Ciencia Latina
Internacional

UN DEBIDO PROCESO DE ADOPCIÓN PARA NUESTROS NIÑOS Y ADOLESCENTES

CID editorial
ALIANZA RED
Red de Redes
INDEXA
Crossref

Junio 2024 – CID - Centro de Investigación y Desarrollo
Copyright © CID - Centro de Investigación y Desarrollo
Copyright del texto © 2024 de Autores
biblioteca.ciencialatina.org
editorial@ciencialatina.org
Atención por WhatsApp al +52 22 2690 3834

Datos Técnicos de Publicación Internacional
Título: UN DEBIDO PROCESO DE ADOPCIÓN PARA NUESTROS NIÑOS Y ADOLESCENTES **Autores**: Gerardo Francisco Ludeña González, Diego Conrado Ludeña Manco, Violeta María De Piérola García, Nilton Isaías Cueva Quezada **Editor**: CID - Centro de Investigación y Desarrollo **Diseño de tapa**: CID - Centro de Investigación y Desarrollo **Corrección de Estilo**: CID - Centro de Investigación y Desarrollo **Formato**: PDF **Páginas**: 257 pág. **Tamaño**: A4 21x29.7cm **Requisitos de sistema**: Adobe Acrobat Reader **Modo de acceso**: World Wide Web **ISBN**: 978-99989-67-52-6 **DOI**: https://doi.org/10.37811/cli_w1112

1ª. Edición. Año 2024. Editorial CID - Centro de Investigación y Desarrollo

El contenido del libro y sus datos en su forma, corrección y fiabilidad son responsabilidad exclusiva de los autores. Permite la descarga de la obra y compartir siempre que los créditos se atribuyan a los autores, pero sin la posibilidad de cambiarlo de cualquier forma o utilizarlo con fines comerciales

Prohibida su reproducción por cualquier medio

Distribución gratuita

Gerardo F. LUDEÑA GONZALEZ

y reclaman todas las edades...

UN DEBIDO PROCESO DE ADOPCIÓN PARA NUESTROS NIÑOS Y ADOLESCENTES

RÉGIMEN LEGAL E INSTITUCIONES AFINES

UN ESTUDIO INTERDISCIPLINARIO

Biblioteca G.F. LUDMAN

Gerardo F. Ludeña Gonzalez

UN DEBIDO PROCESO DE ADOPCIÓN PARA NUESTROS NIÑOS Y ADOLESCENTES

AUTOR

Gerardo Francisco Ludeña-González

gludenag@ucv.edu.pe / ludena.gf@pucp.pe

https://orcid.org/0000-0003-4433-9471

Universidad Cesar Vallejo, Lima-Perú

CO- AUTORES

Diego Conrado Ludeña Manco

https://orcid.org/0000-0002-8680-3458

U20151b634@upc.edu.pe

Universidad peruana de Ciencias Aplicadas, Lima-Perú

Violeta María, De Piérola-García

vpierola@ucvvirtual.edu.pe

https://orcid.org/0000-0002-8075-0340

Universidad Cesar Vallejo, Lima-Perú

Nilton Isaias Cueva-Quezada

ncuevaq@ucvvirtual.edu.pe

https://orcid.org/0000-0002-1038-8884

Universidad Cesar Vallejo, Lima-Perú

Con cariño, a mi preciado PADRE

Don Francisco Ludeña Mendoza (Q.D.D.G.)

Preclaro Huamanguino, servidor del Estado, como secretario de la Prefectura por más de treinticinco años, autoridad política quien cesara como Prefecto (acc) de Ayacucho. (1924-1987).

A mi querida MADRE:

Doña Rosa Francisca González Parra De Ludeña (Q.D.D.G.)

A Doña María Susana Manco Aedo (Q.D.D.G.)

A mis abuelos:

Dr. JESUS FELIX GONZÁLEZ ESPINAR (Q.D.D.G.) abogado Sanmarquino, otrora Juez de primera instancia del distrito judicial de Ayacucho y gestor de la creación y conformante de la primera Junta del Colegio de Abogados de Ayacucho.

Doña INES SUSANA PARRA SOTO de GONZÁLEZ (Q.D.D.G.)

A mi bis abuelo:

Dr. Federico Parra Alvarado (Q.D.D.G.)

abogado Sanmarquino, Past procurador de la Corte superior de Justicia de Ayacucho.

A Huamanga, mi añorada tierra que me vio nacer, tierra de mis ancestros, de mi abolengo. Testigo de muchos de mis logros […].

Huamanga, 12 de abril del 2024

Existieron una vez dos mujeres, que nunca se conocieron, a una de ellas no la recuerdas, a la otra la llamas mamá. Dos vidas diferentes formadas para hacerte una, una te vino guiando desde las estrellas, la otra se convirtió en tu Sol. La primera te dio la vida y la segunda te tomó para vivir. Una te dio nacionalidad, la otra te dio un nombre. Una te dio una semilla de talento, la otra te dio aspiraciones. Una te dio emociones, la otra calmó tus penas. Una vio tu primera dulce sonrisa la otra lloró tus lágrimas. Una te cargó y es todo lo que pudo hacer, la otra oró por un niño y Dios te envió directamente a ella.

Ahora tú te preguntas: ¿Soy un producto del legado o de un Proceso? en buena cuenta: ¡NO!... sólo el producto de dos manifestaciones de AMOR.

Autor: ANONIMO

"... pero si es un verdadero entendido, podrá también advertir que ciertas simplificaciones, ciertos esbozos, ciertas aproximaciones, me han servido acaso, en último análisis, para profundizar y aclarar mis propias ideas acerca del Proceso.

También esta vez como siempre y más acaso que siempre, el tratar de hacerme comprender me ha servido para comprender..."

Francesco Carnelutti

INDICE

PRESENTACIÓN 13
INTRODUCCION 17
CAPÍTULO I 31
HISTORIA, ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN COMPARADA 31
ORIGEN DE LA ADOPCION COMO PROCESO 32
EN LA ADOPCIÓN PRE-ROMÁNICA 32
EN EL DERECHO ROMANO: EL ADOPTIONIBUS 33
EN LA LEGISLACION CIVIL PERUANA EVOLUCION HISTORICA NACIONAL 55
EN LA EPOCA COLONIAL 55
EN LA ÉPOCA REPUBLICANA 57
EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1852 57
EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 58
EN EL CÓDIGO DE MENORES DE 1962 59
EN EL DECRETO LEY Nº 22209 60
EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 61
EN LOS PROYECTOS DE LEYES DE ADOPCIONES 63
Antecedentes de las comisiones consultivas 63
EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE 66
EN LA LEY N° 26981:El proceso de ADOPCIÓN y su "moderna" tramitación. 68
EL PROCESO DE ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA 70
ELEMENTOS DE UN NUEVO DERECHO PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. ANTECEDENTES E INFLUENCIA DEL ESTATUTO DE BRASIL 70
COLOMBIA: REFERENCIAS LEGISLATIVAS AFINES AL PROCESO DE ADOPCIÓN 72
FRANCIA: REFERENCIAS LEGISLATIVAS AFINES AL PROCESO DE ADOPCIÓN LEY VII TÍTULO XVI DE LA PARTIDA IV 73
LUXEMBURGO: REFERENCIAS LEGISLATIVAS AFINES AL PROCESO DE LA ADOPCIÓN 74
CONTEXTO DE LA ADOPCIÓN: EL TERTIUM COMPARATIONIS 74
LA ADOPCIÓN SIMPLE Y LA ADOPCIÓN PLENARIA EN LA LEGISLACIÓN LUXEMBURGUESA 74
DE LA REVOCACIÓN 78
DE LA NACIONALIDAD Y LAS LEYES QUE LA SUBYACEN 80
DE LA OPCION 82
DEL PROCESO DE ADOPCIÓN 83
DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DEL ESTADO CIVIL 85

INGERENCIA COMPARATIVA: OFICINA DE ADOPCIONES Y LA ASOCIACIÓN LUXEMBURGO-PERÚ 86
ASPECTOS QUE DENOTAN CARENCIA DE SIGNIFICACIÓN EN LA SUBSIDIARIDAD DE LA ADOPCION INTERNACIONAL 88
INGERENCIA COMPARATIVA DE LA LABOR DEL MINISTERIO PÚBLICO 91
CAPÍTULO II 93
ETIMOLOGÍA DE LA ADOPCIÓN E INSTITUCIONES TUTELARES AFINES COMO MEDIDAS PREVIAS AL PROCESO DE ADOPCIÓN 93
ETIMOLOGIA DE LA ADOPCIÓN 93
TEORÍAS AFINES AL PROCESO DE ADOPCIÓN 94
PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LA ADOPCION HECHA POR WERNER GOLDSCHMIDT 95
ADOPCIÓN DE AMPARO 95
ADOPCIÓN LEGÍTIMA 96
ADOPCIÓN INTEGRANTE 97
ADOPCION A PARTIR DEL C.N.A. 99
ADOPCIÓN TUTELAR 99
ADOPCIÓN INTERNACIONAL. 102
CONVENIOS INTERNACIONALES VIGENTES (TIPOS): 104
CONCEPTO SOCIAL 105
ROL DE ASISTENCIA SOCIAL EN EL PROCESO DE ADOPCION: 107
LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA FUNCIÓN JURISDICIONAL EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN 109
ROL DEL ESTADO EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN 111
DOCTRINAS IMPERANTES EN EL MUNDO 112
DE LA SITUACIÓN IRREGULAR 113
DE LA PROTECCION INTEGRAL 113
EL NIÑO COMO SUJETO SOCIAL DE DERECHOS 116
CONCEPTO DE “NIÑO” Y DE “MENOR”. LA NUEVA DENOMINACION 116
LA RELEVANCIA DE LA HISTORIA DE LAS IDEAS SOBRE LA NIÑEZ 119
DOCTRINA QUE ADOPTA LA LEGISLACION PERUANA ACTUAL CON EL C.N.A. 123
PRINCIPIOS PREPONDERANTES EN EL C.N.A. 128
LA IMAGEN DE LA INFANCIA EN LOS CONGRESOS PANAMERICANOS DEL NIÑO 130
BASES DIRECTRICES DEL C.N.A 140
DISPOSICIONES PROTECTORAS DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES 140
LAS NUEVAS INSTITUCIONES 141

LA JUSTICIA ESPECIALIZADA 142
EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO 143
INSTITUCIONES TUTELARES AFINES 145
GUARDA DE MENORES 145
CONCEPTUALIZACIONES AFINES 146
ADOPCIÓN PROVISIONAL O ADOPCIÓN EN PRUEBA 146
PREADOPCIÓN 146
ADOPCIÓN SIMPLE 147
GUARDA 148
GUARDA DE HECHO 148
GUARDA JUDICIAL 148
GUARDA Y APERTURA DE INVESTIGACIÓN TÉCNICO TUTELAR EN EL C.N.A 149
LA COLOCACIÓN FAMILIAR 150
CONCEPTUALIZACIONES AFINES 150
EFECTOS DE LA CONNOTACIÓN DE LA COLOCACIÓN FAMILIAR A PARTIR DEL TRABAJO DE LAS DEFENSORÍAS Y LA DIFUSIÓN DE LA VIABILIDAD DE LA ADOPCIÓN 151
CAPÍTULO III 153
EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN TUTELAR DEL ESTADO DE ABANDONO 153
EL ABANDONO DEL NIÑO 153
LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ABANDONO, SITUACIÓN DE VIABILIDAD 154
ANTECEDENTES DEL D.L. 26102 ARTÍCULOS 256 Y 264, NUMERAL RE ORDENADO EN EL T.U.O. DEL C.N.A. ARTÍCULOS 252 Y 260. 155
OBLIGATORIEDAD DE LA DESIGNACION DE UN CURADOR PROCESAL EN LA APERTURA DE INVESTIGACION TECNICO TUTELAR PREVIO A ESTABLECER EL ESTADO DE ABANDONO 156
INSUFICIENCIA DE PLAZO PARA UN DEBIDO DILIGENCIAMIENTO EN LA INVESTIGACION TECNICO TUTELAR 156
LA OBLIGATORIEDAD DE QUE LA RESOLUCION QUE DECLARA EL ESTADO DE ABANDONO SEA CONSENTIDA Y/O EJECUTORIADA PREVIO A HABILITARSE LA ADOPCION 156
EL RECURSO DE IMPUGNACION. IMPRESCINDENCIA DE MODIFICACIÓN A ESTA NORMA 157
LOS SUJETOS PROCESALES EN LA INVESTIGACIÓN TÉCNICO TUTELAR. 157
El MINISTERIO PUBLICO 157
ACCIONES LEGALES EXTRAJUDICIALES 163
FUNCIÓN DE LOS DEFENSORES - PROCURADORES DE LA OFICINA DE ADOPCIONES EN EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN TÉCNICO TUTELAR 167
OBLIGACIÓN DE INFORMAR 168

DIFUSIÓN DE ESTA NORMA. APLICABILIDAD E IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD. 168
DILIGENCIAS INSUFICIENTES Y NECESIDAD DE UNA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO QUE REGLAMENTA EL PROCESO DE DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO EN EL C.N.A. 168
INOFICIOSIDAD DE LAS CAUSALES PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO 170
CONCEPTO DE EXPOSITO 170
CONCEPTO COMÚN 170
CONCEPTO TECNICO JURIDICO 170
EXPOSITO EN SU VERDADERA CONCEPTUALIZACION 173
CONCEPTO DE MALTRATO 173
INCOHERENCIA E INAPLICABILIDAD DEL INC. “C” DEL ART. 256 DEL D.L. 26102, HOY RE ORDENADO EN EL ART. 252 DEL TUO DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. 174
INAPLICABILIDAD DEL INCISO G DEL ART. 256 DEL D.L.26102, HOY REORDENADO EN EL ART 252 DEL TUO DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. 174
FALTA O CARENCIA DE RECURSOS MATERIALES 175
INCOHERENCIA DEL INC. D DEL ART. 256 DEL D.L. 26102, HOY REORDENADO EN EL ART 252 DEL TUO DEL C.N.A. 175
LA NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ACTUAL PARA LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO 176
GRADUALIDAD Y CUANTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PREVISTAS EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. 176
LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO ENTENDIDA COMO EXTREMA MEDIDA DE PROTECCIÓN 176
CONTRADICCIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL NUMERAL 265 INC.” E” DEL D.L. 26102, hoy REORDENADO EN EL ART 261 DEL TUO DEL C.N.A. 177
DEL PUNTO DE VISTA ADMINISTRATIVO (OFICINA DE ADOPCIONES): 177
DEL PUNTO DE VISTA JUDICIAL: 178
JUSTIFICACIÓN DE LA IMPRESCINDENCIA DE UN DEBIDO PROCESO EN LA INVESTIGACIÓN TUTELAR DEL ESTADO DE ABANDONO. 178
CAPÍTULO IV 179
EL DEBIDO PROCESO EN LA ADOPCIÓN DEL NIÑO EN EL PERÚ 179
EL DEBIDO PROCESO 180
ORIGEN HISTORICO DEL DEBIDO PROCESO 180
EL DEBIDO PROCESO. Conceptos 181
EL DERECHO PROCESAL Y EL DEBIDO PROCESO 186
LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO 188
CONCEPTO Y NECESIDAD DE LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO 190

PROCESO Y JUSTICIA, La Función Tutelar Del Proceso 190
LA EXISTENCIA EFECTIVA DEL CONCEPTO JUSTICIA COMO VALOR FUNDAMENTAL 191
LOS ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO Y SU INTEGRACIÓN EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES 193
ALCANCES GENERALES DEL DEBIDO PROCESO COMO GARANTIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN EL AMBITO DE LOS NIÑOS 195
INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES AFINES AL DEBIDO PROCESO 198
PRINCIPIOS GENERALES 198
VALORES CONSTITUCIONALES SUPERIORES 199
DERECHOS FUNDAMENTALES 199
DEBIDO PROCESO Y DILACIONES INDEBIDAS 201
DEMARCACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. ESTRUCTURA GLOBALIZANTE A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO 203
EL DUE PROCESS Y LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA 203
LA NATURALEZA DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO ALEMÁN 205
EL DUE PROCESS OF LAW COMO PARTÍCIPE DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ESPAÑOLA 207
EL DEBIDO PROCESO LUXEMBURGUES 209
EL JUEZ EN LA ADOPCION DELNIÑO EN EL PERU CUESTIONAMIENTOS AL PROCESO A PARTIR DEL DL26102 Y DL26981 210
PROCESO JUDICIAL DE LA ADOPCIÓN CONFORME AL DL 26102 210
PLAZO INCONGRUENTE Y MINIMIZADO PARA LA CALIFICACION DEL INFORME TECNICO ENVIADO POR LA OFICINA DE ADOPCIONES. 214
IMPORTANCIA DEL AUTO ADMISORIO 214
ANTECEDENTES EN EL MODO DE DETERMINAR LA EMPATIA ENTRE LOS PRE ADOPTANTES Y EL NIÑO 215
IMPUGNACION EN EL PROCESO DE LA ADOPCION 216
DETERMINACION DE LOS SUJETOS PROCESALES 216
CASACION CIVIL 216
DESISTIMIENTO Y CONSECUENCIAS 217
MANDATO DE INSCRIPCION DE NUEVA PARTIDA DE NACIMIENTO EN LOS REGISTROS DEL ESTADO CIVIL. IMPLICANCIAS 217
AUTENTICACION DE FIRMAS 218
NEXO Y SECUENCIA A PARTIR DE LA APLICABILIDAD DEL CODIGO CIVIL Y EL C.N.A. EN EL PROCESO DE LA ADOPCION DEL NIÑO EN EL PERU 218
ASENTIMIENTO Y CONSENTIMIENTO FRENTE A LA OPINIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN 218
ASENTIMIENTO DEL(A) CÓNYUGE DEL(A) ADOPTANTE 219

IMPLICANCIAS DE LOS INCISOS 6 Y 7 DEL ARTICULO 378 DEL CODIGO CIVIL. 221
IMPORTANCIA DE LA RATIFICACION DEL (OS) PRE ADOPTANTE(S) 222
LA EXPLICITACION FORMAL DE UN DEBIDO PROCESO CONTRAVENCIONALIDADES QUE EXIGEN UNA REFORMA 222
EL FISCAL DE FAMILIA EN LA ADOPCIÓN DEL NIÑO EN EL PERÚ 223
ACTUACION DEBIDA EN EL PROCESO 223
EL DEFENSOR EN EL PROCESO DE LA ADOPCION DEL NIÑO EN EL PERU 227
FUNCIONES DEL DEFENSOR FRENTE A LOS RECURSOS IMPUGNATORIOS 227
ADOPCION EX –POST 230
SEGUIMIENTO DE LA ADOPCION 230
REGISTRO DE LA ADOPCION 231
SEGUIMIENTO POST-ADOPTIVO NACIONAL 233
SEGUIMIENTO POST- ADOPTIVO EXTRANJERO: ¿UTOPÍA EN SU APLICABILIDAD? 235
TRABAJO TÉCNICO ADMINISTRATIVO 235
IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN 236
CONCLUSIONES 237
REFERENCIAS BILBIOGRÁFICAS 248

PRESENTACIÓN

Me es grato presentar esta excepcional obra del brillante Abogado Gerardo Francisco Ludeña González, a quien conocí cuando era alumno de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría de Derecho con Mención en Derecho Civil, (1997-98) habiendo culminado con éxito sus estudios, graduándose de Magíster con la calificación de "sobresaliente" un trece de julio de 1999.

Soy testigo de excepción de su evolución en el campo jurídico, de su entusiasmo contagiante en el desarrollo de los trabajos que había que presentar en los distintos cursos, destacándose como un brillante alumno, especialmente en el campo de la investigación. Fruto de dicha experiencia es la presente obra y, estamos seguros, que otros próximos trabajos igualmente serán culminados con la misma rigurosidad.

Esta obra de investigación que contiene un estudio cualitativo interdisciplinario de cientificidad histórico jurídica con diseño de análisis temático de tipo básico y método híbrido, producto del desarrollo de la investigación científica en posgrado de la PUCP, la he seguido de cerca desde sus inicios, cuando el autor consultaba respecto de los aspectos metodológicos sobre el tema, sobre el cual ya tenía la experiencia laboral, por haber estado involucrado profesionalmente en la rama de los derechos de los niños y adolescentes. Ese previo acercamiento al área, desde la perspectiva laboral, ha facilitado la estructuración del tema y su ulterior desarrollo, enriqueciéndose con el trabajo de campo realizado.

La investigación que pone a consideración el autor, ha sido fruto de un trabajo continuo, que fue ordenándose progresivamente, a medida que se incrementaba la información y a las diversas orientaciones que recibió el autor.

La estructura de la investigación denota un recorrido histórico del proceso de Adopción, a nivel universal y en el Derecho Peruano, así como un análisis del derecho comparado, referido a las legislaciones latinoamericanas (Brasil, Colombia) y europeas (Francia, Luxemburgo), que nos brinda un buen marco de referencia, para ser tomado en consideración a lo largo del desarrollo del tema.

Dicha estructura demuestra también, el tratamiento dogmático de la institución de la Adopción, en la que se desarrollan las diversas teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica, así como las instituciones afines. Asimismo, el papel del Estado que se traduce en el rol de asistencia social hacia los menores en estado de abandono, planteándose - la Adopción - como una fórmula para la solución existencial de dichos menores. De allí deriva, consideramos, la disyuntiva entre el tratamiento administrativo y / o jurisdiccional que debería brindársele al tema, y han sido las dos opciones que históricamente han sido adoptadas por la Legislación Peruana, y que constituye parte de la problemática analizada por el autor.

Una de las hipótesis que brotan de la obra es el planteamiento respecto de la necesidad de establecer un proceso Jurisdiccional que, obviamente, esté basado en el contenido de "un debido proceso", como la garantía del respeto de los derechos fundamentales de los involucrados en el tema y, especialmente, el de los niños, en aras del "interés superior" que ellos encarnan, lo que ha sido reconocido por la legislación a nivel internacional y por nuestra Constitución Política del Perú.

Este libro se ve enriquecido con un trabajo de investigación de campo, en la que se pretende demostrar la realidad de las Adopciones en el Perú, tomándose como referencia la ciudad de Ayacucho. Se han analizado expedientes y resoluciones; se han elaborado cuadros estadísticos de los procesos llevados a cabo en dicha ciudad entre los años 1996 y 1998, estableciéndose cuadros comparativos que reflejan una realidad específica y que es útil como sustento de las principales propuestas del autor.

El autor, luego de hacer una referencia al "Debido Proceso" desde una perspectiva dogmática, realiza un severo cuestionamiento a nuestra legislación actual respecto de las adopciones de los niños, niñas y adolescentes, cuestionando el carácter administrativo y lo que es más grave, alejado de las garantías que debe brindar un proceso cuando éste, está estructurado en función al Debido Proceso.

Entre los temas que considero como debatibles, porque pueden prestarse a posiciones distintas a las sustentadas por el autor, entre otros, son los siguientes:

a) ¿Realmente es imprescindible, como señala el autor, que el proceso de adopción sea de naturaleza jurisdiccional? En los tiempos actuales, cuando la tendencia es excluir del ámbito jurisdiccional los temas que estén exentos de contención, no resulta más eficaz idear un procedimiento administrativo, en la que el Estado sin renunciar a la tutela que debe brindar a los niños y adolescentes, con mayor razón cuando se encuentran en estado de abandono, establezca un mecanismo directo, ¿rodeando al mismo de las garantías de un Debido Proceso?

   El autor tiene una posición definida, que la sustenta con solvencia jurídica, a lo largo de la obra. Se muestra partidario que el Proceso de Adopción sea de naturaleza jurisdiccional, por las garantías a las que tendrían que estar sometido dicho proceso, esto es, sujeto a las reglas de un Debido Proceso.

b) La garantía que brinda al justiciable un Debido Proceso es algo innegable. Todo proceso para que sea considerado legítimo debe estar rodeado del contenido de un debido proceso (posibilidad de ejercitar el derecho de defensa, de ofrecer medios probatorios de ser escuchado por el Juzgador, de la instancia plural). Sin embargo, en el tema de los niños, niñas y de los adolescentes, tenemos el principio inspirador que debe tener en mente todo legislador y todo operador, cual es “el interés superior del niño”. ¿Es posible que en determinadas circunstancias este “interés superior” entre en conflicto aún con el Debido Proceso? ¿O la mejor forma de garantizar el “interés superior” es estableciendo procedimientos que contenga las reglas de un Debido Proceso?

El autor, es bastante claro y contundente en este tema, al señalar que la mejor garantía para la protección del menor es a través del Debido Proceso que debe estar presente en todo proceso de carácter Jurisdiccional; sin embargo, excepcionalmente, pudiera ocurrir que se presente un conflicto entre las reglas del “ Debido Proceso “ y el “ Interés Superior del niño ”, que es una suerte de principio, que debe inspirar no sólo la legislación, sino que debe constituir un norte para el operador del derecho. En este caso, considero que el Interés Superior del Niño debe prevalecer. Como también lo señala el autor.

¿Es necesario una reforma legislativa en nuestro país, o sólo la incorporación de las garantías del Debido Proceso al actual procedimiento de Adopción? La posición del autor es que, es

necesario ir a una reforma legislativa, ya que la existente no brinda las garantías a los niños, niñas y adolescentes involucrados en el Proceso de Adopción.

El tema de los niños, niñas y de los adolescentes en sociedades subdesarrolladas, como la nuestra, debe ser prioritario en los programas políticos.

El futuro de una nación son los niños y los adolescentes, por ello no debe constituir una mera expresión, sino que debe ser preocupación permanente de todo gobernante que esté pensando en el futuro de una colectividad. Indudablemente que el proceso de adopción está relacionado con una dura realidad socio, económica y política de nuestro país y se presenta como una alternativa, ante la falta de un programa político que reduzca la pobreza.

Considero que la obra cumple con el rigor de los aspectos metodológicos, con brindarnos una información adecuada sobre la problemática y plantea propuestas a tenerse en consideración, por lo que será de interés no sólo para los especialistas del área histórico-jurídica que aborda, sino para todos los profesionales vinculados a estudios de investigación de enfoque cualitativo relacionados con análisis jurídico referidos a niños y adolescentes y a políticas de Estado a considerarse. Este manuscrito materializado en un libro contiene resultados de una investigación científica desarrollada en la maestría de derecho civil de la PUCP y se evidencia a través de la presente publicación, habiendo sido revisada por pares ciegos institucionales y externos.

.

Dr. Juan morales godo

Past catedrático de la pucp y de la universidad de lima.

Past superintendente adjunto de los registros publicos

Magíster en derecho con mención en derecho civil y candidato a doctor por la pucp

.

INTRODUCCION

Un Debido Proceso de Adopción para nuestros niños y adolescentes de Perú, tema sugerente de la obra, la misma que se reedita por su importancia, contiene a la Institución de la Adopción, la de mayor y profunda raigambre humana a través de la historia, la cual, es puesta al tapete a partir de un marco de conceptualización eminentemente de Derecho Procesal, el mismo que contiene a un consolidado *PROCESO–ADOPCIÓN "*unidos a través de la Historia, de los mismos que, no es posible analizarlos independientemente, ya que no lo fueron nunca, pues jamás se desligó el Proceso con la institución de la Adopción.

Afirmar esto, significó la inmediata necesidad de remontarse a Roma y a partir de ello establecer un correlato histórico (capítulo I), armonizando precisamente un secuencial Proceso de la Adopción, el mismo que desemboca en nuestra Legislación Nacional y se avoca preferentemente en el tema problema latente de hoy, a partir del D.L. 26102 y a partir del nuevo paradigma en la Infancia "De la protección integral", conceptualizaciones que han requerido un mayor y profundo análisis y que han tenido como objetivo tratar en su verdadera dimensión el Proceso de la Adopción del niño en el Perú y la conceptualización acerca de la imprescindencia de continuidad -inmerso en el tema- del DEBIDO PROCESO (capítulo V), en materia de ADOPCION, a partir de un acucioso análisis del proceso Judicial de la DECLARACION DE ESTADO DE ABANDONO, tanto como del proceso de la Adopción (capítulos III y V respectivamente).

En definitiva, no se trata pues, ni de PROCESO, ni de Institución de la Adopción, como reitero, es el consolidado "PROCESO DE LA *ADOPCIÓN "*el que me ha dado luces para este aporte ineludiblemente relevante.

La Justificación explícita del tema de la investigación se circunscribe en la carencia de un Proceso en sí de la Adopción para el niño en nuestro país, partiendo del análisis histórico del proceso en sí de la Adopción y, congruyendo pertinentemente en el Proceso Judicial simple a partir del D.L. 26102, que denotó marcadas deficiencias de garantías procesales dentro del marco de un Debido Proceso, que Hoy, inconcebiblemente y atentándose flagrantemente al Debido Proceso observa un procedimiento simplista y administrativo establecido en la Ley especial N° 26981.

Existe en Doctrina y Jurisprudencia tanto de derecho procesal como de derecho de menores, razones justificatorias que evidencian la necesidad e imprescindencia por la prosecución de un Debido Proceso en la Adopción del niño en el Perú.

La tramitación procedimental ha llegado Hoy a la cúspide de la contravencionalidad con la dación de una Ley especial N° 26981, que refleja absoluta ignorancia de los principios fundamentales tanto de derecho de menores como de derecho procesal, justificada probablemente en la coyuntura política y social que atraviesa nuestra Patria, donde la dación de normas para satisfacer intereses inmediatos propios de una élite, al parecer, está de boga.

Es momento de contener con profesionalismo la avalancha de desinterés que denota el derecho de menores en nuestra Patria, expresada en la susodicha controvertida Ley, que considero un atropello a los verdaderos valores de un Debido Proceso, con la atingencia que no existe en el derecho Comparado enfoque ni tramitación procedimental similar a la nuestra. Es más, en el derecho Comparado se advierte *contrario sensu*, una profunda accesión y viabilidad por un Debido Proceso, de conformidad con los Convenios Internacionales y la Convención de los Derechos del Niño.

El objetivo de la presente obra, se ha circunscrito en demostrar la imperativa sujeción de presencia del Proceso de la Adopción como tal, e imprescindencia de continuidad como "*debido proceso"*.

Para ello, y tomando como punto de partida se ha puntualizado

Conceptos primordiales y preponderantes, básicamente en el ámbito del Proceso. (Capítulo V).

- Doctrinas y principios directrices imperantes en el mundo jurídico del derecho de menores. (Capítulo I).

- Instituciones afines al Proceso de la Adopción, teorías afines y lo preponderante, Doctrinas imperantes en el mundo y doctrina que adopta la Legislación Peruana en la actualidad, sin las cuales, no se puede conceptualizar el asunto sub estudio (capítulo II) y,

- Una clara evidencia objetiva de lo que acontece en nuestra realidad, referente al tema (capítulo IV).

Como refiere Raúl Tavolari Oliveros, *"la Justicia hay que sentirla, hay que aprehenderla, hay que vivirla, no cuantificarla sino cualificarla" ...*, esto significa acercarla a la realidad. Dada la naturaleza jurídica *sui generis* del derecho de menores -hoy mejor llamado derecho del niño- el acercamiento de la Justicia a la realidad -particularmente y en mi opinión- implica un reto y a la vez una oportunidad, de volcar todos mis conocimientos jurídicos -como hombre de Derecho que soy- a este tema, que por demás decirlo es sumamente interesante y de actualidad, tan es así que, me place la satisfacción de ser testigo de que todo lo descrito a lo largo del tema de la presente obra -que me ha significado un trabajo sacrificado de años - en mínima parte, y de poco, se viene anexando a las normas vigentes en la actualidad.

El DEBIDO PROCESO no solamente es la observancia de la aplicación correcta de las normas procesales, sino, por encima de todo, es el descubrimiento de la razón y el Derecho, pero ¿qué Derecho...?, precisamente *"el derecho del niño sobredimensionado y sobreprotegido aparentemente por el Estado"* a través del principio del Interés Superior del Niño. (Capítulo I y V respectivamente).

> *El Proceso, no es otra cosa que el mecanismo o herramienta que utiliza el Estado en ejercicio de su función jurisdiccional, esta herramienta deberá contar con elementos mínimos como garantía de una correcta administración de justicia.*
>
> *La seguridad jurídica definida como la estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, no es otra cosa que un beneficio al que aspiramos los ciudadanos, constituido por una eficaz protección y respecto de nuestros derechos, por acción de la Justicia, y que es impartida por el Poder Judicial.*
>
> *El Derecho Procesal regula las relaciones jurídicas entre los sujetos de la sociedad para que sea eficaz la defensa de sus derechos. La regulación procesal constituye garantía para alcanzar la paz con justicia. Toda la normatividad procesal ordenada tiende a efectivizar el derecho de las personas: "el acceso a la tutela Jurisdiccional efectiva". (Capítulo V).*

- Eduardo Couture señala que la eficacia y el desenvolvimiento del conjunto de relaciones jurídicas del denominado Proceso Civil es particularmente importante.

- Couture agrega algo más al Proceso y dice que no es una simple garantía sino la garantía misma del Derecho.

La ADOPCION, etimológicamente deriva del latín AD y OPTARE que significa "a desear". (capítulo I)

EL PROCESO DE LA ADOPCION no ha de ser estudiada sin advertirse que su historia comprende tiempos especialmente mayores que toda la historia del Derecho Occidental y que su práctica se dio en culturas que aparecen como exóticas respecto de nuestras variantes culturales. No puede ignorarse que los Procesos, motivos, requisitos, y efectos de la Adopción en la antigüedad siguen teniendo actualidad en nuestro ordenamiento.

La ADOPCION es un instituto intrínsicamente humano, y como tal, y por sus fines, le da la permanencia como PROCESO de la ADOPCIÓN que la historia y las culturas han comprobado.

El Proceso de la ADOPCION a la vez es muy sensible a las alteraciones de la costumbre, cultura y características étnicas y variables económicas, de ello se colige la significación a través de fenómenos coyunturales (extrema pobreza, desprotegidos, violencia familiar, abandono) los cuales se apartan del equilibrio normal de una sociedad sana, es por ello, menester conocer acerca de las instituciones afines a la Adopción, tema del cual se comenta lo suficiente en el capítulo II.

Desde el punto de vista social, el Proceso de la ADOPCION del niño, persigue otorgarle a éste, una familia; esta concepción ha generado que la mayoría de las legislaciones acepten y regulen el PROCESO de la ADOPCION del Niño "*en estado de abandono"*.

Cabría explicitar que el enfoque de la presente investigación, está enmarcado en el consolidado "proceso de la Adopción" donde, ni el Proceso ni la ADOPCIÓN pueden conceptualizarse de manera independiente ni al margen.

Mas aún, la presente, contiene en un capítulo aparte (capítulo II), a las instituciones tutelares afines, tema problema de la presente investigación, pues, lo que se busca con este desarrollo

detallado, es aflorar evidencias que reflejen imperiosa necesidad de reformar el procedimiento simplista, que Hoy, ha degenerado inconcebiblemente por la dación de una Ley Especial (La Ley 26981) por la cual, incluso, se deroga un requisito contenido en el Código Civil acerca de la autorización Judicial de la Adopción.

Se entiende por ESTADO DE ABANDONO a la situación en que se encuentra un niño o adolescente por el incumplimiento de un deber u obligación o por desamparo o desatención en que incurren los padres, tutores o responsables del niño a su cargo (capítulo II).

Según el vocabulario Multilingüe del Instituto Interamericano del Niño, GUARDA, es desde el punto de la acepción jurídica, "*la relación jurídica entre un menor y su guardador, por la que éste tiene el cuidado personal de aquél y de su educación sin remuneración"* ¨.

Sin embargo, el Art. 110 del D.L. 26102, le ha dado el carácter de institución de índole transitorio para la protección del niño o adolescente en estado de abandono y es preciso una resolución Judicial para que una persona se haga responsable de ejercer las funciones de la tutela

La GUARDA se diferencia con la COLOCACIÓN FAMILIAR, pues precisamente la primera se da sólo en niños en ***Estado de Abandono*** y por Mandato Judicial, mientras que la segunda se da por trámite administrativo o judicial como medida de protección (capítulo II).

Existe en la investigación, un capítulo independiente acerca de las Instituciones Tutelares referidas (capítulo II), pues sin una adecuada conceptuación de éstas es muy remota la posibilidad de lograr un entendimiento cabal del tema- problema, cuál es, el Proceso de la adopción del niño en el Perú, armonizado con su imprescindencia hacia el Debido Proceso.

Se dice que la COLOCACIÓN FAMILIAR es aquella que tiene por objeto suministrar al niño que la necesita, una familia apropiada, con la finalidad de remediar carencias afectivas y pedagógicas o cubrirlo de riesgos materiales o morales evidentes. El Código no se refiere solamente a una familia, sino se refiere a una persona o a una Institución que se hará responsable de él en forma profesional. Se considera que la familia es el lugar más apropiado para los efectos del desarrollo integral del niño o adolescente; en consecuencia, se prefiere que la COLOCACIÓN FAMILIAR se realice dentro del seno de la familia

La COLOCACIÓN FAMILIAR constituye una novedosa Institución Jurídica, mediante la cual el niño o adolescente va a ser acogido. Si bien el término COLOCACIÓN FAMILIAR nos lleva a pensar que ésta sólo se da en el seno de una familia, la comisión creyó conveniente denominarla así, ya que el objetivo es incentivar y acentuar los lazos de afectividad entre los responsables y los niños o adolescentes (capítulo II).

El **abandono,** Término al cual no se le ha atribuido su verdadera connotación. Circunstancia que ha motivado su observancia como medida de protección gradualmente indeterminada o al parecer extrema. Situación la cual está contenida como "razón de ser" en la Adopción del niño en el Perú. Son éstas unas de las tantas razones justificativas del análisis conceptual y procesal previo al enfoque del tema en sí del Debido Proceso de la Adopción (capítulo III).

Dentro de esta amplia concepción de la violencia doméstica tiene especiales dimensiones el MALTRATO DE LOS NIÑOS.

La Convención sobre los Derechos del niño dedica al mismo, más de una disposición. En lo que se refiere a los países americanos, el problema del niño maltratado no ha escapado a su atención, pero su consideración es accidental, previéndose la situación como causa de pérdida y suspensión de la Patria Potestad, o como una circunstancia que permitiría a los tribunales de menores declarar al menor en situación irregular, adaptándose a sus respectivas medidas de protección.

Constituye excepción la ley de Protección de menores Número 75 de Puerto Rico, (1980) que establece un régimen específico y detallado en la materia, ofreciendo un concepto amplio sobre el maltrato que en muchos aspectos se confunde con el abandono de niños que en definitiva es una forma de maltrato cuando el mismo tiene un origen culpable.

¿Por qué la necesidad de tratar este tema tan polémico del maltrato?... Pareciera que es un tema totalmente ajeno al de la Adopción, pero no es así, pues el maltrato forma parte de una de las causales de la declaración del estado de abandono, circunstancias anteriores inmediata al proceso de la Adopción (capítulo III).

El D.L N° 26102 y el T.U.O. del C.N.A. establece, como principio, que debe guiar a todas las acciones sobre niños y adolescentes: "*al interés superior"*, que supone aplicar lo que les

favorezca, más allá de lo que pueden significar derechos de la sociedad, los padres o las instituciones en que se encuentren.

A partir del D.L. 26102 se dispone la creación de un sistema nacional de atención integral, con el fin de organizar las acciones desde las diferentes instancias del Estado y de la sociedad. Entre ellas tenemos las referidas al trabajo infantil, al servicio de defensoría y al proceso de adopciones (capítulo I).

A partir de la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, se asiste a un proceso sin precedentes, de reforma a la legislación para la infancia y la adolescencia en cada uno de los países que han ratificado la Convención; en efecto, se asiste a la construcción de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia.

La Convención, precedida por otros documentos de derecho internacional, constituye una etapa fundamental en el camino para superar la vieja doctrina de la situación irregular particularmente en dos aspectos, en primer lugar: el niño y el adolescente ya no son objeto de compasión y de represión, sino que son *"sujetos de derecho"*.

Desde el punto de vista terminológico, la Convención de los Derechos del niño y el Estatuto de Brasil son profundamente innovadores, ya no se habla de "menores", sino de "niños y adolescentes". Esto significa que se trata -desde una perspectiva normativa- de borrar esta zona separada, representada por los "menores", en el universo de los niños y los adolescentes, y, otorgarle al niño las máximas garantías conforme a la doctrina de la protección integral (capítulo I).

"En la familia romana la falta de descendencia por línea paterna significaba para el JEFE, la extinción de su casta, de su nombre, de su poder y el consiguiente deshonor. Para esa familia aristocrática la adopción era la única solución jurídica; esto significaba que, si de las justas nupcias no existía un heredero, debía lograrse de todas formas mediante una relación análoga entre personas".

Y así como lo enunciado vamos a encontrar aspectos muy importantes e interesantes en la institución de la Adopción, conceptos que hasta hoy mantienen su arraigo en muchos de los casos, y en otros, a medida del desarrollo social y la inversión de paradigmas hacia el tercer

milenio, sufren cambios consustanciales. La historia reciente nos muestra procesos sociales en curso no registrados ni registrables por la modernidad como tales, que anticipan la gestación de un nuevo paradigma *"la del sujeto social",* en este contexto, la comprensión del cambio como proceso social complejo, advierte rasgos de lo Jurídico que ya no son acordes ni identificables como inherentes a la modernidad.

Este tema conceptual, como tal, no implicó una fácil y rápida arriada de banderas, pues como reitero, dada la profunda raigambre humana que la contiene siempre se ha tornado prevalente y con imprescindencia, interesante, revolucionaria y objetiva para nuestra realidad.

La metodología dispuesta a emplearse para esta obra, en principio, a tomado como Fuentes a utilizarse:

1. Las Fuentes Primarias: Las doctrinas y principios directrices imperantes en el mundo actual y referidos al PROCESO DE LA ADOPCIÓN, tanto así, e igualmente, al Debido Proceso como tal y a la Institución de la Adopción de los niños y adolescentes.

2. Las Fuentes Secundarias: Libros, revistas, comentarios periodísticos trascendentales, exposiciones en Conferencias Internacionales y Seminarios.

