoptar:

- Los cónyuges conjuntamente.
- Conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.
- El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.
- Las personas solteras que tengan cumplidos 25 años de edad.

Pueden ser adoptados:

- Los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres o autorizada

por el defensor de familia, cuando el menor no se encuentre en situación de abandono y carezca de representante legal.

- Los mayores de 18 años, siempre y cuando el adoptante haya tenido a cargo el cuidado personal del adoptable y haya convivido con él por lo menos dos años antes de que este cumpliera los 18 años de edad. El hijo de uno de los cónyuges podrá ser adoptado por el otro.
- El menor puede ser adoptado por el cuidador una vez hayan sido aprobadas las cuentas.
- Las leyes prohíben las adopciones determinadas, salvo cuando el adoptivo: fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Procedimiento:

Si los adoptantes son colombianos o extranjeros, residentes en el exterior, además de los anteriores requisitos deben anexar: Certificación expedida por la autoridad gubernamental o privada oficial autorizada, donde conste el compromiso de realizar seguimiento del menor adoptable, durante al menos un año, en el país de residencia de los adoptantes. Autorización del gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del menor adoptable. Estudios sociales y psicológicos realizados por la autoridad central o autoridad oficial competente en el país de residencia de las familias solicitantes, a través de los profesionales idóneos en la materia (profesional del área social y psicólogo). Autorización para adoptar, concedida por las autoridades competentes del país de residencia de los solicitantes. Certificado de nacionalidad o registro civil de niños adoptados anteriormente por los solicitantes. Carta de la familia, autorizando un traductor oficialmente reconocido en Colombia para que adelante los trámites de traducción y legalización, según sea el caso. Todos estos documentos deben ser aportados en original y debidamente apostillados (sellados), para los países suscritos al Convenio de La Haya de octubre de 1961 sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, en

vigencia para Colombia a partir de enero de 2001. O también, debidamente notariados y autenticados ante el Consulado de Colombia en el respectivo país y luego legalizada la firma del cónsul en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, para los países que no forman parte del mencionado Convenio de La Haya. Todos los documentos escritos en idioma diferente al español deben ser traducidos por un traductor oficialmente reconocido en Colombia, para lo cual debe anexar los documentos que lo acreditan como tal. Asistir a talleres de preparación organizados por los respectivos países, con el fin de que el proceso de adopción no sólo se limite a aportar una serie de documentos sino que también implique que los solicitantes estén plenamente convencidos de su decisión. La respuesta a la familia sobre la aceptación o no de la solicitud de adopción se hará dentro de los 30 días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. La solicitud y la documentación debidamente aprobadas ingresarán a la lista de espera, atendiendo su estricto orden cronológico de aprobación hasta la asignación de la familia del niño(a). La asignación les será comunicada a través de la autoridad central, agencia de adopción, abogado o persona de confianza que los represente, según el caso. Se les indicará el nombre de los niños(as) que les fueron asignados. Adicionalmente, recibirán los informes psicosociales y de salud, así como fotografías del niño(a), para facilitarles la toma de una decisión consciente e informada. El plazo para la comunicación de aceptación o rechazo del menor asignado es de 30 días. Debe presentarse por escrito y dirigirse a la regional del ICBF que les realizó la asignación. Una vez se conozca la respuesta de aceptación del menor, a través de su abogado, si lo hubiera, la agencia o la persona de confianza en Colombia a quien se haya autorizado, indicará la fecha exacta en que los adoptantes deben desplazarse a Colombia para recibir a su hijo, e iniciar el proceso de adopción ante el juez de familia (proceso que tiene aproximadamente cinco semanas de duración, tiempo en el cual deben permanecer en este país). Durante el tiempo en que permanezcan ambos padres en Colombia, un servidor público del ICBF acompañará a la familia y al niño en el proceso inicial de integración, prestando el apoyo que estos requieran. Como producto de la etapa de integración se elaborará un certificado sobre la integración personal del menor con los adoptantes. El defensor de familia emitirá

concepto favorable a la adopción. Esta constancia se anexará a la demanda de adopción. Los documentos del niño y de la familia se le entregarán al abogado que asigne y pague la familia para que esté presente en la demanda de adopción ante el Juzgado de Familia. Una vez decretada y ejecutoriada la adopción, y expedido el nuevo registro del menor con los nombres de los adoptantes, estos podrán salir del país con su hijo. Estos documentos y el pasaporte del menor les serán exigidos para la salida del país. A los países que están en el Convenio de La Haya se les expedirá, por parte del funcionario competente en la Sede Nacional del ICBF, un certificado de conformidad. Una vez en su país, deberán proceder a la nacionalización del niño y al envío del documento que acredite que el niño goza de todas las garantías como ciudadano en el país de recepción (nuevo registro civil de nacimiento o certificado de nacionalidad).