En orden analítico y de prioridad de planteamientos, los métodos utilizados fueron:

- ***EL METODO HISTORICO*:** Partiendo de los antecedentes e historia de cómo se ha dado el Instituto de la Adopción, siempre enmarcado en el Proceso en sí de la Adopción a través de los tiempos y en distintas épocas, así como, utilizando el Derecho Comparado para tomar en consideración las diversas modalidades procedimentales en Legislaciones de la misma Familia jurídica.

- ***EL METODO DOGMATICO:*** Pues se ha desarrollado conceptos y para ello se ha recurrido con obligatoriedad a las fuentes.

  Acerca del particular y para algunos casos, se ha integrado a este método, tanto y adicionalmente, el SISTEMATICO como el EXEGETICO (capítulos I y V) básicamente, y, para el análisis de algunas normas, en procura de complementar las ideas con mejores

elementos de juicio, pretendiendo siempre la obtención de una verdadera y centrada conceptualización.

Este peculiar método es el más trascendente en la presente obra, puesto que, necesariamente hubo que recurrir a conceptuaciones previas para armonizar y globalizar toda una estructura necesaria y anterior al tema problema en sí, ¿cuál es?, reiterativamente, lograr demostrar la relevancia y presencia del Debido proceso de la Adopción del niño en el Perú además de su imprescindencia de continuidad de su Debido Proceso, que HOY se muestra en tela de juicio, con el procedimiento administrativo contenido en la Ley especial que la rige y su reglamentación reciente, con evidente contravención al principio del Interés Superior del Niño reconocido en la Convención de los Derechos del Niño.

- ***EL METODO SOCIOLOGICO:*** A través de un *"trabajo de campo"*, contenido en un informe estadístico-comparativo de la REALIDAD PROCESAL, tomando como referencia una ciudad piloto: *Huamanga* (AYACUCHO), que, precisamente contiene a un alto índice de desplazados, efecto de la situación socio-política, y por ende, gran número de niños abandonados, muchos de ellos, con Procesos Judiciales concluidos de investigación tutelar de declaración de estado de abandono y aptos para ser dados en Adopción.

  A través del método sociológico se ha obtenido cuadros comparativos de los informes a partir del Juzgado especializado de Familia de Huamanga, de la Oficina de adopciones, de la DEMUNA, de la Oficina de los Registros Civiles de Huamanga, entre otros (capítulo IV).

Estos informes están encuadrados dentro de la mayor aproximación a las reales incidencias contravencionales procesales existentes, para, de esta forma ameritar y justificar el tema, y consiguientemente sustentar la prosecución del Debido Proceso de la Adopción del niño en el Perú, la misma que, siempre existió - lo evidencian los anteproyectos de leyes de adopción (anexos), propuestas por el ejecutivo con la idea central de otorgar al órgano Jurisdiccional la responsabilidad de conducir con probidad el Proceso de la Adopción -además de estar contenidas *ad literam* en los Convenios internacionales suscritos para cada caso (anexos).

La significación a partir del tema de la *"Adopción Internacional"* y de su contexto *"los estados signatarios del Convenio adoptado en la Haya"* han creado en mi persona una, expectativa interesante, conjunta y simultánea, al advertir como propósitos la verificación *in stricto* de las hipótesis: *¿la vigencia de un debido proceso en la Institución de la Adopción en nuestro ordenamiento Jurídico? ¿la plena validez de los convenios internacionales existentes?*

Ello me brindó luces hacia la formación de una tipología de investigación sui generis que, me ha permitido la búsqueda de normas procesales que coadyuven a un verdadero enfoque real y centrado de, si, *¿constituye la verdadera concepción de la Institución de la Adopción, pero de pronto ligado al Proceso en sí de la Adopción y por ende a un Debido Proceso?*

Consolidando sucintamente el tema de LA OBRA MATERIA DE INVESTIGACIÓN, se tiene:

Los antecedentes -en orden de capítulos– los mismos que fueron:

a. En la primera parte (capítulo I): un resume-historia además de sus antecedentes, acerca del Proceso de la Adopción del niño, dada su terminología de profunda raigambre humana y su connotación a lo largo de la historia y sustancialmente en nuestra legislación. Siempre enmarcado en el campo Procesal, y dentro de los límites del método histórico.

b. En la segunda parte (capítulo II): la verdadera conceptualización de las instituciones tutelares previas a la Adopción, de ellas cabe destacar la *"Colocación Familiar"* cuya institución no está conceptualizada en su verdadera dimensión ni entendida como consecuencia de la DESJUDICIALIZACION (base directriz de la nueva doctrina de la Infancia) y cuya descoordinación ha generado una distorsión en su aplicabilidad y posterior desarticulación.

¿Cuán importante constituye conceptualizar de manera previa instituciones afines al tema de la investigación? Sencillamente y en derecho de menores existe muy poca fuente inmediata y objetiva para consulta, y dada la complejidad del tema problema se amerita consolidar debidamente las fuentes para de esta forma refutar con conocimiento de causa la absurda y controvertida Ley especial N° 26981. Los límites de este capítulo están constreñidos en el método: dogmático y sistemático.

c. En la tercera parte (capítulo III): EL PROCESO DE DECLARACION DE ESTADO DE ABANDONO, que tal vez, constituye el núcleo problema del cual converge la falta de un Debido Proceso tanto para la declaración de estado de abandono del Niño, como para el Proceso en sí de la Adopción, por ello, se ha procurado demostrar objetivamente cuan insuficiente e incompleta es la norma que lo contiene, específicamente en lo concerniente a extrema gradualidad y referida al "señalamiento expreso" de declararse apto para la Adopción, su inoficiosidad, el cual, genera una incoherencia e inaplicabilidad de varios de los incisos contenidos en la norma particular.

Los límites de este capítulo están constreñidos en el método: DOGMÁTICO y SISTEMATICO.

d. En la cuarta parte (capítulo IV): Se cuenta con un enfoque investigatorio a partir de la realidad, y ello, a través de un informe estadístico y cuantitativo de una ciudad PILOTO (la ciudad de Huamanga-Ayacucho), en verdad, esta ciudad es expresión y consecuencia de la situación socio-política generada e iniciada en ella, por ende, expresión de alto índice de desplazados, infinidad de situaciones de abandono (con mayor énfasis en niños y adolescentes), y justificada presencia de la Oficina de Adopciones del PROMUDEH. Este enfoque estadístico y cuantitativo contiene el informe a partir del Juzgado especializado de Familia de Huamanga, de la Oficina de Adopciones, de la DEMUNA que trabajan con niños y adolescentes, y de la Oficina de los Registros Civiles. Los límites de este capítulo están constreñidos en el método SOCIOLOGICO.

e. En la quinta parte (capítulo V): EL DEBIDO PROCESO DE LA ADOPCION DEL NIÑO EN EL PERU, con un esbozo procedimental actual que denota explícitamente sus deficiencias y con la sustanciación del imperioso requerimiento de modificación. Los límites de este capítulo están constreñidos en el método dogmático y exegético – sistemático en algunos de los casos.

Las interrogantes que fueron desarrolladas a partir del índice – hipótesis, y que sirvieron para la elaboración de la presente investigacion fueron:

1. *¿La colocación familiar tiene connotación en el Proceso en sí de la adopción del niño en el Perú?*

En principio, el entorno para esta interrogante está contenida en el segundo capítulo (de las instituciones tutelares como medidas previas a la Adopción). Y, se trató precisamente de absolver estas preguntas:

- ¿La colocación familiar ha adquirido prevalencia a partir del principio de Desjudicialización?...

- ¿Está integrada en forma directa al Régimen de Excepcionalidad del Proceso de la Adopción Judicial?...

El propósito de la INVESTIGACIÓN es precisamente demostrar que frente a un procedimiento Judicial (hoy, un simple procedimiento administrativo) y definitivamente por la carencia de un Proceso, esta institución afín a la Adopción, se mantiene en cierta forma al margen de la misma.

Lo que se busca en todo caso es definir con propiedad a esta Institución y adecuarla -por su naturaleza- hacia la prosecución de un Debido Proceso, integrándola formalmente al Régimen de Excepcionalidad de la Adopción Judicial.

2. *¿El Proceso de Investigación Tutelar realmente se encuentra encausado como tal?... ¿Viabiliza su verdadero propósito? ¿Es en sí objetivamente una extrema medida de protección?... ¿requiere con imprescindencia la continuidad hacia un debido proceso?...*

Esta hipótesis, necesitó definitivamente de una investigación seria a partir de una previa identificación de los conceptos que en suma confirman propuestas de modificación, y adecuación hacia un Debido Proceso -entre otros- por ello, y al respecto, el esquema del tercer capítulo contiene referencias internas que han contribuido en dilucidar todas las interrogantes planteadas.

3. *¿El procedimiento de la Adopción en el Perú se acoge a los lineamientos de un Proceso, como tal?... ¿cuál es el porqué de la imprescindencia de continuidad hacia un debido proceso?... ¿cuál es el meollo que persevera este sustento considerando contrario sensu la Ley 26981?...*

Interrogantes muy discutibles que requirieron una conceptualización

Integral y congruente, con un desarrollo de una investigación lo suficientemente sesuda.

Los antecedentes conclusorios considero que, en definitiva, no dudarán en advertir la inmediata reforma justa y necesaria del proceso de la Adopción del Niño en el Perú que, a mi entender es hoy deficiente.

En todo caso, en esta suerte de estado de la cuestión -pese a mi esfuerzo por fundamentar con la mayor aproximación la idea central y mi propuesta de andamiaje teórico coherente- y, frente a una Institución muy trascendente como es la Adopción -contenido en el PROCESO DE LA ADOPCION en sí- confieso haber procurado las precauciones necesarias, para, no incurrir en apreciaciones ambiguas, llevando siempre implícito marcos conceptuales sociales y jurídicos armonizados en un trabajo de filigrana para dar la mayor consistencia posible a la "*Verdad"* que hoy nos resistimos a aceptar.

Adviértase que la funcionalidad del tema sub estudio está centrado en el "*Proceso de Adopción*", sin omitir aspectos sustantivos legales, ni tipología social precisa.

No considero haber sobredimensionado el tema sub estudio, más bien, espero haber materializado en lo posible "LES RAISONS DÊTRE" del Interés Superior del Niño, dentro de un marco de desarrollo consustancial y comprimido, teniendo presente y haciendo extensivo la denominación de "niño", a todos los niños, niñas y adolescentes de Perú, gracias además - entre otros- a los conocimientos imbuidos en el Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, además del consecuente asesoramiento del Dr. Juan Morales Godo, ex catedrático del Magíster en la PUCP y del Dr. Fernando Gamarra, asesor de PROSODE PUCP, por su valioso y permanente interés motivador, vital en mi persona para circunscribirme con propiedad en el desarrollo de la presente obra, del mismo modo, a la valiosa colaboración -en la ciudad de Ayacucho- de Audie Tutaya y Erich Mattos, emprendedores alumnos de la Facultad de Derecho de la UNSCH quienes con eficiencia coadyuvaron en la búsqueda de información y procesamiento de la data reflejada en el capítulo IV de la presente obra.

La presente investigación, contiene afirmaciones que la sustento en el marco conceptual del Derecho, estando considerada como un estudio científico de investigación socio-jurídico de

trascendencia encausado bajo el método FINER, de enfoque cualitativo, con diseño de análisis temático y teniendo como principio al "*niño*" como ser humano.

Este preámbulo bastante explícito, en verdad, apertura un interesante análisis que recomiendo conocer. Además, cabe señalar con humildad que, la importancia del tema, se basa en la descripción fenomenológica y praxeológica de diversas interrogantes, cuestionamientos y afirmaciones que se hacen de la problemática.

CAPÍTULO I

HISTORIA, ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN COMPARADA

ORIGEN DE LA ADOPCION COMO PROCESO

EN LA ADOPCIÓN PRE-ROMÁNICA

En el Occidente clásico, Roma por antonomasia, comienza el Derecho que hoy norma y organiza nuestra sociedad. Si reconocemos que la Adopción es un instituto jurídico de profunda raigambre humana, no ha de extrañarse que Oriente y Occidente igualmente presenten grandes coincidencias.

La adopción es un instituto jurídico que es tan antiguo como la humanidad misma. Se tiene al Código de Hammurabi, entre los años 2283 a 2241 A.C., que regulaba la adopción en Babilonia.

En las leyes de Manú (Nº 11 del Libro Tercero del Manaba-Darma-Sastra). Textos básicamente contenidos en el nivel de casta y en el entorno familiar de una organización de tipo patriarcal.

La conocieron los hebreos (Efraín y Manases, hijos de José, fueron adoptados por Jacob).

En Egipto, Térmula la hija del Faraón adoptó a Moisés.

Algunas adopciones de la antigüedad han trascendido históricamente, es el caso de la adopción de heredero en Grecia como forma de instituir herederos para quienes no tenían hijos varones; así también se tiene a la adopción presente en la Biblia, en la parte que corresponde al antiguo testamento; y en Génesis 38.8; éxodo 2.10; deutoronomio 25.5 (ley del Lebirato); epístolas de los romanos y cartas a los efesios.

En el N° 11 del Libro Tercero del Manava-Darma-Sastra (Leyes de Manú), se señala: *"Un hombre sensato no debe contraer matrimonio con una muchacha que no tenga hermano o cuyo padre no es conocido, por el temor, en el primer caso, de que le sea concedida por el padre sólo con el intento de adoptar al hijo que ella podría tener, o en el segundo caso, de contraer nupcias ilícitas".*[1]

[1] El código que contiene esta norma, después de larga tradición oral en la India, fue escrito aproximadamente doscientos años antes de Buda y mil doscientos antes de Cristo, por un legislador llamado Manú, la misma que contenía aspectos doctrinarios:
a- Existía la institución jurídica de la adopción.
b- A través de la adopción era posible lograr la satisfacción del deseo de paternidad no satisfecha.
c- Los tres alcances de la Ley de Manú prevalecen a través de los tiempos y se consideran en las legislaciones actuales.

La cultura árabe a través del Corán como código político y religioso de los musulmanes y las revelaciones de Mahoma, siete siglos d.c. en su capítulo 33 versículo cuarto, trata acerca de los hijos adoptivos y acerca de la igualdad de derechos que adquieren, con el agregado del versículo 5 acerca de la posibilidad de devolver al hijo adoptivo a sus padres originarios.

En el derecho Canónico, la familia a partir de la concepción cristiana estuvo centrada en el matrimonio, como tal, paulatinamente fue desapareciendo y desarticulándose la institución de la Adopción. A ello contribuye el consenso de la edad media donde el sistema feudal no otorgaba eficacia alguna a la institución de la Adopción.

EN EL DERECHO ROMANO: EL ADOPTIONIBUS

La adopción como palabra genérica estuvo dividida en dos especies: la adopción y la arrogación. Se adoptaban los hijos de familia (*alieni iuris*) y se arrogaban los que son dueños de sí, *sui iuris.* [2]

"M*ás no sólo los hijos naturales -según lo dicho- están bajo nuestra potestad, sino también, los que adoptamos (*I.1.11*) no sólo la naturaleza sino también las adopciones hacen hijos de familia".* (D.1.7.1)

Fue propio en la adopción por Rescripto del Príncipe que aquél quien tenía hijos -bajo su potestad- si se hubiere dado en arrogación se sometía a la potestad del arrogador, además de constituirse sus hijos en nietos. [3]

Al respecto fue publicado en Bizancio a seis de las nonas de abril, bajo el consulado de los Césares Dioclesiano y Maximiano, el escrito a Melanio que decía: "L*as arrogaciones de los que son de propio derecho, no se pueden hacer, ni de esta regia ciudad, ni en las provincias sino, por rescripto del príncipe".* (C.8.48.6)

Recogiendo el comentario de todo lo enunciado, básicamente es perceptible dos ideas de Patria Potestad, las cuales se adquieren:

d-

2 (I.1.11.1 / D.1.7.1.1 / D.1.7.2).

3 (D.1.7.2.2.)

- Por la naturaleza, es decir por el nacimiento y además por la adopción.

- La adopción acogía dos modalidades: Por Rescripto del Príncipe o por Autoridad del Magistrado, que significaba autorización del Emperador en la cual, cualquier persona podía adoptar a hombres o mujeres que son *SUI IURIS* (DUEÑOS DE SI).

Es decir, para el adoptado *SUI IURIS* se empleaba el término de ADROGACION ó ARROGACION. Se adoptaban los hijos de familia (*ALIENI IURIS*) y se arrogaban a los que son dueños de sí (*SUI IURIS*).

En las adopciones de aquellos que son dueños de sí se investigaba básicamente su Voluntad; en caso de haber sido dados en Adopción por el padre, necesariamente debería concurrir las voluntades de uno y otro consintiendo o contradiciendo, cualquiera fuere el caso.[4].

Cabe notar al respecto que, en esta concepción se acoge las dos modalidades de adopción:

- La arrogación de los *SUI IURIS* con imprescindencia de una investigación de su voluntad.

- La adopción de los *ALIENI IURIS* con imprescindencia de la concurrencia de dos voluntades consintiendo o contradiciendo.

Está publicado al respecto en las calendas de setiembre bajo el cuarto y tercer consulado de los Augustos, lo escrito por los emperadores Diocleciano y Maximiano a Proculiano y dice: "*a adopción se suele hacer no por escritura -aunque ésta se haya de extender por notario- sino ante el presidente, con la* ***solemne formalidad del derecho"*** (C.8.48.4)

En principio se accede a la arrogación por Rescripto del Príncipe[5]. Esta norma buscó **establecer la formalidad y solemnidad** en todo acto de adopción.

Está claro que para la arrogación era requerible la autorización del Magistrado, ésta es una excepción no frecuente, posteriormente se obtuvo concesiones como es el caso de que se

4 (D.1.7.5).

5 Por el Rescripto del Príncipe, es decir por decisión del Emperador (D.1.7.21), donde también-como otra particularidad- las mujeres podían ser arrogadas.

concedió también a partir del siglo III de nuestra era para los ciudadanos habitantes de fuera de Roma**.**

Con la autoridad del príncipe (Rescripto del Príncipe) se adoptó a aquellos que son dueños de sí, cuya especie de adopción se conoce como arrogación, porque el que adopta y el que es adoptado -ambos- son preguntados.[6]

El nombre singular de la arrogación deriva entonces del **acto de preguntas simultáneas.**

Por autoridad del magistrado se adopta a los hijos sometidos a la patria potestad, ya se hallen en primer grado -descendientes- (hijo ó hija); o en un grado inferior como el nieto o la nieta, el bisnieto o la bisnieta.[7] Está referido a los hijos de familia o a los ALIENIS IURIS.

Según la Constitución Romana, el padre natural cuando da a su hijo en adopción a una persona extraña, no pierde ninguno de sus derechos (entendiéndose el de la potestad del padre natural), tampoco afecta al padre adoptivo y el hijo no está bajo la potestad de este último, aunque le sea concedido derecho de sucesión *AB-INTESTATO.*[8]

Al respecto está publicado en Sirmio a once de las calendas de febrero y bajo el consulado de los césares Diocleciano y Maximiano, el escrito que dice: "*ciertamente que, por la adopción de ajena ciudadanía, se le añade, y no se le cambia patria al nombrado ciudadano con arreglo a derecho, por lo que en la adopción no se menoscaba el derecho de origen para la obtención de honores y cargos*" (C.8.48.7).

De ello **se colige que la normatividad del Derecho Romano** instaura la clasificación de la adopción menos plena, precisamente para la adopción de los *ALIENI IURIS***.**

Si el que tuviese un hijo y hubiera adoptado a un extraño en el lugar de nieto, tal y conforme hubiera nacido de su hijo, y si es que el hijo no hubiera prestado su consentimiento, en caso del deceso del adoptante (abuelo) no se considera al nieto bajo la patria potestad del hijo, consecuentemente, si en el mismo caso el hijo -bajo potestad del adoptante- hubiera

6 (I.1.11.1/D.1.7.2).
7 (D.1.7.2)
8 (I.1.11.2)

prestado su asentimiento y, no hubiere nacido un heredero, luego de la muerte del abuelo, aquel nieto se encontraría en potestad de quien es como su padre.[9]

Resaltaba la formalidad en el proceso de la Adopción bajo el principio de incorporar dentro de la familia agnaticia a una persona extraña, en este caso, para la adopción en posición de nieto se requería el consentimiento del propio hijo, bajo cuya potestad quedaba el adoptado a la muerte del adoptante, en caso contrario, y si no hubiera prestado su consentimiento el propio hijo, no sería considerado nieto.

Referente a los ausentes, porque estaban en la imposibilidad de estar presentes tanto en la *emancipatio* como en el *IURE ETCESIO* o en la forma posterior cuando se extendía el acta ante un Magistrado, **las formalidades eran rigurosas** por lo que, no podían ser realizadas por otra persona en su representación.

Ningún ausente podía adoptar ni arrogar, ni cumplir **por medio de otra semejante solemnidad** [10]. Textualmente y al respecto: *"No puede ser arrogado ni el ausente ni el que disiente"* (D.1.7.24).

Con la adopción, en ningún caso ***se disminuía la Dignidad*** si no, por el contrario, se incrementaba, de donde se colige, que un Senador adoptado por un plebeyo permanecía como Senador y del mismo modo y condición se encontraba el hijo del Senador (D.1.7.35).

La adopción en el Derecho Romano fue eminentemente formal, por cuanto que, exigía solemnidad y de ello se colige que el ausente y el que disiente por ningún concepto podía ser arrogado.[11]

- El proceso de la adopción no contenía plazos ni tiempo determinado, por ser **una Institución Jurídica de carácter permanente.**

9 (D.1.7.11 / D.1.7.10)

10 (D.1.7.25.1)

11 (ES VIABLE DAR EN ADOPCIÓN AL INFANTE. **Infante, impúber (menor de edad).** D.1.7.42

- La adopción implicaba Dignidad, la cual mantuvo alternativamente y sin distingos, **como tal,** la adopción no se daba por un tiempo determinado o se establecía plazo, pues no convenía a las costumbres romanas tener hijos sólo por algún tiempo.[12]

El padre natural cuando daba a su hijo en adopción, no a un extraño sino, al abuelo materno -de su hijo- o bien, si el mismo padre natural estuviere emancipado; al abuelo paterno ó a su bisabuelo paterno ó materno, en este caso, porque concurren en una misma persona tanto los derechos naturales como los de adopción, el padre adoptivo adquiría todos sus derechos fundados sobre un vínculo natural y legal establecido por la adopción de manera que el hijo pasaba a su poder y a su familia.[13]

Al respecto se ha publicado en Constantinopla las calendas de setiembre bajo el consulado de Lampadio y de Oreste el escrito del emperador Justiniano Augusto a Juan prefecto del pretorio que dice: "*en cuanto concierne a los hijos adoptivos y que siendo hijos de familia son dados a otros por sus padres naturales, de ellos surge alguna duda para los jurisconsultos de la antigüedad, sobre si es conveniente que tal hijo tenga -si hubiera sido preferido por su padre natural- la acción de inoficiosidad contra su testamento (la que en definitiva fue denegada por Papiniano y Paulo y dejada sin efecto, pero respecto de la cual lo distingue Marciano a fin de que no se perdiese por esta causa la sucesión de uno y de otro padre, engañados ciertamente el natural respecto a su voluntad, por razón de pobreza en que se encontraba el adoptivo) y, habiéndose originado otro inconveniente (porque si después del fallecimiento del padre natural hubiese -el padre adoptivo- disuelto, por medio de la emancipación, los derechos de la adopción, no le quedaba ninguna esperanza a aquél ni contra la voluntad de su padre natural, porque, al tiempo de la muerte de éste, se hallaba constituido en la familia de otro, ni contra el padre adoptivo, porque, por la emancipación fue excluido de su familia); por tanto, corrigiendo tal duda e inconveniente, mandaron que por la adopción hecha por una persona extraña, no se disuelvan de ningún modo los derechos del padre natural, sino que aquel permanezca de igual manera como si no hubiese sido transferido a otra familia. el sustento está basado en la fragilidad de la adopción, por lo que en un mismo día puede uno hacerse hijo o hallarse extraño por la emancipación*".

12 (D.1.7.34)
13 (I.1.11.2)

Se debe tener presente que subsistían todos los derechos cuando el hijo es transferido por la adopción a un padre extraño, ya sea para la querella de testamento inoficioso o para las demás sucesiones *ab-intestato* o, por testamento.

Si el padre natural hubiese dado en adopción un hijo suyo al abuelo materno (de su hijo), considerando la concurrencia en una sola persona de los derechos naturales y los de la adopción, permanecía estable el derecho del padre adoptivo, unido al vínculo natural y estrechado por el legítimo modo de la adopción. El hijo -en este caso- debiera atender indistintamente a aquél quien la naturaleza lo agregó y a aquél quien la Ley lo asignó por medio de la adopción (Papiniano), depositando en aquél (padre adoptivo) toda su esperanza y no permitiéndosele molestar la sucesión de su padre natural. ¿Quién consentiría que por ludibrio sean defraudados los derechos del padre natural ligados por lazo divino?... también al hijo que se opone, se le daba licencia por el derecho antiguo y, no estaba obligado a pasar contra su voluntad a otra familia. Se entiende que es su padre aquél a quien la Ley lo hizo tal, es decir por la Adopción y no dejó de serlo por la naturaleza (hijo legítimo).

Mediante la emancipación se disuelve la adopción hecha respecto a cualquier persona, por lo que, en caso de que el abuelo hubiera emancipado al hijo adoptivo, necesariamente éste vuelve a potestad de su padre natural.

Como regla legal de la adopción por persona extraña se dejó establecido que: se otorga licencia (liberalidad) al padre adoptivo extraño -si quisiere- para no dejarle nada en su testamento; cualquier cosa que le hubiere dejado es de absoluta liberalidad y no obligada a un vínculo legal en razón de que el hijo está sujeto a su ***propia naturaleza*** y es evidente que también las adquisiciones de bienes que hubieren ido a poder del hijo de familia, pasan como usufructo no al padre adoptivo extraño sino al natural, además, permanecerá bajo la potestad del padre natural como si para él se hubiera adquirido cierto afecto nuevo y convencional y no se hubiera introducido menoscabo en el primitivo parentesco. Al permanecer en tal adopción y no interviniendo ninguna emancipación, la adopción será aprovechada para que no se defraude en la sucesión *ab- intestato*, teniendo acceso a su fortuna adquirido para él por voluntad del padre natural.

En el derecho antiguo no se disolvía -para el hijo- el vínculo de la cognación del padre natural mediante la adopción, sino que, se le agregaban los derechos de la adopción, subsistiendo -

por derecho natural- ciertas reliquias y quien era legítimo para la familia adoptiva ya había sido cognado para la natural. Quedó establecido que aunque tal hijo tenga íntegro sus derechos naturales y si el padre adoptivo extraño hubiere fallecido intestado también tendría el derecho de heredero sólo para la sucesión de éste, de suerte que, se le recortaban los derechos legítimos en la familia del padre adoptivo extraño, no existiendo ya nexo alguno con ella, es decir estaba considerado ya como extraño para aquella familia, en caso de que, por la emancipación se hubiere extinguido los derechos de la Adopción, no siendo posible acción dirigida al padre adoptivo extraño aunque hubiera muerto intestado; sólo se tendría por reconocido al padre natural como si desde un principio no se hubiera llevado a cabo la Adopción. Estas reglas respecto al hijo dado en adopción por su padre fueron extendida también a la hija, al nieto y a la nieta y demás personas constituidas bajo patria potestad, siempre y cuando, los padres no precedieran a ellos o a ellas al tiempo de la muerte de su abuelo, pues, si es que los padres lo precedieran, no se le imponía al abuelo la necesidad de dejarle cosa alguna al nieto o a la nieta, quedando intactos los derechos de la adopción. Todo ello fue introducido para el hijo, la hija, el nieto, la nieta y demás personas constituidas bajo la patria potestad.

Para los casos en que existía duda fue necesario determinar por la naturaleza y/o por la Ley. En caso de que un hombre - de propio derecho- se hubiere dado en Adopción mediante arrogación y en virtud de la liberalidad del Augusto, tendría intacto todos los derechos del padre adoptivo. [14]

Se tuvo reglas imperantes en la Adopción para los casos en que fueron dados sobre un vínculo legal a extraños o sobre un vínculo natural en familia.

Cuando el padre (natural) daba a su hijo en adopción a su familia (abuelo o bisabuelo paterno o materno) bajo el principio de la doble concurrencia (D.1.7.1), el padre adoptivo adquiría plenos derechos de Patria Potestad aun cuando el padre natural estuviera emancipado, por lo que, el hijo se incorporaba a su familia. El hijo en este caso estaba premunido de derechos indistintamente para todo cuanto le fuera favorable (emancipación).

[14] Al respecto no se introdujo ninguna modificación acerca de la diferencia entre padres, por lo que -en éste caso- se constituirá en heredero adoptivo del padre arrogador, agregándose a la familia de éste. (C.8.48.10).

Mediante la emancipación se disolvía la adopción hecha respecto a cualquier persona, por lo que en caso de que el abuelo hubiera emancipado al hijo adoptivo, necesariamente éste, vuelve a potestad de su padre natural. En el Derecho antiguo no se disolvía -para el hijo- el vínculo de la cognación del padre natural mediante la adopción, sino, se le agregaba los derechos de la adopción, subsistiendo -por derecho natural -, ciertas reliquias y, quien era legítimo para la familia adoptiva ya había sido cognado para la natural.

A través del Codex se buscó la aclaración cuando el padre (natural) daba a su hijo a un extraño y éste al fallecimiento del primero disolvía los derechos de la Adopción. Por existir un grave perjuicio al hijo adoptivo se ordenó que en estos casos no se disolviera el vínculo natural y permaneciera tal y conforme originariamente lo estuvo (hijo del padre natural), basándose en el principio de fragilidad, con lo que, subsistieron todos los derechos que lo beneficiaban para la sucesión.

Se instituyó algo importante en referencia a lo descrito:

- Se otorgó plena liberalidad de disposición al padre adoptivo extraño para que éste pueda determinar como mejor crea conveniente en su testamento, incluso sin dejarle nada al hijo adoptivo si así quisiera, pues no existía obligación legal en razón de que el hijo adoptivo estaba sujeto a su familia consanguínea.

- En caso de fallecimiento del padre adoptivo extraño, el hijo adoptivo tenía pleno derecho como heredero a la sucesión de éste, aunque tenga íntegro sus derechos naturales, pero sí, automáticamente quedaba excluido de la familia adoptiva.

- Estaba prohibido para un padre adoptivo emancipar al hijo adoptado por más que fuera en procura y beneficio del Emperador.

Quien tuvo en su potestad a un hijo y a un nieto nacido de él, tuvo el libre arbitrio para emancipar de su potestad al hijo y retener en su potestad al nieto o en contrario retener en su potestad al hijo y manumitir al nieto o hacerlos a todos dueños de sí, comprendido en todo ello al bisnieto.[15]

[15] (D.1.7.28)

Al respecto se ha publicado en Anquialo y en las calendas de noviembre, el escrito de los Augustos Diocleciano y Maximiano, que dice:

"de ninguna manera se le prohíbe a un padre adoptivo que con solemne emancipación separe de su familia a un adoptado, por más que haya sido para beneficio del emperador " (C.8.48.9).

"La potestas" en el *pater* familias implicaba la libre disponibilidad para manumitir y retener sea al hijo o al nieto o al bisnieto indistintamente, o a todos a la vez.

Si el padre natural no pudiera en realidad hablar, pero si, manifestar de otras maneras que quiere dar a su hijo en adopción, entonces, la adopción se confirmaba con las mismas formalidades.[16].

A partir de la adopción de un padre de familia los bienes adquiridos y por adquirirse tácitamente revertían en quien lo adoptó, luego en sus hijos (bajo su potestad) y en los libertos, como tal, estaban sujetos a la potestad del arrogador quienes fueron adoptados antes de su nacimiento.

El de menor edad no pudo adoptar al de mayor edad pues la adopción imitó a la naturaleza por lo que el hijo por adopción o adrogación debía tener más edad que el adoptado en dieciocho años, es decir debía tener más que el adoptante todo el tiempo de la pubertad.[17]

La diferencia en cuanto a la edad entre arrogante y arrogado o adoptante y adoptado debía ser de 18 años, es decir todo el tiempo de la pubertad plena, teniendo en consideración que a los 18 años la persona adquiere todo su desarrollo (aún aquellos que no alcanzaran un desarrollo normal).

"No sólo cuando uno adopta sino también cuando arroga debe ser mayor que aquél a quien para sí hace hijo por la arrogación o por la adopción, por lo que debe aventajarle el tiempo de plena pubertad, es decir 18 años" (D.1.7.40.1).

16 (D.1.7.29)

17 (I.1.11.4) Por la Constitución Antoniana, ANTONIO BASIANO CARACALLA, Emperador de Roma otorgó la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio.

Si un padre de familia hubiere sido adoptado, todos los bienes que fueron de él (y que para él pueden adquirirse) pasaban por derecho tácito a aquél que le adoptó, además, le siguen sus hijos que están bajo su potestad y aquellos que por derecho de post-liminio, (es decir que estuvieron en el útero cuando se arrogara), se reducen de igual modo a la potestad del arrogador.[18]

Estaba instituido **la prohibición de arrogar a muchos**, sólo estaba permitido por causa justa, exceptuándose en todos los casos al liberto ajeno, de igual forma en los casos de arrogación del de menor edad al de mayor edad.[19]

No estaba permitido adoptar al que tenía uno ó varios hijos para no crear problemas con los hijos naturales, a quienes realmente se les podía **disminuir en algunos derechos o en su defecto no darle al adoptado los beneficios que le correspondían**.

Al respecto se publicó a dieciséis de las calendas de julio y bajo el segundo consulado de Máximo y Aquilino lo escrito por los Augustos emperadores Diocleciano y Maximiano a Marciano, el escrito que dice:

"puesto que confiesas que es liberto tuyo aquél a quién quieres arrogar y no has expuesto en tus súplicas ninguna causa justa, esto es, que no tienes hijos, ten entendido que se opone a tu deseo la autoridad del derecho (C.8.48.3)".

Se limitó la arrogación salvo excepciones puntuales: **por justa causa, (Vgr: no tener hijos),** que implicó además la probabilidad de la arrogación del de menos edad al de mayor edad.

En toda arrogación se debió examinar siempre que la arrogante sea menor a 60 años, pues, debió atender preferentemente a la procreación de hijos, salvo la existencia de enfermedad, carente salud o justa causa, como podría ser el de adoptar a una persona quien es su pariente.[20]

18 (D.1.7.15)

19 (D.1.7.15.3) De la misma, cabe puntualizar que hasta la fecha y de manera curiosa nunca ha quedado debidamente establecida el número de procesos de adopción permisibles por pareja de adoptantes.

20 (D.1.7.15.2)

"Las adopciones tienen lugar en aquellas personas en quienes también la naturaleza puede tenerlo". (D.1.7.16).

Si bien es cierto que el límite de edad del arrogante no estaba expresamente señalado en el Derecho Romano, sin embargo, en forma indirecta se limitaba en cierta manera a las personas hasta una edad máxima de 60 años. Sustancialmente la regla de la naturaleza a primado en la determinación de la edad para adoptar, la misma que se mantiene hasta la fecha, acogida en nuestro ordenamiento civil.

El hijo adoptado o arrogado se asimila al hijo habido en legítimas nupcias. Al respecto se publicó en Constantinopla a cinco de las calendas de noviembre y bajo el consulado del Lampadio y de Oreste el escrito a Juan prefecto del pretorio que dice: "*en rectificación de las antiguas reglas respecto a las adopciones que solían hacerse mediante tres emancipaciones y dos manumisiones tratándose de hijos, o mediante una sola emancipación, tratándose de los demás descendientes; se ordenó que le sea lícito al ascendiente, que desea dar en adopción hijos constituidos bajo su potestad, manifestar -sin la antigua observancia de las emancipaciones y manumisiones- esto mismo, mediante actas y ante el Juez competente, hallándose presente el que es adoptado y no oponiéndose el que lo adopte".* (C.8.48.11).

Cuando alguno no tiene hijo, le es lícito adoptar en calidad de nieto, nieta, bisnieto o bisnieta o en la de otro grado.[21] Esta adopción no tenía restricción alguna por ser de justa causa**.** Al hijo de otro puede adoptársele como nieto, así como a éste por hijo.[22]

> *Si se adoptó un nieto suponiéndolo habido de un hijo ya adoptado o de hijo natural bajo su potestad, en este caso, este hijo debió emitir su asentimiento en adopción para que la misma se haya institucionalizado por la voluntad del adoptado y por tanto no nazca un heredero suyo contra su voluntad. Si el abuelo daba en adopción a su nieto no necesitaba el consentimiento de su hijo.[23] Cuando se adopta por nieto (es decir como nacido de un hijo) se exigía el consentimiento del hijo (esto mismo escribe JULIANO). [24]*

21 (I.1.11.5)
22 (I.1.11.6)
23 (I.1.11.7)
24 (D.1.7.6)

La ley romana para el proceso de la adopción era muy puntual: Para los casos de adopción de un hijo de otro como nieto, pues exigía necesariamente el asentimiento del hijo. No era necesario el consentimiento cuando el abuelo daba en adopción al nieto**.**

Bajo muchas relaciones el hijo adoptado o adrogado se asimila al hijo habido de un legítimo matrimonio por lo que se puede dar en adopción a otro el que ha sido adoptado por Rescripto del Príncipe, o por el Pretor, o por el Presidente de la Provincia si no fuese extranjero.[25]

Al respecto está publicado en uno de las nonas de setiembre y bajo el consulado de Varane el escrito de los emperadores Honorio y Teodosio a Isidro prefecto de la ciudad, que dice: *"después de estas disposiciones no nos pida nadie el derecho de hijos que por esta ley concedemos igualmente a todos".* (C.8.59.1)

No existía diferencias entre el hijo legítimo y el hijo adoptado (sea por Rescripto del Príncipe) siempre que no fuese extranjero**.**

Es común - para cualquiera de las adopciones- que los que no pueden engendrar (espadones) podían adoptar.[26] Al respecto obra en la Constitución XXVI por el cual los Eunucos pueden adoptar y ello se encuentra dicho en las novelas dirigida por el mismo emperador a Stiliano, excelentísimo maestro de los sacros oficios, que dice: "*es para los hombres, el matrimonio, grande y excelente don de dios, pues no solamente presta auxilio a la naturaleza que se extingue por la muerte y da perpetuidad al género humano, sino que también proporciona mediante la procreación de los hijos muy grandes cosas a la vida de los hombres. porque, ¿qué cosa más delicada para el deleite de los hombres que el placer que se percibe por los hijos? ¿Ni qué más útil en los negocios humanos lo que hace la senectud? Se observa de ello que las molestias de la senectud se alivian con la ayuda de los hijos, más como no todos pueden conseguir esta utilidad por medio del comercio del matrimonio, quiso la ley (y lo quiso bien) concederles por benignidad éste beneficio a los que no hubiese recibido de la naturaleza este don, más no mantuvo para todos estos propósitos de modo que se diese este beneficio exento de todo defecto; porque a unos se les da la potestad de adquirir fuera de matrimonio hijos, y a otros se le deja excluidos de este beneficio, aunque convenía que correspondiese a*

25 (I.1.11.8)

26 **Se exceptúa de esta regla a los castrados (I.1.11.9)**

todos el beneficio de esta ley, una vez que fue dada para librar de la falta de hijos a lo que no tuvieran ninguno y, -para hacer por su auxilio- padres a los que les hubiese acontecido no serlo en virtud del matrimonio. Mas no lo quiere así, sino que rechaza a los que sufrieron heridas homicidas, pero de los que eran justo compadecerse; pues, fueron víctimas de injurias y privados de la facultad de engendrar.

Se dice que es causa de la exclusión que a los que la naturaleza no les reconoció como teniendo semen, tampoco la ley les concede este beneficio, más a estos les quitó las fuerzas de engendrar: ***no la naturaleza*** *sino la injuria de los hombres, pero la majestad del Emperador determinó que era conveniente que no sufrieran otra injuria por la ley, además de la que por los hombres soportaron, por ello es que se ordena que, los que quisieran adoptar, tengan libre potestad, ya que se considera que este beneficio es necesario pues es más útil el provecho que de él proviene. A los eunucos les es muy necesaria la creación de hijos por medio de la ley, pues sólo de este modo, pueden ser padres, siéndoles posible disfrutar del auxilio de los hijos, del cual les sería inhumano privarlos por haber sido privados de sus órganos genitales.*

Así como no se impide que aquél a quien se le quitó el uso de la voz llene con la mano las que son funciones de la lengua y que, quién no pude expresar sus discursos con los labios proceda a disponer de sus bienes por escrito así también no es conveniente prohibir a los que fueron privados de sus órganos genitales que de otro modo compensen su defecto [27]

Mediante la arrogación puede el espadón procurarse un heredero suyo, no constituyendo impedimento o defecto corporal.[28]

Los espadones fueron los que hoy se conocen como estériles, a ellos les era permitido adoptar, con excepción de los Eunucos, más conocidos como castrados, a quienes se les negó este derecho.

Más tarde fue modificada esta norma en la forma de concebir, pues a través de la Constitución XXVI se hace permisible la adopción de los Eunucos teniendo como antecedente factores como la perpetuidad del género humano, la procreación y la utilidad a

[27] N.Cn.26
[28] (D.1.7.40.2)

partir de la Senectud; por ello la Ley se hizo benigna para los Eunucos buscando resarcirles con una interpretación prudente la cual decía: "...a éstos les quitó la fuerza de engendrar no la naturaleza, sino la injuria de los hombres...".

Para los Eunucos fue importantísimo esta norma pues sólo por ella llegaron a ser padres y disfrutaron del auxilio de los hijos.

La adrogación de un impúbero hecha por el Rescripto del Príncipe no se permitió sin conocimiento de causa, disponiéndose siempre una investigación para determinar la motivación honesta y ventajosa para el pupilo. La adopción -para este caso- observa las siguientes características: El adrogante (o arrogador) debe dar caución a una persona pública (escribano) a fin de que, si el pupilo muere antes de la pubertad entonces deberá restituirse sus bienes a aquellos que sin la adopción le hubieran sucedido; igualmente -el arrogante- no puede emanciparlo salvo que se demuestre frente al Magistrado que ha merecido la emancipación, sólo así, entonces deberá restituírsele los bienes. En caso de morir el padre habiéndolo desheredado, o en vida lo emancipará sin causa justa, le será aplicado una condena que contiene: ***el de dejarle la cuarta parte de sus propios bienes***; de lo que se deduce que se encuentran al margen, los bienes que transfirió al padre adoptivo y cuya utilidad adquirieron después para él. [29]

Con la arrogación del impúbero lo que se pretendía no sólo era una protección personal sino también patrimonial, de tal manera que el arrogante debía dar fianza a una persona pública que en este caso venía a ser el notario (o tabulario), quien inscribía esta fianza en las tábulas o Registros Públicos.

Al respecto se publicó a cinco de los idus de marzo, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Aquilino, el escrito de los emperadores Diocleciano y Maximiano a Timoteo, que dice: *"tendrás como hijo al impúbero que deseas arrogar como descendiente natural, si, los que le están unidos por los vínculos de la sangre hubieren confirmado ante el presidente de la provincia que esto le conviene, pero de suerte que se le dé la cuarta parte de sus bienes, tanto en su última voluntad, como si por si fuere emancipado, y se le preste a un esclavo público caución respecto al patrimonio de aquél, dándose fiadores abonados, a fin de que, so*

[29] (I.1.11.3)

pretexto de verificar su adopción no se echen sobre sus bienes, los cuales se deben reservar con diligente cuidado; porque, la arrogación hecha por indulgencia del príncipe es válida insinuada ante el pretor o presidente, del mismo modo que si hubiese sido hecha por el pueblo con arreglo al antiguo derecho". (C.8.48.2)

Se plasma restricciones a la arrogación de un pupilo con el fin de garantizarla honesta y ventajosamente, para ello previamente es necesario una caución a una persona pública para garantizar el destino de sus bienes en caso de fallecimiento.

Del mismo modo, está estatuido que el arrogante no puede emanciparlo, es decir no puede excluirlo de su familia, salvo que demuestre que ello va en procura de obtener ventajas, sea por desheredación o emancipación por justa causa. Al pupilo o impúbero adoptado le será otorgado la cuarta parte de los bienes de los causantes en aplicación de la condena impuesta, los mismos que estarán al margen de lo que le corresponde o corresponderá por derecho.

En la adopción del impúbero se requería además una investigación ordinaria para averiguar la conducta y reputación del arrogante de tal forma que la arrogación sea efectivamente realizada en forma sincera y honrada y en beneficio del arrogado.

Las mujeres no podían adoptar pues, no tenían bajo su Patria Potestad a sus hijos naturales salvo la concesión de un permiso (indulgencia del Príncipe) como forma de consuelo cuando haya perdido a sus propios hijos.[30]

Sólo les estaba permitido a las mujeres adoptar cuando habían perdido a sus hijos naturales, sin embargo, el hijo adoptivo no estaba sometido a la Patria Potestad de la madre porque ésta era única del *Pater* Familias.

Al respecto, se publicó en Tribalio, a tres de las nonas de diciembre y bajo el consulado de Tiberiano y de Dión, el escrito de los emperadores Diocleciano y Maximiano a Sida, que dice: *"es cierto que no puede arrogar la mujer, la cual no tiene bajo su potestad ni a sus propios hijos. Más, como para consuelo de sus hijos que ha perdido y si desea adoptar a un hijastro en calidad de legítimo descendiente se accederá a esa súplica -conforme a lo anotado-*

30 (I.1.11.10)

permitiéndose que lo tenga en concepto de hijo natural legítimo como si hubiere nacido de ella". (C.8.48.5)

"Quienes no tienen mujeres en matrimonio pueden adoptar hijos..." (D.1.7.30). Sólo los hombres podían ejercer la "potestas" por tanto las mujeres no tenían Patria Potestad sobre sus hijos. La excepción sólo era habilitada como "consuelo" y en caso de haber perdido a sus propios hijos.

Al respecto se publicó a cinco de los idus de febrero y bajo el consulado de los césares, el escrito de los emperadores Diocleciano y Maximiano que dice a Isión**:** *"dando a su hija en adopción el padre, bajo cuya potestad se halla, no se le prohíbe al patrono de la madre adoptarla; porque nunca es procedente, sino por rescripto del príncipe, la arrogación de una mujer de propio derecho".*

Se precisó como norma que, el hijo "sea natural o adoptivo" quien se encuentra bajo la potestad de su padre, no puede por ningún concepto solicitar ser liberado o emancipado. La excepción de esta norma se da siempre que se constituya de impúbero en púbero y quiera emanciparse por no convenirle permanecer en potestad o por buscar recuperar sus derechos originarios.

Era posible revocar la adopción cuando el impúbero adoptado llegaba a su púber y probaba que no le convenía estar bajo la potestad del adoptante, entonces era emancipado. Esto lo determinaba el Juez previo conocimiento del caso.

"El hijo (sea natural o adoptivo) que esté bajo la potestad de su padre, no puede compeler de ningún modo a su padre para que no le tenga en potestad". (D.1.7.31 / C.8.48.8). El Juez deberá oír al impúbero, quien fue adoptado y desea emanciparse en su condición de púbero, por no convenirle permanecer en potestad y además porque desea recuperar su primitivo derecho siendo de buena cuenta JUSTO, el de ser emancipado por el padre adoptivo. [31]

Si un padre hubiera emancipado al hijo de quien tuviese en su potestad un nieto y, después lo hubiera adoptado, muerto él, no vuelve el nieto a la potestad del padre. Así también, el

[31] (D.1.7.32)

nieto que el abuelo hubiere retenido al dar a su hijo en adopción, vuelve a la potestad del padre, a quien de nuevo readoptó. [32]

Cuando el padre emancipa a su hijo y mantiene en su potestad a su nieto y luego decide adoptarlo como hijo, en caso de que el padre fallezca, el hijo emancipado no ejercerá la potestad de aquel nieto.

Era posible readoptar al hijo que otrora hubiera sido dado en adopción, en este caso el nieto que el abuelo hubiera retenido cuando dio en adopción a su hijo vuelve a la potestad del padre cuando éste es readoptado.

Estaba establecido que el padre quien tenga hijos y se de en adrogación pasaba a poder del adrogante como hijo, del mismo modo sus hijos como nietos.

Esto no fue posible en la adopción donde el abuelo natural retiene a sus nietos, es decir a los hijos del adoptado.

Es propio de la adopción hecha por Rescripto que, si un padre que tenga hijos bajo su poder se da en adrogación o arrogación, no solo pasa él bajo el poder del adrogante sino que también pasa sus hijos como nietos. Como ejemplo se tiene que Augusto no quiso adoptar a Tiberio hasta que este último adoptara a Germánico con lo que luego, practicada recién la Adopción por parte de Augusto, Germánico pasa a ser su nieto.[33] En este caso recaen junto con su padre en la potestad del arrogador, lo que no acontece del mismo modo en la adopción, pues los nietos habidos del adoptado son retenidos en la potestad del abuelo natural.[34]

Los escritos de los antiguos juzgaban que los esclavos al ser adoptados por su señor podían quedar libres (CATON); instruidos por esta tradición se estableció en la Constitución que un esclavo a quien en un acto público su Señor le hubiere dado el nombre de hijo, SEA LIBRE, aunque no pueda adquirir por ello los derechos de hijo.[35]

32 (D.1.7.41)
33 (I.1.11.1)
34 (D.1.7.40)
35 (I.1.11.12)

También el ciego podía adoptar o puede ser adoptado.[36]

Quién quedó libre de la patria potestad, no puede volver decorosamente a ella sino, por el proceso de la adopción. [37]

Extinguida la potestad de padre adoptivo, automáticamente se pierde la DIGNIDAD DE PADRE, como consecuencia de ello, no queda vestigio alguno del adoptado primigenio.[38]

El esclavo adoptado por el Patronus (señor) quedaba libre, aunque no le correspondía adquirir los derechos como hijo.

Le era permitido al ciego adoptar o ser adoptado, lo importante era que se cumpla la formalidad y que manifieste su voluntad.

Se perdía la dignidad de padre al extinguirse la potestad del padre adoptivo, no existiendo posteriormente relación alguna con el hijo emancipado.

Al respecto se publicó en las calendas de junio y bajo el consulado de Gordiano, Augusto y de Aviola un escrito a Marcia, que dice: *"los que se hallan bajo la potestad de otro, no pueden ser adoptados conforme al derecho civil, sino ante aquél en quien reside la plena acción de la ley".* (C.8.48.1)

Quien administró tutela o curatela de alguien (Pupilo) no podrá arrogarlo si es menor a 25 años, considerándose que tal vez tenga como propósito el de no rendir cuentas. En suma, y en cualquier otro caso, será necesario indagar las razones de la pretendida arrogación para deslindar cualquier causa oculta que pudiese existir. [39]

MODESTINO en sus reglas y libro II ya había advertido la observación de que un curador no debiese intervenir en la arrogación (el mismo que fue modificado en el tiempo del Divino CLAUDIO.[40]

36 (D.1.7.9)
37 (D.1.7.12)
38 (D.1.7.13)
39 (D.1.7.17)
40 (D.1.7.17)

Siempre se tendrá en cuenta que, para la arrogación de estos pupilos, sólo serán autorizados quienes justifiquen el nexo de causalidad por parentesco natural y/o afecto sincero entrañable.

Estaba instituido de que el curador o quien administre tutela de un pupilo no podía arrogarlo en caso de que fuese menor a los 25 años. Esta norma garantizaba una probable evasión a una rendición de cuentas. Para cualquiera de éste u otros supuestos conexos, previamente era exigible la indagación de los motivos y razones de la pretendida arrogación para con ello dejar en claro cualquier situación irregular que pudiera existir. La autorización era concedida a quien justifique debidamente ser pariente connatural o estar unido por afecto entrañable.

Era necesario todo un examen al arrogante y al arrogado, que contenga la nómina de bienes y, lo que busca con la arrogación, estableciendo una tabla comparativa para entender lo más conveniente para el pupilo, entre otros la vivencia del arrogante y el de su familia; su edad, guardando relación con una probabilidad mejor de procrear hijos que el de reducir a su potestad a otro de familia extraña ***el número de hijos del arrogante,*** con el objeto de prever la disminución impropia de los obsequios de quienes son hijos de JUSTAS NUPCIAS o para garantizar de que, quién es adoptado no perciba menos de lo que fuera digno que consiga.

En ciertos casos, estaba permitido al más pobre adoptar al más rico, siempre y cuando se evidencie la sobriedad vivencial y moral con evidente honestidad; para lo cual, igualmente en ciertas circunstancias suele darse FIANZA.[41].

Se limitaba el asentimiento de quién pretende arrogar al pupilo que podría corresponderle una hacienda si el arrogado hubiere permanecido en su estado, aunque estuviera sustentada su loable intención y otorgada la caución.

Se omitió la fianza, considerada como acción útil contra el arrogador, en caso de aquellos a quienes pertenece una hacienda, a esclavos sustituidos y a legatarios. [42]

[41] (D.1.7.17.1-2-3-4-5)
[42] (D.1.7.19)

La Fianza adquirió prevalencia en caso del fallecimiento en condición de impúbero, aunque está referido al pupilo, también se ha de observar esto con respecto a la pupila. [43]

Definitivamente, existía para el pupilo plenas garantías para su arrogación por el tutor o curador. Estaba previsto un examen acucioso, una valuación comparativa de lo más conveniente para el arrogado, la cual contenía:

- ***edad:*** relacionada a una mejor probabilidad -si existiese- de procrear hijos y a prever una probable adopción a otro de familia extraña que significa la reducción de los bienes de los hijos naturales probables que se pudiera tener.

- **La sobriedad vivencial y la moral**: eran imprescindibles en todo proceso de Adopción, lo que en algunos casos implicaba una fianza y de ello se colige bajo estos requerimientos que: ***"estaba permitido al más pobre adoptar al más rico"*.**

Entre los efectos jurídicos, se tiene que, quien se da en adopción se hace COGNADO de aquellos para quienes se hace AGNADO y viceversa, para quienes no se hace AGNADO, tampoco se hace COGNADO.

La adopción no llevó consigo el derecho de sangre, sino, el derecho de AGNACION. Por ejemplo, si Yo, hubiere adoptado a alguno por hijo, mi mujer no está para él en el lugar de madre (pues no se hace AGNADA de él ni por tanto se hace su COGNADA); del mismo modo - en el mismo ejemplo- mi madre no está para él como abuela (pues no se hace AGNADO para quienes están fuera de mi familia) pero sí, quien se adoptó se hace hermano de mi hija, pues, mi hija está en mi familia; estando prohibidas- entre ellos- las NUPCIAS.

Al respecto cabe puntualizar que la Constitución XXIV contiene por las novelas del mismo emperador a Stiliano la premisa de que: ***los hijos naturales no contraigan matrimonio con los adoptivos:*** Muchas veces sucedió que la denominación de hermana pasó a la de cónyuge y la doncella que poco antes fue llamada hija era designada con el nombre de nuera o, que el que fuese hijo fuera conocido en lugar de tal como yerno, existiendo unión en vínculo nupcial, el hijo natural y aquél a quien la adopción había colocado en la categoría de los hijos, y esto no era condenado, porque, no habiéndose intervenido con lo sagrados ministerios no

[43] (D.1.7.20)

existía obstáculo alguno para la vida matrimonial; más en otro tiempo, no se adoptaba en forma conveniente, aunque se contraía cierto matrimonio reprobado, ésta no contenía cosa nefasta, pero ahora, ***como la adopción se hace conforme a ritos decorosos y justos*** y unos entran ciertamente en el lugar de padres y otros en el derecho de hijos mediante el sacrosanto sacrificio, no hay ya razón alguna para que los hijos adoptivos se unan en matrimonio con los engendrados naturalmente; por lo cual, se ordenó que de ningún modo sea LICITO: UNIR EN MATRIMONIO, a quienes hubieren alcanzado el derecho y nombre de hermano.[44]

El adoptado se hace COGNADO de todos aquellos para quien se hace AGNADO más no se hace COGNADO para quienes se hace AGNADO, esto porque el parentesco de sangre no es natural en él, sino es parentesco de sangre ficto, lo que se explica cuando se afirma que se hace COGNADO de los que también se hace AGNADO. Por lo tanto, en cuanto al parentesco para el Derecho Romano lo que más importa e interesa es la AGNACION (parentesco civil) y no la COGNACION (parentesco consanguíneo) que pasa a un segundo plano.

En cuanto a la sucesión, los herederos suyos son los hijos y descendientes que están bajo la potestas directa del pater familias y que a su muerte se harán SUI IURIS.

No fue posible adoptar por segunda vez a aquel a quien ya se adoptó y luego fue emancipado o dado a otro en adopción. [45] Fue posible adoptar en calidad de nieto, aunque, no tenga hijos. [46]

La adopción practicada sin arreglo a derecho, se confirmaba por el Príncipe. [47]

En caso de existir irregularidades, puede no confirmarse la ADOPCION, para ello, lo estimarán los jueces, citando a aquellos quienes lo contradicen. [48]

44 (N.Cn.24)
45 (D.1.7.37.1)
46 (D.1.7.37)
47 (D.1.7.38)
48 (D.1.7.39)

Por existir total inconveniencia y no estar debidamente normado, quedó establecido que los hijos naturales no podían contraer matrimonio con los adoptivos, por cuanto era ilícito unir en matrimonio a quienes habían adquirido la categoría de hermanos por derecho.

Quedó establecido la prohibición de readopción de quien luego de haber adoptado hubiera sido emancipado o dado a otro en adopción.

Era viable para una persona que no tiene hijos adoptar un nieto.

Cualquier adopción practicada sin arreglo a derecho era pasible de confirmación por el Príncipe o en algunos casos de negación y, previa citación a los que contradecían, quedaba las resultas a determinación de los jueces.

Las adopciones fueron procedentes no solamente en calidad de hijos, sino también, al modo de nietos, de tal suerte que, por adopción será nieto quien sin diferencias hubiera nacido de su hijo o de otro desconocido. [49]

En caso de aquel quién tiene un nieto de su hijo, y además adopta a alguien como nieto; muerto el abuelo (adoptante) es discutible la existencia de derechos de consanguinidad entre nietos, pero, si lo adoptó de modo que también fuese legalmente su nieto, como si hubiese nacido -contenida en ella la adopción también por parte del hijo y de su mujer- entonces, se evidencia indiscutiblemente la existencia de un derecho de consanguinidad.[50]

Las cargas de quién fue dado en adopción, le son transferidas al padre adoptivo. [51]

La procedencia de la adopción se daba en calidad de hijos o nietos, puede de ello constituirse en nieto quien nació de su hijo o quien fue adoptado de un extraño**.**

En el supuesto que una persona quien tenga a su nieto legítimo y al adoptado, por circunstancias ajenas, fallezca, los derechos de consanguinidad de todas maneras se tornan discutible, pero, si el nieto fue adoptado además por su hijo y esposa, en este caso no cabría duda de la existencia de consanguinidad.

49 (D.1.7.43)
50 (D.1.7.44)
51 (D.1.7.45)

EN LA LEGISLACION CIVIL PERUANA EVOLUCION HISTORICA NACIONAL

Conviene hacer referencia a la Legislación Republicana, no en forma exhaustiva, sino señalando puntualmente sólo aquello que pueda ser ilustrativo para los propósitos del tema subdesarrollo.

EN LA EPOCA COLONIAL

La adopción estuvo regulada en este período por leyes españolas como son las ordenanzas Virreynales y la legislación indiana, en el marco de la inspiración colonialista.

El proceso de la Adopción estuvo legislado por el Fuero Real y las Partidas.

El Fuero Real dada por Alfonso el Savio consta de cuatro libros que legislaban sobre materias políticas y religiosas, así como asuntos de índole Civil y Penal.

Las Partidas de corte romanista, distingue debidamente entre adopción y arrogación La Ley I del título XVI de la IV Partida define: *"Adoptio en latín, tanto quiere decir en romance como prohijamiento".*

Es este prohijamiento una adecuación a las leyes de la época para lograr que los hombres logren tener hijos de otra mujer que no sea la natural.[52]

Estaban contenidas en las Partidas, requisitos previos a la adopción, establecidas en las leyes II y III título XVI partida IV:

- "Ser hombre libre y no sometido a la Patria Potestad, con 18 años más que el adoptado e **incapaz de tener hijos naturalmente**.[53]
- Las mujeres no podían adoptar, excepto por pérdida de su propio hijo en la guerra en pleno servicio al Rey o a la Patria.
- Tampoco podían adoptar quienes tenían hijos legítimos.[54]

52 La IV Partida Ley VII título VII dice: "Por fijamiento de quien que es si et non el padre carnal, o si lo ha es salido de su poder, cae nuevamente en poder de Aquel que lo porfija".

53 Cuanta falta hace este requisito en la actualidad, aunque no fuere aplicable en toda su magnitud, al menos debería tomarse en cuenta para objetivizar los verdaderos fines de la adopción en nuestros tiempos.

54 Ley I título XXII libro IV del fuero Real y la ley IV título XVI partida IV.

Respecto de la arrogación, podía arrogar quien podía adoptar, sin embargo, no se permitía al tutor arrogar o prohijar a su pupilo, sino luego de que éste hubiera cumplido los 25 años de edad y con licencia real.[55]

Para el proceso de la Adopción se exigía la formalidad del consentimiento expreso del adoptante y del padre del adoptado, así como el asentimiento expreso y tácito del adoptado además de la intervención Judicial.[56]

Por autorización del Rey, en la arrogación fue menester implantar el consentimiento expreso previo tanto del adoptante, como el asentimiento del adoptado. [57]

55 Ley VI título XVI de la partida IV.
56 Ley VII título VII de la partida IV
57 Ley VII título VII y XVI de la partida IV

EN LA ÉPOCA REPUBLICANA

En los títulos X y XI del libro I de las personas y bajo el rubro de la adopción, se establecía en su artículo I que la adopción es una filiación civil inventada para el consuelo de las personas de uno y otro sexo quienes no tienen hijos ni descendientes y que por circunstancias particulares no los pueden tener.

EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1852

A los treinta años de declarada la Independencia, el Perú tiene su primer Código Civil (28-07-1852). No obstante que importantes países no habían legislado todavía sobre Adopción y la duda que sobre el tema tuvieron entonces nuestros legisladores; se incorporó esta institución.[58]

El Código de 1852 Título IV de la Sección Cuarta del Libro de Familia-distinguía las formas de adopción plena y menos plena. Señalaba -entre otros- quienes pueden ser adoptantes, pero no lo regulaba, por lo que, era imprescindible observar la Ley adjetiva. En efecto, el Título XIII de la Sección Tercera, en los artículos 1313 al 1320, norma **el procedimiento para la adopción.**[59]

La adopción fue considerada en el Título V del Libro I a través de quince artículos. En el art. 269 se señalaba que la "adopción o prohijamiento es el acto de tomar por hijo al quien no lo es por el adoptante". [60]

El Código Civil de l852 tuvo influencias del Derecho Romano vía el Derecho Colonial y la revalorización hecha por el Jusnaturalismo; influye también el derecho Castellano, los proyectos españoles de 1821, 1836 y 1851, el derecho alemán a través del jurista Heinesio y el derecho francés con la poderosa influencia del Código de Napoleón y de los juristas Aubry y Rau, Domat y Duranton.

---

58 Conocida es la influencia que tuvo el Código Napoleón, aparte, claro está, del derecho Colonial.

59 Conviene notar que las normas procesales mencionadas que adjetivaron al Código de 1852, continuaron vigentes para el de 1936 y aún lo están para el de 1984.

60 Los requisitos que se señalan han de influir en el Código de 1936.
Así, que el adoptante sea mayor de cincuenta; que no tenga hijos legítimos y naturales reconocidos, ni otros descendientes con derecho a heredarle y que concurra el asentimiento del cónyuge "a no ser que se hallen legalmente separados"; que consientan los padres del adoptado, si este haya bajo la patria potestad; que el adoptado si es mayor de catorce años preste su asentimiento, etc. También se considera que el apellido del adoptante va agregado al del padre biológico del adoptado; el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión legítima; el adoptado no hereda a los parientes del adoptante, etc.
Es pues, una adopción interesada de corte romanista. El procedimiento aclara algunos aspectos (Código de Procedimientos Civiles de 1912).

Entre algunas exigencias que recogían el criterio de la época acerca de la Adopción se tiene que era permisible tramitar este proceso para quienes no podían tener hijos biológicos, como tal estaba prohibido que los religiosos o las personas que habían renunciado a la idea de tener hijos por haber afirmado sus votos solemnes de castidad, pudieran adoptar. Se exigía además que:

- el adoptante previamente hubiera alimentado al adoptado por un mínimo de seis años y durante la minoridad de éste
- que tuviera la libre disposición de sus bienes
- que la edad máxima del adoptante fuese de setenta años
- que debía ser una persona natural o física de distinto sexo que el adoptado, salvo que adopten conjuntamente los dos cónyuges.

EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

En 1936 entra en vigencia un nuevo Código Civil, a pesar de la propuesta del Sr. Solf y Muro miembro de la comisión reformadora, por eliminar la adopción.

La adopción es tratada extensamente en el Título IV, Sección Cuarta, artículos 326 al 347. Este cuerpo de leyes reconoce las dos clases de adopción: la plena y la menos plena.

- De la primera establece (artículo 332) que el adoptando adquiere la calidad de hijo legítimo del adoptante y, consecuentemente, el parentesco entre el adoptante y el adoptado alcanza a los descendientes legítimos de éste.[61] Es decir tanto para los adultos como para los menores, creaba vínculos de parentesco entre adoptante y adoptado, con diversas restricciones (el parentesco se limitaba al adoptante y al adoptado y a los descendientes legítimos de éste; le confería al adoptado el apellido, y los derechos y deberes que le correspondían con su familia natural.[62]

61 Por deficiencias de técnica jurídica, el articulado no es suficientemente claro para separar lo concerniente a cada una de las clases de adopción, pero indudablemente corresponde a la menos plena que los efectos de la adopción puedan limitarse a la obligación de alimentar al menor y educarlo, ya que el adoptado conserva los derechos y deberes que le corresponden a su familia natural, aunque esté bajo la patria potestad del adoptante.

62 Existía la revocación.

- De la segunda -menos plena y sólo para menores de quince años- se limitaba a la obligación de alimentar al menor, educarlo y darle una carrera u oficio. No creaba vínculo paternal, la relación legal cesaba al llegar el adoptado a su mayoría de edad.

Para realizarse, en cualesquiera de las dos formas de adopción indicadas, debían cumplir los requisitos preceptuados en el art. 326 de este Código.[63]

La finalidad de esta clase de adopción, eminentemente contractualista, fue la de llenar el vacío producido por la falta del hijo biológico o favorecer económicamente al adoptado. Se olvidaba -por cierto- el **interés prevalente del menor** desamparado.

EN EL CÓDIGO DE MENORES DE 1962

El año de 1962, al ponerse en vigencia el Código de Menores -Ley Autoritativa Nº 13968-, la institución de la Adopción prevé características definidas en cuanto a los menores en abandono material o moral de catorce años de edad como máximo.

En el proceso de adopción se autorizaba al Juez de Menores para que pudiese dispensar a los adoptantes de los requisitos prescritos en los tres primeros incisos de art. 326 del Código Civil, referentes a la edad mínima, fijada en cincuenta años, y a la falta de descendientes con derecho a heredar.

Mantuvo, sin embargo, la influencia de resolver el problema del niño en función de la familia y no éste en función del primero[64]. En efecto en su artículo 68 establecía que tratándose de menores de catorce años en situación de abandono material o moral, el Juez podía dispensar los requisitos de edad y de la falta de herederos que prescribían los tres primeros incisos del artículo 326 del C.C., de 1936, siempre que el adoptante fuese casado y viviera con su cónyuge, y que de la investigación que realizara el Juzgado, resultasen ambos idóneos, favorecido el adoptado y sin perjuicio doloso los derechos patrimoniales de terceros. No

63 que el adoptante sea mayor de cincuenta años y goce de buena reputación; que sea mayor cuando menos de dieciocho años en relación con el adoptado; que no tenga el adoptante descendiente con derecho a heredar; cuando sea casado concurra el consentimiento de su cónyuge; que se oiga al tutor o curador y al consejo de familia, si es menor de dieciocho años e incapaz y no tiene padres que consienta el cónyuge del adoptante, que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de 14 años, etc.

64 En la práctica, la adopción cuya fórmula estuvo contenida en el art. 68 del Código de Menores no solucionó el problema medular del niño en situación de necesidad. La tramitación conforme al Código de Procedimientos Civiles y en vía Civil, la intervención necesaria de letrado, la vinculación del adoptado con su familia biológica, el impulso procesal de parte y la falta de amplias facultades para el Juez de Menores motivaron la contravención al DEBIDO PROCESO, morosidad en el trámite, cobros excesivos por quienes se convirtieron en "especialistas" de esta clase de adopciones y el consecuente desaliento de personas que, sin reunir gran poder económico, estaban dispuestas a proporcionar una familia al niño abandonado. Por otra parte, las adopciones por poderes, sin previa relación entre los pretendientes a adoptantes y adoptados, desvirtuaron la finalidad principal de la institución, en la modalidad contemplada en el Código de Menores, cual es la vinculación directa entre los futuros padre e hijo.

obstante, en su artículo 69, el referido código remitió los efectos plenos de tal adopción al vencimiento de un período de un año de ser concedida, plazo durante el cual sería considerada como menos plena.

Cabe precisar que el artículo 70 de dicho cuerpo normativo, facultaba al Juez a revocar en cualquier momento la Adopción, por las causales puntualizadas en el artículo N° 342 del C.C. de 1936.

EN EL DECRETO LEY Nº 22209

La adopción considerada anteriormente, no tuvo mayor repercusión en lo referente a la situación de los menores abandonados o en peligro material y/o moral. Por eso se promulgó el Decreto Ley Nº 22209, vigente desde el 15 de julio de 1978. Este Decreto se refirió a los menores de catorce o menos años en las situaciones especiales ya anotadas. En cuanto al adoptante señalaba que podía serlo el soltero, el viudo, el divorciado o el casado separado de hecho por más de tres años, con la condición de que viviese en familia conveniente al adoptado.

En cuanto **al procedimiento**, señalaba la vía tutelar:

- Desarraiga totalmente al menor de su familia consanguínea.
- La adopción creada por este dispositivo origina el asentamiento de una nueva partida de nacimiento anulando la que pudiera existir, la misma que mantiene su vigencia sólo para los impedimentos matrimoniales.
- Legisla sobre la adopción internacional y obliga a los extranjeros a tramitar la adopción en forma personal.
- Los apellidos son los del adoptante. Su lema es “dar una familia a un niño y no un niño a una familia”. Es decir, el niño ingresa a “su familia” como si la naturaleza lo decidiera. Se configuraba entonces la accesión de un nuevo niño con toda sus virtudes y defectos, por ello devenía en irrevocable.

En su momento esta disposición condujo al problema de determinar si la cognación Civil creada por la Adopción Plena, debía mantenerse como superpuesta a la consanguínea o

natural, sin que ésta desapareciera, o si debía sustituirla de modo que el adoptado rompiera todo vínculo con su familia consanguínea y se integrara plenamente a la familia del adoptante, como si fuese realmente hijo consanguíneo. El Decreto Ley N° 22209 solucionó en parte el problema al disponer que las adopciones realizadas al amparo de lo dispuesto por el artículo 68 del Código de Menores eran de carácter irrevocable y que el adoptado no conservaba los vínculos con su familia natural, tal como dispone la legislación actual.

EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

La adopción está legislada en su parte sustantiva en el Capítulo Segundo de la Sección Tercera del Libro Tercero de Derecho de Familia del Código Civil (artículos 377 al 385), vigente desde el 14 de noviembre de 1984[65] y a diferencia del anterior contiene:

- En su primer artículo establece la clase de adopción, según la cual "el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea."

- Para que la adopción plena sea indubitable, el artículo 379 en su segunda parte, establece que terminado el proceso se extenderá nueva partida de nacimiento del adoptado en sustitución de la original.

65 El Dr. Héctor Cornejo Chávez, señala: "en tesis general, la figura de la adopción debe tener como finalidad suprema, dar una familia al menor que no la tiene, una familia digna con ese nombre, donde el adoptado halle calor y amor de hogar" y agrega "todo lo que a ello se oponga, incluso ciertamente el riesgo tras el disfraz de la adopción, y que alguien pretenda asegurarse servicios domésticos gratuitos, debe ser cuidadosa y firmemente eliminada" ...
El Código Civil norma a través de nueve artículos (del 377 al 385), la adopción mediante la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.
Ocho requisitos se requieren para la adopción: que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar; que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge; que el adoptado preste asentimiento si es mayor de diez años, que consientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad (contrario sensu, si el hijo no está bajo la patria potestad, no se precisa el consentimiento de los padres); que **se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz**; **que sea aprobada por el Juez** ; en caso de que el adoptante sea extranjero y el adoptado menor de edad, aquél debe ratificar 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.
La adopción vigente es irrevocable; no puede hacerse bajo modalidad alguna, nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por lo cónyuges; el tutor pueda adoptar a su pupilo solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas; si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, dichos bienes deben ser inventariados y tasados judicialmente y el adoptante debe constituir la garantía suficiente a criterio del Juez.
Esta normatividad sustantiva debe funcionar en concordancia con el art. 21 de la Convención sobre los Derechos de Niño, vigente desde el 2 de setiembre de 1990, y que fuera ratificada por nuestro Gobierno el 14 de agosto del mismo año.
La Convención reconoce el sistema de adopción y señala que el ***" interés superior del niño "*** es la consideración primordial, reconoce que la adopción por personas que residen en otro país, puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño en caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, promueve la concentración de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.
Finalmente, y dentro del marco sustantivo legal: el artículo octavo de la Constitución Política obliga al Estado a proteger al niño y al adolescente ante el abandono económico, corporal o moral. ***Derecho Familiar Peruano. HECTOR CORNEJO CHAVEZ. Ediciones Studium .7ta edición 1988.***

- En cuanto al adoptante extranjero, el código (art. 378 inc.8) dispone que aquel ratifique personalmente ante el Juez, su voluntad de adoptar, con lo cual ha excluido la posibilidad de adoptar por poder.

- Otro dispositivo que debe remarcarse, importante en doctrina, es el que señala que la adopción es irrevocable respecto del adoptante, pero, en cambio el menor que llega a la mayoría de edad o el incapaz cuya incapacidad haya desaparecido podrá pedir que se deje sin efecto su adopción.

En el aspecto procedimental, y durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, el Código Civil explicitaba que la adopción se tramita con arreglo al Código de Procedimientos Civiles o al de Menores, y terminado el procedimiento debe oficiarse al Registro del Estado Civil respectivo para que se extienda nueva partida de nacimiento del adoptado en sustitución de la original. La partida original conserva vigencia sólo para los efectos de los impedimentos matrimoniales. Este artículo concuerda con el artículo 22 que prescribe que el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes. [66]

En cuanto al procedimiento debe tenerse en cuenta el artículo 2087, referente a las reglas que deben primar en cuanto se refiere a la adopción por extranjeros.

En la vía tutelar a través de la investigación tutelar, se permitía al Juez estudiar los factores endógenos, exógenos, la personalidad del menor y de los preadoptantes; declarar en abandono al niño en su caso y aprobar o desaprobar la adopción, teniendo en cuenta "el interés superior al niño".[67]

En la vía civil, cuyo trámite estaba señalado en los artículos 1313 al 1320 de Código de Procedimientos civiles, en cuanto es aplicable y el Código de Menores en cuanto a la competencia, ésta se basaba en el consentimiento de los padres, lo que en algunas oportunidades se consideraba fundamental para aprobar o desaprobar la adopción. [68]

66 Las normas de Derecho Internacional Privado del Código en mención permiten que el niño adoptado en el Perú lo sea también en el país del adoptante.

67 Derecho a desarrollarse integralmente dentro del seno de su familia, se regía este procedimiento por el Código de menores y permitía una mayor seguridad para el niño, ya que el Juez podía con cierta certeza responderse a la pregunta: ¿Es necesaria la adopción y favorecer al niño?

68 Estas dos clases o formas de adopción, sobre todo la última, propiciaban las adopciones irregulares que conllevaban en alguna modalidad y en determinados casos al tráfico de menores.

En el aspecto procedimental se señala en el Código Civil que el menor que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría, recuperando su filiación consanguínea y la partida correspondiente. No tiene efectos retroactivos.[69]

EN LOS PROYECTOS DE LEYES DE ADOPCIONES

Antecedentes de las comisiones consultivas

Considerandos:

Es necesario precisar algunas opiniones vertidas en seminarios acerca de la adopción como proceso, con anterioridad a la promulgación del C.N.A., así como, adicionar comentarios, como tal, subsiguientemente se detalla en forma correlativa en sujeción a lo referido y citado en anexos:

- Las adopciones de menores no deben estar a cargo de instituciones privadas, ya que esto se podría prestar a comercialización. Ello resulta peligroso y el Estado no debe delegar su función.[70] (Inabif 1982- anexos sub A)

- Debe precisarse la imprescindencia de no requerirse la calidad moral sino más bien la condición moral de los adoptantes, así como el término de domicilio en lugar de residencia de los mismos. (anexos sub A)

- La publicación en el Diario Oficial "El Peruano" es necesaria dado que la investigación tutelar no es plenamente convincente ni observada. (anexos sub A)

- **Exigir la calificación exhaustiva además de específica en la tramitación de la visa de extranjería, para la adopción de extranjeros. (anexos sub A)**

69 La Convención sobre los Derechos de Niño compromete a los Estados partes a que velen por que la adopción del niño sea autorizado por las autoridades competentes las cuales determinaran con arreglo a las leyes y a los procedimiento aplicables, sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y tutores; velarán porque el niño adoptado por extranjeros goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción por personas que residen en el mismo país. Asimismo, los Estados Partes adoptaran las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción por personas que residan en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios indebidos para quienes participan en ella.

70 Es lamentable decirlo, pero, ya años atrás se advertía la tendencia que tenía el proceso de adopción frente a ciertos sectores interesados y se señalaba puntualmente que el Estado no debiera delegar funciones, ni asumir –a través de sus instituciones– la conducción de procesos como el de la ADOPCION, que implica envergadura y relevancia de garantías.

- Se debe hacer un examen previo a los adoptantes; a cargo de un equipo de evaluación conformado por un representante del Ministerio Público, del Poder Judicial, del Colegio de Abogados y del Servicio Social, así como un médico, y un sociólogo. Este equipo dictaminará si los futuros padres son aptos o idóneos para poder adoptar al Menor. (anexos sub A)

Además, conforme al TUO del C.N.A. de fecha 08 de abril de l999, en los arts 129 segunda parte y art. 23 del reglamento de la LEY 26981:

- El plazo para este procedimiento debería ser de 60 días, prorrogables a 30 días más y excepcionalmente.[71] (anexos sub A).

- Los expedientes deben ser elevados "de oficio" a la Corte Superior en consulta. .[72] (anexos sub A)

- El Consejo Nacional de Adopciones debe coordinar con la Oficina de Migraciones a fin de establecer un Panel Fotográfico de los Menores adoptados, además de exigir formalmente la exhibición y /o entrega de copia certificada de la partida de nacimiento del niño adoptado. (anexos sub A).

- En cuanto al tiempo de matrimonio de los padres adoptantes, debe ser menor a cinco (5) años y en cuanto al número de adoptados por pareja (preadoptantes) ésta no debe superar al máximo de uno, conteniendo el mismo un proceso de adopción por pareja.[73] (anexos sub A)

- Los directores de los establecimientos de asistencia social y/o hospitales deberán informar al Juez competente en un plazo perentorio de 24 horas.[74] (anexos sub A)

---

71 El criterio hoy es reducir sólo a días. Es claro y notorio que a la fecha y de acuerdo al reglamento de la Ley 26981, simplemente en siete días se encuentra concluida la tramitación procesal administrativa de adopción por la oficina de adopciones. art 23 Capítulo II Título II Del reglamento a la Ley 26981. D.S. N° 001-99-Promudeh.

72 Este procedimiento sui géneris nunca fue tomado en cuenta, más por el contrario, se procura siempre eludir la intervención del órgano jurisdiccional. Mas aún con la Ley 26981 y su reglamentación del 04 de febrero de 1999 Referida textualmente en el artículo 32 del D.S.001-99-PROMUDEH.

73 Esta sugerencia jamás fue observada, es decir, a ninguna ONG que trabaja con niños en vía de adopción, ni a ningún organismo internacional le conviene esta sugerencia muy interesante. Actualmente, y en el capítulo IV se advierte que existen parejas de adoptantes extranjeros en Huamanga que van por la cuarta adopción internacional, sin impedimento alguno, sin reglamentación, sin publicitación, sin formalidad alguna que pueda definir los pasos de este procedimiento. Este aspecto subrepticiamente (particular opinión del autor) no se trata en ningún dispositivo vigente.

74 Con la ley 26981 y su reglamento se desvirtúa esta sugerencia.

- Los pronunciamientos administrativos no deben obstaculizar la labor Judicial. (anexos sub A)

- Evitar lo menos posible agencias intermediarias a fin de evitar mafias. [75]. (anexos sub A)

- Es vital que actualmente, se instaure un Registro Nacional Civil y su Reglamento bajo responsabilidad. [76]. (anexos sub A)

- Implementar el examen pelmatoscópico nacional para premunir de garantías tanto a la Judicatura como a los abogados y preadoptantes.[77]

Al margen de las opiniones rescatadas referidas a las leyes contenidas en anexos existe una idea principal latente la misma que está referida ***al consenso del Debido Proceso*** inmerso en todo proceso de Adopción.

No existe justificación alguna en todos los proyectos acerca de la Adopción, a que se motive simplemente hacia una tramitación administrativa, ni siquiera se denotan algunas propuestas.

Las razones son obvias, dada la trascendencia de esta institución y estando de por medio la persona humana, al margen del consenso internacional reflejado en los Convenios Internacionales.

Frente a todo este marco y a este bagaje de normas integradas en procura de afianzar cada vez mejor la preponderancia de la APLICABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO surge inconcebiblemente la propuesta con la subsiguiente dación de la Ley 26981 la misma que,[78] desconociendo en absoluto la esencia del significado de la Adopción, en sí, reestructura el lato procedimiento Judicial existente por otro, que simplemente contiene un procedimiento administrativo.[79]

---

75 Sugerencia tomada en su integridad por los dispositivos afines actuales. Ley 26981 y su reglamentación D.S.N° 001-99-PROMUDEH.

76 Sugerencia tomada en su integridad por los dispositivos afines actuales. Ley 26981 y su reglamentación, además del TUO del C.N.A. de fecha 04 DE ABRIL DE 1999 Artículo 130.Del Registro Nacional de Adopciones.

77 Las leyes afines actuales la acogen a partir de la tramitación administrativa.

78 Y su reglamentación (El D.S. N° 001-99-PROMUDEH) de reciente incorporación el 04 febrero de l999

79 La esencia de la investigación subdesarrollo, precisamente tiende a instaurar formalidad, la misma que no significa precisamente trámites engorrosos, plazos arbitrarios, más por el contrario, simplemente debe contenerse lo diligente y necesario, en síntesis

EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

El C.N.A. establecía un procedimiento Judicial de Adopción para los niños declarados en estado de abandono, al margen de las adopciones excepcionales reguladas por este mismo Código, donde:

- Se requería del informe técnico de la STA (hoy oficina de adopciones) que recibía la solicitud de los preadoptantes y los evaluaba para determinar su idoneidad en un plazo de cinco días, plazo en el cual también se resolvía por la designación del niño o adolescente a adoptar.

- El Juez encargado del caso preferentemente debiera ser el mismo que conoció acerca del proceso de estado de abandono del niño

- El procedimiento Judicial debía desarrollarse en un término de veintiún días y comprender las siguientes etapas: admisión de la solicitud en un día; la guarda provisional del niño a cargo de los preadoptantes en diez días; y el informe de control de guarda y empatía.

- Se establecía un plazo de tres días para ratificar a los preadoptantes si su informe era favorable y de un plazo similar para revocar la guarda familiar si su informe era negativo. También se exigía el dictamen del Fiscal en el término de tres días y la sentencia por el Juez en igual término.