VI. 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 Cercado del distrito Judicial de Arequipa como corresponde, y las decisiones emitidas materia de análisis buscan ampararlo.

TERCERA: 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.

CUARTA: 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..

QUINTA: La adopción es una institución social que viene a satisfacer, por un lado, el anhelo de paternidad en personas que por diversos motivos la naturaleza les ha negado la posibilidad de procrear y por otro, otorga una familia a aquellas personas que no la tienen no encuentran en ella el calor de una filiación digna y solidaria. Por lo tanto cumple un importante papel proporcionando a la persona un padre o una madre, que llena la necesidad del adoptado de un calor materno o paterno, y por otro, satisface en el adoptante el sentimiento paterno o materno.

SEXTA: La adopción es una institución que proporciona familia a quien no la tiene, y, por ello, el adoptado, al adquirir la calidad de hijo del adoptante debe establecer lazos de parentesco con los familiares del adoptante. De no ser así, estaríamos violentando el artículo 6 de la Constitución sobre la igualdad de los hijos, pues estaríamos haciendo una suerte de discriminación respecto de los hijos matrimoniales y los adoptados.

SÉPTIMO: Respecto a los procedimientos y plazos del proceso de adopción concluimos que; lo principal debe radicar en acortar los procedimientos y plazos para no dilatar en demasía los procesos de adopción, que en el presente y por dilatado del mismo procedimiento, llevan a desalentar a los futuros adoptantes, sobre todo a la de los extranjeros.

OCTAVO: Respecto a los alcances de la Resolución Ministerial N° 033 -2016 del Ministerio de la Mujer y Población Vulnerable, sobre criterios de evaluación integral para la adopción, concluimos que; el objetivo de la directiva radica en uniformar los criterios técnicos referidos a la evaluación psicosocial de los infantes declarados en

estado de abandono judicial, y a su vez los criterios que conducen a otorgar la aptitud e idoneidad de los futuros adoptantes, ellos nos parece más que oportuno, en tanto que en la actualidad, los profesionales intervinientes en los procesos de adopción debían estableciendo criterios que si bien es cierto son válidos, también los es que difieran entre sí, dándole mayor importancia unos antes que a otros y que no existan diferencias que puedan perturbar el proceso y dilatarlo, dilación que es endémica en nuestro país, cuando se trata sobre todo de otorgar adopción.

NOVENO: Respecto al proceso de adopción de menores declarados en abandono, concluimos que; partiendo de la legislación actual sobre la adopción de menor declarados en abandono (Ley N°26981 y Ley N° 30311), en la presente monografía realizamos una evaluación del proceso jurídico y social que pesa sobre la persona del adoptante y sobre el adoptado, quienes se ven obligados a soportar el sistema burocrático, el cual la mayoría de las veces desalienta y disminuye la eficacia de este instituto de amparo familiar. Proponemos la desjudicialización de la declaración de abandono a fin de facilitar el proceso de adopción en el ordenamiento jurídico peruano, en función del interés superior del niño.

DÉCIMO: Respecto al Interés Superior del Niño, concluimos que; el Interés Superior del Niño como metaprincipio vinculante al Estado no ha logrado tener un efecto positivo en las reformas normativas y administrativas para la procedencia de la adopción de menores de edad declarados en abandono, pues al final quienes plantean el proceso de adopción pueden asumir como negativa la acción del propio Estado y ante ello se acude a un mercado negro, principalmente, por parte de quienes desean adoptar desde el extranjero.

VII. RECOMENDACIONES

- 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.
- 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.
- 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.