- Todas las diligencias debían realizarse con conocimiento del Fiscal quien actuaba como dictaminador

> *En síntesis, preponderantemente tampoco el C.N.A. en su contexto y para el caso de la adopciones no advirtió parámetros de un Debido Proceso, más por el contrario, en su afán de dar mayor viabilidad a las adopciones omitió precisar observancias puntuales, las mismas que como consecuencia posterior, originaron la nueva y controvertida Ley 26981, que lo único que objetivamente buscó es facilitar la tramitación de la Adopción, precisamente para los extranjeros, para quienes –tal como se desprende del análisis de la susodicha- se exageró en la viabilidad de trámite y plazos.*

EN LA LEY N° 26981:El proceso de ADOPCIÓN y su "moderna" tramitación.

> *La Ley 26981 que norma el procedimiento de la Adopción de un niño o adolescente declarado judicialmente en estado de abandono constituye la sexta modificación hecha al texto del Código del niño y del adolescente desde su promulgación en el año de 1993.*

La Ley 26981 sustituye el proceso Judicial por otro administrativo a cargo de la oficina de Adopciones del Ministerio de Promoción a la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH), en la cual:

- La evaluación de los preadoptantes se realizará en quince días, y si el resultado es positivo se emite la DECLARACIÓN DE APTITUD.

- Luego se designa al menor de edad de acuerdo al orden en la lista de espera de adoptantes. Estos tienen siete días para ratificarse. Es en este tiempo que conocen al niño o adolescente en presencia del personal de la oficina de adopciones, quien se encarga de realizar un informe de empatía.

- Si el informe es negativo o las partes no se aceptan mutuamente, los preadoptantes tienen una segunda oportunidad

- Si el Informe de la Colocación Familiar es positivo, la Oficina de Adopciones emitirá la resolución administrativa de Adopción, e informará al Juzgado de Familia que declaró el abandono del niño y a la Oficina Nacional de identificación y Registro Civil (RENIEC) del lugar donde se registró el nacimiento, a fin de dejar sin efecto la inscripción original y registrar los nuevos nombres y apellidos.

- Podrá interponerse una acción contenciosa ante la Sala Civil de la Corte Superior del distrito judicial al que corresponda, contra la resolución administrativa de Adopción en el término de cinco días hábiles posteriores a su emisión y se notificará a las oficinas de Adopciones para que remitan el expediente en el día.

- La Sala enviará el expediente al Ministerio Público para que éste se pronuncie en el término de veinticuatro horas. Cumplido el plazo el expediente será devuelto a la Sala

donde se ventila, la misma que resolverá dentro del mismo término, devolviendo lo actuado a la Oficinas de Adopciones para su ejecución.

- El viceministro de Promoción de la Mujer y desarrollo Humano es la persona autorizada para pronunciarse en última instancia administrativa y en un máximo de cinco días hábiles acerca de las resoluciones de Adopciones impugnadas dentro del día hábil siguiente de notificación a los interesados.

En suma, los más beneficiados por esta Ley resultan ser los **preadoptantes extranjeros**, quienes Hoy si cuentan con un tiempo bastante comprimido en los que respecta a la permanencia en el país para adoptar un niño peruano declarado judicialmente en estado de abandono.

Existe una interesante opinión de la Asociación de protección al niño (ALPRONI) así como de la Wesfalia Kinderdorf asociación peruana[80], que consideran que previamente se respete el trabajo de las instituciones quienes tienen a su cuidado a los niños bajo la modalidad de estadía permanente. Explícitamente se conoce que muchos de los niños han sido dados en Adopción extrayéndolos de programas especiales sin que antes se diera a conocer oportunamente a la Institución al respecto.

Estas medidas aplicadas abruptamente no daban tiempo a preparar psicológicamente al niño. Entre otras, además, afirman que esperaban precisiones concretas en el reglamento próximo, de las cuales, el D.S. 001-99 Promudeh (4 de febrero de l999), poco - por no decirlo nada- aporta al respecto.

Textualmente y consultados acerca de esta nueva Ley, catorce Juzgados de Familia de Lima, la consideraron **un paliativo** que se desborda como producto de la realidad que vive nuestro país, donde el Estado no asume bajo ningún concepto la protección y atención de los niños. Cabe agregar al respecto las implicancias que inciden con especial énfasis en los niños discapacitados.

80 El Comercio, Lima domingo18 de octubre de l998, pág. A13.

Además, -precisaron- que no existe una investigación acuciosa que sustente que la medida obedezca a una excesiva carga procesal como pareciera suponerse.[81]

EL PROCESO DE ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Este aspecto es interesante enfocarlo, pero desde la óptica estricta y de fines de sustento del planteamiento -particular del autor- de desarrollo constreñido, netamente referencial.

Para el desarrollo de este tema simplemente se toma como referencia las legislaciones de Brasil, Colombia y Francia y se desarrolla la Legislación de Luxemburgo.

ELEMENTOS DE UN NUEVO DERECHO PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. ANTECEDENTES E INFLUENCIA DEL ESTATUTO DE BRASIL

> *"El Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil es, a mi criterio, el cuerpo legislativo que mejor ha recogido el espíritu y la letra de la Convención. Sin embargo, conviene aclarar que las líneas fundamentales del Estatuto habían sido trazadas ya por la misma Constitución. Si bien el Estatuto del Niño y del Adolescente en Brasil es un año posterior a la Constitución de Brasil.*
>
> *El artículo 227 de la Carta política representa casi una síntesis de la propia Convención. Por ello, la Constitución, la Convención y el Estatuto, son los tres instrumentos jurídicos en los que se fundamentan y desarrollan los aspectos centrales e innovadores del nuevo régimen legal para la infancia en Brasil.[82].*

El proceso de la Adopción es considerado como el origen de una filiación artificial por medio de un acto jurídico (procesal) que convierte a un hijo biológicamente ajeno en un hijo jurídicamente propio.

Ello conlleva a que el adoptado deje de pertenecer a su familia consanguínea. [83]

---

81 El Comercio, Lima domingo 18 de octubre de l998 pág. A13.
La titular de la Dirección del Programa de adopciones supo manifestar en octubre de l998, en una emisión televisiva de RED GLOBAL en la programación vespertina que la Ley 26981 es la más moderna y práctica existente, pero no habiendo logrado justificar los motivos de este cambio.

82 Con fecha 04 de diciembre de l,998 y como consecuencia de una tramitación de un proceso de Adopciones, en el distrito Judicial del Cusco, se difundió televisivamente un reportaje el mismo que materializaba un drama, - descrito por la joven adoptada de niña – quien había regresado a su ciudad natal para buscar a sus padres biológicos, pues, por su color y contextura física, jamás tuvo semejanza con sus padres adoptivos, circunstancia que le originó un complejo frente a sus demás amigas. Antonio de Amaral. I congreso internacional del C.N.A. y su nueva doctrina. Julio de 1994.

83 Base Legal:

Una total revolución tanto del punto de vista legal como social es perceptible hoy en muchos países, en lo que concierne a la labor del Ministerio público y en lo que corresponde a la infancia.

Una nueva mentalidad, comienza en 1975 como consecuencia de una Ley que introduce un mecanismo nuevo, una modalidad más moderna que en Brasil se denominó Estatuto de Brasil, la misma que encomendó al Ministerio Público una legitimidad como instrumento procesal.

A diferencia de los derechos colectivos y difusos, se discutía primeramente cómo se defendía esos derechos, a solución del legislador en Brasil, fue atribuido al Ministerio Público, una labor diferente.

Por ello al "Fsiscaslen cunato" le corresponde, Hoy, en materia Civil, una función diferente de realización procesal. A partir de esta Ley el Fiscal pasó a actuar en forma social, comienza por ende a crearse Fiscalías especiales, como son la de derechos humanos, y de los niños y adolescentes, hoy de Familia.

En dos años de operación de esta Ley se inicia un proceso histórico de cambio de mentalidad del Ministerio Público, (1978) un movimiento que otorga un papel que nunca existió en la historia constitucional de Brasil en defensa del orden democrático. El nuevo estatuto de Brasil fue la Ley que más revolución originó en el Ministerio Público, como son: la Promoción y acompañamiento de los procedimientos revolucionarios, como instrumentos de un estatuto donde existen hipotecas legales, prestación de cuentas públicas y privadas, casos de irregularidades, procedimientos Administrativos de los más diversos, inclusive documentación, información, y, adquisición de una fuerza policial especializada.

> *Se implanta en Brasil la doctrina de la protección integral, entonces se evidencia un Fiscal que no se confunde con cualquier otro, que figura con todas las aptitudes y poderes posibles para instrumentalizar esta doctrina.*
>
> *Se creó una nueva mentalidad del Ministerio Público, entre la sociedad civil y el gobierno, en el sentido de canalizar las demandas sociales y responder con formas*

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño art 21. D.L.26102.
C.N.A. arts. 114-128 al 133- 137-exc.145 y 152- C.C. arts 236 al 238-377 al 385.

concretas: aspectos históricos precisamente atribuidos a la tradición jurídica anglo-sajona, de negociar apenas ingresa en investigación; tratamientos diversos desde el punto de vista social, tratamientos de eficacia y rapidez instantánea que, para el caso de los niños y adolescentes se consideran como óptimas.

COLOMBIA: REFERENCIAS LEGISLATIVAS AFINES AL PROCESO DE ADOPCIÓN

La ley quinta de 1975 en su artículo primero, el mismo que deroga a los arts. N°s. 269 y 287 del título XIII del libro I del Código Civil Colombiano**,** advierte:

El proceso de la Adopción se encuentra normado en el Art. 2do y siguientes del D.L.10426.

Los Jueces de menores del domicilio o residencia del adoptado conocerán de los procesos de adopción con intervención formal del defensor de menores. La adopción de menores de dieciocho años será de competencia de los Jueces del distrito.

Toda demanda de adopción rigurosamente deberá contener.[84]

- La designación del Juez: el nombre, edad, domicilio o residencia del adoptante y adoptado, así como el nombre y domicilio de los padres o del guardador salvo que se trate de menores abandonados

- Los hechos y motivaciones que sirvan de fundamento a las peticiones del adoptante y los fundamentos de derecho que deberán invocarse.

Admitida la demanda, el Juez de menores le dará curso, según el procedimiento de Jurisdicción voluntaria

El defensor de menores se desempeñará como agente del Ministerio Público

Si el adoptante muere antes de la expedición de la sentencia, el Juez ordenará la notificación de estilo a los herederos

84 ANEXOS.
- Prueba de la edad de los adoptantes y adoptados
- Prueba del matrimonio,cuando se adopte conjuntamente
- La resolución de declaración de abandono
- La certificación de la licencia de funcionamiento del lugar donse se encuentra albergado el menor
- Las debidas pruebas acerca de las condiciones físicas y mentales

La sentencia que autoriza la adopción deberá expresar los derechos y las obligaciones que contraen tanto el adoptante como el adoptado.

Si se tratara de adopción plena, deberá expresarse en forma clara todos los datos necesarios a fin de que la inscripción en el Registro Civil constituya el acta de nacimiento que reemplace a la originaria la misma que quedará sin valor.

La sentencia es apelable ante el tribunal superior del distrito judicial donde intervendrá el defensor de menores y una vez firme se inscribirá en el registro Civil.

FRANCIA: REFERENCIAS LEGISLATIVAS AFINES AL PROCESO DE ADOPCIÓN LEY VII TÍTULO XVI DE LA PARTIDA IV.

Sólo en el siglo XVIII vuelve a aparecer la Institución de la adopción como resurgimiento de las ideas revolucionarias de fines de este siglo, las mismas que toman como fuente la Roma Antigua.

En 1792 Rougiere de Lavengeria sustentó la trascendencia de esta Institución y solicitó un análisis independiente por parte del comité legislativo. El proyecto de Cambeceres autorizó a una serie de adopciones pese a no contar con una reglamentación apropiada, adopciones que fueron confirmadas por una Ley especial del 25 de enero de 1793.

El Código Napoleónico consideró tres clases de adopciones: la común u ordinaria de mayores de edad, la adopción remuneratoria como especie de recompensa, y otra testamentaria pudiendo otorgarse a un pupilo.

Los requisitos del proceso de la adopción ordinaria establecían: la expresión del asentimiento y el consentimiento, tanto del adoptado como del adoptante; la confirmación de la Justicia previo a un procedimiento ajustado a Ley; la confirmación por resolución de primera instancia, sin expresión de motivos ni necesidad de letrado.

A partir del 27 de Julio de 1917, se estableció un criterio utilitario en procura de la protección y defensa a la comunidad social, conteniendo un sentimiento altruista, como tal, al proceso de la adopción se le conceptuó a partir de una idea de carácter jurídico que ha sido recogida

y reglamentada por el derecho como institución jurídica, porque conforma un conjunto de normas encaminadas a arreglar la filiación adoptiva.

Ennecerus conceptúa la Adopción como la institución jurídica que agrupa a un conjunto de disposiciones y derechos con relaciones jurídicas de determinada clase.

Las instituciones jurídicas no existen sino están correlacionadas y no responden a un concepto técnico.

La Adopción como institución de derecho privado contiene a un acto de voluntad

LUXEMBURGO: REFERENCIAS LEGISLATIVAS AFINES AL PROCESO DE LA ADOPCIÓN

CONTEXTO DE LA ADOPCIÓN: EL TERTIUM COMPARATIONIS

El marco global por el cual ambos sistemas jurídicos sub estudio son congruentes, constituyen básicamente el Convenio entre la Secretaría Técnica de Adopciones (hoy oficina de adopciones del Perú) y la asociación Luxemburgo-Perú.[85]

LA ADOPCIÓN SIMPLE Y LA ADOPCIÓN PLENARIA EN LA LEGISLACIÓN LUXEMBURGUESA

En el Derecho Clásico -sin contar la diferencia anteriormente aludida entre la adrogación y la adopción propiamente dicha, relativas, respectivamente al SUI IURIS y al ALIENI IURIS, se llegó a distinguir entre la adopción PLENA en cuya virtud el adoptado queda colocado, sustancialmente, en la condición de hijo legítimo del adoptante y la adopción MENOS PLENA, por obra de la cual el adoptante sólo viene obligado a alimentar y educar al ADOPTADO.[86]

Esta distinción ha ido desapareciendo del Derecho Moderno. El Código Peruano de 1936 la mantuvo, pero el nuevo CC de 1984 elimina la adopción menos plena.

---

85 Reconociendo que la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 señala que la adopción entre países puede ser considerada como una alternativa para el cuidado del niño, si es que el niño no puede ser ubicado en una familia adoptiva local ni puede ser cuidado de una manera efectiva en su país de origen, reconociendo el C.N.A. del Perú, reconociendo el principio del interés superior del niño como fundamento de base interpretativa, teniendo presente que el menor adoptante deberá tener las seguridades equivalentes, LA S.T.A. PERÚ CELEBRO EL CONVENIO DEL 16 DE AGOSTO DE 1994 CON LA ONG LUXEMBURGUÉS ASOCIACIÓN LUXEMBURGO-PERÚ.(Convenio entre la S.T.A. - Perú y la Asociación Luxemburgo-Perú. ONG-Luxemburgo).

86 La adopción -que como figura del Derecho Familiar Universal tiene muy antigua raigambre- la incorporó el Derecho Romano en las formas de la Adrogatio, la adoptio y la adoptio minus plena; la misma concepción se adoptó en Perú y fue conocida en el Derecho Colonial y acogida por el primer Código Civil Republicano de 1852 que la reguló sobre el modelo del Código Napoleónico; empero, ya en el seno de la comisión reformadora de ese código, se planteó -especialmente por el señor Solf y Muro- la posibilidad de eliminarla, más por el contrario la decisión finalmente fue de mantenerla por mucho que no existiera en otras codificaciones importantes de la época. A ella está dedicada el título IV de la sección cuarta del Libro de Familia que la admite en la doble variedad de adopción plena y menos plena.
Véase Derecho Familiar Peruano. Héctor Cornejo Chávez. Pag. 61-62. 7ma. Edición. 1988.

En otras legislaciones como la francesa, en cambio sí se acepta esta modalidad; la legislación Luxemburguesa (Código Civil del Gran Ducado de Luxemburgo de 1838) es eminentemente de recepción Napoleónica (Código Civil de Napoleón) la contiene casi original y textualmente; así mismo las modificaciones legislativas precedentes advierten la inspiración de la Legislación Francesa y Belga, ambas del modelo Legal francés imperante en Europa.[87] La Ley del 13 de junio de 1989 relativa a la reforma de la Adopción por la que anula el título VIII del 1er. Libro del C.C. Luxemburgués contiene a la Adopción Simple y Adopción Plenaria.

En la legislación luxemburguesa, se advierte normas tales como:

- La edad: (persona mayor de 25 años para acceder a la adopción simple (Art. 344-C.C.L.) y además en caso de la adopción plenaria que el cónyuge advierta 21 años y ambos difieran en 15 años con respecto al menor que se proponen adoptar) eminentemente de recepción napoleónica a diferencia de nuestro sistema jurídico de tradición Romanista que advierte la conveniencia de facilitar la adopción y evitar los abusos e inconveniencias. En nuestro Código Civil no se consignó directamente la edad de 18 años para evitarse modificar el Código si hubiera variación en la mayoría de edad.[88]

El art. 347 del C.C. Luxemburgués advierte la peculiaridad textual de plena libertad de adoptar para quienes cuentan con hijos legítimos, naturales o adoptivos sin restricción alguna. Aventurarme a afirmar plena similitud con nuestro sistema sería bastante ligero aún al no existir en forma expresa restricción alguna con nuestro ordenamiento legal, pero cabe la posibilidad de considerar a partir del proceso administrativo de adopción estipulado en el D.L.26102 C.N.A. Art. 143 la restricción de carácter socio-económico deducido de los informes previstos en el Reglamento de Adopciones, así mismo considero viable efectivizar restricciones aplicando el art. 130 del D.L.26102 C.N.A. - acerca de la subsidiaridad de la adopción por extranjeros- y para el caso específico de Adopción Internacional concordante con el Art. 21 inciso "b" de la Convención sobre los Derechos del Niño. Especulaciones que -

87 In the First Grand Dukes of Luxembourg the Napoleonic Legislation Stayed in force even after the Netherlands introduced new codes in the field of civil Law on its own territory in 1838. Nevertheless, the main part of the codes still contains the original text of the Napoleonic times. The modifications of the codes were generally inspired by legislative precedents in France o Belgium. In this context one should recall that Belgium is also strongly influenced by French legal models TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE. EDITORS AS HARTKAMP, M.W. HESSELINK and others. Ob. cit. p. 101.

88 "No sólo cuando uno adopta sino también cuando arroga debe ser mayor que aquel a quien para sí hace hijo por la arrogación o por la adopción, por lo que debe aventajarle el tiempo de plena pubertad, es decir 18 años **"D. 1.7.40.1".** "Conviene que el de menor edad no pueda adoptar al de mayor, pues adopti enim naturam imitatur..."
En las legislaciones modernas se advierte al respecto una variedad, pues, aunque casi todas coinciden en los 18 años, la de Méjico para el distrito y territorios federales señala los 17 años; Brasil señala 16 años; Francia y Luxemburgo por cierto señalan 15 años. (Code Napoleónico)

si bien debidamente sustentadas - difieren del marco de la tradición jurídica y de la raigambre recepcionista del Código Napoleónico en la que estamos inmersos.

Nuestro Código Civil vigente en su art. 348 inc. 3 previene que "**cuando el adoptante sea casado concurre el asentimiento de su cónyuge**" a diferencia y similitud en parte in fine del Art. 348 del C.C. Luxemburgués. Del tenor literal del inciso bajo consideración y cuya fórmula es semejante a la de otros Códigos como los de Italia - Alemania - Venezuela - Chile, no se desprende que se HAYA ACOGIDO LA SALVEDAD QUE HACE LA LEY FRANCESA Y POR TRADICIÓN LA LEY LUXEMBURGUESA **"de manifester sa volonté du s'il y a separation de corps entre les époux"** (Art. 347 modificado por ley del 19 de junio de 1923 del C.C. francés) concordante (Art. 348 modificado por ley del 13 de junio de 1989 del C.C. Luxemburgués). Interpretación eminentemente de recepción napoleónica.[89]

El Art. 350 del C.C. Luxemburgués [90] prevé una edad mínima para el adoptante (3 meses de vida), a partir de la cual recién puede iniciar una demanda de adopción, **este criterio es adverso a nuestro sistema**, puesto que en el C.N.A. en su título preliminar Art. I y III advierte que desde la concepción el niño es sujeto de derecho no conteniendo edad mínima. (viable en los casos de excepción, más no así para los procesos previos de declaración de estado de abandono, los mismos que - por la propia tramitación- definitivamente excederán incluso de los 3 meses para encontrarse habilitados para la Adopción). La coherencia de este artículo obedece al Art. 368 -1 inc. 4to.del C.C. Luxemburgués que establece un plazo previo en la declaración de estado de abandono, diferencia advertida frente a nuestro sistema.

El Art. 351 y 351-1 del C.C. Luxemburgués prevé una especie de **ratificación** en el sentido de "prestar consentimiento" establecida la filiación del adoptante con respecto al padre y a la madre del menor, **norma en esencia semejante a nuestro sistema** donde tal vez se advierte con mayor minuciosidad en los arts. 145 inc. a y b del D.L.26102 C.N. A, pero donde se supone tácitamente el asentimiento de los demandantes a través del Proceso Único conforme al Art. 152 C.N.A. Una norma peculiar es advertible en el Art. 351-2 del C.C. Luxemburgués

89 Al respecto Héctor Cornejo Chávez en su Libro Derecho Familiar Peruano advierte la diferencia de nuestro ordenamiento con el Sistema Jurídico Luxemburgués, al afirmar que la circunstancia adoptada por el Legislador peruano exige en **todo caso** el CONSENTIMIENTO CONYUGAL, pues revela que no le preocupa sustancialmente el desmedro de la expectativa hereditaria y ni siquiera la introducción en el hogar de un extraño (pues que dentro de un estado de separación de cuerpos no existe hogar común), sino que sólo ha atendido a la circunstancia de que la adopción hecha por uno de los cónyuges, al crearle la carga de obligaciones pecuniarias -especialmente en orden a los alimentos- afecta más o menos directa y considerablemente los derechos del otro. **Ob. cit. pág. 73**.

90 Se entiende que contiene a la modificación por ley del 13 de junio de 1989 relativa a la reforma de la Adopción.

objetivamente viable y que facilita los mecanismos de adopción frente al fallecimiento de los padres, **bastante semejante** a nuestro sistema (Art. 145 inc. b, D.L.26102 C.N.A. del "régimen de excepcionalidad").

Los Arts. 351-3, 352 y 353 del C.C. Luxemburgués entrelazan aspectos previos a la declaración de abandono con la adopción en sí. En el fondo pareciera advertir cierta similitud, pero definitivamente nuestro sistema es puntual y diferenciado independientemente en su tramitación.[91]

Del análisis sub estudio se advierte efectos tanto en la Adopción Simple como en la Plenaria accesible a compararse con nuestro sistema, bajo los siguientes considerandos:

En principio y en nuestro sistema jurídico la norma expresa del Art. 128 del D.L.26102 C.N.A. conglomera sintéticamente a todos los efectos, en consecuencia, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza y el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Particular diferenciación en la adopción simple del sistema jurídico luxemburgués se advierte al:

1) Emitirse por mandato del tribunal y a pedido de los interesados la orden de decretarse que el adoptado CONSERVE SUS APELLIDOS.

2) Cuando hubiera un sólo adoptante o cuando falleciera uno de los 2 adoptantes se tendrá a una administración legal bajo control Judicial.

El sistema jurídico peruano prohíbe la unión entre afines en línea recta, entre colaterales por consanguinidad y la del Adoptante con el Adoptado con propia similitud se advierte en el C.C. Luxemburgués con la peculiar diferencia precisamente para una adopción simple de la "GRACIA" de suspender las prohibiciones en "CAUSAS GRAVES" y a criterio del Gran Duque

[91] El consentimiento de los padres es consustancial, pues ellos son los directos y profundamente afectados por la Adopción, este sustento de nuestro sistema **se contrapone** a la peculiar determinación del sistema luxemburgués en el sentido de otorgar a los adoptantes la facultad de solicitar al tribunal hacer caso omiso a la "NEGATIVA ABUSIVA DE LOS PADRES" a fin de que apruebe la adopción que en definitiva es una norma adversa y que atenta al debido proceso.
El asentimiento del adoptado está expresa o implícitamente contenido como requisito exigible en la mayoría de las legislaciones con sólo la variación de la edad promedio que en nuestro sistema es de 10 años y en el sistema luxemburgués es de 15 años; es perceptible la influencia de Roman Law a través de una antigua regla que ya funcionaba en el Digesto y que reprodujeron las Partidas [91]. La razón de esta exigencia es obvia, pues no hay más interesado en la adopción que el propio adoptado y desdeciría el prescindir de su opinión para otorgarla por padre o madre a personas que él rechaza.

de Luxemburgo así como de "suspender" la prohibición del adoptado entre el adoptado y el cónyuge del Adoptante, por fallecimiento de quien sea originario de la filiación parenteral. Carácter diverso advierte la adopción simple en Luxemburgo frente a nuestro ordenamiento legal en lo que respecta a la condición del adoptado como sucesor legítimo en una herencia con respecto a los ascendientes del adoptante, negándole taxativamente todo derecho sucesorio y limitándole a sólo su entorno (familia y descendientes). Circunstancia que contraviene con la esencia de legitimidad paterno filial que le corresponde al adoptado conforme lo reconoce la Convención de los Derechos del Niño.

Peculiar característica es perceptible en la tramitación de estilo previo a autorizarse la Pre-adopción en Luxemburgo particularmente cuando un Luxemburgués se propone adoptar a través de la Asociación Luxemburgo Perú, se trata de la expedición del ***certificado de capacidad jurídica para adoptar otorgado por la Fiscalía del Tribunal Distrital del gran Ducado de Luxemburgo*** en donde se advierte que el adoptante reúne todas las condiciones previstas por la Ley Luxemburguesa y en particular por los arts. 343 al 366 del C. C. Luxemburgués para efectuar una adopción simple.[92]

DE LA REVOCACIÓN

La ley del 13 de junio de 1989 relativa a la reforma de la Adopción contiene a la Revocación y otorga la potestad de formularlo al adoptante, siempre y cuando esté incurso en la modalidad de adopción simple, al adoptado; o al Ministerio Público. Particular análisis merece la facultad del adoptado mayor de 15 años quien puede proseguir la revocación de la adopción o caducarla en forma personal y sin necesidad de asistencia a diferencia de la adopción plenaria que no accede a la revocabilidad, **a fin al principio** que nos asiste en nuestro sistema donde la adopción es irrevocable.

El de que la adopción es irrevocable (art 380 del C.C. peruano**),** responde a la naturaleza y finalidad de la figura, sobre todo si, como ocurre en el nuevo texto sustantivo, se busca equiparar en lo posible la filiación adoptiva a la consanguínea que, en tesis general, es un

92 (COLOPENDRA EIRL. G L de A - Traductora Pública juramentada). Fs. 59 Exp. 66-96 Adopción Juzgado Civil de Familia, Distrito Judicial de Ayacucho. Dmdte.: J M W L.

hecho que la voluntad de los particulares no puede destruir: *"se es hijo o no se es, pero si se es, entonces lo es para siempre",* esta norma genera algunas reflexiones.

En la doctrina jurídica, la revocación de la adopción - entendida como declaración unilateral de voluntad o retractación - no es unánimemente aceptada; ***Ruggiero*** la rechaza, sobre la base de:

- que la adopción crea ***un vínculo familiar***, como tal, es por su misma naturaleza indestructible;

- que, si los fines perseguidos con la adopción fracasan en un caso concreto, deben ser suficientes las sanciones que la ley establece para el supuesto del abuso y la Patria Potestad.

- que el *vínculo no es únicamente creación de las voluntades privadas, sino también situación jurídica creada "en beneficio del niño" siendo interviniente el Estado y a través de la investidura del Magistrado*.

Juan Morales Godo, citando a Abbagnano advierte la trascendencia del ***"vínculo"*** y refiere: "el hombre debe pues, llegar a esclarecer esta conexión, debe percibir el vínculo que lo liga a los demás en la interioridad misma de su Yo, para poder tomar su verdadero puesto en la comunidad, para ser y trabajar de acuerdo con ésta. Y hacia esto lo pone en camino el existencialismo, *mostrándole la conexión especial de la existencia con la coexistencia y la imposibilidad del aislamiento, que empobrece y anula la vida misma del Yo*".

Pese a estas razones, la generalidad de la doctrina y de las leyes positivas admiten con mayores o menores restricciones, ***la revocación de la adopción***: unas veces, a instancias del adoptado; otras veces a iniciativa del adoptante (Italia, Venezuela, Méjico); y, en fin, raramente a instancia del tercero (como ocurre en la ley chilena, que permite plantear la acción revocatoria a los ascendientes y descendientes legítimos del adoptado, si éste no recibiera beneficio alguno de la adopción).

En lo que concierne a la posibilidad de poner fin a la adopción por mutuo acuerdo de adoptante y adoptado, ***es evidente su improcedencia***, porque no fue la sola voluntad de ellos, sino una resolución Judicial, lo que dio origen al vínculo; ni es tampoco el hecho de

que, en el proceso de la adopción, cuentan sólo los intereses del adoptante y adoptado, sino legítimos derechos sociales.[93]

La acción de revocación en el sistema luxemburgués adopta precauciones en su interposición, en la etapa probatoria y en la sentencia regidas básicamente por las normas del ordenamiento procesal y de la competencia, esta pretensión será discutida en audiencia y siempre se tendrá en cuenta al Ministerio Público.

DE LA NACIONALIDAD Y LAS LEYES QUE LA SUBYACEN

En lo concerniente a los efectos de la Adopción la Ley Luxemburguesa es explícita al señalar que estos se regirán por la ley nacional del adoptante y en lo que a nuestro sistema corresponde, la Adopción sólo produce efectos entre las partes a partir de la sentencia o resolución de homologación o desde la suscripción del acta; pero no puede ser opuesta a terceros sino desde la transcripción del acto en el Registro del Estado Civil (Libro de Nacimiento). Aun no existiendo normas explícitas en el Código Civil Peruano, es evidente que, en lo que atañe a las relaciones entre adoptante y adoptado, la figura comienza a surtir sus efectos desde el momento en que queda firme la resolución Judicial aprobatoria.

En cambio, una suerte de revocación aparece permitida al propio hijo adoptivo en el artículo 385 del Código Civil Peruano, según el cual "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 realidad, sin embargo, no es éste un verdadero caso de revocación, es decir, “que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio”.

En efecto, si se trata de un menor de diez años o de un mayor incapaz, ellos no expresaron en forma alguna su voluntad. Por ellos dieron su consentimiento los padres o se oyó al Curador. Si, salido a la mayoría o terminada su incapacidad, el adoptado, ahora sí libre y conscientemente, expresa que no quiere ni quiso nunca la adopción, no está revocando su voluntad - la que se supuso en él -, sino manifestando, sólo ahora, la que realmente tiene.

93 Esta afirmación se observa Hoy bastante débil, puesto que frente a la Ley 26981 es posible hasta conjeturar consecuencias afines a la probabilidad de admitirse una revocación de la adopción por mutuo acuerdo, en razón de que explícitamente esta norma aludida no la contiene.

Si, en otro supuesto, se trata del adoptado mayor de diez años, es cierto que asintió, pero lo es también que la misma ley considera esta voluntad insuficiente o inmadura y por eso exigió otros consentimientos. Llegado a la mayoría de edad, su verdadera voluntad es, sólo ahora, plenamente válida; y no sería justo que, no oyéndosela, se le obligara a mantenerse en un status que no quiere y que nunca quiso válidamente.

Ya Las Partidas (Ley 5, Tit. XIX, Partida 6) establecían que *"cuando el menor de edad es porfijado de tal ome, que le muestre malas maneras, o que le desgaste lo suyo, puede pedir al juez del lugar, que le torne en aquel estado en que era ante que le ouiesse porfido, o el juez deuelo fazer".*

Respecto a la impugnación Judicial de la adopción, como proceso concluido es pertinente recordar que el Código de 1936 la permitía, si bien bajo la inexacta denominación de revocación, "**a instancia del adoptado si existen justos motivos, y a instancia del adoptante en caso de ingratitud del adoptado**".

El nuevo Código, sin embargo, no ha reproducido esta norma; y, en nuestro concepto, ha hecho bien en no admitirla, para guardar consecuencia con la asimilación de la cognación civil a la consanguínea. Si los motivos que el adoptante o el adoptado pudieran tener para repugnar el vínculo se refirieran a la conducta o comportamiento del otro, las vías de la desheredación o de la indignidad sucesoria, o, en su caso, la restricción del derecho alimentario- serían las vías legales de sanción. Nada de esto impide la impugnación de la Adopción efectuada como proceso concluido, con infracción de la Ley o con vicios susceptibles de acarrear la invalidez del acto Jurídico.

Menos claro es el caso de una nueva Adopción del mismo hijo por otro adoptante mientras vive el primer adoptante. Si se reúnen los requisitos del artículo 378, incluso el del consentimiento del o de los padres adoptivos, ¿podrían éstos o aquél dar en adopción al mismo hijo a otro adoptante?

¿Y en caso del fallecimiento del primer adoptante?

Se podría argüir, en favor de tal posibilidad, algún antecedente histórico, así como que la ley no lo prohíbe (y nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, según el mandato

Constitucional); pero la vocación de permanencia del vínculo cognaticio, además del valor "vínculo" advertido por Ruggiero, definitivamente nos conducirá a una respuesta negativa, y preferentemente si consideramos una conceptuación apropiada y de acuerdo a la Convención de los derechos del niño a partir del cual se afirma: *"la adopción es un acto de amor que crea un vínculo irreversible entre los niños y adolescentes y la pareja dispuesta a integrarlos dentro de su familia. Técnicamente, la adopción es una medida de protección a los niños y adolescentes a través de la cual se establece bajo la vigilancia del Estado, una relación paterno filial irrevocable entre personas que por naturaleza no la tienen. Como consecuencia de la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante con iguales derechos y obligaciones que los hijos biológicos dejando de pertenecer a su familia consanguínea"*.

La Ley Luxemburguesa acerca de la nacionalidad del 11 de diciembre de 1986 en su Art. 2 refiere que adquiere la nacionalidad luxemburguesa.

Inc. 1 El niño nacido que ha sido objeto de una Adopción plena por un luxemburgués.

Inc. 2 El niño menor a 18 años que ha sido objeto de una Adopción simple por un luxemburgués cuando es apátrida o cuando, después de la Adopción, pierde su nacionalidad de origen por efecto de la Ley extranjera.

Es oportuno citar al art. 5 por el cual la condición de luxemburgués se adquiere por nacionalización o por OPCION.

DE LA OPCION

(La Ley del 11 de diciembre de 1986), en su Art. 19 refiere que se adquiere la condición de luxemburgués por opción cuando el niño ha sido objeto de una adopción simple por un luxemburgués y que en ese momento no ha perdido su nacionalidad de origen.

Acerca de la pérdida de la condición de Luxemburgués el art. 25 de la Ley del 11 de diciembre de 1986 en su inc. 4 figura al margen de la declaración de renuncia al niño menor de 18 años adoptado por un extranjero o por extranjeros siempre que la nacionalidad del adoptante o de uno de ellos le sea adquirida por efecto de la Adopción o que haya tenido esta

nacionalidad. No pierde la nacionalidad luxemburguesa si uno de los adoptantes es extranjero o si el cónyuge del adoptante extranjero es luxemburgués.

Merece peculiar distinción la ley de 7 de junio de 1989 relativa a la modificación de los nombres [94] y apellidos de las personas que adquieren o recuperan la nacionalidad luxemburguesa.

DEL PROCESO DE ADOPCIÓN

El *ad quo* competente en nuestro sistema es el Juez de familia y preferentemente el mismo que conoció el proceso de abandono [95] a diferencia del Sistema Luxemburgués en cuya labor jurisdiccional está el tribunal del distrito. El inicio de la adopción se cumple a partir de la interposición de la Demanda por ante el tribunal y autorizada por abogado a diferencia de nuestro sistema en la cual sólo la STA enviaba el informe completo (expedientillo administrativo) al Juzgado especializado de Familia sin requerir interponer una demanda con las formalidades de estilo salvo los casos excepcionales donde sí supone formalmente de la necesidad de interponer demanda.[96]

---

94 LEY DEL 7 DE JUNIO 1989 RELATIVA A LA MODIFICACIÓN DE LOS NOMBRES Y APELLIDOS DE LAS PERSONAS QUE ADQUIEREN O RECUPERAN LA NACIONALIDAD LUXEMBURGUESA

Art. 1. Cualquier persona que presenta una solicitud de naturalización, una declaración de opción o una declaración de recuperación de la condición de luxemburgués puede solicitar la modificación sólo de su apellido, y sus nombres, o de uno de ellos, de sus nombres o de uno de ellos, cuando su consonancia extranjera puede perturbar la integración en la comunidad luxemburguesa del que los lleva.

Art. 2. La modificación de un apellido consiste en el cambio necesario de este apellido para hacerle perder su consonancia extranjera.

La modificación de un nombre consiste en la substitución a ese nombre de un nombre usado en el Gran Ducado de Luxemburgo.

Art. 3. Cualquier persona mencionada en el artículo 1 que no posee nombre debe solicitar la atribución de un nombre usado en el Gran Ducado, aunque no pida la modificación de su apellido.

Art. 4. Las personas mencionadas en el artículo 1 pueden solicitar la modificación de los nombres de sus hijos menores de 18 años sobre los cuales ejercen la patria potestad, como progenitores o adoptantes.

Si estos menores no poseen nombre, deben solicitar se les atribuya un nombre usado en el Gran Ducado de Luxemburgo.

Art. 5. Las personas mencionadas en el artículo 1 cuyo apellido comporta dos o varios componentes pueden solicitar la atribución de uno de estos componentes como apellido. Pueden solicitar igualmente la modificación de este componente.

Art. 7. La modificación del apellido corresponde, de pleno derecho, al niño menor de 18 años cuyo progenitor o adoptante que ejerce sobre él la patria potestad adquiere voluntariamente o recupera la nacionalidad luxemburguesa.

Art 8. Las decisiones sobre modificación o atribución de apellido o nombres surten efecto en un plazo de tres meses, a partir de su publicación en el Diario Oficial.

Durante este plazo, toda persona derechohabiente está autorizada a presentar una solicitud al Gobierno para obtener la revocación de la decisión que autoriza la modificación o la atribución.

Si juzgan fundado el reclamo, el Gobierno pronuncia la revocación.

Si no hay oposición o si las que han sido hechas no han aceptadas, la decisión que autoriza la modificación o la atribución surte efecto pleno al vencimiento del plazo de tres meses.

Se hace mención de la decisión, después de su entrada en vigencia, al margen del acta de nacimiento de la persona en referencia.

Art. 9. Las solicitudes de modificación o de atribución hechas de conformidad con la presente ley no son objeto a ningún otro impuesto que el que está previsto por ley sobre la nacionalidad luxemburguesa.

En lo que concierne específicamente a la Adopción (art. 2 in fine) los adoptantes luxemburgueses **deberán obligatoriamente solicitar la modificación** del nombre del Niño Peruano adoptado pues la exigencia de la Ley Luxemburguesa es determinante y clara... la modificación de un nombre consiste en la substitución del nombre originario (Partida de Nacimiento) por la de un nombre de uso y léxico afín EN EL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO".El contexto de la nacionalidad luxemburguesa contiene a la legislación nacional y convenciones internacionales, dispositivos legales por las cuales se encuentra debidamente delimitada.

95 Desconociendo sólo para efectos comparativos a la ley 26981.

96 Modificado sin prerrogativas afines por la Ley 26981.

Además, en caso de tener más de 15 años el adoptado se requerirá previamente su asentimiento o en todo caso el consentimiento de las personas a cargo del niño, si son varias, se le faculta al abogado a emitir una certificación por escrito con lo cual se evidenciará el consentimiento de aquellos. Al haberse obviado necesariamente el tribunal exigirá documento notarial o declaración ante el Juez de Tutela [97] del lugar de domicilio del interesado.

Acerca del Consejo de Familia, la Ley Luxemburguesa no prescindirá de su participación a través del acta el cual será suscrito y presentado en original al tribunal previa verificación de la fecha de presentación y originalidad del documento por el escribano.

Nuestro sistema jurídico en el D.L.26102 C.N.A. trata acerca del consejo de familia, en el Art. 119 (Art. 115 TUO del C.N.A) [98] está enmarcado dentro de la misma concepción por pertenecer ambos a la misma tradición jurídica pero lamentablemente no se advierte explícitamente en el proceso de la Adopción Peruana constituyendo grave atentado a la garantía de un Debido Proceso.

Simplemente debo referirme a la similitud de funciones del MINISTERIO PUBLICO adecuado en razón de la suscripción de ratificación de ambos países a la Convención de los Derechos del Niño[99] (Convenio S.T.A.).

Las funciones del Tribunal Luxemburgués están íntimamente relacionadas con la **inmediación** como principio de nuestro sistema procesal y por el cual está facultado a disponer todos los actos necesarios para un debido diligenciamiento.

La evidencia divergente en este proceso está en el fallo, la misma que determinará cuando la adopción es simple y cuando plenaria, además advertirá caracteres los cuales en nuestro

---

97 Se evidencia la existencia de un Juez de tutela que específicamente atenderá los asuntos de tutela curatela, más no así de guarda, el cual ya será atendido por el tribunal conjunto al proceso de declaración de abandono.

98 **Art. 119 C.N.A. (Art. 115 TUO del C.N.A). Finalidad**. Habrá Consejo de Familia para velar por la persona e intereses del niño o adolescente que no tenga padre ni madre o cuando éste se encuentre incapacitado conforme lo dispone el artículo 619 C.C.

99 Se advierte que el proceso de declaración de estado de abandono contiene caracteres más puntuales y de aparente mejor garantía procesal en plazos, notificaciones, resoluciones debidamente motivadas, cosa juzgada, doble instancia, intervención del Ministerio Público (Fiscal), como organismo protector de los derechos del niño mas no acusador (tal como nuestro sistema advierte en el campo penal).
José Roberto F. Santoro, en el sumario da Palestra denota aspectos puntuales de las funciones del Ministerio Público en los países suscribientes de la Convención de los Derechos del Niño y en los que se encuentran incluidos Perú y Luxemburgo, ciertamente él afirma: "**Finalmente há que se apont que foi conferido ao Ministério Público a funcâo de ombusman."** Como se observa do rol de competencias, atribucoes e instrumento conferido as Ministério Público, que ressalte-se, ñâo se esgola nos acima elencados, a assertiva colocada anteriormente, de que o Ministério Público como instituicâo basilar, no sentido de instituicâo responável pela promacâo, operacionalizacâo e correta aplicacâo da norma, assim como realcou a expôs os novos rumbos e caminhos que o Ministerio Público deve tomar, como e enquanto instituicâo que serve de elo de ligacâo entre o governo e a sociedade civil é correta.

sistema no lo tomamos en cuenta como son: NOMBRES debidamente asignados, FECHA en la cual se peticionó la adopción.

Trascendentalmente el FALLO en un proceso de Adopción Luxemburgués es INAPELABLE, pero es permisible la concesión del recurso impugnatorio de APELACIÓN al FISCAL o cualquiera de las partes referente a los puntos que fundamentaron la QUEJA.

En nuestro procedimiento (sistema jurídico peruano), se concedía apelación el Art. 149 del D.L. 26102 C.N.A. pero sin hacer mención a quienes deben apelar. Existe notoria diferencia en los plazos previstos para este procedimiento en ambos sistemas, mientras que para nosotros se procura minimizar en lo posible el plazo. En Luxemburgo la tramitación de la apelación contiene hasta 2 meses para la vista de la causa; hasta 40 días para solicitar la anulación de la sentencia de adopción sea por el Fiscal o las partes; hasta un año a partir de la inscripción de la sentencia para ser admitida una tercería.[100]

El Ministerio Público es la entidad protectora de los Derechos del Niño conforme al convenio de los países suscribientes en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, y en Luxemburgo es quien deberá solicitar la inscripción en los Registros del Estado Civil del distrito Judicial, a fin de que se expida el certificado de nacimiento a diferencia de nuestro sistema que para el caso sub estudio corresponde a **solicitar** a las partes y **autorizar** al Juez de Familia a cargo de la causa.

DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DEL ESTADO CIVIL

Tanto la ley luxemburguesa como el C.N.A. prevé la inscripción en el Registro del Estado Civil, en nuestro sistema a cargo del Juez Especializado de Familia y en el sistema luxemburgués a petición del Fiscal (Ministerio Público).

Cuando el adoptado hubiera nacido en el extranjero (Vgr. Perú) se realizará la inscripción en el Registro[101] de la ciudad de Luxemburgo, con la obligatoriedad de modificar - si fuera el

[100] **Art. 13, título sexto del Procedimiento - del convenio S.T.A. Luxemburgo-Perú**. Los solicitantes deberán viajar al Perú en un plazo máximo de treinta (30) días útiles luego de haber realizado la confirmación de adoptar al niño o adolescente propuesto. Es obligatorio que ambos padres estén presentes hasta la ratificación Judicial de la Adopción. **Transcurridos 30 días útiles desde la ratificación judicial**, bastará la presencia de uno de los cónyuges para concluir los trámites de la adopción, siempre y cuando cuente con poder suficiente del otro cónyuge de acuerdo a la ley peruana.

[101] **Inscripción de la adopción.** "Terminado el procedimiento -preceptúa el artículo 379 in fine-, el juez oficia el registro del estado civil respectivo para que se extienda nueva partida de nacimiento del adoptado, en sustitución de la original. La partida de nacimiento del adoptado, en sustitución de la original. La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales."

caso- los nombres de pila originarios (pre-nombres) con los de uso frecuente y de características de Luxemburgo.[102]

Al margen del articulado de nacimiento (anotación marginal) se procederá a inscribirse el Fallo Luxemburgués, circunstancia la cual en nuestro sistema jurídico está prohibido por DS JUS; similar procedimiento acontece con la inscripción conjunta al fallo de Adopción en anotación marginal de la REVOCACIÓN DE LA ADOPCIÓN SIMPLE luxemburgués.

INGERENCIA COMPARATIVA: OFICINA DE ADOPCIONES Y LA ASOCIACIÓN LUXEMBURGO-PERÚ

Nuestro sistema jurídico advierte la posibilidad al margen de la S.T.A. hoy oficina de adopciones, de permitir la accesión de entidades privadas, pero, por el orden de prevalencia y del espíritu de la Ley sólo el Organismo Estatal de la S.T.A. se desempeñó como la autoridad central de carácter normativo y de control, Hoy, la oficina de adopciones advierte las mismas funciones.

La Asociación Luxemburgo-Perú es una entidad no gubernamental sin fines de lucro reconocida como tal por el gobierno luxemburgués desde el 19 de abril de 1991 y registrada en el Ministerio de la Familia de Luxemburgo como institución que coordina las adopciones

La idea básica contenida en esta norma fue tomada también de la ponencia del anteproyecto; y refleja el propósito, ya varias veces señalado, de asimilar al máximo posible la condición del hijo adoptivo a la del consanguíneo, al punto de que, al menos desde el punto de vista de la ley, no sea necesario siquiera que el propio adoptado llegue a saber que tal es su condición.
Como ya se expresó oportunamente, esta asimilación es materia de controversia; y contra ella una corriente de pensamiento propugna el derecho del adoptado de saber quiénes son sus verdaderos padres. Si el desconocimiento de este dato ha de pesar en el ánimo del legislador menos o más que la necesidad de evitar al hijo adoptivo, si fue prohijado en tierna edad, sobre todo, los traumas del descubrimiento posterior de su verdadera filiación, es, por cierto, asunto de ponderación por la legislación de cada país. El nuevo texto civil no sanciona ni prohíbe que se informe al hijo acerca de quiénes son sus verdaderos padres, pero no lo manda, ni lo propicia.
Sin embargo, el texto final del artículo 379, al disponer que en todo caso se extienda nueva partida de nacimiento en sustitución de la original, se aparta del pensamiento del ponente, quien propuso la extensión de una nueva partida sólo cuando la adopción sea efectuada por dos cónyuges, pues entonces son ellos los que aparecen en la nueva partida como padre y madre del adoptado; mas no cuando sólo es prohijado por una sola persona, varón o mujer, pues entonces la nueva partida "de nacimiento" contendría sólo el nombre de un "progenitor". El anteproyecto sugería que en ese supuesto no se sustituyese la partida original, sino que al margen de ella se anotará el hecho de la adopción.
Art. 881, inc. 4to. De la Adopción Luxemburguesa
Conviene señalar, en fin, que, si la adopción queda sin efecto, por aplicación del artículo 385 ya analizado, la partida original recupera vigencia sin efecto retroactivo, como lo recupera la propia filiación consanguínea, haciéndose la inscripción del caso por mandado judicial (artículo 385 in fine).
Caracteres de la adopción. Aparte de los caracteres implícitos en cuanto se lleva expresado al tratar del concepto y los requisitos de la adopción, ésta reviste en nuestra ley otros tres de particular importancia, a saber:

a) **El de que no puede hacerse bajo modalidad alguna** (artículo 381).
Se trata de un acto jurídico puro y simple: o se hace no se hace, pero no puede hacerse bajo condición, plazo ni modo. Lo contrario desvirtuaría la figura y diluiría la semejanza que la ley quiere establecer entre la cognación civil y la consanguínea.

b) **El de que la adopción es irrevocable** (artículo 380)
Si bien este carácter responde a la naturaleza y finalidad de la figura, sobre todo si, como ocurre en el nuevo texto sustantivo, se busca equiparar en lo posible la filiación adoptiva a la consanguínea -que, en tesis general, es un hecho que la voluntad de los particulares no puede destruir: se es hijo o no se es, pero si se es, se lo es para siempre-, esta norma de la ley suscita algunas reflexiones.

[102] Ley del 7 de junio 1989 relativa a la modificación de los nombres y apellidos. art. 2, 3 y 4to.

con el Perú. La diferencia como tal es clara, el sistema luxemburgués contiene a una ONG (asociación) como entidad privada.

El Reglamento de la Ley General de Adopción de Menores (D.S. 018-93-IUS) en su capítulo II del Título VI de los requisitos para adoptar y en su Art. 33, prevé la obligatoriedad de someter a calificación los documentos conforme al Art. 32, además de la autorización oficial de su país para adoptar un niño. Toda la documentación deberá estar traducida al español por traductor público juramentado, con visación de las autoridades oficiales. La Ley 26981 supone una reglamentación que advierta los mismos considerandos.

Luxemburgo a través de la asociación (Luxemburgo-Perú), reconocida oficialmente, viabiliza la documentación pertinente obteniendo luego - previa calificación- la autorización por parte del Ministerio Público. De ello cabe advertir que la legislación luxemburguesa requiere necesariamente de una tramitación administrativa previa a ser aprobada por el fiscal para proseguir procesalmente con la adopción.

Singularmente existen muchos aspectos comparativamente semejantes explícitamente en los requisitos entre los países materia de estudio, de lo que se denota también ciertas divergencias y/o peculiaridades, entre ellas:

La Asociación Luxemburgo-Perú exige toda la documentación administrativa del preadoptantes (ambos cónyuges) para gestionar la declaración de capacidad legal para la ADOPCION PLENARIA en su defecto sólo se autorizará una ADOPCION SIMPLE.

Nuestro sistema jurídico no prevé taxativamente el requerimiento de los cónyuges preadoptantes. Puede la S.T.A. admitir a trámite un expediente que contenga a **sólo una persona** (el adoptante).[103]

[103] **Fojas 6 del Expediente N 66-96, Juzgado de Familia - Huamanga.**
Señora presidenta del Directorio de la Secretaría Técnica de Adopciones
Mrs. C P
Av. Benavides 1155.LIMA (Perú)
Luxemburgo, 25/4/1996
Ref.: Exp. N 029-ALP
Pre-adopción Unipersonal Sra. NN.
Señora presidenta,
Nos es grato comunicarle que, en Sesión de Directorio, y con aprobación del Comité de Adopciones de nuestra representada, ha sido calificada la solicitud de pre-adopción de la: ***Sra. NN***
Por lo que con sujeción al Convenio de adopción de fecha 16 de agosto de 1994 y con la documentación pertinente, alcanzamos a Usted, para el trámite de pre-adopción.
Atentamente,
R B H F A S

Es apreciable un mayor celo jurídico procesal en la legislación Luxemburguesa a partir de la gestión administrativa, donde para acceder a una adopción en Luxemburgo se requiere además de los documentos la autorización expresa de ***"capacidad legal"*** expedida por el Fiscal, representante del Ministerio Público, **a diferencia de nuestro sistema** en el cual, sólo fue suficiente la evaluación administrativa por parte de la S. T. A. de Lima (sede principal), sin requerirse el necesario **"filtro jurídico**" por parte del Ministerio Público, previo al inicio del proceso judicial. Cabe renombrar esta significativa diferencia entre los sistemas comparados.

Existe una aclaración "**singular**" en el convenio y en el art. 7 del título 4, la cual textualmente dice: "**...no se aceptarán solicitudes de parejas del mismo sexo...**"[104]

El título 5., artículo 8 del Convenio susodicho, contiene requisitos previos. Cabe hacer hincapié en alguno de ellos:

1) Tanto nuestra legislación como la luxemburguesa no condiciona textualmente el número de adoptantes. Sea la pareja o unilateralmente una persona.

2) La imprescindencia del certificado de moralidad causa curioso detalle: se denota que la Comuna Luxemburguesa está conformada por un colegiado de alcaldes y regidores.[105]

Las cartas de recomendación son por lo general redactadas por los párrocos.[106]

ASPECTOS QUE DENOTAN CARENCIA DE SIGNIFICACIÓN EN LA SUBSIDIARIDAD DE LA ADOPCION INTERNACIONAL

[104] Objetivamente ambos ordenamientos jurídicos contienen a la moralidad entre sus antecedentes previos a la adopción y no conceptúa el porqué de la inclusión de esta advertencia, **tal vez la diferencia de contexto cultural y de continentes sea la respuesta al caso**.

[105] El Colegio de alcaldes y Regidores del Municipio de Reckange-Mess certifica por medio del presente que, A L, nacida en Each-sur-Alzette el 7 de diciembre de 1953, vive en la jurisdicción de esta municipalidad y goza de buena reputación y da muestras de buenas cosas. Fojas 100, Exp. 04-95-Adopción Internacional - Juzgado de Familia Huamanga (traducción oficial de E. C. del A.). **Certificado de Moralidad. Luxemburgo.**

[106] *El que suscribe NN, párroco de PONTPIERRE y de BERGEM, certifica por la presente que el señor y la señora NN, quienes viven hasta hoy en la jurisdicción de mi parroquia, dan muestra de un profundo sentido de responsabilidad hacia sus **dos hijos adoptados**. Durante los contactos que he tenido con la pareja, he podido comprobar que ambos asumen plenamente su función de buenos padres de familia Fojas 58, Exp. 04-95-Adopción Internacional-Juzgado de Familia Huamanga (traducción oficial de GG).* ***Carta de Recomendación.Luxemburgo.***

La subsidiaridad de la adopción internacional [107]contenida en el C.N.A. concordante con la parte introductoria del convenio NO CUENTA. Es de observar esta carta de recomendación del propio Cónsul del Perú en Luxemburgo donde avala "una 3ra. Adopción de la Pareja".[108.]

Existe un trámite peculiar en Luxemburgo por el cual la Fiscalía del Tribunal Jurisdiccional de Luxemburgo expide un certificado de **capacidad jurídica para adoptar** posterior a un diligente análisis que determinará si para la legislación luxemburguesa es viable una Adopción Simple o Plenaria.[109]

Toda documentación deberá estar traducida por un traductor reconocido del Tribunal de Luxemburgo quien acompañará su respectivo documento que lo acredite como tal.[110]

La comisaría central de Luxemburgo expide el certificado de buena conducta teniendo a la vista precisamente el boletín del registro de Antecedentes Judiciales.[111]

Es interesante renombrar el art. 14 del Título 7 donde la ONG Asociación Luxemburgo-Perú, se compromete a proporcionar informes sobre la adaptación del niño o adolescente durante la etapa Post- adoptiva, informes remitidos cada 6 meses por un período de cuatro años.

---

107 Ley del 7 de junio 1989 relativa a la modificación de los nombres y apellidos. art. 2, 3 y 4to.

108 **A)** ***A QUIEN CORRESPONDA:*** El Consulado del Perú en Luxemburgo, certifica conocer a la familia GG desde hace más de 10 años. Certifica igualmente que dicha familia reúne todas las condiciones para realizar una tercera adopción y asegurar la educación moral y el futuro de dichos niños.
Luxemburgo, 2 de enero de 1995
G d' H Notaire H. F. Vice-Cónsul a. h. del Perú
Fojas 57, Exp. 04-95-Adopción Internacional-Juzgado de Familia Huamanga (traducción oficial de GG)
B) APRECIACIÓN: ... debemos añadir también que desde algún tiempo el señor GG es presidente de la Asociación Luxemburgo-Perú, institución la cual se encarga de ayudar a la región de Ayacucho y Huanta.
En la función de presidente se acaba de firmar el Convenio de la Asociación Luxemburgo-Perú con la S.T.A
Exp. 04-95-Adopción Internacional-Juzgado de Familia Huamanga (traducción oficial de GG) Informe Social. Pág.86.

109 ***CERTIFICADO***

Por el presente, El Fiscal de Estado que suscribe, CERTIFICA que: ***La Señorita WJ M, nacida el 31 de agosto de 1967 en Luxemburgo. Domiciliada en LUXEMBURGO XX,*** *reúne todas las condiciones previstas por la ley luxemburguesa y, en particular, por los artículos 343 al 366 del Código Civil, para* ***efectuar una adopción simple****.*
Exp. 20-95-Adopción Internacional-Juzgado de Familia Huamanga (traducción oficial de GLA)

110 *Traducción oficial de G L A N 32*

Traducción oficial de E C A N 14

Traducción oficial de F M N 8

Tribunal del Gran Ducado de Luxemburgo

Lo presente certifica que la señorita F M se encuentra registrada en la lista de los intérpretes y traductores jurados ante la Corte Superior de Justicia en Luxemburgo. Ha prestado juramento en los siguientes idiomas: francés, inglés y español.

Luxemburgo, 11.11.1994.
N, Inspector general H F Vice-cónsul a. h. del Perú
Exp. 40-95-Adopción Internacional-Juzgado de Familia Huamanga (traducción oficial de F M)

111 *COMISARÍA CENTRAL DE POLICÍA Ciudad de Luxemburgo*
CERTIFICADO DE BUENA CONDUCTA
Por el presente, el Comisario Central de Policía de la Ciudad de Luxemburgo que suscribe, CERTIFICA que:
W J M nacida el 31 de agosto de 1967 y domiciliada en Luxemburgo observa buena conducta desde que reside en nuestra Comuna.
Le Commissaire Central de police, ff.K F. Inspecteur –chef ***Exp. 20-95-Adopción Internacional-Juzgado de Familia Huamanga (traducción oficial de G L A)***

Un perito peruano designado por la S.T.A. estaba comprometido a verificar, al término del 2do. año y cada dos años por cuenta de la Asociación Luxemburgo-Perú la **Idoneidad y Seriedad**, además del Estado de los niños adoptados en virtud del convenio.[112] (Art. 16 - título VII).

[112] **Art. 16 Título séptimo**. CONVENIO S.T.A. - Asociación Luxemburgo Perú.
Un perito peruano designado por la S.T.A. verificará y controlará en el término del segundo año (cada 2 años) y por cuenta de la asociación, la fiabilidad, idoneidad y seriedad de la ONG y el estado de los niños y/o adolescentes adoptados en virtud de este convenio.

INGERENCIA COMPARATIVA DE LA LABOR DEL MINISTERIO PÚBLICO

A diferencia de nuestro sistema jurídico, el cual explícitamente no señala en el C.N.A. (lo que si supone sobreentenderse), la ley procesal luxemburguesa advierte la participación del Fiscal (se tiene presente textualmente en varios articulados) de ellos manifiestamente son preponderantes las siguientes funciones:

- Participa activamente como protector del menor, aun cuando falleciera el adoptante tras la petición de adopción y en caso de que el adoptado sea menor a los 15 años. El Fiscal estará atento a cualquier documento o memorial u observación remitida a su despacho, referente al caso sub-estudio.

- En un procedimiento de adopción simple siempre a solicitud del Ministerio Público será inscrita un fallo que contenga la revocación de la adopción simple luxemburguesa.

- Tanto en el proceso de declaración de estado de abandono como de Adopción, el Fiscal podrá apelar en referencia a los puntos que sustentaron la Queja.

- Otorga las habilitaciones legales sea para la adopción simple o plenaria -según procediera - de conformidad a los expedientes administrativos presentados en Luxemburgo en forma previa al proceso judicial de Adopción sea nacional o internacional.[113]

Constriñendo el análisis, en definitiva es posible percibir panorámicamente una más diligente y profesional participación del Ministerio Público en el sistema Luxemburgués frente al Ministerio Público en Perú, que aún es incipiente en su profesionalismo en lo que corresponde a niños y adolescentes, acompañado de un propósito garantista global que es la meta asignada a un Fiscal integrante del Ministerio Público, de conformidad a la nueva corriente que propugna la Doctrina de la Protección Integral a diferencia de la doctrina de la Situación Irregular que rigió en el siglo pasado y a partir del año 1899, fecha histórica, pues se creó el primer tribunal de Justicia para menores en Illinois.[114]

[113] Autorización de habilitación legal a cargo del Ministerio Público para adopciones simples y/o plenarias.
[114] Carlos Do Amaral. I Congreso Internacional del Código de los niños y adolescentes .1995.

Es posible denotar un interesante filtro jurídico luxemburgués (Certificado de Capacidad Legal otorgado por representante del Ministerio Público[115] previo a la iniciación del Proceso Judicial y posterior a la evaluación administrativa por la Asociación Luxemburgo-Perú) que considero una diferencia rescatable para nuestro sistema.[116]

Un aporte que nuestro ordenamiento jurídico debe acogerlo de inmediato y regularlo, **incidiéndose básicamente en lo referido al número de adoptados permisibles por pareja**, tema del cual se aprovecha en la actualidad y que nadie opina en absoluto al respecto, menos aún la mencionan los recientes dispositivos afines como son la Ley 26981, el Decreto Supremo N° 00l-99-PROMUDEH, ni el T.U.O. del C.N.A. de fecha 08 de abril de l999.

115 Lo que sí, particularmente no se tiene determinado es el número limitado de autorizaciones a otorgarse por el Ministerio Público para los procesos de adopciones por pareja de pre-adoptantes solicitantes. Importante cuestionamiento al Debido Proceso.

116 *Le Procurer d'Etat soussigné certifie par la présente que*

A *G C et P S*

remplissent toutes les conditions prévues par la loi luxemburgeoise, et notamment par les articles 367 á 370 du Code Civil pour procéder á une adoption pléniére.
Pour le Procureur d'Etat, le substitut Jacques Schmit.
Expediente 40-95. Juzgado de Familia.Huamanga
Le Procurer d'Etat soussigné certifie par la présente que:
B *Madame A G*
remplissent toutes les conditions prévues par la loi luxemburgeoise, et notamment par les articles 367 á 370 du Code Civil pour procéder á une adoption pléniére.
Pour le Procureur d'Etat, le substitut Jacques Schmit.
Expediente 53-96, fojas 69. Juzgado de familia. Huamanga

CAPÍTULO II

ETIMOLOGÍA DE LA ADOPCIÓN E INSTITUCIONES TUTELARES AFINES COMO MEDIDAS PREVIAS AL PROCESO DE ADOPCIÓN

ETIMOLOGIA DE LA ADOPCIÓN

TEORÍAS AFINES AL PROCESO DE ADOPCIÓN

Se ha discutido mucho sobre el concepto de adopción[117] conteniendo esta institución un hecho permanente en la historia y en diferentes culturas, es expresión auténtica de la naturaleza humana, y, como todo fenómeno antropológico, no necesita justificarse filosóficamente buscando similitud con otro hecho antropológico.[118]

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, parece que no se ha de poner en duda que el acto de adoptar es un acto jurídico puro y simple, y no un contrato, ni siquiera contrato de Derecho Familiar, porque, entre otras razones, no existe la misma oportunidad de decisión y capacidad de expresar la voluntad,[119] como en el caso del matrimonio, en su aspecto contractual.

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

- La Contractual, que deja a la voluntad de las partes su formulación. Planiol y Ripert, Colin y Capitant, la definen como un **"contrato solemne"** concluido entre el adoptante y el adoptado. Prima en esta concepción el espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades, del consentimiento; y el concepto que dominó la estructura familiar prescindiendo del "interés del niño".

- La teoría del "acto condición", considerada así por autores como Julio Armando Oddo, Tristán Narvaja, Héctor Lafaille, Julien Bonnecase, quienes señalan al proceso de Adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento y en su provecho la institución de la Adopción.

---

[117] Los desacuerdos entre las diversas propuestas, generalmente se deben a la preferencia de los juristas sobre determinado aspecto; unas veces el énfasis está en la manifestación de voluntad, otras sobre las formalidades o la solemnidad, entre el realismo de la ley o la ficción legal, entre el acto jurídico puro y simple y el contrato, entre la familia y las personas individualmente consideradas.

[118] Existe opiniones bastante marcadas que afirman que no debe pensarse que la adopción busca en sí una imitación de la familia natural; más bien se debe conceptuar a la adopción como alternativa de la humanidad para resolver necesidades: el desamparo del menor o la necesidad de ejercitar la paternidad cotidiana en el adulto.

[119] Situación bastante ambigua puesto que es común en los expedientes de adopciones internacionales encontrar la carta de petición de los preadoptantes, en donde refieren acerca de la preferencia por un niño o niña que desean adoptar (expedientillo administrativo de STA, hoy, Oficina de adopciones PROMUDEH). Mayores detalles en el Capítulo IV de la presente obra.

- La teoría de "institución", para unos de Derecho Privado; para otros de Derecho de Familia, y para terceros de Derecho de Menores. Los primeros señalan que es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la sentencia del Juez en virtud del cual se establece entre dos personas una relación análoga la que surge de la filiación matrimonial, análoga mas no igual por tener características singulares. Los segundos indican que el vínculo adoptivo es una institución de Derecho de Familia y de Derecho Público; y los terceros preconizan que la adopción es una institución de derecho de menores que tiende a fines eminentemente de protección de los niños, de los menores. **La adopción entendida, así como institución jurídica solemne y de orden público, crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación** tal como lo afirman Dalloz y Duci Ferri.

- **"La naturaleza de la adopción es una relación jurídica".** Esta teoría es de la relación jurídica que puede sintetizarse en todo lo sostenido por Carnelutti.

PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LA ADOPCION HECHA POR WERNER GOLDSCHMIDT

La propuesta de clasificación hecha por WERNER GOLDSCHMIDT, es la que se adecua más a nuestra realidad:

ADOPCIÓN DE AMPARO

Conocida también como adopción en sentido estricto; su finalidad es la protección del menor y, por consiguiente, tiene como fundamento el desamparo del menor que se adopta.[120]

Llamada también adopción de un menor extraño a la familia natural y que se encuentra en estado de abandono.

En el caso, debe tenerse prioridad sobre la familia natural. Se denota una contravención a las normas vigentes cuando la familia de concubinos, tuvo en guarda al menor,[121] quien

[120] Este tipo de adopción tiene por objeto dar hijos a quien no los tiene, posición antigua que ha sido ampliamente superada por las corrientes modernas, en el sentido que la adopción de menores, en forma específica tiene por fin otorgar una familia a un menor que no lo tiene.

[121] Estas consideraciones advierten una anterior concepción que felizmente han sido superadas por la nueva doctrina de la protección integral.

durante ese tiempo ya se forjó surgiendo una relación afectiva entre el menor y los concubinos que lo protegieron.[122]

Estos casos se presentan en forma frecuente, sobre todo cuando se trata de la guarda de hecho de un menor, es decir que esta guarda no ha sido autorizada por el Juez, sino que muchas veces la madre biológica, para evitar problemas posteriores, entrega directamente al hijo a una familia, sin percatarse si esa familia es matrimonial o natural.

Igualmente, los concubinos tampoco dan cuenta de esta situación al juzgado, por el temor a que el menor no les sea entregado en guarda, debido precisamente a que son concubinos, ya que temen que este aspecto pueda influir poderosamente en el criterio del Juez para privarlos de esta guarda.

Teniendo los concubinos, un buen tiempo bajo su guarda al menor, una vez que solicitan la adopción, ya se tendrá formalmente instituida una relación afectiva con dicho menor, y el Juez también se vería hasta cierto punto obligado a otorgarle dicha adopción.

ADOPCIÓN LEGÍTIMA

Se trata de la adopción del hijo(a) del(a) cónyuge, con el objeto de unificar a la familia, de tal forma que el parentesco por afinidad pasa a ser un parentesco por adopción, que se asimila en última instancia a un parentesco por consanguinidad.

Tiene diferentes denominaciones: legitimación adoptiva, adopción plena y adopción extraordinaria en oposición a la adopción simple u ordinaria.

Implicancias:

- Para dar estatus de hijo legítimo al hijo extramatrimonial.
- Para dar estatus de hijo legítimo, a quien no tiene la calidad de hijo de los legitimantes, sino que es una persona extraña a ellos. Es este caso, lo que se pretende es diferenciarlo de la adopción simple, por lo tanto, desligarlo- al

[122] Ver Octavio Concha Mora. Nuevas tendencias en la legislación de menores, Págs.37 al 40. PUCP.1992

adoptado- en forma total de su familia consanguínea e integrarlo en una nueva familia con todos los derechos y obligaciones de un hijo legítimo.

Este tipo de legitimación adoptiva es considerado en la legislación de algunos países, con características especiales:

- El secreto absoluto de las actuaciones; el secreto absoluto sobre el origen del menor adoptado, sancionando a quienes revelen la verdad del origen del menor (adopción total y absolutamente irrevocable).

- De la destrucción de la partida de nacimiento originaria del adoptado, para reemplazarla por otra donde naturalmente los adoptantes aparecen como los progenitores legítimos,

En nuestra legislación y a partir de la vigencia de la doctrina de la protección integral esta modalidad está adecuada al régimen de excepcionalidad del C.N.A.

ADOPCIÓN INTEGRANTE

Se afirma, que la adopción integrante trata de afianzar la unión de una familia fundada en el matrimonio, sin embargo, también la adopción integrante tiene por objeto la unión de una familia no matrimonial, es decir, la familia de hecho conformada por concubinos legales.

Partiendo del principio de que todo niño necesita de una familia para lograr un desarrollo integral, es que la adopción tiene por objetivo fundamental integrar al adoptado a una familia, al mismo tiempo que deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En ese sentido, los concubinos[123] que reúnen todos los requisitos para ser considerados como tales, también conforman una familia, a la cual se denomina "familia natural", integrada por el padre, la madre, hijos, hermanos, etc.

[123] Al referirme a los adoptantes concubinos, se trata de aquel concubinato estricto sensu, perfecto o legal, vale decir, aquel que reúne los requisitos de cohabitación, singularidad, permanencia y que no advierta impedimentos matrimoniales.
Esta clase de concubinos que forman una familia natural, estaban aptos para adoptar, a aquellos menores que se encuentran en estado de abandono e incluso alguno de ellos con deficiencias físicas o psíquicas.
De esta forma, el concubinato en sí no constituye un impedimento para la adopción, y la aptitud para ser calificada como una familia que pueda integrar a un menor en calidad de adoptado, se deja al criterio del Juez, quien fundamentalmente tomará en consideración "la conveniencia y el bienestar del niño ".
Ver **El Reconocimiento**. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. **Obra publicada por el autor. G&S – Servicios Generales, febrero del 2000.**

Existe una relación familiar y básicamente una relación afectiva entre todos los miembros componentes de esta familia. Se trata de la adopción del hijo extramatrimonial,[124] ya sea del concubino o concubina. Aquí se pueden dar los siguientes casos:

- Que el hijo de la concubina tenga padre biológico y éste le haya abandonado o no reconocido. También, que no tenga padre biológico por haber fallecido éste.

- Que el hijo del concubino tenga madre biológica y ésta le haya abandonado, o no tenga madre biológica por haber fallecido ésta.

En estos casos, el(a) peticionante, si reúne los requisitos exigidos para la adopción, y ésta resulta beneficiosa para el menor (hijo), no existe impedimento alguno para que se lleve a cabo el proceso de adopción, ya que la sola existencia del concubinato, considerada en forma ideal, sin tomar en consideración otros factores circundantes y de carácter concreto, no descalifican al peticionante concubino de la adopción del hijo de su concubina.

Lo fundamental aquí, es la investigación que debió realizarse sobre la vinculación o desvinculación entre el menor y el padre o la madre biológicos.

La finalidad de esta adopción no es el amparo, sino la integración del menor a la familia, y para que exista una igualdad entre el hijo adoptado y los hijos nacidos o por nacer de los concubinos.

En esta adopción se logra la estabilidad afectiva para el menor al ser aceptado como hijo por el concubino de su madre o la concubina de su padre.

La adopción integrante, cuando se trata del hijo de la concubina o concubino o de ambos, no es incompatible entre sí.

Esta adopción permitió que el padre o la madre biológicos, puedan tener a su hijo extramatrimonial bajo el mismo techo en que habitan con su concubino(a) y, de esta manera proporcionarle un hogar y, al mismo tiempo, cumplir con sus obligaciones de carácter moral y material.

[124] Esta clase de adopción, evita que directamente el concubino o concubina, inscriba en el Registro Civil de Nacimientos a su hijo, como si fuese padres biológicos, sobre todo cuando se trata de hijos menores, hasta una edad promedio de cinco años**. Ver Octavio Concha Mora. Nuevas tendencias en la legislación de menores. PUCP. 1992.Págs,37 al 40.**

ADOPCION A PARTIR DEL C.N.A.

La adopción conforme al art. N° 128 del D.L.26102 C.N.A. constituye una medida de protección al niño y adolescente, conteniendo como características a la irrevocabilidad de la relación paterno filial y la calidad de hijo que adquiere el adoptado con subsiguiente alejamiento de su familia connatural.

Esta forma de concebir a esta Institución obedece a la congruente deducción de una serie de convenios tanto nacionales como principalmente internacionales como son el Proyecto de convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de fecha 28 de mayo de 1993.

Como consecuencia se tiene al decreto supremo N° 018-93 JUS por el cual se aprueba el reglamento de la Ley general de adopción de menores, la misma que normó las adopciones en sus etapas pre-adoptivas, Judicial y post adoptiva. En la actualidad y estando a la espera del reglamento de la Ley 26981 -que lógicamente debió guardar los mismos criterios- la sorpresa es grande, pues contravencionalmente advierte impropiedades. (DS 001-99 PROMUDEH).

Aparentemente fue un procedimiento Judicial acorde al momento, aunque es notorio que éste adoleció de estar enmarcado en un Debido Proceso.

La conceptuación que se tiene a partir del C.N.A., varía totalmente del existente en el C.C. ajustándose preferentemente al nuevo enfoque mundial acerca de este instituto.

De lo expuesto se colige que la propuesta de Goldschmidt contiene antecedentes históricamente referenciales que finalmente desembarcaron en los verdaderos principios de la Doctrina de la Protección integral afines al proceso de Adopción.

ADOPCIÓN TUTELAR

La adopción sólo procede una vez declarado el estado de abandono Judicial del niño o adolescente beneficiado por dicha medida de protección.

En dicho proceso, el Juez de la materia se limitaba a declarar la adopción en base a los informes técnicos emitidos por la Secretaría Técnica de Adopciones y, máxime comprobada que sea la empatía, no tenía otra responsabilidad.

La investigación de los preadoptantes, sean estos nacionales o extranjeros, así como la responsabilidad de la designación del niño o adolescente a adoptarse, corría por cuenta de la Secretaría Técnica de Adopciones, sin que los preadoptantes, el Juez o el Fiscal de la especialidad tengan injerencia alguna en dicha designación. Aunque el expedientillo administrativo formado por las STA no denotaba debidamente estos aspectos, puesto que, existen múltiples cartas en casi todos los expedientes Judiciales de Adopción en los cuales los preadoptantes solicitan adoptar un niño o niña y de "tantos años...", circunstancias las cuales ya difieren precisamente del propósito tal vez inicial de la norma, aspecto que es necesario puntualizarlo para explicitar a partir de ello una conceptuación acorde y centrada a la realidad.

La designación se efectúa en base a criterios técnicos, en virtud de los cuales se designa una terna secreta de posibles preadoptantes de cada niño o adolescente con auto de abandono ejecutoriado, asignándose opciones preferenciales a cada preadoptante de acuerdo con los posibles grados de empatía existentes, que se determinan en base a criterios técnicos. Es decir, **aquellas personas que solicitan la adopción de un niño o adolescente no eligen ni individualizan a quien desean adoptar, salvo casos muy especiales en los cuales se toma en cuenta el interés superior del niño, cuando se trata de niños mayores o con discapacidades**.

Estos principios pre-establecidos de política reglamentarista en el proceso de Adopción Judicial anterior, como tales no se cumplieron, prueba de ello se tiene a asignaciones de niños a determinadas parejas de preadoptantes antes de que se expidan las resoluciones finales de declaración de estado de abandono y aptos para la adopción.[125]

Mal podrían los preadoptantes (las partes) someter su pretensión de adoptar en la vía tutelar a determinado niño o adolescente al Juez de la especialidad, en uso de su derecho de acción

[125] **Expediente de ADOPCION N° 113-94 Juzgado de Familia Huamanga**.
Es el caso de que a fs 14 del expedientillo, obra el documento de confirmación de intención de adoptar de los pre adoptantes a favor del niño WW , dicha carta tiene fecha del 07 de noviembre de l,994, pero curiosamente, recién con fecha 15 de noviembre de l,994, conforme a fs 119 , la STA de Ayacucho conoce formalmente del auto de abandono de WW, contraviniendo en dicho momento a la norma contenida en el art .N° 144 del D.L.26102 C.N.A.

(demanda) y en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por parte del Estado, por cuanto la designación del niño o adolescente a adoptar está fuera de la esfera de derechos de los preadoptantes y escapa a las atribuciones del Juez o del Fiscal de la materia, correspondiéndole tan delicada labor exclusivamente a la Secretaría Técnica de Adopciones, comprobada que sea la empatía (art. 143 del D.L.26102 C.N.A). Concepto bastante formal y serio atribuido como función peculiar de la STA que en la práctica nunca fue efectiva, porque, contrario sensu, la propia norma se ha encargado de otorgar estímulos que contravinieron a este formal cumplimiento, ello se materializa objetivamente en los Procuradores de la STA, quienes entre sus funciones primordiales siempre tomaron muy en cuenta **el impulsar las investigaciones tutelares de los niños que ingresan con expedientes de estado de abandono al Juzgado de Familia diariamente... para ahondar en inmediata investigación.**

El Código de los Niños y Adolescentes se proclama como innovador en este sentido, toda vez que lleva implícito el derecho de todo niño o adolescente a vivir en una familia, art. 9 del D.L.26102 C.N.A (Art. 9 TUO del C.N.A), revirtiendo la anterior concepción de la adopción regulada por el antiguo Código de Procedimientos Civiles (hoy derogado), mediante la cual era un derecho de los adoptantes elegir al niño a quien deseaban adoptar (lógicamente se debía hacer a través de una demanda). Concepto que deja mucho que desear en la real aplicación procedimental.

Dado que el niño o adolescente no pueden ejercer directamente ese derecho, el Estado, a través de las instancias pertinentes, se subroga en su lugar dictando las medidas de protección que considera pertinentes, siendo claro que la adopción tutelar debe seguirse de oficio. Argumento en el que se ampara la controvertida Ley 26981 para dejar de lado y omitir todo un bagaje de conocimientos jurídicos acerca del derecho de los niños.

La adopción se puede solicitar por excepción directamente ante el Juez del Niño y Adolescente, hoy JUEZ DE FAMILIA, sin que medie declaración judicial de abandono del Niño o Adolescente a adoptarse [126].

[126] "Artículo **145.D.L.26102 C.N.A. (Art. 139 TUO del C.N.A)- *EXCEPCIONES.* -** Por excepción podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, sin que medie declaración de abandono del niño o adolescente, los peticionarios que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:
a) El que haya contraído matrimonio con el padre o madre del niño por adoptar. En este caso el niño mantendrá los vínculos de filiación con el padre o madre biológico.
b) Cuando exista vínculo de parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado o segundo de afinidad con el niño que se va a adoptar.
c) Cuando el peticionario peruano haya prohijado al niño o adolescente por adoptar, debiendo acreditarlo con la posesión constante de tal estado; y

La diferencia sustancial entre la adopción tutelar y la adopción por excepción radica en que, en ésta última, los adoptantes manifiestan ante el Juez de la especialidad su voluntad de adoptar a un niño o adolescente determinado. Mientras que en la adopción tutelar los preadoptantes manifiestan su voluntad de adoptar ante la STA anteriormente y hoy ante la oficina de adopciones de Promudeh.

Es claro que en el artículo 145 del D.L.26102 C.N.A (Art. 139 TUO del C.N.A), que regula los casos de adopción por excepción, se legisla el derecho que tienen los peticionarios que se encuentran en las situaciones antes expuestas, de adoptar a un niño o adolescente determinado.

Dado que en estos casos se trata de un derecho de los adoptantes, para hacerlo efectivo mediante su derecho de acción y en ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva por parte del Estado, se deberá presentar una demanda judicial en vía de Proceso Único. Cabría a esto dilucidar cual es la trascendencia de cada una de las modalidades procedimentales de adopciones y cuáles son sus prevalencias y prerrogativas.

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Nuestra legislación contempla tanto la adopción nacional como la internacional según la nacionalidad y residencia de los adoptantes.

Se consideran adopciones nacionales aquellas realizadas por peruanos o por extranjeros residentes en el Perú durante más de dos años, no siendo requisito en estos casos que medie un convenio en materia de adopción entre el Estado Peruano y el de los extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto se les da igual tratamiento que a los nacionales.

En lo referente a la adopción internacional, solo es posible que un peruano o un extranjero residente en el exterior adopte a un niño o adolescente peruano cuando la institución que patrocina la adopción a través de la cual canaliza su solicitud, ha suscrito convenio en materia de adopción internacional con la Secretaría Técnica de Adopciones, hoy, Oficina de

d) El que haya convivido con el niño o adolescente durante un período no menor de 3 años, sea en colocación familiar o bajo su cuidado y responsabilidad.

adopciones, o cuando media el referido convenio entre el gobierno del Estado en que reside el solicitante y el gobierno del Perú.

Esta normatividad se fundamenta en la necesidad de un control post adoptivo para asegurar el bienestar del niño o adolescente adoptado, por cuanto que, son las instituciones extranjeras que patrocinan la adopción en virtud al convenio suscrito, las responsables de la supervisión de ésta, de conformidad con lo estipulado en el mismo.

Se debe precisar que los convenios suscritos por la STA (hoy oficina de adopciones) están basados en los principios establecidos en:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 25278 y ratificada por el Perú en octubre del mismo año.

- Los criterios que norman la Convención Relativa a la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional adoptada en La Haya en 1993, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26474 y ratificada por el Perú a partir del 01 de enero de 1996.

Estos principios reconocen que:

- La adopción entre países puede ser considerada como **una alternativa para el cuidado del niño o del adolescente**, si es que el niño o adolescente no puede ser ubicado en una familia adoptiva o no puede ser cuidado de una manera idónea en su propio país de origen.

- **El interés superior del niño** es el fundamento y la base interpretativa de los convenios.

- 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.

- La colocación de un niño o adolescente en adopción debe ser llevada a cabo por autoridades competentes ***y no debe generar algún beneficio económico indebido*** para aquellas personas involucradas en el proceso.

Mediante la suscripción de un convenio se busca entre otras cosas:

"el reconocimiento judicial de pleno derecho por parte de los tribunales del país de los solicitantes, de la sentencia de adopción dictada en el Perú, la que deberá producir los mismos efectos que una sentencia de adopción dictada en ese país a partir de la fecha en que quedó consentida o ejecutoriada la sentencia de adopción dictada en el Perú".