VIII. RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito principal analizar y explicar los puntos de vista de la doctrina (marco teórico), los alcances de la legislación nacional y los criterios de la jurisprudencia y los alcances del derecho comparado respecto a la institución del derecho de familia, referido a los fundamentos jurídico dogmático de la adopción de menores de edad declarados en abandono y los criterios de la Casación N° 563 -2011. Se trata de una investigación jurídica dogmática, desarrollado en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia peruana. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, dogmático y hermenéutico. La investigación ha podido concluir en lo siguiente: 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.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, G. M. (2004). *La Usucapión*. Madrid: España.
- Alcalá, Z. N. (1948). *Premisas para determinar la indole de la llamada jurisdiccion voluntaria*. Mexico.
- Aliaga, G. J. (2013). *El interes superior del niño y adolescente en la adopcion internacional en el Peru*. Lima:
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4690/ALIAG_A_GAMARRA_JIMENA_NINO_ADOLESCENTE.pdf.
- Alvarez, C. J. (2015). *Derechos Reales*. Lima: Juristas Editores.
- Arias - Schreiber, P. M. (1984). *Exegesis del Código Civil Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Avendaño, A. F. (2012). *Aspectos grises sobre la prescripcion adquisitiva*. Lima: Editorial del Poder Judicial.
- Barbero, D. (1967). *Sistema del derecho privado*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa - America.
- Barssi, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona: Bosh.
- Brugi, B. (1946). *Instituciones de derecho civil*. Mexico: Hispano Americana.
- Chichizola, M. I. (1963). *La llamada jurisdiccion voluntaria*. Buenos Aires .
- De Ruggiero, R. (1929). *Instituciones d Civile Derecho* . Madrid: Reus S.A.
- Diez, P. L. (1995). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.
- Fernandez, R. M. (2003). *Derecho de Familia* . Lima: Gaceta Juridica.
- Ferrer, F. M. (1991). *Adopciones*. Buenos Aires: Universidad.
- Fix, Z. H. (1963). *Breves reflexiones sobre la reglamentacion de la jurisdiccion voluntaria en el Codigo de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales*. Mexico.
- Gonzales, B. G. (2010). *La usucapion*. Lima: Juristas Editores.
- Gonzales, B. G. (2010). *La usucapión. Fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Lima: Juristas Editores.
- Gonzales, L. N. (2007). *Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales*. Lima: Palestra.
- Guevara, P. V. (2000). *Instituciones del Derecho Civil Peruano*. Lima: Cuktural Cuzco.
- Hernández Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista, L. P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico DF: Mc Graw -Hill.
- Hernandez, G. A. (1987). *La Posesión*. Madri: Espasa- Calpe.
- Ledesma, N. M. (2012). *Comentarios al Codigo Procesal Civil*. Lima: Gaceta Juridica.
- Ling, S. F. (2012). *Los conyuges no tienen derechos y acciones sobre la sociedad de gananciales*.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa - America.
- Montero, A. J. (2003). *Derecho jurisdiccional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Palacios, P. G. (1987). *Manual de Derecho Civil*. Lima: Huallaga.
- Petit, E. (1980). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.

- Ramirez, C. E. (1996). *Ramirez, Cruz Eugenio*. Lima: Rhodas.
- Ramos, N. C. (2014). *Como hacer una tesis de Derecho*. Lima: Grijley.
- Torres, V. A. (2016). *Codigo Civil*. Lima: Idemsa.
- Urrutia, S. M. (1951). *La jurisdiccion voluntaria*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores.
- Vasquez, V. C. (2017). *La prescripcion adquisitiva conyugal*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.
- Vega, A. M. (15 de mayo de 2017). *El Derecho de un hijo*. Obtenido de Aceprensa: www.aceprensa.com
- Vilcachagua, P. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica.

IX ANEXOS

ANEXO 02**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES****JUZGADO TRANSITORIO ESPECIALIZADO EN FAMILIA – CIVIL**

EXPEDIENTE : 2002-00014-0-2601-JR-FA-1

DEMANDANTE : ANGEL ISAAC ARGUME SAENZ y MARIA OLGA JIMENEZ PARDO

DEMANDADO : PAULA PETRONILA LUEN CHAFLOQUE y CLEMENTE CHANCAFE PIFIL

MATERIA : ADOPCIÓN DE MENOR

JUEZ : Dra. MARIA CELIA PRIMO VASQUEZ

SECRETARIO : ELIZABETH CHANAVA CONTRERA.

SENTENCIA

ANEXO 03

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL

PERMANENTE SENTENCIA CAS. N° 563-2011 LIMA

ANEXO 04

Gaceta Civil 35 mayo 2016