Hoy, esta conceptuación coherente queda en tela de juicio, es preocupante que exista una norma que derogue la intervención Judicial, con ello se evidencia una vez más los elementos que advierten la contravención al Debido Proceso a partir de la óptica internacional.

Igualmente, se promueve la colaboración e intercambio de información y coordinación, propugnándose compromisos de ambas partes, las mismas que cito, pero que no se reflejan objetivamente, y lo peor, el panorama actual presenta un círculo muy constreñido acerca de la adopción en la que es bastante difícil acceder a información contrario sensu a lo preceptuado en su esencia.

- Promover la colaboración necesaria entre las autoridades competentes del Perú y del país de los solicitantes, de manera que se asegure la protección de los niños y adolescentes peruanos involucrados en el proceso de adopción internacional.

- Mantener actualizada a su respectiva contraparte respecto de la legislación vigente en su país en materia de adopciones.

- Coordinar y hacer expeditivo el procesamiento de las adopciones internacionales.

CONVENIOS INTERNACIONALES VIGENTES (TIPOS):

Los convenios internacionales pueden darse tanto a nivel gubernamental, es decir entre el gobierno del Estado Peruano y los gobiernos de los Estados o Países interesados en celebrar con nosotros convenios en materia de adopción internacional (Convenios -Ley o Convenios Internacionales Ejecutivos), así como entre la Secretaría Técnica de Adopciones y las instituciones privadas autorizadas por sus correspondientes países (convenios-autorización).

Hasta el momento se mantienen convenios con Italia, España, Canadá, instituciones autorizadas de Dinamarca, el Gran Ducado de Luxemburgo y diversas agencias de los Estados Unidos de Norteamérica, autorizadas por operar en diversos estados.

La Ley 26981 no hace referencia a estos convenios ni se subsume en la labor asumida por la STA en su momento. Un vacío legal que deberá ser reglamentado al plazo más breve para objetivizar los principios enunciados.

CONCEPTO SOCIAL

Etimológicamente la adopción deriva del latín “ad” y “optare” que significa “a desear”.

En el concepto clásico de la adopción, el adoptante era la parte más importante, ya que la adopción se concedía sólo a las personas que no tuvieran capacidad de procrear hijos, por lo tanto, era una especie de consuelo o compensación a dicha situación, sin tomar en cuenta las características del adoptado.

Desde un punto de vista social, la adopción persigue otorgar una familia a todo menor que no la tenga.

Esta concepción ha hecho que **muchas legislaciones** sólo acepten y regulen la adopción de menores en estado de abandono.

La adopción igualmente ha sido conceptualizada desde un ángulo jurídico, tanto legislativa como doctrinariamente. De todas ellas unas les dan mayor importancia a los aspectos informales, otras a los efectos y otras a la naturaleza jurídica, sin embargo, todas ellas coinciden en que la adopción es una ficción legal por la cual se toma como hijo a aquel que no lo es en forma natural; que este acto debe cumplir con **ciertas formalidades solemnes establecidas por la ley** y sus efectos son considerados en forma análoga a los que producen la verdadera relación paterno-filial.

En cuanto a la adopción de menores es una institución de carácter eminentemente social, dirigida a la protección de los menores en estado de abandono y que por lo tanto necesitan integrarse a una familia.

La doctrina de la Adopción como un sistema de protección para el menor que carece de familia propia sintetiza el principio de: "DAR UNA FAMILIA AL NIÑO QUE NO LA TIENE". Esta concepción se sustenta en su carácter MULTIFACTORIAL que comprende tres campos básicos: EL PSICOSOCIAL, EL JURIDICO Y EL DE PROCEDIMIENTOS; los mismos que apuntan a la necesidad de que la formación de la familia adoptiva se realice con la Asesoría Institucional y Profesional, como única forma de garantizar el cumplimiento de las exigencias técnicas y éticas que demanda el proceso de la adopción.

Como paréntesis, considero necesario puntualizar cuál era la concepción que se tenía antes de la promulgación del Código de los niños y Adolescentes, precisamente cuando se tenía al Inabif como institución encargada y responsable del proceso de adopción:

"La institución de la Adopción en el país debe darse solamente a través de un procedimiento único por la vía Tutelar, priorizando a los solicitantes nacionales sobre los extranjeros".

Siempre existió una determinación clara y precisa acerca de la Adopción. El Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF) acorde con sus políticas, y en el marco de los lineamientos planteados en la Convención de los Derechos del Niño, consideró que para el "pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño, éste debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Por ello, las políticas del INABIF garantizaban fundamentalmente las estrategias y programas que incidían en el fortalecimiento, desarrollo y bienestar de la familia.

Esta concepción de INABIF la considero necesaria resaltarla puesto que impropiamente a la evolución de la doctrina de la Protección integral hacia la doctrina del niño como sujeto social de derechos, ***las políticas del Estado tienden a desaparecer la famosa subsidiaridad de las adopciones*** contenidas en todos los principios y convenios internacionales al igual que en el C.N.A. Tema que se va obviando sin criterio, sin justificación y contrario sensu buscando otorgar las mayores facilidades. Acontecimientos que salen a la luz y se denotan marcadamente con la Ley 26981.

ROL DE ASISTENCIA SOCIAL EN EL PROCESO DE ADOPCION:

No es de extrañar que exista pues una gran situación de abandono de los niños y creo que una de las soluciones que se presenta, frente a este problema, es la Adopción. Pero la Adopción significa de alguna manera no cumplir, si se quiere, con los derechos del niño, enunciados al inicio; en cuanto a que éste debe, de preferencia, vivir con su familia.

Las condiciones sociales del país están llevando a separar al niño de la madre, del padre; a separar al niño de su familia; a la imposibilidad de la familia de atender las necesidades de sus hijos y obligar a las madres - a muchas madres - a tener que entregar a sus niños a otras personas con la esperanza de que ese niño tenga una vida mejor, con la esperanza de que por lo menos tenga qué comer. Aquí surge un problema que es de tipo psicológico emocional en el que se rompe, se quiebra, una relación humana fundamental como es el vínculo madre-hijo.[127]

Cuando se habla de solvencia moral se está refiriendo más a la capacidad de la familia para cumplir con ese papel socializador y afectivo, con esa capacidad de poder establecer una relación humana, cálida, constructiva con el niño, con el nuevo hijo que está adoptando. Recibirlo así, con esa calidad y con esas condiciones, con pleno derecho, exige entonces un análisis, un estudio mucho más preciso en el que intervengan profesionales con las motivaciones más profundas que muevan a una pareja a tener un niño, a solicitar un niño. Considero importante conocer esto, y lo mismo, las motivaciones que llevan a una madre, una familia a deshacerse de un niño, y entregar a su hijo.

Existen muchos estudios en los que se han demostrado que los niños han crecido en forma más satisfactoria al lado de sus madres, inclusive en condiciones de carencia socio-económica, ¿Por qué?... ¿Qué es lo más importante para un niño menor de 5 años?... Es el afecto, es el contacto, es el cariño y la ternura de una madre que parece no puede ser sustituida por otra persona.

[127] El D.L. 22209, lo señalaba cuando se sostenía que lo más importante no es lo económico, sino la solvencia moral de la familia que adopta al niño.
Me parece necesario un estudio tanto de la madre o de la familia que da al niño, que entrega al niño, como de la familia que recibe al niño, bajo las mejores condiciones posibles, pero no sólo las condiciones económicas.

Si se tiene debidamente claro, creo que en lo posible el niño no debe ser separado de su madre, que las carencias económicas no deben ser causa para separar definitivamente a un niño de su madre, si estos son los derechos del niño, y nosotros profesionales de Derecho, no hacemos un esfuerzo mayor por hacer que se cumplan estos derechos del niño, pues, realmente estamos trabajando ajenos a los principios fundamentales de toda sociedad más humana.

Las adopciones se dan justamente en esas edades. Circunstancias coyunturales descritas y por lo general, un alto porcentaje de este tipo de adopciones son adopciones internacionales.[128]

La elaboración del informe social, por ejemplo, no es una cosa muy simple, requiere del manejo de una serie de conocimientos para recoger aquellos aspectos que van a ayudar al Juez a tomar la decisión más equitativa y adecuada posible. Una decisión sobre el destino y la vida de un niño no es una decisión cualquiera, es la vida y el destino de un niño, el futuro de un ser humano, por ende, que se tiene que trabajar con mucha responsabilidad y se tienen que aplicar principios éticos, deontológicos, de tal modo que, tanto la familia que entrega el niño como la familia que lo recibe tengan la seguridad de que están frente a ***un profesional,*** que lo único que busca es velar por los derechos del niño. La idea está circunscrita en que no se está apoyando ni a la familia que va a adoptar al niño, ni a la familia que va entregar al niño; se está tratando de velar por el destino del niño que es un ser indefenso y que necesita de una persona que sea absolutamente imparcial. En este caso, en función de él, tiene que actuarse con una actitud de equidad y de veracidad absoluta y también con confidencialidad.

Una vez tomada una decisión, una vez que se ha decidido la adopción, me parece muy importante un tiempo de seguimiento, un tiempo de evaluación para poder de alguna manera observar de qué manera se está dando ese proceso de adaptación padre- hijo, madre- hijo, si efectivamente el niño tiene todos los cuidados que son necesarios o se está faltando a alguno de los acuerdos del compromiso que se asumió cuando se adoptó al niño. Es posible también que la familia necesite orientación, y necesite alguna asesoría.

[128] Ver Capítulo IV. Estadística del Promudeh. Ayacucho.

La madre, sobre todo en este proceso de aceptación a un ser que tomó como hijo sin que sea su hijo biológico, necesita ***"un proceso de hacer suyo lo ajeno",*** de hacerlo suyo, de aceptarlo totalmente, por tanto, requiere - entiendo- de un apoyo profesional que pueda ser dado por el psicólogo o por un trabajador social experto en familia, especializado en este trabajo, en terapia familiar, en asesoría y orientación a la familia y todo única y sencillamente para velar por el bienestar del niño.

Ello implica en fin de cuentas de un trabajo multidisciplinario, para contribuir a que este " compromiso" a partir del proceso de la adopción sea, pues, una de las alternativas más adecuadas para la situación de abandono en que se encuentran miles de niños en nuestro país, por ende el Proceso de Adopción no es ajeno al rol de asistencia social, contrario sensu constituye en esencia la aplicabilidad del Debido Proceso de la Adopción por la trascendencia como institución de profunda raigambre humana.

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA FUNCIÓN JURISDICIONAL EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN

Es de notoria evidencia que, en las últimas décadas, el proceso de la Adopción se ha desarrollado inconteniblemente, que los países ricos del Norte tienen gran demanda por nuestros niños de los países del Sur y estos países no tienen la oferta que quisiéramos tener para la demanda que nos proponen.

Para Dalloz es: *"Un acto solemne, revestido de la sanción judicial, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación puramente civiles".*

Dusy define: *"es un acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los particulares con el permiso de la ley y la respectiva autorización judicial, crea entre dos personas relaciones análogas a la de la filiación legítima".*

Cambeceres dice: *"es la facultad que alguien tiene de escoger un hijo para darle su nombre, con capacidad de suceder".*

Mucius Scaevola, conceptúa: *"es un contrato irrevocable revestido de formas solemnes, por el cual una persona con plena capacidad jurídica toma bajo su protección a un extraño".*

Es paradójico, porque no obstante ser un país con población joven, con niños en la calle, no podemos satisfacer a quienes lo solicitan. Es contradictorio, pero ¿Cuál es la causa? ¿Por qué tanto sensacionalismo? Considero que las causas son múltiples, pero, una de ellas es la falta de un procedimiento, a fin de cuentas, de un proceso, de un Debido Proceso.

¿Qué es lo que ha sucedido? Estamos evidenciando hoy uno de los más graves atentados contra una garantía constitucional ¿cuál es?..la negación a una diligente aplicación del Debido Proceso; esta contravención se denota formalizada con la promulgación de la Ley 26981.

Considero que no debe descartarse la presencia del abogado defensor, quien debe estar en la etapa del proceso propiamente dicha de la Adopción, en la etapa Jurisdiccional, en la etapa post- Jurisdiccional, en la etapa de la inscripción de la partida de nacimiento pertinente, es decir, en buena cuenta, el Juez debe terminar sus funciones dando la autorización de viaje, insertando en el expediente, la última partida de nacimiento, conteniendo a los padres adoptivos debidamente sustentada; y, luego el seguimiento lo debe realizar también ese Consejo Proyectado del Poder Judicial, conjuntamente con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Las funciones delimitadas creo que nos ofrecen las garantías de un mejor y más adecuado proceso de Adopción.

Considero como tal que, no debemos quitar el ejercicio del derecho a la defensa a cargo de los letrados, en procura del *"interés superior del niño"*.

El letrado tiene que estar presente en la etapa Judicial, si no existe tal, no se puede ofrecer las garantías suficientes con un simple procedimiento administrativo.

Debemos evitar el escándalo de esas implicancias soterradas que se dicen a veces pasan con los niños, que se los llevan para extraerles algunos órganos, que se les prostituye, que los ponen como comerciantes de drogas, bueno son voces que se esparcen en los ambientes, son voces que, si bien no están demostradas, sugieren e invitan a una reflexión.

Este análisis y este criterio no es particular mío, es expresión de estudiosos de la materia, no hoy, sino a lo largo de los años, es decir, a buena cuenta, de siempre. Entonces, que sucedió

con la verdadera aplicación de los principios del Debido Proceso en el derecho de "menores" en nuestro país, ¿por qué la dación de la Ley 26981?

ROL DEL ESTADO EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN

No se discute si al Estado le corresponde algún rol en el instituto de la adopción. La intervención del Estado, desde el Derecho Romano hasta hoy, ha sido incluida en todas las legislaciones, pero sí, existe diversidad de concepciones acerca de la formas y alcances de esa intervención.[129]

Los roles del Estado, según a que se orienten, pueden tener diversos orígenes. En el caso específico de la adopción, puesto que se trata de un instituto que responde a una necesidad de la humanidad, actualizada en cada persona, **el origen de su rol** [130] se da en su ***capacidad representadora de la comunidad básica***.

La adopción, es un instituto intrínsecamente humano y ello le da la permanencia que la historia y las culturas han comprobado; pero, al mismo tiempo, la adopción es muy sensible a las alteraciones [131] de las costumbres, la cultura, las características étnicas, las variantes económicas.

Si permanentemente la adopción es susceptible a esas variables, podemos imaginar lo que significa y sufre cuando fenómenos coyunturales lo alejan del equilibrio normal de una sociedad sana, como son las guerras, las catástrofes naturales, las epidemias, la extrema pobreza, ***las políticas egoístas de regímenes al margen de la democracia***, etc.

---

[129] Tales diferencias se deben no solamente- como podría creerse- a las ideologías de los países que las siguen, sino también por aquello que cada país considera lo más conveniente para los fines de la adopción y expedito para su administración.

[130] Este rol específico puede identificarse como la protección de cada una de las personas implicadas en una adopción y el cuidado del instituto mismo, como mecanismo del bienestar social.
Las principales acciones deben ser:
- Normar el instituto de la adopción.
- Mantener un sistema judicial especializado en la delicada tarea de autorizar adopciones.
- Crear un ente del más alto nivel, especializado en diseñar la política de adopciones y vigilar su cumplimiento. Entre sus tareas tendrá también la de promover el estudio de los universos potencialmente adoptables y adoptantes.
- Promover y apoyar instituciones públicas o privadas dedicadas a la guarda de menores en abandono moral o material.
- Autorizar instituciones con especialización profesional multidisciplinaria para la calificación de la idoneidad de los preadoptantes y de las circunstancias y entorno que será el ambiente futuro del adoptado.
- Suscribir convenios bilaterales y multilaterales sobre adopción de menores, procurando garantía para las personas de los países implicados, por ser miembros, todo ellos, de la humanidad.
- Velar por la aplicación del Debido Proceso.

[131] Ver Derecho de menores. Fermín Chunga Lamonja (conforme datos en bibliografía).

En todos esos casos, si algo abundó fue el contingente de niños en abandono y si algo faltó fueron los recursos, la gente preparada y la administración operativa para atender a tantos niños.

La reflexión no pretende ser una emotiva motivación hacia los niños, sino más bien aspira a estimular la conciencia de estudio sobre problemas como los mencionados. Para el estudioso del Derecho de Familia los tiempos presentes frecuentes traen experiencias sociales de dudosa bondad; avances de la ciencia, como la inseminación artificial in vitro, la selección del mejor espermatozoide para optimizar la fecundación de la mujer, la ingeniería genética con genes humanos, son solamente el comienzo.

Las dos guerras mundiales promovieron en Europa la protección de los niños huérfanos comprometiendo la sensibilidad de hogares y personas individuales. El resultado no fue solamente salvar esas víctimas del desatino internacional, sino que influyó en la nueva estructuración de las sociedades.

Con la promulgación del Decreto Ley Nº 22209, en junio de 1978, el cual permitió la adopción de menores de 14 años o menos en situación de abandono, peligro moral y/o material, por personas que les brindasen una familia y los considerasen, con todos sus defectos y virtudes, como verdaderos hijos, el Perú, se puso teóricamente, a la vanguardia en la protección de menores en situación especial vía una institución de protección y amparo, hoy, con el C.N.A. y la nueva doctrina de la protección integral, se advierte un nuevo rol del estado que amerita previamente una compenetración con las instituciones afines.

DOCTRINAS IMPERANTES EN EL MUNDO

Los primeros congresos que se realizaron durante veinte Años atrás, tomaron como referencia que: “el futuro de la persona depende de cómo se ha conducido o tratado su infancia”.

Considerando siempre la educación y el trabajo como aspectos importantes, las bases legales de protección del menor, contenían la prohibición al trabajo del menor ya que supuestamente garantizaba un futuro digno del menor. Por tanto, la causa de la problemática de la infancia no obedecía a la estructura sino a la realidad.

DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

La época comprendida entre 1899, fecha histórica porque es la fecha en que se crea el primer tribunal de Justicia para menores en Illinois y los años ochenta de nuestro siglo, representa, en el derecho de menores, una fase anterior caracterizada por lo siguiente: un derecho de menores especializado respecto del derecho de los adultos.

La "doctrina de la situación irregular", advierte una coyuntura en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la trasgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectivo-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo.

En esta doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación del menor era potestad de los jueces de menores facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento "re educativo" del menor.

DE LA PROTECCION INTEGRAL

La Convención, precedida por otros documentos de derecho internacional, constituye una etapa fundamental en el camino para superar la vieja doctrina de la situación irregular particularmente en dos aspectos:

En primer lugar, los niños y adolescentes ya no son objeto de compasión y de represión, sino que son sujetos de derecho. El artículo 13 de la Convención, por ejemplo, consagra el derecho que tienen los niños y los adolescentes a ser escuchados, elemento que a mi criterio son los más innovadores desde el punto de vista histórico.

- Desde el punto de vista organizativo, crea competencias separadas: una competencia de la administración, para la gestión de las medidas de protección, y una competencia de la jurisdicción para decisión de las medidas "socio- educativas".

- Desde el punto de vista terminológico, la Constitución y el Código de los niños y adolescentes son profundamente innovadores ya no se habla de "menores", sino de

"niños y adolescentes". Esto significa que se trata, desde una perspectiva normativa, de borrar esta zona separada, representada por los "menores", en el universo de los niños y de los adolescentes.

En diversos trabajos de análisis histórico, Emilio García Méndez ha resaltado que los menores son una suerte de categoría residual respecto de la categoría infancia, resultado de la marginación social de una determinada población.

Los "menores" son aquellos niños o adolescentes que tienen necesidad de tutela o de medidas socio educativas, porque no han gozado como niños y adolescentes, sólidamente insertos en el sistema escuela – familia, de los derechos fundamentales que las constituciones reconocen.

La doctrina de la protección integral nace a partir de la Convención internacional de los derechos del niño, el convenio de la OIT, las reglas del Riad, de Beiging, entre otros y contiene a todos los niños con todos sus derechos.

Se entiende que las políticas de atención a los derechos del niño subyacen en un conjunto de articulados de acciones del Estado y de la Sociedad que con base en la doctrina de la protección integral pueden garantizar a todos los niños la supervivencia, el desarrollo personal y social y la integridad física psicológica y moral, entonces la política de atención a los derechos del niño tiene un conjunto de acciones para cumplir y hacer cumplir, lo que en la Convención está contenida en documentos internacionales, Constitución y legislación complementaria, y obviamente Legislación Nacional.

Las políticas públicas para los niños y adolescentes, son como ***una pirámide,*** en la cual:

- ***El primer piso de la pirámide*** contiene una representación gráfica de políticas sociales básicas, son las políticas tendientes a garantizar los derechos fundamentales, aquellos que constituyen derecho de todos los niños y del Estado como: la educación, salud, cultura, profesionalización, es decir, tienen la vocación de la universalidad, contando además con deberes inherentes del Estado, básicamente en el área de salud y educación.

- ***En el segundo piso de la pirámide*** se tiene las políticas de asistencia social compensatorias, las mismas que no son de naturaleza universal en su cobertura.[132] Se tiene a los niños que están en situaciones, o circunstancias especialmente difíciles o en situación de riesgo, son los niños víctimas de abandono y tráfico, víctimas de abuso, negligencia, maltrato, son típicamente los niños de la calle, son los niños explotados, sometidos a un trabajo abusivo, niños en el tráfico de drogas, involucrados en la prostitución, son los que están en conflicto con la Ley, entonces son los niños juzgados, en situaciones de riesgo personal y social; para ellos no basta asistencia social, es preciso y necesario las medidas especiales de protección: Un programa de alimentación complementaria.

- ***En el tercer piso de la pirámide*** se tiene las políticas para hacer cumplir los derechos del niño, el Ministerio Público, la Justicia de la niñez, los movimientos sociales de promoción y defensa de los derechos del niño que puede cubrir la resistencia entre la realidad concreta del niño y aquello que está en la Legislación.

Las políticas sociales básicas, la asistencia social, la protección social y los derechos son la estructura de las acciones por parte de la sociedad y del Estado encargadas de cumplir y hacer cumplir el conjunto de derechos que a su vez garantizan y aseguran el desarrollo social y la integridad física y psicológica.

Los principios estructuradores de la política de atención a los derechos del niño en el Estatuto de Brasil se circunscriben en la descentralización política y administrativa, descentralización de los recursos, de las atribuciones y de las decisiones.[133]

---

[132] Las políticas de asistencia social no son para todos los niños, no se puede afirmar al programa de alimentación como derecho de todos los niños, pues es sólo para aquellos que lo necesiten, aquellos que están en estado de necesidad, estado permanente o temporal de necesidad por razones socio- económicas o de otra naturaleza o discapacidad.

[133] Las políticas de descentralización se concretizan en el proceso de municipalización de las acciones de atención directas de los niños, el poder público y la comunidad local son la base de las políticas de atención.

- El otro principio es el principio de la participación de la sociedad por medio de sus organizaciones representativas, pero una participación más amplia en la formulación y dibujo de las políticas y en el control de las acciones fundamentales.
- El principio de la participación se concretiza en nuestra legislación por medio de consejos de derechos del niño deliberativos y mitad de los medios son organizaciones rerpresentativas de la población la otra mitad representantes del gobierno. Este consejo tiene como función formalizar y monitorear su implementación.

La política de atención a los derechos del niño, es el principio de la articulación, (art 865 del Estatuto de Brasil), acciones gubernamentales y no gubernamentales. La política de atención a los niños será hecha a través de un conjunto de articulados de acciones de la unión de los estados miembros de la Federación, el principio de la articulación, el principio de la convergencia y complementalidad del poder Público y organizaciones de niños (art- 86). El cuarto principio de política de atención es el de sustentabilidad de la política.
Roberto Santoro.Brasil. Seminario Internacional del C.N.A. y su nueva doctrina. **Julio 1994**

EL NIÑO COMO SUJETO SOCIAL DE DERECHOS

Frente a una concepción generalizada que considera al niño como objeto social, es decir como objeto pasivo de protección y cuidado, beneficiario de programas y políticas dirigidas hacia él, a la espera de un futuro que lo convierta formalmente en un ciudadano; las definiciones como sujeto de derechos reconocidas por la declaración universal de los derechos del niño resultan insuficientes frente a la real y objetiva situación en la que se encuentran los niños en el Perú. Precisamente, la visión del niño como sujeto social de derechos busca el reconocimiento de su papel activo, de su participación en la realidad, de su capacidad para contribuir en su propio desarrollo y en el de su familia.

La socialización del niño: proceso por el cual el niño se relaciona con otras personas, proceso que empieza incluso antes del nacimiento y con la influencia que el medio ejerce en la madre gestante y las condiciones físicas y psicológicas de la propia madre durante su embarazo.

Como tal, la socialización del niño no puede ser espontánea, ni aislada de la realidad.

La visión del niño como sujeto social de derechos contiene a una suerte de reivindicación como en su momento y a su manera fueron los movimientos para superar el esclavismo, el racismo y la marginación de la mujer, por tanto, esta visión del niño consagra formalmente la práctica de los principios contenidos en la Convención.

CONCEPTO DE "NIÑO" Y DE "MENOR". LA NUEVA DENOMINACION

Hay dos concepciones de infancia. Hay una concepción ontológica que piensa o que cree que los niños fueron siempre concebidos y percibidos de la manera que ellos son. Sin embargo, hay estudios históricos sumamente serios, en particular, de un autor francés, Philip Aries, quien escribió un libro extraordinario que se ha convertido en un clásico que se llama la historia de la infancia y la familia en el antiguo régimen,

En los años posteriores al siglo XVII, una de las manifestaciones del arte que predominaba es el llamado Retrato de familia.

Emilio García Méndez ha elaborado una hipótesis que es la siguiente: *"la niñez que es descubierta en el siglo XVII, va a pagar un precio muy alto por la centralidad. Y el precio que*

va a pagar es una especie de intercambio perverso: de su existencia pasa a cohabitar en el núcleo de la familia – y en el camino perverso se va a dar el reconocimiento de la infancia – lo cual se va a dar a cambio de una incapacidad; es decir, la infancia es descubierta y reconocida, por lo que no puede, por lo que no sabe, por lo que no es capaz, entonces, el niño se convierte en sujeto de propiedad de la familia. No solamente un sujeto de propiedad, sino que se convierte en un sujeto incapaz. Primero va a ser percibido como un incapaz jurídicamente. Esta incapacidad jurídica se va a sentar con mucha hegemonía, porque se asienta sobre una incapacidad social. La gente está completamente convencida de que el niño es incapaz; sobre esta incapacidad se va a plantear una cultura de la compasión – represión que va a considerar al niño, en la mejor de las hipótesis, como un sujeto de protección y nunca como un sujeto de derechos".

Esta es una historia que persiste por muchos siglos y recién en el siglo XX, primero con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, luego con la Convención Internacional, es que se va a producir esta inversión de paradigma y se empieza a percibir al niño como sujeto de derechos.

El niño se desarrolla en un entorno natural que es la familia y luego de la familia pasa a otro espacio que es la escuela ¿el reconocer los derechos del niño significa romper el esqueleto de la familia?

Emilio García Méndez continúa: *"En la década de los 70 y en la década de los 80 pocos temas en el mundo de la infancia fueron tan mistificados como el llamado tema de los niños en estado de abandono, y en este proceso de mistificación no se excluye la implicancia culposa del Gobierno ni de la sociedad.*

Los Organismos No Gubernamentales asumieron una responsabilidad fundamental, durante mucho tiempo, estos organismos No Gubernamentales miraron a la familia del niño con problemas por el espejo retrovisor, incluso durante las décadas de los 70 y 80, todavía hay gente con el coraje de afirmar que la familia de ese niño es una parte del problema en vez de entender que es una parte de la solución.

Hoy en día se tiene que pasar de aquella posición alternativista a una posición alterativista. En alterar las políticas gubernamentales para que se articulen gobiernos, sociedad civil, y se

conviertan en políticas públicas. Otra forma de decir esto es que nosotros tenemos que descubrir lo obvio, y redescubrir lo obvio, es redescubrir la centralidad de la escuela y la centralidad de la familia".

Las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular – que en el caso del Perú el Código del Niño y del Adolescente ha podido superar jurídicamente- eran leyes sumamente hipócritas, porque diciendo que defendían a la familia, en realidad apenas el niño tenía dificultades lo colocaban en situación irregular, lo institucionalizaban en otras palabras, destruían la identidad de familia que ese niño tenía.

Emilio García afirma: *"los niños y los adolescentes son aquellos que van a la escuela y menores aquellos que no van a la escuela; se puede decir de igual forma que niños y adolescentes son aquellos que tienen familia y menores aquellos que no la tienen" .... Hoy día tenemos que recuperar el trabajo con la familia, pero ese trabajo con la familia no se puede recuperar sino se hace conjuntamente, es decir, una recuperación de la centralidad a la escuela".*

El paso de los tiempos nos ha demostrado que, y sobre todo en nuestra cultura latinoamericana se pueden crear dos tipos de infancia.

Una infancia que está vinculada a los problemas, a la institucionalización, a la Justicia (en el sentido de los Jueces, no en el sentido de lo justo): esta clientela del aparato institucional era menores. El niño y el adolescente pasaban por otro circuito.

El lenguaje común denota esta profunda discriminación que se esconde tras la palabra menor. Por eso cuando el Perú promulga el Código de los Niños y Adolescentes, da origen a un cambio de tipo semántico, le está diciendo a la sociedad: *"¡atención !, si nosotros no tomamos en serio la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, nosotros tenemos que construir una ley que regule las políticas para el conjunto de la infancia, y no solamente para aquellos que consideramos menores".*

El reconocer al niño y al adolescente como sujetos de derecho significa que en la familia y en su momento en la escuela, se les enseñará no sólo a reconocer sus derechos, sino también los ajenos.

En primer lugar, uno no puede ser sujeto de derechos, sino es sujeto de obligaciones, entonces es absolutamente obvio que cuando reconocemos al niño como un sujeto de derechos de la misma forma como reconocemos a un ciudadano, al mismo tiempo lo reconocemos como sujeto de obligaciones. Quiere decir, que esta perspectiva de los derechos no atenta solamente contra la estructura de la familia, sino que además es una forma de tomar conciencia de la estructura de la familia. Durante mucho tiempo la familia fue utilizada solamente como un elemento retórico para hablar de las familias "sin problemas".

LA RELEVANCIA DE LA HISTORIA DE LAS IDEAS SOBRE LA NIÑEZ

No cabe duda que durante las últimas décadas ha aumentado significativamente el interés y la curiosidad intelectual por conocer más profundamente acerca de las dimensiones que definen la posición social de la infancia. En efecto, la prueba más clara del consenso universal que existe sobre la necesidad de proteger los derechos específicos que le corresponden a la niñez, está dada por la reciente aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de la Asamblea General de la ONU.

Los desafíos que plantea la aplicación de este instrumento internacional, necesariamente conducen a la reflexión de lo que ha sido la evolución del concepto "niño". Según Verhellen, el desarrollo conceptual más reciente sobre este tópico, apunta a que la posición del niño en la sociedad no sólo sea considerada desde el ángulo del **"niño como niño"**, sino que además debe tomarse en cuenta su condición de **"niño como ser humano".**

El cambio radical que representa esta nueva postura, consiste en concebir al niño como ser humano y no sólo como "ser humano en formación".[134]

Esta preocupación actual por la teoría y práctica de los derechos del niño, que sin duda tiene profundas implicancias políticas, sociales y culturales, plantea interrogantes del origen del concepto niño: ¿cuándo y en qué condiciones se "inventa" la idea del niño como una categoría social identificable y única?

[134] Verhellen, 1989.

Dos historiadores, Phillip Aries y Lloyd de Mause han ejercido una profunda influencia con respecto a la evolución histórica de la idea sobre la posición social del niño.

Aries mantiene que alrededor del siglo XVII surge en Europa una concepción de niñez. Antes de ese período, la infancia era ignorada y los niños eran tratados como adultos en miniatura. El nuevo concepto, activó el incorporamiento de padres e instituciones sociales con las peculiaridades de la niñez.

Aries postula que, como resultado de ello, los niños, que antes eran ignorados, pasan a convertirse en objeto de intervención por parte de padres y autoridades estatales que ahora creen en la importancia de intervenir a fin de asegurar que el niño maleable se desarrolle en un adulto aceptable[135].

Por su parte, De Mause abre el texto de su análisis con la ya famosa frase: *"La historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar hace muy poco. Cuanto más se retrocede en el pasado, más bajo es el nivel de la puericultura y más expuestos están los niños a la muerte violenta, el abandono, los golpes, el terror y los abusos sexuales"*. A partir de una concepción psicogénica de la historia, el citado jurista aplica un esquema evolutivo donde el siglo XVIII aparece como un momento histórico crucial en el que las actitudes hacia los niños mejoran.[136]

Si bien Aries y De Mause difieren en cuanto al trato recibido por el niño durante la Edad Media, ambos proponen que alrededor del siglo XVIII se dio un cambio cualitativo en las formas de concebir la posición social de la infancia. A pesar que las ideas de estos autores han sido cuestionadas a la luz de nuevas investigaciones históricas sobre este tema, las mismas han tenido un significativo impacto en sectores del mundo académico de los países industrializados interesados en el tema de la infancia en general y de los derechos del niño en particular.[137]

¿Qué relevancia tienen estas interpretaciones sobre la evolución histórica del concepto niñez para América Latina? Desde un punto de vista amplio, cabe reconocer que estas investigaciones pioneras abren rutas intelectuales nuevas, rescatando un tema que hasta

[135] Aries, 19876
[136] De Mouse, 1982
[137] Fox, 1989

hace poco era prácticamente ignorado. Mas concretamente, es dable esperar que estos avances estimulen en nuestro país investigaciones que profundicen en la especificidad del desarrollo del concepto **"niño en latinoamérica"**.

Un contraste preliminar de la realidad latinoamericana con los argumentos esgrimidos por estos autores, revela importantes diferencias.

Así, por ejemplo, la situación actual del niño en Latinoamérica, conduce inevitablemente a un cuestionamiento de la tesis optimista de De Mause, que plantea que los horrores que sufría el niño en el pasado se van superando a medida que la sociedad europea ingresa a la modernidad. La pesadilla de ayer, descrita por De Mause (muerte violenta, abandono, golpes, terror y abusos sexuales), es una cruel realidad expuesta al niño latinoamericano de hoy.

En cuanto a Aries, una de sus tesis más importantes, basada en un ingenioso y original análisis de pintura del medioevo europeo, señala que durante la Edad Media dicha sociedad no podía representar bien al niño y menos todavía al adolescente. "La duración de la infancia se reducía al período de su mayor fragilidad...; en cuanto podía desenvolverse físicamente, se lo mezclaba rápidamente con los adultos, con quienes compartía sus trabajos y juegos. El bebé se convertía en seguida en un hombre joven sin pasar por las etapas de la juventud, conceptuaciones las cuales no existieron antes de la Edad Media, pero que sí se han vuelto esenciales hoy en día en las sociedades desarrolladas. Las implicancias educativas de esta situación, son expuestas de la siguiente manera por Aries: *"La transmisión de valores y conocimientos, y en general la socialización del niño, no estaba garantizada por la familia, ni controlada por ella. Al niño se le separaba en seguida de sus padres, y puede decirse que la educación, durante muchos siglos, fue obra del aprendizaje, gracias a la convivencia del niño o del joven con los adultos, con quienes aprendía lo necesario ayudando a los mayores a hacerlo".*

Las profundas diferencias existentes entre el niño pre-hispánico y el niño del medioevo europeo, no hacen más que poner en evidencia las complejidades que presenta el análisis de la evolución histórica de la idea del niño en América. En efecto, las costumbres, y tradiciones culturales pre-hispánicas no solo perdurarán en el tiempo, sino que además se entremezclarán con concepciones europeas sobre la familia e infancia. En otras palabras, la

evolución de la imagen del niño latinoamericano está inserta dentro del proceso más amplio en el que se conjugan la pre-modernidad, modernidad y post- modernidad.

En palabras de Calderón:[138] "...es posible pensar que varios procesos y pensamientos conviven en América Latina, unos completando la modernidad, otros desarrollando la confusa post- modernidad y algunos otros manteniendo la pre-modernidad, pero todos ellos conviven mixtos y subordinados"

Aplicando esta perspectiva al esfuerzo por dilucidar el concepto actual sobre niñez, quizá sea útil pensar en la pre-modernidad como representada por las formas culturales pre-hispánicas y sus posteriores reformulaciones durante la colonia. Las expresiones más características del modernismo se dan con mayor fuerza durante gran parte del siglo XX, período en el que se desarrolla una concepción del niño basada fundamentalmente en la aplicación de los avances habidos en las disciplinas de salud, educación, trabajo social y jurídica. Se trata de una época de claros avances en el combate contra el analfabetismo y las enfermedades culpables de la mortalidad infantil.

Surge el modelo asistencialista, cuyos componentes fundamentales se fusionan y dan origen al código de los niños y adolescentes, así como a las instituciones estatales encargadas de velar por la protección y rehabilitación del niño abandonado e infractor, a partir del programa de protección integral y rol del Estado. En cierto sentido, el modernismo construye una imagen dualista del niño, representada por la aspiración de "mejorar" al menor latinoamericano negro, indio, mestizo, mulato, para eventualmente acercarlo a las características del "niño ideal", que corresponden a las del niño europeo.

Tal vez la Convención sobre los Derechos del Niño representa el hito que marcará el inicio de una profunda transformación en la concepción del niño latinoamericano.

Vista la problemática del niño latinoamericano desde esta perspectiva, resulta importante resaltar que la aplicación de la Convención y del Plan de Acción no se hará en un "vacío histórico". Por el contrario, su puesta en práctica se verá considerablemente facilitada si se toma en cuenta la evolución histórica que ha sufrido el concepto de "niño latinoamericano",

[138] Calderón, 1987. Ifejant 1985.

ya que ello permitirá una comprensión más cabal de las prácticas e instituciones que deberán cambiarse o fortalecerse, a fin de hacer realidad los derechos del niño.

DOCTRINA QUE ADOPTA LA LEGISLACION PERUANA ACTUAL CON EL C.N.A.

En un texto clásico del derecho, el Juez tiene como parámetro el de actuar como un buen padre de familia, en ella, están contenidas las múltiples ocupaciones y obligaciones, pero, una obligación que no la tiene es de ser un técnico jurídico, en todo caso al Juez sólo le es exigible ser un buen Padre de Familia.

Cuando se ingresa en verdad a una profunda crisis social en América Latina y se incrementa el número de menores y simultáneamente se disminuye a los niños y adolescentes, la figura del Juez operando como instrumento de aplicabilidad procedimental basado en la doctrina de la situación irregular no hace otra cosa que precisar las deficiencias de las políticas de salud y educación frente al deterioro del sistema educativo y de salud.

Cussianovich afirma a partir de la conceptuación de las funciones del Juez bajo la doctrina de la situación irregular: *"Yo, judicializo los problemas, me convierto en el Ministro de Salud y Educación de los pobres, por supuesto con la competencia Jurisdiccional, pero no con la competencia técnica ni los recursos para realizarlo, en consecuencia tengo que desarrollar toda una cultura del eufemismo, es decir tengo que hacer de cuenta que ordeno que se disponga las medidas adecuadas que jamás la verifico, pues se sabía que no existían, es decir, estaba creando la ilusión de que alguna cosa estaba hecha"..*

Al graficar el recorrido de las políticas para la infancia en América Latina en 1920 y 1990, éste presenta profundas alteraciones tales como: inserción subordinada pero privilegiada del mercado mundial, crisis de los años 30, largo período de deterioro, nacimiento de los sistemas altamente distribuicionistas aun cuando populistas de los años 50 donde se asiste en América Latina a una práctica universalista de la escuela y de los sistemas de salud.

En la década de los 50 prácticamente desaparecen los menores y tenemos naciones de niños y adolescentes, tenemos una escuela universal, y un sistema de atención de salud universal y ya a fines del año 60 aparece la crisis fiscal del Estado, y las políticas de pre-ajuste.[139]

Al hacer una evaluación de las políticas jurídicas en América latina entre 1919 y 1989 antes de la Convención Internacional se nota (como afirma Emilio García Méndez) **"el electrocardiograma de un muerto"** pues no reconoce ningún tipo de variación, salvo en los gobiernos militares, alquimia jurídica para bajar o subir la imputabilidad, y ninguna reforma jurídica sustancial, porque esta doctrina jurídica de la situación irregular fue profundamente funcional a la retracción del gasto público.

Se le pedía al Juez que resolviera los problemas y no se le daba ningún recurso y luego la culpa era del Poder Judicial que se veían inmerso en esta problemática.[140]

En 1989 con la aprobación de la Convención Internacional, aparece en América Latina los procesos de adecuación sustancial, de carácter eufemístico con problemas, avances, retrocesos, y defectos técnicos.

Estamos saliendo de una historia de cuatro a cinco siglos de percepción del niño como incapaz social y no podemos transformar nuestra cultura en 24 horas, pero si podemos hacer esfuerzo por ellas, de ello se colige la aparición de leyes como en Perú, Ecuador, Brasil, Bolivia.

Cusianovich afirma: **"Cuando nos referimos a la Convención internacional nos referimos al cambio radical de paradigmas"**.y, acerca del Debido proceso, es necesario recurrir al espíritu de la Convención o sino al texto de la Convención.

---

139 Según informes del banco mundial en 1980 al 1985 los presupuestos en educación disminuyeron en un 79º%.
En los años 90 se avisora un resultado emblemático de los niños de la calle, donde pocas figuras han sido tan mistificadas como la figura del niño de las calle, porque esto coincide con el momento de los autoritarismos en América Latina y las Ongs en una forma de expresión de resistencia al autoritarismo, se transforman de ONGs en organismos antigubernamentales, y estos anti-estatales, y si la escuela es pública hay quienes crean alternativas a todo aquello que es del estado, si la escuela recibe un golpe de origen financiero recibe un golpe político cultural.
Por otro lado, hemos asistido a la desarticulación de la institución escuela, y luego nosotros tenemos que ocuparnos de las manifestaciones de este problema.
Se ha perdido la capacidad de pensar y enfrentar a la emergencia de estos problemas, a la crisis del sistema educativo, porque hemos perdido la capacidad de indignación.
Cuando en América Latina los presupuestos avanzan la sociedad permanece inerme, no hay reacción social., no hay reacción puramente corporativa sino de todos.
Padre Cusianovich.Conferencia de los derechos del niño. IFEJANT 1995

140 "Yo disminuyo el presupuesto de educación, hago aumentar el número de menores y le pido al Juez que se haga cargo de esto. Es decir, judicializó los problemas de carácter social, y el Juez se convierte en un asistente social de lujo en cuanto su competencia jurídica y de cuarta categoría en cuanto a los recursos materiales de los cuales disponía ".
Padre Cusianovich, Conferencia acerca de la Infancia y la doctrina de la protección integral. 1995

Durante el transcurso del análisis y si hubiera duda, es necesario remontarse a los art 37 y 40 de la Convención Internacional donde está expresamente consagrado los principios generales del derecho iluminista francés del Debido Proceso, y la inviolabilidad de la defensa, principios fundamentales, consagrados en el texto de la Convención y las Leyes.

En América Latina la Convención Internacional nos ha servido para ver lo que está ahí: *"…si no existiese la Convención, en este caso, si estuviera vigente la antigua Ley de menores basado en la doctrina de la situación irregular, se podría demostrar en un minuto que son leyes inconstitucionales."*

El Código de los niños de Uruguay (1934) provocó una frase común que hemos soportado infinidad de veces, en América Latina: *"Tenemos maravillosas legislaciones de menores que infelizmente no se cumplen, y ahí están los millones de niños institucionalizados en América Latina por otro delito que no sea el de exportación de cara, es decir por pobreza, circunstancias que demuestran que estas legislaciones no son maravillosas y además se cumplen en sus aspectos más perversos".*[141]

En abril de l934 Uruguay aprobó una nueva Constitución modelo de libertades públicas y modelo de Constitución social que tenía un parágrafo como lo tienen todas las Constituciones de América Latina[142]: ningún habitante de la República puede ser detenido sino en flagrante delito, (principio de consagración de la libertad de la persona).

Es muy posible que estas leyes no fueron declaradas inconstitucionales en los últimos 50 años, porque se refiere a menores de 18 años sin las garantías de un adulto.

La sociedad civil no pudo ver esta inconstitucionalidad pues estaba prisionera de una hegemonía cultural ya tratada, por eso las transformaciones jurídicas son motores fundamentales del cambio cultural.

---

141 Este código del niño prenombrado es de setiembre de 1934.
La madre de todas estas leyes basadas en la doctrina de la situación irregular se encuentra en el Código del niño de Uruguay de 1934.
Emilio García Méndez afirma: "Durante mucho tiempo la bondad o maldad de una ley en América Latina, se aprueba en Honduras en 1950 y en Bolivia en 1960 ",
Ver Emilio García Méndez. El revés y el derecho de la Infancia

142 En ninguna Constitución dice ningún ciudadano, sólo, nadie o ningún habitante, al menos que alguien demuestre que los menores de 7 años no son habitantes de las República o sea la excepción de la palabra "nadie" no se entiende en su verdadera dimensión.
Emilio García Méndez. Conferencia Internacional del Código de los niños y adolescentes. 1995

Antonio Carlos, afirma: *"tenemos que hacer leyes que reflejen nuestra realidad, nosotros tenemos que hacer leyes mejores, tenemos que plantear una utopía positiva, la ley tiene que trazar un camino a llegar. Porque en una nueva ley, existe la tentación muchas veces bien intencionada a pensar que es un lujo, preponderantemente si admitimos que nosotros tenemos dos tipos de infancia los niños y los menores..."*.

Para los niños y adolescentes las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular eran absolutamente indiferentes, Por decirlo claro, en un documento publicado 1992 por el CELAM,[143] se plantea:

- **Primer desafío**: **Erradicar la doctrina de la situación irregular.**

Porque la Iglesia comprendió el profundo carácter destructor de la familia de la situación irregular.

Se tiene que alterar la entrada coactiva de las políticas sociales porque a partir de la vigencia de la situación irregular la policía está en la calle recogiendo niños. ¿pueden éstos excederse en sus funciones, pero cumpliendo estrictamente su deber convirtiéndose en cómplices de la detracción del gasto público en materia de educación y salud?

La reforma legislativa es importante porque significa alterar profundamente el sentido conforme las políticas sociales han funcionado en América Latina.

Emilio García Méndez afirma: *"Del museo de cera de los horrores jurídicos que son los Códigos basados en la doctrina de la situación irregular, siempre me gusta elegir el art. 32 de la ley chilena actualmente vigente porque es una delicia literaria: El concepto de riesgo moral no es un concepto posible de ser tipificado, porque sus facultades son omnímodas. Por ejemplo: en EE.UU. declarar el riesgo moral es declarar toda una semántica eufemística de la doctrina de la situación irregular la misma que se construye en base a eso, un eufemismo, una mentira, es decir: una cosa por otra"*.

[143] Comisión Episcopal Latinoamericana de la Iglesia Católica

La revolución francesa les llegó a los niños y adolescentes con doscientos años de retardo[144] significa que por primera vez en la historia esta ley le devuelve al Juez su jerarquía.

Emilio García Méndez afirma: *"Estoy absolutamente convencido que el instrumento requerido es la jerarquización del Poder Judicial, porque a partir de la revolución francesa y del desarrollo del derecho iluminista la función que le corresponde al Juez es el de dirimir conflictos de naturaleza Jurídica y no ser un asistente social de segunda categoría, es bueno que se tenga en cuenta una especie de competencia una auto interpretación restrictiva del uso de la ley por parte del Poder Judicial, que es lo que garantizaría la jerarquía del poder judicial, la pre-determinación de cuáles son los casos en que el Juez tendría que intervenir masivamente.*

Por tanto, todos aquellos aspectos de naturaleza civil que podía real o potencialmente alterar la condición jurídica del niño o adolescente como: adopción, tutela, patria potestad, estado de abandono, etc, jamás deben ser desjudicializados".

En ese sentido es necesario apoyar el fortalecimiento del Poder Judicial, dignificar la figura Judicial.

Para que el Poder Judicial asuma estas funciones específicas, la función del Ministerio Público que crece en importancia en un contexto jurídico -como el contenido en nuestro código- no debe jamás ser vista como una función de competencia con el Poder Judicial.

La función del Ministerio Público es velar por el estricto cumplimiento de la ley, además, tiene un instrumento extraordinario que es la protección de los intereses difusos y colectivos. Para el Juez no debe ser vista la intervención del Ministerio Público como una interferencia en sus funciones, sino como un filtro de racionalidad para que los casos que llegan al Poder Judicial sean los realmente necesarios a ser resueltos por el Poder Judicial.

- **Segundo desafío: segunda razón pragmática, y además una razón ética**,

144 Emilio García Méndez. El revés y el derecho

El profesor Antonio Carlos tiene una frase muy condensada que dice: *"solamente una sociedad que aprende a respetar a los peores entre comillas aprende a respetar a todo el mundo..."*.

El sentido común nos dice que debemos afianzar la democracia.

El bien y el mal están distribuidos entre el Gobierno y la sociedad y que buena parte de la responsabilidad que hoy afrontamos están en las políticas insubsistentes de los gobiernos.

"En este juego de maniqueismos, hoy es necesario un profundo diálogo, no sólo un diálogo de tipo corporativo, sino el concepto de política gubernamental y política pública".[145]

PRINCIPIOS PREPONDERANTES EN EL C.N.A.

El C.N.A. es un código de los más modernos, código perfectamente adecuado a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la doctrina de la protección integral.

Hablar de la larga caminata de la doctrina de la situación irregular a la de protección integral es hablar del revés al derecho, es hablar de la dicotomía perversa que separa niños de menores, es hablar de antijuricidades, es hablar de eufemismos. Hablar de medidas tutelares indeterminadas, de tratamientos y sanciones disfrazadas, es hablar de la inexistencia del Debido Proceso legal, justificándose que el menor no es acusado, pero siempre es protegido.

El nuevo derecho va a ser dirigido a todos los niños y adolescentes independientemente de la situación en que se encuentren, desaparecen las falacias y mitos.

La Justicia de los niños y adolescentes tiene funciones eminentemente jurisdiccionales, y no tienen nada que ver con asistencia social directa ni pobreza, sólo con aplicación de las garantías y derechos fundamentales, restableciendo el derecho violado.

El nuevo sistema de los niños contiene la articulación que garantiza los derechos de los niños y adolescentes,

[145] La democracia nos ha vuelto más complejos, hoy se comprende que lo político no es igual a lo gubernamental, articulación de esfuerzo gobierno sociedad civil, **Ver Antonio Carlos La Infancia...**

La fundamentación de las resoluciones judiciales es una característica del estado de derecho, el C.N.A. es un ejemplo para todas las legislaciones del mundo

- **La finalidad del Art. IX. Principio de humanización: "tratamiento como problema humano":**

Al humanizar la ley cuya aplicación a un determinado caso interpretada literalmente promueve la Paz social, bien común, y la justicia.

La finalidad del art. II, como sujetos de derechos: El juez está obligado a motivar sus decisiones. Antiguamente no había motivación de decisiones, el interés del niño, es importante para ello. El juez toma libremente su decisión, pero está obligado a fundamentarlo.146

Art 198, D.L.26102 C.N.A: el Juez en decisión inapelable podrá ordenar la actuación de pruebas necesarias en resolución fundamentada. Los Arts 197 y 230 D.L.26102 C.N.A. deben formar un silogismo perfecto, para no incidir en nulidad. Las sentencias deben ser sometidas a presupuestos objetivos y subjetivos.

El Juez al emitir sentencia tendrá en cuenta,147 el grado de responsabilidad y el informe del equipo multidisciplinario (art.230 D.L.26102 C.N.A).

Es importante que los integrantes del sistema conozcan de estas formas ya que la doctrina de la Protección Integral está contenida en las reglas mínimas de la administración de Justicia, y la Convención de los derechos del niño. La acción es de proteger al niño y al adolescente.

146 Exponer las razones, es decir argumentar, significa en este ámbito esencialmente ***"Justificar"***
Debe entenderse que "motivar " , en este caso, equivale a que los jueces justifiquen sus decisiones como un mandato imperativo que sustenta el orden jurídico- político de nuestro país.
La justificación en el ámbito jurisdiccional, es sumamente importante porque en tanto implica la existencia de un marco normativo previo, ella permite dar razones para que la decisión sea aceptable en Derecho y por la comunidad jurídica, entonces, la argumentación el Juez debe ser fundamentalmente, aunque no exclusivamente justificativa.
Ver PODER JUIDICIAL INTERES PUBLICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERU Gorki Gonzales Mantilla Pág 98 y sgtes. Fondo editorial PUCP. 1ra edición 1998.

147 Principio de la proporcionalidad, no imponiendo el Juez medidas severas, afín al principio del T.P. del C.N.A. D.L.26102 ART.IX Proceso como problema humano.

Como política social básica: el Juez no va a prestar asistencia social, sino que juzgará y resolverá una situación jurídica, para ello, los auxiliares de la Justicia deben tener presente que los niños y adolescentes son sujetos de derecho.

LA IMAGEN DE LA INFANCIA EN LOS CONGRESOS PANAMERICANOS DEL NIÑO

La preocupación sobre las condiciones sociales y culturales en que se encontraba gran parte de los niños impulsó a los gobiernos de principios de siglo a crear un foro de discusión permanente: los Congresos Panamericanos del Niño.

A comienzos de este siglo se hizo frecuente en Europa y Estados Unidos la realización de Congresos Internacionales para tratar el tema de la niñez. En 1905 tiene lugar en París un evento sobre los problemas de la alimentación de la infancia. En 1907, en Bruselas, se realizó un congreso sobre la protección de la primera infancia.

A principios del siglo, sesionó En Washington, en 1909, el Congreso Nacional del Niño. Se planteó allí la necesidad de crear una oficina federal centralizadora de la información sobre la infancia y una oficina nacional para la protección de los niños indigentes o abandonados. El “Cottage Plan” fue una de las propuestas.

En 1911 en París, tuvo lugar el primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores. El único antecedente con que se contaba en el siglo anterior había sido La Juvenile Court Act, de Illinois, en 1899. Un año después de este Congreso de París, se difunde la creación de tribunales de menores en toda Francia.

Para 1912 en Bruselas, sesionó el Primer Congreso de Protección a la Infancia. Y en 1913, por primera vez en América Latina, se realizó el Primer Congreso Nacional del Niño, en Buenos Aires. Para 1915, una asamblea de adherentes a este Congreso, solicitó la convocatoria de un Primer Congreso Americano del Niño. Un año después, en Buenos Aires, se realizó el Primer Congreso Panamericano del Niño.

La situación de los niños en América no era sustancialmente nueva para 1916, año del primer Congreso Panamericano, pero este inicio del siglo recogía el sentir de una sociedad americana que desde la mitad del siglo anterior había ido consolidando sus Estados con el

referente europeo y sentía que debía responder y acompasar las inquietudes que Europa se había planteado ya en el correr de los siglos XVII y XVIII con respecto a la niñez.

En 1922, en ocasión de celebrarse el III Congreso Panamericano del Niño, se propuso la creación de la Oficina Internacional Panamericana del Niño con sede en Montevideo, la que se efectivizó en el IV Congreso, con la creación del Instituto Interamericano del Niño. Los Congresos Panamericanos del Niño pasan a ser un órgano del Instituto y foro permanente del sistema interamericano, al integrarse a la OEA en 1950.

- **La educación y el trabajo una nueva visión a partir de los congresos:**

Los niños analfabetos, que sumaban el 50% de la población y que, al decir de un congresista de 1924, "tienen apenas un barniz finísimo de civilización y no tienen noción alguna de sus deberes como seres humanos", poco iban a ayudar al progreso de un continente llamado a expandir sus industrias, su mercado y participar de la convivencia civilizada con el resto de Occidente.

Partiendo de la premisa de que "la vida entera del hombre depende de la manera cómo sea dirigida su infancia (1916), los Congresos instaron a los gobiernos para que la escuela pública estimulara "el cultivo de la iniciativa, de la personalidad, de la obediencia y de las demás virtudes cívicas" (1927).

Este ideal de educación y disciplina se insertaba en la concepción más general de la confrontación civilización -barbarie. Bajo la influencia del positivismo, ideólogos y políticos apostaban a la civilización. Pero ésta solo se construiría si las nuevas sociedades se fundaban sobre dos grandes pilares: educación y trabajo. Este binomio educación -trabajo era indisoluble para esta sociedad que no quería quedar retrasada en el espejo del desarrollo. El Congreso de 1919, "hace votos" para que las naciones americanas "orienten la enseñanza primaria con un criterio más práctico y en consecuencia con las exigencias elementales de la industria".

Era necesario, entonces, acortar rápidamente distancias entre esta niñez y la niñez soñada, "exponentes de una raza nueva, sana y fuerte". (1924).

La ciencia debía ponerse al servicio de esta empresa salvacionista. Y la eugenesia fue la "ciencia" llamada a disipar esta oscura amenaza.

Había que "seleccionar" a los inmigrantes como futuros progenitores; realizar una certera profilaxis concepcional; evitar que "la deficiencia psíquica se trasmitiera por la herencia". Es decir, dar solución a los problemas de orden social entre los que debe tener preferencia el mejoramiento étnico.[148] (1922)

Así, los congresos instaron a la escuela primaria a fortalecer la moral y el espíritu del niño, para salvaguardarlo de la enfermedad, la ignorancia y el vicio.

Para llevar adelante esta ardua tarea, los maestros debían "medirlos física y mentalmente". Para ello existían los instrumentos de la biometría, otra "ciencia", que conocía del desarrollo físico y mental de los niños y colaboraba a regular su crecimiento y dar base a una educación apropiada. Merecía especial atención el caso del niño mestizo que constituía la mayoría de la población, al que había que confrontar con el "índice tipo del niño normal" (1930), seguramente un índice europeo, como el de medición de la inteligencia de Binet -Simon que se aplicaba en las escuelas, para fomentar su "desenvolvimiento bio-psíquico". El examen previo al ingreso a la escuela y la pedagogía correctiva debían auxiliar a "seleccionar una certidumbre científica a los deficientes y a los mejor dotados". (1935)

El Congreso posterior a esta Conferencia, recogió las inquietudes que sobre la condición laboral de los niños había expresado y aconsejó a los gobiernos americanos prohibir la admisión "en ninguna faena a los niños de ambos sexos menores de 12 años en los países de clima tropical, o de 14 en los de otros climas". Y prohibición total hasta los catorce en todos los países, en "cualquier faena que signifique un peligro para la salud o su moralidad".

Cuando la resolución del Congreso enumera los diversos trabajos objeto de la prohibición anterior, proporciona una clara visión sobre la realidad laboral de los niños de nuestras Américas: trabajo nocturno, expuesto a daños, insalubre, tóxico o subterráneo en las minas; cuidado de motores, sopladura de vidrio; fabricación de sustancias tóxicas o explosivas, y lugares de expedición de bebidas alcohólicas.

[148] La idea que inspiró las leyes de inmigración en Brasil consideraba a su población "fea y genéticamente inferior por causa de la presencia de sangre negro- africana". García **Méndez, E. 1990**

El V Congreso advertía que "las tres medidas principales contra la pobreza que limitaba el bienestar de nuestra América son: el fomento de la protección física de toda edad; educación general y práctica de los jóvenes y la protección de los niños y adolescentes mediante el fortalecimiento de la vida de familia y la supresión de las condiciones que amenazan la moralidad del niño y el desarrollo de medidas adoptadas por la colectividad por el bien de él". (1927)

El pensamiento político y social de la época reflejado en estos Congresos, no hizo referencia alguna a las causas estructurales de la pobreza. Esta podía resolverse como señalaban para 1927, alimentando y educando al niño en el seno de una familia que lo cuidara y protegiera material y moralmente de los males sociales. Sin duda, una buena carta de intención que solo podía llegar a una escasa minoría de la población infantil de nuestras Américas.

- **La imagen del niño abandonado: "antítesis del niño ideal**".

Los médicos se esforzaron en sanarlo en cuerpo y alma. Los Jueces en custodiarlo para que no cayera en "peligro moral". Y la Ley, como se propuso en el Congreso de 1922, debía "erigir a los gobiernos en padres de los hijos del pueblo, en preclaros guardianes del sagrado derecho de los niños a la vida..."

Urgía crear una red de disposiciones que contemplara la Declaración de los Derechos del Niño, la llamada Declaración de Ginebra de 1924, para la protección de los menores como obligación del Estado.

La legislación hizo ver que el Estado iba a asumir la responsabilidad de la asistencia y protección de niños. Iba a ser el eje regulador de las instituciones de asistencia. Acción y reglamentación constituirían una sola unidad.

Los códigos de menores obligarían a los diversos organismos a medidas de carácter tutelar y educativo para la rehabilitación del niño delincuente o abandonado.

El Estado debía ejercer el control de las instituciones de protección a la infancia para que éstas se inspiraran en un "criterio científico" que tendiera a rehabilitar al niño e "inculcarle hábitos de trabajo, de higiene y de previsión". (1924)

"El Estado tiene la obligación de proteger y cuidar a los niños, en parte para protegerse a sí mismo, y en parte, para dar a ellos oportunidad de desarrollarse normalmente". (1927)

El problema de los niños abandonados que fue una de las grandes preocupaciones desde el siglo XVIII en América y a la que se respondió con oficinas de admisión de niños abandonados y huérfanos hacia fines del siglo XIX, continuaba sin resolverse a comienzos de este siglo.

El segundo Congreso, en 1919, declaraba explícitamente la condición de abandono: "Repútase abandonado todo niño cuya subsistencia y educación no es atendida convenientemente por los padres de carencia de medios materiales, sea a causa del ambiente en que se desarrolla, sea por razón de la idiosincrasia del menor. El abandono moral o material del niño, la inhabilidad de los padres o la incapacidad de éstos, a pesar de la educación que pudieran dar para evitar la corrupción del menor, deben ser causa de la pérdida de la patria potestad". Ante lo cual el Estado debía asumir la protección y guarda del menor.

El mismo congreso estipulaba que "los motivos principales para el abandono son de orden económico, social y moral".

La legislación y las modificaciones de la organización social constituyen medios insuficientes si no se acompañan de una renovación completa de los métodos de formación moral de los individuos y en la asimilación personal y colectiva de conceptos superiores de ética sexual". (1919)

> *"El Estado debe proteger a todos los niños que se hallaren moral o materialmente abandonados o en peligro moral". (1930)*

Los Estados miembros que aún no contaban con una legislación específica sobre la infancia, se vieron comprometidos por las insistentes recomendaciones de los Congresos, a formalizar jurídicamente todo lo atinente al menor abandonado o huérfano y al infractor.

Así, Venezuela, por decreto del Ejecutivo Federal, estableció para 1937 que: "... el Estado tiene el inexcusable deber de custodiar al niño, vigilar su desarrollo, sustraerlo de peligros morales o sociales, y, llegado el caso, de readaptarlo en centros especiales a una vida normal útil..." Y en el proyecto de Código de Menores del año siguiente, al tratar de las obligaciones

y derechos del Estado, declaraban que: "... corresponden al Estado la vigilancia, educación y protección integral de los menores de 18 años que se hallen en abandono material o moral..."

Pero este Estado al que prácticamente todos los Congresos se dirigieron para que creara las instituciones capaces de planificar y ejecutar las medidas de protección y control de la infancia, salvo dos escasas excepciones, no creó ningún organismo estatal que se encargara de ello hasta décadas después. Recién en los años 60 se empieza a dar respuesta a estas recomendaciones de los años 20.

Por la misma época, la ley N° 98 de Colombia, de 1920, en su artículo 16 establecía que "el Juez tendrá siempre presente que no se trata de castigar sino de formar el sentido moral de menor por medio de la educación y sus instrumentos, entre los cuales el castigo puede figurar".

En Argentina se llegaba aún más lejos. En 1918, el doctor Guillermo A. Bollero planteaba la necesidad de una ley amplia de "tutela del Estado sobre menores": "El Estado tiene derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometan delitos. No hay en ello restricción de libertad civil; el menor no la tiene y solo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado".

Este abrazo protector unía así a los niños abandonados, a aquellos cuya conducta fuera peligrosa "aún antes de que cometan delitos, a vendedores de diarios, a "los que con pretexto de estudios viven sin sujeción a sus respectivos superiores, sin cumplir con las obligaciones escolares y entregados a la ociosidad", por ser todos estos elementos, "causa" probable de delincuencia.

Los Congresos de este período muestran así una fe inquebrantable en la noción de progreso, en la salvación de las pobres huestes americanas a través de la ciencia y mediante la intervención estatal.

La inteligencia de la época, presente en los Congresos, creyó a ciencia cierta, que con esfuerzo iba a erradicar los males de una sociedad desigual, los obstáculos para la vida plena del niño y alcanzar los "grandes anhelos étnicos y nacionales".

Inauguró, eso sí, un ámbito de discusión entre todos los países del área, abriendo un espacio interamericano para analizar los problemas de la infancia, iniciativa que se plasma con la creación del Instituto Interamericano del Niño. Este rasgo integrador que recogía la mejor tradición de la historia latinoamericana del siglo independentista anterior, se proyectó también en la esfera de la niñez.

Los Congresos reconocen que era "muy poco lo realizado hasta ahora en los países americanos" en relación a los grupos indígenas, (1959) las dificultades para hacer más, surgían, por una parte, del desconocimiento que las capas dirigentes e intelectuales tenían del indígena. Desconocimiento que llevaba a pre conceptos y simplificaciones peligrosas.

Por otra parte, cuando trataban de acercarse y estudiar la realidad indígena, la cuota de desprecio y temor impedía que pudieran entender culturas diferentes a la suya.

Frente al problema de la mortalidad infantil, un delegado al Congreso de 1955, lamentaba que, en nuestros países, "poco desarrollados y carentes de los grandes recursos culturales de otros con mayor homogeneidad de población", poco podía hacerse. Pues "contamos con masas indígenas hablando sus propios idiomas y viviendo aún como sus ancestros, en forma primitiva". (1955)

En el Congreso de 1948, se argumentó que el concepto de libertad de los indígenas "no civilizados" era un "afán de libertad salvaje" que les hacía "resistirse a todo intento de cultura hasta hoy día".

La cultura indígena no era cultura. Las lenguas indígenas eran "lenguas muertas que solo interesan a los grupos humanos que las poseen y a unos pocos filósofos y antropólogos". "Los idiomas vernaculares no tienen fuentes nutridas que sirvan de matices fluyentes para la evolución o adaptación del idioma a las necesidades de la vida moderna". (1948)

Pero los gobiernos sabían también que "la población indígena de América es aproximadamente de 40 millones y los cálculos demográficos y censales ponen en evidencia su constante aumento". (1959)

La democracia, la paz mundial, la seguridad nacional y hemisférica, la cooperación con los organismos internacionales, el trabajo productivo, el "ser útil", la aptitud para la convivencia,

fueron los paradigmas de un período que consideró peligroso todo lo que se apartara de ese eje central.

El Congreso de 1973 se realizó en Chile, poco antes de ser derrocado el presidente Salvador Allende.

En sus resoluciones el Congreso definió su posición sobre la "situación irregular" de los menores. "La causa fundamental de esta problemática al igual que otras manifestaciones de irregularidad social, están en relación directa con la actual situación de subdesarrollo económico, social y cultural en que se encuentra la mayoría de los países de América Latina".

Se pidió en consecuencia a los gobiernos "un avance progresista" en las legislaciones de menores y que a través de sus Constituciones establecieran como "tareas prioritarias la protección global de todos los menores". Y que la legislación específica sobre Seguridad Social comprendiera "a toda la población, sin excepción alguna".

El tono decidido de estos reclamos se tradujo en una de las comisiones en su declaración: "Hacemos responsables a nuestros gobiernos si no asumen responsabilidades sobre las causales prioritarias de la problemática del menor".

En el Congreso se opinó que era imperativo para corregir la situación del menor la adopción de medidas de justicia social distributiva, salarios mínimos, salario familiar, asignaciones familiares, reducción proporcional de tributos, préstamos para viviendas, suplementación alimentaria, etc. Como vemos había una apelación constante al Estado para que asumiera la responsabilidad de esta política. En una época en que ya el Estado hacía tiempo que se había demostrado incapaz de cubrir amplias áreas de la seguridad social.

Pero también se indicó que "Es necesario fortalecer la participación de la comunidad en la planeación y ejecución de alimentación y nutrición. Establecer "la obligatoriedad del trabajo para la comunidad como un servicio de interés público que los jóvenes de uno y otro sexo deberán cumplir".

O que: el tratamiento aplicado a un menor en situación irregular no debe excluir la participación de la comunidad y de la familia... "Que la libertad vigilada se realice con la participación de agentes voluntarios de la comunidad u organismo calificado de la misma".

Al Instituto Interamericano del Niño se le pidió que formulara acuerdos con gobiernos y universidades para “el estudio intensivo e integral de la problemática de la minoridad”.

El llamado a la participación de la comunidad en los diversos temarios del Congreso da una pauta del protagonismo que se desea que ésta asuma. Pero es inútil subrayar que en este Congreso no se le pide a la comunidad que haga lo que el Estado no está dispuesto a hacer, sino que participe junto a él.

El Congreso de 1977 se realizó en Uruguay en plena dictadura militar.

Este Congreso en sus apreciaciones generales constató que “la problemática del menor en América tiene gran significación ya que se estima elevado el porcentaje de población que vive en situación de marginalidad”. Y solicitó a los gobiernos “el ensayo de instrumentos e indicadores que permitan el diagnóstico precoz para prevenir y tratar las causas de la marginalidad”. Debiendo declarar ante esta situación que la defensa de la sociedad deberá ser “un interés superior del Estado”.

Pero también buscó soluciones instrumentales, como promover “a través de estímulos fiscales, la creación por la empresa privada de centros gratuitos de entrenamiento básico para menores dentro de sus establecimientos.” Y “que se favorezca la iniciativa privada y la coordinación de sus esfuerzos por la atención del marginado”.

En este Congreso el llamado a la responsabilidad de la familia y la comunidad para con el niño tuvo un sesgo diferente al del Congreso anterior. No se les pide que participen junto al que hacer estatal, sino que, literalmente, lo sustituyan.

La familia o la “constelación familiar como señalaba el Congreso, debía cumplir una “acción efectiva”. Pero para ello se debía capacitarla. Así se promovió la creación de Consejos Asesores de Familia multidisciplinarios y especializados en la temática socio-familiar. Y hasta sustituir el concepto “binomio madre-hijo por el de familia”. La salud del niño se entendió como “obligación de sus padres y en segundo lugar del Estado”. A la vez que se reconocía que existía un “elevado número de familias imposibilitadas o incapacitadas de favorecer el desarrollo de las potencialidades individuales del niño en el marco social”, lo que constituía una aparente contradicción.

El protagonismo que los Congresos demandaron a la comunidad fue creciente. Se recomendó que el hospital y centros de salud se proyectasen a la comunidad.

Hubo también una suerte de resignación en relación a la esfera Jurídica y normativa. Así se señaló que "los cambios sociales profundos están generando un distanciamiento siempre creciente entre los sistemas codificados y la realidad concreta en que ellos se deben aplicar. Y se sugirió "que la normatividad se ajuste a la realidad para tener posibilidad de vigencia".

El Congreso de 1984 se realizó en Washington, en un período en el cual la democracia en América Latina iba emergiendo conjuntamente con un proceso de fortalecimiento de la sociedad civil.

La delegada norteamericana al mismo Congreso, "luego de escuchar a los relatores", convino en que "se puede concluir que hay alguna esperanza para los niños de América".

En su país, en los 50 años posteriores a la gran depresión, los Estados Unidos fueron testigos de una tremenda expansión de programas de bienestar social.[149] Resurge ahora nuevamente la creencia de que, en una sociedad como la de los Estados Unidos, los individuos, sus familiares y las comunidades en las cuales ellos viven, deberían asumir la responsabilidad primaria de determinar sus propias necesidades y cubrirlas de la manera que mejor consideren". "Aquellos jóvenes que habitan en lugares de extrema pobreza pueden desarrollar la aptitud de ayudarse a sí mismos y hacer un aporte responsable a su sociedad".

En los años que sucedieron al último Congreso de 1984, no se resolvió la situación desesperada de grandes masas de niños. No pudieron ayudarse a sí mismos ni cubrir sus necesidades. Por el contrario, las cifras abundan en millones de niños en la calle, trabajando, hurgando, robando, para poder subsistir. Y las cifras también hablan de niños asesinados por pandilleros, aspectos conceptuales que son de interesante referencia a fin de encuadrarse en la verdadera dimensionalidad de lo que significa el niño y de esta manera conceptuar adecuadamente las acciones que puedan realizarse en aras del "interés superior", y

149 "El problema del menor se plantea a partir de la constatación de que gran parte de la población brasileña está al margen del proceso socioeconómico y cultural. Esta es una sociedad que se presenta como marginalizadora del 49.8% de sus familias por una cuestión económica". ***GARCIA MENDEZ , EMILIO . 1990***

básicamente para conceptualizar inductivamente el tema que nos ocupa: el proceso de la Adopción.

BASES DIRECTRICES DEL C.N.A

El Código de los Niños y Adolescentes recoge para la legislación Nacional lo previsto por la Convención Internacional de los Derecho del Niño de 1988 adecuando la Legislación sobre niños y adolescentes a la nueva corriente doctrinaria vigente en el mundo. En el aspecto formal se cambia la denominación de menor que significaba una distinción entre mayores y menores, entre los que son más y los que son menos por la de niños y adolescentes que significa el reconocimiento como personas con derechos como los adultos.

Un segundo cambio es la concepción del Código con la nueva doctrina que es el de la protección integral en reemplazo de la doctrina de la situación irregular.

El Código establece como principio que se debe guiar, todo tipo de acciones con respecto a niños y adolescentes, teniendo en cuenta el Interés Superior que supone aplicar lo que les favorezcan más allá de lo que pueden significar Derechos de la Sociedad, los padres o las Instituciones en que se encuentran.

El reconocimiento como sujeto de derechos se plasma a partir del título preliminar del C.N.A. y a través de él, especialmente en el libro primero de los derechos y libertades del niño en donde se reconoce el Derecho a la Libertad; a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; a la libertad de opinión; de asociación (los adolescentes pueden constituir personería jurídica de carácter asociativo, los niños podrán adherirse a dichas asociaciones); al trabajo, entre otros derechos. Sin embargo, es también sujetos de obligaciones las que son establecidas en el capítulo IV del Libro Primero.

DISPOSICIONES PROTECTORAS DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El reconocimiento como sujetos de derecho se plasma a partir del Título Preliminar del Código y, a través de él, especialmente en el libro Primero, de los Derechos y Libertades del Niño, en donde se reconoce el derecho a la Libertad (ningún niño o adolescente podrá ser detenido salvo por mandato judicial o en comisión flagrante de delito), a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; de opinión (expresar su opinión libremente en todos los

asuntos que le afecten); de asociación (los adolescentes pueden constituir personas Jurídicas de carácter asociativo, los niños podrán adherirse a dichas asociaciones); al trabajo, entre otros derechos.

Sin embargo, son también sujeto de obligaciones, las mismas que quedan establecidas en el Capítulo Cuarto del Libro Primero.

LAS NUEVAS INSTITUCIONES

El Código de los Niños y Adolescentes dispone la creación de un Sistema Nacional de Atención Integral, con el fin de organizar las acciones desde las diferentes instancias del Estado y de la sociedad. Este sistema tendrá como dirección un ente rector, el que dirigirá todas las acciones del mismo. Entre ellas tenemos las referidas al trabajo infantil, al servicio de la defensoría y al proceso de adopciones. Para cumplir con sus funciones establecerá entidades técnicas semejantes en los gobiernos locales y regionales.

Respecto al trabajo infantil, si bien el Código reconoce el derecho al trabajo, estable mecanismos de resguardo de niños y adolescentes, como el de edades mínimas, autorización municipal, registro y el otorgamiento de la libreta del niño trabajador; trabajos prohibidos, derecho a la seguridad social, etc.

El servicio de defensoría funcionará en los gobiernos locales y en las instituciones públicas y privadas que desarrollen actividades a favor de los derechos del niño, y tiene como objetivos el resguardar sus derechos. Entre sus facultades está la de promover el fortalecimiento de los vínculos familiares; para lo cual, podrá establecer conciliaciones en lo que respecta a alimentos, normas de conducta, tenencia, régimen de visitas, etc. Además, de las directamente relacionadas a la defensa de los derechos del niño. Así pues, podemos decir que es una instancia administrativa que se sustenta en los principios de desjudicialización de la problemática infantil y de la Justicia especializada que guían la acción del Poder Judicial en el campo del derecho del niño.

Respecto a las adopciones, el Código establecía que la Secretaría Técnica de Adopciones sea la autoridad central en esta materia, siendo la encargada de canalizar toda adopción que se realice en el país, directamente o a través de los órganos desconcentrados que se creen a

nivel nacional en todos los distritos judiciales. No obstante, existen casos de excepción que los ve directamente el Juez especializado en niños y adolescentes, hoy Juez de Familia, que en la actualidad y al respecto, increiblemente ha dado un vuelco total con la dación de la Ley 26981 la misma que desplaza el carente procedimiento existente por otro simplemente administrativo conteniendo grave atentado al Debido Proceso, algo inconcebible si tenemos en cuenta este estudio acusioso.

En verdad se debe admitir que, tanto nosotros como profesionales del Derecho y profesionales de ramas afines, así como las instituciones tutelares del estado, no han evaluado debidamente esta Ley especial (D.L.26981), pues ello es contraproducente a todos los principios vertidos sistemáticamente en este estudio.

LA JUSTICIA ESPECIALIZADA

Dentro de la especialización de la Justicia, se ha establecido la existencia de Fiscales y Jueces que atiendan todas las causas sobre la materia de niños y adolescentes, con todas las garantías del Debido Proceso. El juez del niño y adolescente, hoy, Juez de Familia, se convierte en el director del proceso y le corresponde la conducción, organización y desarrollo del mismo. Se ha establecido un proceso único que busca la celeridad en la resolución de los problemas que afectan a niños y adolescentes.[150]

Sin embargo, en toda decisión judicial que afecte estos intereses es necesario, previamente, escuchar la opinión afectada.

Para mayor garantía se ha dispuesto que en todo Juzgado especializado exista un abogado de oficio encargado de la defensa Judicial del niño y/o del adolescente.

En la anterior legislación, al referirse a un niño o a un adolescente, se le designaba con el nombre de menor. Esto podría suponer que al decirle menor se le hace menos y, por lo tanto, se le disminuye en su categoría de persona.

[150] El Juez de Paz debe colaborar, dentro de los principios que guían el C.N.A. D.L.26102, con el trabajo que desarrolla en cada comunidad la defensoría, así como asumir un rol de permanente vigilancia de los derechos del niño. Asimismo, tiene el encargo, de acuerdo a la reciente modificación del Código, de atender los procedimientos de alimentos cuando entre el vínculo entre padres e hijos se encuentra indubitablemente demostrado, y solicitar la inscripción administrativa de nacimiento de niños y adolescentes que lo requieran, en los lugares donde no exista Juez especializado.

Al reconocer al niño y al adolescente como sujetos de derecho, se supera la era de las dicotomías entre menores buenos y malos, entre menores regulares e irregulares, apareciendo el niño como un concepto nuevo que representa al ser humano entre cero y dieciocho años; inclusive, se le da la potestad para opinar sobre su destino.

Para aquellos niños que atraviesan los límites de la Ley, existe una nueva visión que garantiza procesos justos y rápidos, buscando en la participación de la familia el medio más indicado para su integración social.

El Perú está adecuando su legislación y la acción del Estado a estos nuevos requerimientos. La dación del Código de los Niños y Adolescentes y el Plan Nacional de Acción por la infancia son parte de un esfuerzo que se puso en marcha otrora.

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Jurisprudencia acerca de la aplicación de este preponderante principio:

La sentencia que se transcribe a continuación es un ejemplo de la aplicación del principio básico que rige la función Fiscal en el entorno de la aplicación del principio del Interés superior del niño.

Fue dictada por la quinta sala Civil de la Corte Superior de Lima para resolver la apelación interpuesta contra la resolución que apartaba la solicitud de régimen de visitas formulada por quien no aparece declarado como padre en la partida de nacimiento de una niña.

Causa 20 M-91

"CONSIDERANDO ADEMÁS, que de la declaración testimonial prestada por el presunto padre don RGHV ante el Juez instructor su fecha 30 de Julio último y que corre a fs.156, fluye que dicha persona niega ser el padre del menor, a la vez que detalla las circunstancias de su aparente matrimonio con doña RVL, la demandada; que tales referencias coinciden con la que se consignan en el informe social de fs.7 vuerlta, por lo que resulta claro que la paternidad consanguínea es negada por el presunto padre, lo que hace innecesario convocarlo como parte en el proceso, y estando a los intereses superiores que configuran el ejercicio de la Patria Potestad, la decisión judicial debe ser pronta y equitativa;

CONFIRMARON la resolución, y en consecuencia que el demandante puede visitar a la menor los días...".

El artículo IX del título preliminar del C.N.A. (Art. IX TP TUO del C.N.A.) armoniza con mucha aproximación con el Interés Superior del niño ya que establece que los casos judiciales deben ser tratados como PROBLEMAS HUMANOS de modo que se posterguen respuestas formalistas a fin de acoger las soluciones que mejor interpreten el interés superior del niño, frente a sus padres, tutores o responsables.

El Interés superior del niño, principio previsto en el C.N.A. con el propósito de guiar, encaminar todas las acciones sobre niños y adolescentes; implica preferir o anteponer los derechos y garantías del niño y adolescente, al momento de proponer la solución del problema frente a los derechos de la sociedad, los padres o las Instituciones en que se encuentren.

Comprende a todos los aspectos que hacen posible para el niño o adolescente un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Su relevancia es sustancial y no procesal, pues no debe suponerse que tal interés autoriza a violar las normas del Debido Proceso.

Los Convenios Internacionales suscritos por Perú contienen siempre con prevalencia la referencia acerca del "**interés superior del niño".**[151]. Curiosamente siempre al referirse a este tema se hace alusión a la subsidiaridad como categoría de las adopciones internacionales y de los cuales literalmente testifico: *"la adopción entre países puede ser consideradas como una alternativa para el cuidado del niño, si es que el niño no puede ser ubicado en una familia adoptiva o pueda ser cuidado de una manera efectiva en su propio país de origen"*.

El Interés superior amerita una cuestión de interpretación por parte de los sujetos procesales a ser analizada a partir del Proceso como problema humano. Esta nueva doctrina contiene como espíritu el Convenio de los derechos del niño,

[151] Convenio sobre Adopción de niños Peruanos suscrito entre la STA y la National Adoption Desk (Canadá).De los principios generales inc.2.2. **TODOS LOS DEMAS CONVENIOS CONTIENEN A NORMAS DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.**

Lo que mejor le favorezca al niño y al adolescente es la faceta social o familiar que sienta las bases al Interés superior.

El interés superior del niño está por encima del Debido Proceso [152] y las normas públicas porque así lo establece el espíritu del C.N.A. en sus arts VIII y IX, en concordancia con el art III de la Convención de los derechos del niño; y los Arts 4 y 6 de la Constitución del Estado.

Así mismo, si bien el Juez es el director del Proceso y es quien decide el Proceso resulta importante la participación del Fiscal y defensor de oficio. El aspecto humano (Art IX del título preliminar) cobra entonces tal preponderancia.

INSTITUCIONES TUTELARES AFINES

GUARDA DE MENORES

La guarda viene a constituir la tenencia de un menor que sin estar unido por vínculos familiares o legales se integra a un núcleo familiar, recibiendo asistencia material y espiritual.

Características:

- El guardador no tiene la representación legal del menor, vale decir, que no está investido de la calidad de padre o tutor.

  Debe existir un contacto inmediato y permanente entre el guardador y el menor, siendo este presupuesto fundamental para que el guardador pueda cumplir con su deber de lograr el desarrollo integral del menor.

- Con la entrega del menor a un guardador, el padre no sufre menoscabo alguno en cuanto a la patria potestad (suspensión, privación o pérdida), siempre y cuando no se desinterese del menor, y por el contrario mantenga una relación afectiva y familiar con el mismo.

[152] Conclusiones abordadas en el taller del seminario Internacional de los derechos del niño 1994.

CONCEPTUALIZACIONES AFINES

ADOPCIÓN PROVISIONAL O ADOPCIÓN EN PRUEBA

Esta figura, en el fondo viene a constituir una guarda de menor, ya que no existe vínculos consanguíneos ni familiares entre el adoptante y el adoptado, y el primero de ellos; lo único que hace es cuidar de la alimentación, educación y desarrollo integral del adoptado.

Figura sugerida con la legislación de menores anteriormente y tiene por objetivo evitar adopciones en forma prematura, que sean perjudiciales tanto para el adoptado como el adoptante o para ambos.

En este caso los menores son adoptados en forma condicional, sin formar parte de la familia del adoptante. La adopción provisional surte afectos cuando, luego de un período prudencial de prueba, se convierte en adopción absoluta.

Esta conceptuación ha sido replanteada a partir del C.N.A. dándole otras características y otra conceptuación, a partir de la colocación familiar y de la guarda. Precisamente la Colocación Familiar es la institución tutelar transitoria que advierte las características de una adopción provisional por una etapa efectiva de tres años, la misma que luego de dicho plazo puede convertirse en adopción definitiva a través del régimen de excepcionabilidad previsto en el C.N.A.

PREADOPCIÓN

En el fondo, esta preadopción viene a ser una guarda Judicial, ya que durante el tiempo que dura el proceso de investigación tutelar y los informes técnicos para la adopción, el menor queda bajo la protección de la familia preadoptante.

Institución aplicada en el procedimiento de la adopción Judicial. Es considerada como una etapa, preliminar en el proceso de adopción, en la que se realiza el estudio y la evaluación tanto del adoptante como del menor a ser adoptado.

En la actualidad esta terminología ha variado por el de colocación familiar en el procedimiento administrativo de adopción conforme la reglamentación a la Ley 26981. Terminología que ciertamente advierte una connotación pues recién se hace uso del término

correcto, aunque me atrevería a pensar que simplemente este cambio de terminología obedeció al carácter administrativo que siempre advirtió en la norma.

ADOPCIÓN SIMPLE

La adopción simple o semiplena, viene a constituir prácticamente una colocación familiar puesto que no es posible considerar en sí como una adopción ya que nuestra legislación no la contiene.

Como colocación familiar, es el acto mediante el cual el juez competente entrega un niño en calidad de prohijado a una familia, para que le preste alimentación y educación hasta que logre una profesión u oficio.

El estado de excepcionalidad establece entre unas de sus causales a la colocación familiar, que, desemboca en un proceso de adopción por excepcionalidad. Una forma de adopción simple entendida de otra óptica.

Peculiaridades en legislaciones afines

La adopción simple dura mientras el adoptado está en minoría de edad y cesa la obligación del adoptante cuando el adoptado llega a su mayoría de edad.

La adopción simple –para otras legislaciones- entre otras como la de LUXEMBURGO, es revocable, básicamente en la adopción simple el adoptado no se integra como hijo de familia del adoptante, ni se rompe el vínculo consanguíneo con su familia biológica, y el uso de los apellidos del adoptante o adoptantes es voluntario.

GUARDA

GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho se constituye cuando una persona sin tener autorización legal ni judicial, y sólo por propia decisión tiene a un menor bajo su cuidado.

Del mismo modo, se da la guarda de hecho cuando los padres hacen entrega de su hijo menor a un guardador sin intervención del órgano jurisdiccional, y sólo de común acuerdo, para que lo proteja y le dé una adecuada educación.[153]

Como en esta guarda no interviene el Juez, el guardador no será necesariamente una familia matrimonial, puede ser una familia de concubinos en sentido estricto e incluso concubinos en sentido lato, ya que dicha entrega no está precedida de investigación alguna sobre la situación del guardador.

Al guardador le faculta la Ley de promover la Guarda Judicial, de esta manera formaliza la situación del niño frente a su persona y facilita una investigación del estado de abandono del susodicho, pero al darse origen a un expediente de declaración de estado de abandono se inquieta formalmente y de acuerdo a Ley al procurador de la oficina de adopciones, circunstancia que la trastoca contravencionalmente.

GUARDA JUDICIAL

La guarda judicial es el que confiere el Juez especialmente en los casos de divorcio, cuando dentro del seno de la familia se ha quebrantado la armonía entre los padres y, en consecuencia, los hijos por decisión judicial deben estar bajo la guarda de uno de ellos o de terceros.

Esta misma situación acontecía en el caso de los menores en estado de abandono, sometidos a una investigación tutelar, que son entregados en guarda a una institución que protege a menores, o a una familia, mediante una resolución judicial.

[153] Esta situación no puede ignorarse, esencialmente en los momentos actuales, en que la crisis económica afecta fundamentalmente a las familias de menos recursos económicos, que muchas veces se ven obligadas a entregar en guarda a sus menores hijos, sobre todo a las personas con quienes tienen un parentesco consanguíneo, de afinidad o espiritualidad. **Opinión particular del autor.**

Con el C.N.A. cambia la óptica conceptual de esta institución y es procesalmente reformulada para los casos de legitimar la guarda de hecho a través de un documento en donde se hace conocer al Juez de haber prohijado al menor abandonado y como tal solicita la guarda mientras se aperture un proceso tutelar de estado de abandono y se determine por resolución la suerte del menor.

Con la legislación anterior la guarda Judicial de un menor generalmente se encargaba a una familia matrimonial, pero si no existía una familia de estas características, el Juez tenía la facultad de entregarla a una familia de concubinos legales,[154] Hoy, existen diferencias sustanciales que son necesarias explicitarlas, precisamente en lo referido a la Guarda en sí como institución tutelar [155] del niño en estado de abandono y la Guarda judicial contenida en el procedimiento Judicial de adopción que difiere de la anterior pues esta sí es atribuida y concedida a los preadoptantes con el objeto de que se pueda emitir el informe de empatía por un término o plazo de diez días. Bajo esta misma conceptuación la Ley 26981 advierte a la Guarda dentro del trámite administrativo de adopción vigente a la fecha, modificando su nomenclatura con propiedad en relación con la colocación familiar.

GUARDA Y APERTURA DE INVESTIGACIÓN TÉCNICO TUTELAR EN EL C.N.A

En cuanto a la Guarda que el Código Civil no la regula ni la contiene por ser una institución propia del derecho de la Infancia, se define esta institución y se precisan los deberes y derechos del guardador en los arts.110 y 111 del D.L.26102 C.N.A (Arts. 106 y 107 TUO del C.N.A.). Vale enfatizar que la guarda se caracteriza por su transitoriedad y requiere del estado de abandono para su procedencia.

En sí la Guarda se incorpora accesoriamente al proceso de estado de abandono con el objeto de dar protección transitoria al niño quien realmente se encuentra inmerso en algunas de las causales de abandono y requiere de la apertura del proceso correspondiente siempre por iniciativa del propio guardador mas no de oficio.

---

154 Existiendo petición de una familia natural para esta guarda, el juez debe preferir esta entrega a un internamiento, ya que dicha medida será de mayor beneficio para el menor.

155 En la LEGISLACION COMPARADA se tiene una conceptualización afín y se le conoce como “acogimiento”, denominación que realmente no refleja propiedad a partir de su propio nombre, pues la palabra acogido pareciera aludir a una persona desvalida albergada en un establecimiento benéfico.
La colocación familiar tiene una dimensionalidad mayor y abarca a terceras personas y familias como receptores.
En la legislación española se hace referencia al prohijamiento, acogimiento, colocación familiar, afiliación, **Mendizabal Oses, Luis Op. cit. pág. 253.**

LA COLOCACIÓN FAMILIAR

La Colocación Familiar es una institución no contemplada en el Código Civil, pero igualmente es típica del derecho de la Infancia.

La Guarda difiere con la colocación Familiar, pues esta última tiene carácter de medida de protección y advierte trascendencias sea Judicial o administrativamente, basada en la solidaridad humana cuya importancia es innegable en un país con déficit de establecimientos de tutela.

Esta institución consiste en la entrega provisional de un niño o adolescente a una persona o familia o institución que lo acoja, cuide y se haga responsable de él en forma gratuita o remunerada conforme lo prevé el art. 114 del D.L.26102 C.N.A. (Art. 110 TUO del C.N.A.).

CONCEPTUALIZACIONES AFINES

Existe otras definiciones acerca de la colocación familiar, entre ellas la más importante es la extraída del vocabulario razonado de Rafael Sajón, José Achard y Ubaldino Colvento, citado por Chunga Lamonja que define a esta institución como:

"aquella que tiene por objeto suministrar al niño lo que necesita, es decir, una familia apropiada, con la finalidad de remediar carencias afectivas y pedagógicas o ponerlo a buen recaudo de los riesgos materiales o morales evidentes".

Esta definición advierte por sí, variantes a la institución misma como son: la colocación familiar en custodia; la colocación familiar en guarda; la colocación familiar remunerada; la colocación familiar vigilada; un hogar de adopción; la colocación familiar en hogar sustituto, entre otros.

En buena cuenta son conceptualizaciones un tanto forzadas, pues la idea de esta institución al incorporarse al Código de los niños y adolescentes, es precisamente de protección, pues significa confiar a un niño al receptor sea de familia o de institución con caracteres definidos como es la provisionalidad, la gratuidad u onerosidad y la limitaciones a familias residentes en Perú, y lo más importante para la investigación que nos ocupa, siendo posible lograr ingresar al régimen de excepcionalidad de la adopción por haberlo tenido en colocación

familiar por tres años o más, circunstancia que nos permite ingresar al proceso en sí de adopción a partir del proceso único que establece el C.N.A.

La colocación familiar tiene por finalidad que el niño o adolescente desprotegido sea acogido por una persona, familia o institución que se hará responsable de él en forma provisional, por lo que en esencia viabilizar la tramitación de la adopción a partir del régimen de excepcionalidad es accesible y recomendable.

De acuerdo con el artículo 114 del D.L. 26102 C.N.A. (Art. 110 TUO del C.N.A.), esta medida de protección puede ser dispuesta por la instancia administrativa(defensorías) o de oficio por la autoridad judicial dentro de un proceso de investigación tutelar. Hoy, puede ser dispuestas por un funcionario administrativo de la oficina de adopciones dentro de un procedimiento administrativo de adopción conforme al D.L. 26981 y su reglamento.

EFECTOS DE LA CONNOTACIÓN DE LA COLOCACIÓN FAMILIAR A PARTIR DEL TRABAJO DE LAS DEFENSORÍAS Y LA DIFUSIÓN DE LA VIABILIDAD DE LA ADOPCIÓN

En principio, las Defensorías están concebidas en el C.N.A. como un servicio encuadrado dentro del sistema de atención integral en favor de los niños y adolescentes.

Institución de carácter pública y /o privada según la institución que lo organiza, que funciona sea en los gobiernos locales o en instituciones públicas o privadas.

La defensoría está llamada a cumplir un rol preponderante, sustancial y decisivo en la protección integral de los derechos de la infancia.

Entre sus funciones precisamente cuenta con la opción de practicar colocaciones familiares administrativas, para ello cuenta con un registro de familias previamente evaluadas y que son aptas para recibir a niños o adolescentes en colocación familiar.

Es atribución de la defensoría, velar por la protección del niño otorgándole una familia y logrando que ese niño comparta sus experiencias con su familia.

Existe casos citados en el **capítulo IV** en donde en la ciudad de **AYACUCHO**, la defensoría ha logrado viabilizar estas colocaciones familiares administrativas hacia un régimen de excepcionalidad para la adopción, hay casos concretos - aunque pocos- que se perciben, los

cuales lamentablemente no han concluido en una adopción; pero si constituye un interesante aporte, considerando además que el origen, la fuente de este proceso de Adopción por excepcionalidad deriva precisamente de una medida de protección para quienes lo necesitan, pero sí, al margen del proceso de estado de abandono a la que sólo es afín la institución de la Guarda.[156]

[156] Como medida transitoria previa a todo proceso de declaración de estado de abandono la misma que sólo es autorizada por el Juez.

CAPÍTULO III

EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN TUTELAR DEL ESTADO DE ABANDONO

EL ABANDONO DEL NIÑO

El Abandono tiene como elementos fundamentales la ruptura de la relación afectiva entre los padres e hijos y la falta de asistencia económica, que traen como consecuencia que el niño, se encuentre privado de alimento y educación suficiente, lo que pone en peligro su desarrollo integral.

- **Niños huérfanos:** Son aquellos que carecen de uno de los padres o ambos. En estos casos, los menores quedan sin protección alguna, configurándose de esta manera el abandono, ya que tampoco los familiares le prestan la asistencia correspondiente.

- **Los de padres legalmente desconocidos:** Se trata de menores que han sido abandonados al nacer o extraviados, de los cuales se ignora la existencia de sus padres o familiares y, como consecuencia de la situación antes señalada. Generalmente estos menores son internados en centros o establecimientos de tutela.

- **Los propiamente abandonados:** Son aquellos menores que han sido internados por sus padres en establecimientos tutelares, fundamentalmente por carecer de recursos económicos para poder brindar a sus hijos los medios adecuados de subsistencia y educación para su desarrollo integral. Estos casos se presentan básicamente en familias que tienen descendencia numerosa.[157]

LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ABANDONO, SITUACIÓN DE VIABILIDAD

Las diferentes legislaciones han establecido plazos para la declaración de abandono, entre seis meses a un año.

La nueva doctrina afirma que el plazo para que se configure el abandono no debe ser muy prolongado, ya que la situación incierta en que se encuentra el menor perjudica enormemente su integración a un nuevo hogar.

[157] En estos casos se configura el abandono cuando los padres raras veces visitan a sus hijos y, finalmente, son prácticamente olvidados. Esta misma situación se presenta con relación a madres solteras, que también carecen de recursos económicos y optan por internar a sus hijos en estos establecimientos de tutela, para finalmente no preocuparse más por ellos. Igualmente están incluidos en este grupo, aquellos hijos que son rechazados por sus progenitores porque son producto de relaciones incestuosas, violación o cuando nacen con deficiencia física o mentales severas.

Otro aspecto importante es determinar el momento desde el cual se computa el término para declarar a un menor en estado de abandono. Se estima que éste debe ser desde el momento en que se detecta que el menor no recibe atención económica ni afectiva por parte de sus padres o parientes, por lo que no existe la necesidad de que previamente se aperture el proceso de investigación, sino que el tiempo que transcurra en esta etapa de investigación, deberá ser computado para efectos del abandono.

Se debe considerar que generalmente el abandono se da en forma progresiva, es decir que el menor una vez internado en un establecimiento de tutela recibe en forma esporádica la visita de sus padres, o éstos solicitan información mediante misivas acerca de la situación en la que se encuentran sus hijos.[158]

ANTECEDENTES DEL D.L. 26102 ARTÍCULOS 256 Y 264, NUMERAL RE ORDENADO EN EL T.U.O. DEL C.N.A. ARTÍCULOS 252 Y 260.

Para el caso consiguiente y en el proceso de la adopción, el inciso "f" implica una medida de protección más, señalada expresamente y cuando, de la doctrina y de la connotación de la propia institución de la Adopción, además, de la doctrina de la protección integral que lo norma, este inciso "f" debiera preverse como extrema medida de protección y gradualmente –por ende- debe señalarse al final. Esta observación busca advertir el inadecuado contenido e imprecisa ubicación en el Código del niño, que se confirma lamentablemente como está en el T.U.O. del C.N.A. vigente a partir del 08 de abril de l999, pese a que se ha debatido y explicitado al respecto en varios congresos Internacionales.[159]

De ahí parte- bajo mi consideración - la errónea conceptuación y el erróneo procedimiento empleado, con gravísimo atentado al Debido Proceso. Máxime si se trata de uniformizar bajo la misma medida de protección, a niños inmersos en infracción, circunstancia ajena la misma que debe observar diferente tratamiento.

---

158 La investigación previa a realizarse para declarar en abandono a un menor debe ser profunda y detenida, con marcada incidencia en referencias de aproximación hacia los padres, parientes o personas encargadas del menor.
Así, se deben solicitar informes de la Dirección de Personas Desaparecidas, exámenes pelmastoscópicos del menor de la dependencia hospitalaria, del Registro Electoral en el caso de conocerse el nombre de alguno de los padres.
Preferentemente debe notificarse mediante el Diario El Peruano o diarios judiciales, sobre la situación de abandono en que se encuentra el niño. La notificación incluirá los siguientes datos: rasgos físicos del niño, el lugar donde fue hallado, nombre y apellidos, así como el de sus padres si se conociera.

159 El Dr. Méndez repitió hasta el cansancio con ejemplos y normatividad afín, la necesidad de conceptuar a la Adopción como extrema medida de protección, y frente a la no existencia de otra alternativa posible y viable de solución (I Congreso Internacional. Chosica. Lima. Perú.1994)

OBLIGATORIEDAD DE LA DESIGNACION DE UN CURADOR PROCESAL EN LA APERTURA DE INVESTIGACION TECNICO TUTELAR PREVIO A ESTABLECER EL ESTADO DE ABANDONO

La presencia de un defensor del niño es garantía de un Debido Proceso. Lamentablemente el defensor de oficio ha sido designado con mayor imprescindencia para los procesos infractorios, omitiéndose su intervención a los demás procesos Civiles, excepto los de alimentos. Con esta salvedad y más aún, considerando que, dentro de los fines y objetivos de la Oficina de Adopciones se tiene la contratación de un procurador de adopciones quien estará al tanto de los procesos de declaración de abandono, propendiendo a su agilización e inmediata conclusión, propiamente con habilitación a la Adopción. Como tal el curador procesal es quien idóneamente debe ejercitar en el Proceso, el derecho de defensa en procura de los derechos del niño en abandono procesados. Lo establece nuestro ordenamiento sustantivo y procesal vigentes.

INSUFICIENCIA DE PLAZO PARA UN DEBIDO DILIGENCIAMIENTO EN LA INVESTIGACION TECNICO TUTELAR

El plazo de treinta días[160] para los procesos de abandono y en la mayoría de los casos, resultan siempre insuficientes, claro está que, en otros, existen aún mayor demora, pero, sin exagerar la tramitación, lo más conveniente sería el replanteamiento del plazo prudencial para un estricto cumplimiento como máximo dentro de sesenta días. Ampliación de plazo preferentemente para un debido diligenciamiento procesal.

LA OBLIGATORIEDAD DE QUE LA RESOLUCION QUE DECLARA EL ESTADO DE ABANDONO SEA CONSENTIDA Y/O EJECUTORIADA PREVIO A HABILITARSE LA ADOPCION.

En efecto, y como consecuencia de la labor de los procuradores de la oficina de adopciones, prontamente se consigue adecuar muchas de las resoluciones de declaración de estado de abandono, como ya expeditas para darse en adopción.[161]

No existe curador procesal, no interviene el defensor de oficio, por ende, ¿quién podrá legítimamente y con interés moral interponer el respectivo recurso impugnatorio? Es necesario entonces, elevar en consulta a la sala de familia, todas las resoluciones que

[160] Artículo 261 D.L.26102 re ordenado en el artículo 257 del TUO del C.N.A. del 08/04/99

[161] Expediente judicial N° 217-92 del Juzgado de Familia. Huamanga

declaren el estado de abandono del niño con subsiguiente habilitación para ser promovidos en Adopción, para que, de esta forma, se declaren debidamente consentidas, salvo que, éstas sean impugnadas, en todo caso, deberán estar debidamente resueltas, confirmadas o reformadas por la Sala de Familia y antes de comunicarse a la oficina de adopciones**.**

EL RECURSO DE IMPUGNACION. IMPRESCINDENCIA DE MODIFICACIÓN A ESTA NORMA

La norma a la que se debe afectar con inmediata urgencia para su modificación, es la de APELACION contenida en el artículo N° 262 del D.L. N° 26102, hoy, en el artículo N° 258 del TUO del C.N.A. del 08/04/99.

Curiosamente –cabe advertir- que ninguno de los articulados ha observado esta inconveniencia procesal atentatoria al Debido proceso, menos aún, el TUO del C.N.A. recientemente publicado. Las razones son obvias, no existe en definitiva un verdadero y acucioso estudio sobre el tema y menos un interés por una correcta aplicación procesal, o tal vez, simplemente sea una conveniencia.

LOS SUJETOS PROCESALES EN LA INVESTIGACIÓN TÉCNICO TUTELAR.

El MINISTERIO PUBLICO

Se ha optado por desarrollar este tema dentro de la perspectiva de una investigación preliminar a la promoción de la acción judicial respectiva, toda vez que las diligencias que deben de actuarse en la investigación judicial tutelar están a cargo del Juez especializado. En todo caso, se busca como finalidad que se dicten medidas de protección a favor de dichos niños y adolescentes, quienes por circunstancias muy ajenas a su voluntad se encuentran en situación de abandono. [162]

La investigación tutelar es el procedimiento indagatorio del presunto estado de abandono de un niño o adolescente, a cargo del Ministerio Público. Esta puede realizarse de manera previa al proceso Judicial destinado a determinar si un niño o adolescente está en situación

[162] BASE LEGAL:
Constitución política del Perú arts.-4 y 6
Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.arts.9 y 19-20-21-23-32-33-34-39
C.N.A. art I del T.p.-162-168inc."b"-256-258-261-263-264.

de abandono y con la finalidad de que se aplique las medidas de protección que sean necesarias.

La investigación tutelar procede cuando se toma conocimiento de circunstancias que hacen presumir alguna de las causales del estado de abandono y cuando el niño requiere de protección.

Entiéndese por Estado de Abandono (D.L.26102 C.N.A., art. 256), a la situación en que se encuentra un niño o adolescente por el incumplimiento de un deber u obligación, o por desamparo o desatención en que incurren los padres, tutores o responsables del niño o adolescente a su cargo. Las causas son las siguientes:

Cuando sea expósito (Inc. A): [163]

a) En el caso de expósitos hallados en la vía pública.

- Se debe constituir en el lugar de los hechos de ser posible en compañía de un médico o, en los lugares donde no hubiera, de un sanitario para verificar el estado del niño, levantándose el acta correspondiente en forma detallada. Esta contendrá necesariamente el día, hora. Lugar y descripción del escenario donde fue hallado el niño expósito.

- Disponer el reconocimiento, en caso hubiera departamento médico legal, o en su defecto en un Centro Hospitalario o Asistencial en la persona del niño expósito.

- En todos los casos, se debe informar al Juez de Familia, para que aperture el proceso de abandono.

- Excepcionalmente, cuando el caso lo amerite el fiscal provincial dispondrá las medidas tendientes a garantizar la seguridad integral del expósito, sin perjuicio de poner en conocimiento del Juzgado de Familia para que abra investigación tutelar en forma inmediata.

b) En el caso de expósito abandonado a la entrada de centros asistenciales

[163] Es el recién nacido que es abandonado en un lugar público.

El Ministerio público debe constituirse en el lugar verificando el hecho y levantando el acta respectiva en forma detallada. En ésta se consignará el día, hora y centro hospitalario asistencial en donde fue dejado el recién nacido, y, la referencia que puedan dar testigos sobre la identificación de los presuntos autores.

- Solicitar que se abra investigación tutelar al Juez de Familia, poniendo en su conocimiento que el expósito se encuentra en el Hospital o centro asistencial en donde fue abandonado.

- *Cuando a un niño o adolescente le falte en forma definitiva las personas que conforme a ley estén obligadas al cuidado personal de su crianza y educación y si los hubieran, incumplieran las obligaciones o deberes correspondientes o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del niño (inc. b):*

Este inciso comprende un sin número de casos cuyas peculiaridades hacen difícil una definición global. Sin embargo, pueden citarse, a título de ejemplo, los casos siguientes:

- Niños de la calle

- Niños y adolescentes que pernoctan en las calles por ser éstos o sus padres, tutores o responsables, enfermos mentales.

- Niños y adolescentes implicados en tentativa de suicidio debido al maltrato o abuso de los responsables de su educación y crianza o por abandono de éstos.

El Ministerio Público verificará la situación de presunto abandono del niño y / o adolescente levantando el acta respectiva y solicitando se abra investigación tutelar. Ante la ausencia de la autoridad Judicial, debe disponer adicionalmente las medidas tendientes a garantizar la seguridad integral de dicho niño o adolescente:

- *Cuando es entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social pública o privada y lo hubieran desatendido injustificadamente por 6 meses continuos o cuando la duración sumada exceda de ese plazo (Inc. d):*

Es la situación de descuido, abandono, u olvido en que se encuentra un niño o adolescente con perjuicio de su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno familiar.

- Conocida la situación de un niño o adolescente que ha sido dejado por sus padres, tutores o responsables en un establecimiento de asistencia social público o privado, desatendiéndolo injustificadamente por 6 meses continuos o por lapsos cuya duración sumada exceda de este plazo, el Ministerio Público solicitará al Juzgado especializado que abra investigación tutelar y que dicte las medidas de protección correspondientes. Aquí existe un aspecto delicado, al cual el Ministerio Público muchas veces no tiene mayor injerencia, es precisamente la medida de protección a aplicársele al niño bajo estas circunstancias, En la mayoría de los casos se aplica precisamente el grado extremo y ¿cuál es? Nada menos que la adopción. Es decir, la aplicación de una medida de protección que advierta la viabilidad para el proceso de adopción.[164]

- Verificará que el establecimiento de asistencia social a cargo del niño bajo estas condiciones, cumpla con los requisitos legales para su funcionamiento. Al determinar en dichos casos deberá opinar si la desatención ha sido o no justificada.

- *Cuando el niño o adolescente es dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo (Inc. e):*

Son aquellos casos en que los padres, tutores o responsables dejan en forma indefinida al niño o adolescente en una institución de atención de salud aprovechando de la situación de enfermedad que motivó su hospitalización o atención para su tratamiento.

Conocida tal situación el Ministerio Público debe constituirse en el lugar de los hechos, verificar la situación del niño o adolescente, levantar el acta correspondiente y solicitar al Juzgado Especializado que abra investigación tutelar.

- *Cuando es entregado por sus padres o responsables al Juez o una Institución debidamente autorizada para ser promovido en adopción (Inc. f):*

En ambos casos, el trámite de adopción debe realizarse obligatoriamente por ante la Secretaría Técnica, hoy Oficina de Adopciones. Ente al que le corresponde solicitar la

[164] Cabe sugerir aquí la propuesta de obligatoriedad de que toda resolución final (sentencia) en los procesos de abandono sea comunicada oportunamente al Ministerio Público a efectos de que se pronuncie y apele de sus resultas en los casos advertidos.

investigación tutelar. Con anterioridad y en aquellos lugares donde no existía Secretaría Técnica, el trámite debió canalizarse por ante el INABIF.

El caso susodicho se da dentro del proceso tutelar, como tal, le compete investigar especialmente si la entrega por parte de los padres o responsables para fines de adopción ha sido en forma voluntaria y espontánea, y sin que hubiera mediado retribución económica alguna.

- *Cuando se encuentre en total desamparo (Inc. h):*

Comprende aquellos casos, no previstos en los numerales anteriores en que los niños o adolescentes carecen de padres o familiares conocidos, y no cuenta con personas que se hagan responsables de ellos.

El Ministerio Público verificará el hecho denunciado, con el acta correspondiente y dispondrá que el niño o adolescente sea puesto a disposición del Juez Especializado, para que abra la correspondiente investigación Tutelar.

Por requerir medidas de protección, D.L. 26102 C.N.A., art. 264 (Arts. 260 y 261 TUO del C.N.A.).

- *Niños y Adolescentes que, sin carecer necesariamente de sus padres, tutores o responsables, se encuentran enfermos o adictos al consumo de drogas o sustancias tóxicas:*

Enterado de la situación, el Ministerio Público constata el hecho, levanta el acta correspondiente y pone al niño o adolescente a disposición del Juzgado, solicitando se abra la correspondiente investigación Tutelar.

Ante la ausencia de la autoridad Judicial, sólo en casos excepcionales, y cuando las circunstancias lo ameriten, debe disponer adicionalmente las medidas tendientes a garantizar la seguridad integral de dicho niño o adolescente.

- **Situación de abandono del niño o adolescente, por uno de los padres:**

Conocida la situación de abandono por uno de los padres del niño o adolescente, el Ministerio Público deberá disponer que dicho niño o adolescente sea puesto a disposición del Juez competente, para que dicte las medidas de protección correspondientes.

- **Casos en que no procede la investigación tutelar por abandono (D.L.26102 C.N.A. (Art. 252 TUO del C.N.A.), art. 256°, último párrafo):**

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración de abandono. En este sentido, la falta de capacidad económica de los padres no es motivo alguno para que se presuma el estado de abandono.

ACCIONES LEGALES EXTRAJUDICIALES

Las acciones legales extrajudiciales, creadas por el C.N.A. como atribución exclusiva del Fiscal de esta especialidad, tienen por objeto hacer respetar los derechos y garantías del niño y del adolescente sin recurrir a los procedimientos judiciales o de manera previa a ellos. Como comprende casi todos los temas que interesan sobre el niño y el adolescente y no tienen procedimientos taxativamente señalados en nuestro ordenamiento legal.

En tal sentido, este campo de la actividad fiscal deberá enriquecerse y perfeccionarse conforme se aplique discrecionalmente, de modo que, la intervención del Ministerio Público sea efectiva siempre [165].

Las acciones legales extrajudiciales son aquellas que previenen, o devienen de, una violación de cualquier derecho o libertad de un niño o adolescente, prescrito en nuestro ordenamiento jurídico y que amerite, según el caso, acciones inmediatas o una investigación previa a un pronunciamiento que podría ser administrativo o convertirse en Judicial. Entre otras:

- Velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, referencia D.L.26102 C.N.A., art. 162 (Art. 151 TUO del C.N.A.)

- Promover de oficio o a instancia de parte las acciones legales extrajudiciales que sean pertinentes, referencia D.L.26102 C.N.A., art. 162 (Art. 151 TUO del C.N.A.).

[165] **BASE LEGAL**
- Constitución Política del Perú, arts. 4° y 159°.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, arts. 3° y 4°.
- L.O.M.P. arts. 1° y 5°.

C.N.A. D.L.26102 arts. VIII del T.P., 6°, 74° 75°, 78° al 81°, 162°, 167°, 168°, incs. f) y h) y 169*

Las modalidades del ejercicio de la función fiscal para las acciones extrajudiciales se dan en cuatro ámbitos particulares:

- Control y vigilancia;
- Procedimientos indagatorios;
- Inscripción de nacimientos;
- Contravenciones.

Las acciones de control y vigilancia presuponen el derecho de acceder libremente a todos los lugares donde frecuentan o permanecen los niños y los adolescentes y en los que se presuma la violación de los derechos del niño y del adolescente. Se realizan durante el turno o fuera de él por disposición superior, y son las siguientes:

Participación del Ministerio Público

Visita e inspección: El Fiscal se apersona a la sede de las entidades públicas o privadas donde se hallen niños y adolescentes, que sean responsables de su protección o que tengan a su cargo programas en beneficio de los mismos. Se produce usualmente de oficio y como parte de un programa de visitas. Realiza y hace constar en acta las siguientes acciones:

- ***Constatar la identidad***, incluyendo características físicas y señas especiales de la situación física y mental de los niños y adolescentes (observación directa, auxilio de peritos médicos, etc.).
- ***Identificar a la institución*** (miembros, objeto social o fines, etc.) con la documentación correspondiente (escritura de constitución, estatuto social, registros, etc.)
- ***Constatar el cumplimiento de los fines institucionales y las obligaciones legales*** (en el caso de las instituciones públicas, sus atribuciones se hallan en la ley respectiva) y verificar si la infraestructura es adecuada.

Intervención: El Fiscal acude al lugar donde se estarían violando los derechos del niño y del adolescente; realiza las acciones propias de la visita o inspección, en lo que sea aplicable y levanta un acta donde se hace constar:

- La identidad del niño y/o del adolescente, así como sus características físicas;
- La identidad de los padres, tutores o responsables;
- La identidad de los terceros involucrados como transgresores de los derechos del niño y del adolescente.
- Las circunstancias de la intervención; y las medidas dispuestas en resguardo al interés superior del niño y del adolescente.

Medidas derivadas de las acciones de control y vigilancia: Conducir al niño y/o al adolescente intervenidos al Juzgado de Familia de turno para que se proceda a evaluarlos y se determine si fuere el caso la aplicación de una medida de protección.

- Promover la investigación tutelar.
- Informar al Fiscal Penal de Turno para que promueva la acción penal contra los agresores del niño y /o del adolescente.
- Informar al Fiscal Civil para que promueva acciones civiles.
- Informar al titular superior jerárquico o responsable de la entidad pública acerca de las irregularidades detectadas para que se determine la responsabilidad administrativa.

- **Procedimientos indagatorios en resguardo y protección del niño y del adolescente:**

Presuponen la facultad indagatoria o investigadora, propia del Ministerio Público. Son promovidos de oficio o a instancia de parte o como consecuencia de una acción de control y vigilancia. Cubre diversas posibles violaciones de los derechos del niño y del adolescente que no generan, en principio, acciones judiciales. Comprende las siguientes etapas y acciones:

Participación del Ministerio Público: Toma de conocimiento del hecho.

- Calificación de la denuncia o noticia que daría lugar a iniciar el procedimiento, discriminando si es judicial o extrajudicial.

- Orden de comparecencia para adultos y para niños y adolescentes.

- Orden de conducción compulsiva de adultos, ante la inasistencia a las citaciones.

- Disponer las diligencias necesarias (exhibición de documentos, pericias, declaraciones, etc.) para la comprobación o el esclarecimiento del caso.

- Solicitar informes a entidades públicas y privadas y acceder a los expedientes y documentos administrativos de las dependencias públicas.

- Adoptar medidas como las derivadas de las acciones de control y vigilancia, previstas.

- Proponer a los responsables del niño y / o del adolescente, medidas de solución para las que se requiere de su consentimiento (programas de orientación familiar, tratamiento médico o psicológico, etc.).

- Exhortar e intimar el cumplimiento de las normas que consagran los derechos y garantías de los niños y adolescentes a los padres o responsables y a todos los llamados por Ley.

Contravenciones: Constituye contravención todo incumplimiento de las disposiciones en favor de los niños y adolescentes contempladas en el C.N.A.

Las contravenciones pueden dar lugar a trámites administrativos o jurisdiccionales según su naturaleza, D.L.26102 C.N.A., (Art. 73 TUO del C.N.A.) y no son excluyentes. Son iniciados a instancia de parte o de oficio y dan lugar a sanciones administrativas o judiciales.

Participación del Ministerio Público

Vía administrativa*:* Vigila el cumplimiento de la Ley por parte de los órganos del Estado. Su informe puede dar origen al procedimiento administrativo disciplinario contra los servidores y funcionarios públicos; en este caso, el superior jerárquico puede imponer la sanción de multa D.l.26102 C.N.A. (Art. 76 TUO del C.N.A.), entre otros.

Vía judicial*:* El Juez podrá dictar medidas temporales, D.L.26102 C.N.A. art. 201 (Art. 190 TUO del C.N.A.) y aplicar las sanciones judiciales correspondientes, con intervención del Ministerio Público, D.L.26102 C.N.A. (Art. 73 TUO del C.N.A.).

Materias de contenido tutelar*:* A diferencia de las materias de contenido civil, en que el Juez de Familia, sólo asume competencia a través de la debida postulación al Proceso y de las materias de contenido penal, en que el Juez asume jurisdicción cuando media denuncia del Fiscal de la especialidad; en las materias de contenido tutelar, el Juez abrirá investigación de oficio con conocimiento del Fiscal, cuando tome conocimiento por el Ente Rector, (Promudeh) informe policial o denuncia de parte, de la existencia de un niño o adolescente que se encuentre en algunas de las causales de abandono, disponiendo de inmediato las medidas de protección pertinente, tal como dispone el artículo 258 del D.L.26102 C.N.A. (Art. 254 TUO del C.N.A.)

Las causales de abandono referidas en el artículo anterior, son las señaladas en el artículo 256 del D.L.26102 C.N.A. (Art. 252 TUO del C.N.A.)

FUNCIÓN DE LOS DEFENSORES - PROCURADORES DE LA OFICINA DE ADOPCIONES EN EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN TÉCNICO TUTELAR

La función es puntual y explícita, la misma que a continuación detallo:

- Impulsar las investigaciones tutelares de los niños que ingresan al Juzgado diariamente.

- En principio, hay que averiguar si el niño tiene familiares, padre o madre biológicos, para saber si en verdad quieren darlo en Adopción.

- La investigación tutelar debe contener: el oficio a la policía para ubicar a posibles padres biológicos; informes técnicos del menor; informes de la sección de desaparecidos de la P.N.P. para saber si el niño no tiene antecedentes como rapto o desaparición; informes solicitados al RENIEC cuando se conoce la documentación del padre o madre biológicos, a fin de que además, éstos declaren si desean o no darlos en adopción a sus niños; notificar a todos los posibles familiares del menor; publicar por los menos tres veces consecutivas o interdiarias en el diario oficial de mayor circulación de la ciudad; tomar los servicios de una persona que se encargue de informar de todos los ingresos de niños, para que de inmediato

se inicie las investigaciones pertinentes; procurar que todas las resoluciones de declaración de estado de abandono de niños sean habilitadas para adopción.

Todas estas funciones las asume el abogado quien accede al contrato por la oficina de adopciones, en la misma que, textualmente y con advertencia se le puntualizará las acotaciones de las funciones detalladas anteriormente.

Estas funciones, conclusivamente, contienen una preocupación latente, máxime si para la otra parte (el niño) no existe al menos CURADOR PROCESAL designado o defensor de oficio habilitado con funciones claras y explícitamente señaladas en el C.N.A.

OBLIGACIÓN DE INFORMAR

DIFUSIÓN DE ESTA NORMA. APLICABILIDAD E IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD.

La tramitación del proceso de declaración de estado de abandono, como tal, debe ser ampliamente difundido para todos los sectores, por ende, debe notificarse públicamente y a cada una de las instituciones afines registradas por el Juzgado de Familia, de todas las actuaciones procesales programadas y recíprocamente ambas, en una función integral, deben mantener información permanente de los antecedentes del niño, procedimientos que devendrán en favor del interés superior del niño.

Como tal, la importancia de la publicidad adquiere absoluta prevalencia e importancia para garantizar el Debido Proceso y consiguientemente para garantizar el futuro del niño en estado de abandono.

La publicidad bajo el sentido de ampliar en su contenido, es importante incorporarlo al C.N.A. para todo proceso de declaración de estado de abandono.

DILIGENCIAS INSUFICIENTES Y NECESIDAD DE UNA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO QUE REGLAMENTA EL PROCESO DE DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO EN EL C.N.A.

La norma específica a la que debe afectarse en su modificación es la contenida en **Informes** y cuyo artículo N° 259 corresponde al D.L.26102, mientras que, en el TUO del C.N.A. del 08/04/99 corresponde al artículo N° 255.

Congruentemente y conforme a los detalles puntualizados en los acápites anteriores, debe ser urgentemente reestructurado como garantía de vigencia de un Debido Proceso.

INOFICIOSIDAD DE LAS CAUSALES PARA DECLARAR EL ESTADO DE ABANDONO

CONCEPTO DE EXPOSITO

CONCEPTO COMÚN

En virtud de que el concepto común de expósito se desconoce, por la sencilla razón de que no existe, y los diccionarios generales a nuestro alcance atribuyen a la palabra objeto de estudio diversas características, citamos algunas para constatar tal disparidad:

- Se le da el nombre de expósito al recién nacido que es abandonado o expuesto, o confinado a un establecimiento benéfico.
- Se entiende por expósito al recién nacido que es abandonado en un paraje público.
- Dícese expósito al niño que recién nacido es abandonado para que alguien lo recoja. [166]
- Será expósito el recién nacido que ha sido echado o expuesto a las puertas de una Iglesia, casa o en otro paraje público.[167]

Tal parece, como se desprende de las anteriores definiciones, que no existe distinción entre lo que significa exponer a un menor y lo que se entiende por abandonarlo.

CONCEPTO TECNICO JURIDICO

Al hurgar en la legislación peruana no encontramos que existe una definición o concepto de expósito; de igual manera sucede en la doctrina, pues evade dar una noción satisfactoria. No obstante, lo anterior, encontramos que varios preceptos legales mencionan los términos expósito y abandonado, sin precisar qué se entiende por uno y otro.

No obstante, algo se puede colegir de la forma como ambos conceptos son empleados en nuestra legislación.

El Derecho es por excelencia un fenómeno local y el contenido de los conceptos técnicos empleados en el lenguaje jurídico sólo pueden precisarse a nivel de una determinada

[166] Diccionario enciclopédico de la Lengua Española. Ed-Ramón Sopena. Barcelona.1960.
[167] Diccionario Universal ilustrado Europeo Mejicano. Espasa Calpe. Madrid 1924

legislación. Esta advertencia es necesaria porque el contenido que se asigna a la palabra "expósito" y al concepto "abandonado" sólo son plenamente aceptables, a nuestro entender, en relación con el Derecho Positivo peruano.[168]

Por tanto, se debe denominar expósito al niño que fuera abandonado a su suerte, es decir, un niño que en virtud de ese abandono se ve incluso en peligro de perder la vida de no ser encontrado en un breve lapso.

Se trata de un pequeño, incapaz de valerse por sí solo, que queda sujeto a los azares y cuya integridad corporal corre un inminente peligro**.**

La tutela es incompatible con la Patria Potestad de manera que quienes están bajo la Patria de Potestad no pueden estarlo de la tutela, sino en los casos excepcionales que la misma ley establece, y que tiene lugar en aquellos supuestos en que existen intereses contradictorios entre quienes ejercen la Patria Potestad y quienes están sujetos a ella.

Por las razones señaladas se debe presumir que los expósitos deben ser, necesariamente, menores que no se encuentran sujetos a Patria Potestad, es decir aquellos cuyos ascendientes se desconocen o se ignora su paradero.

La palabra expósito proviene del latín expositus-a-um, que podría descomponerse en sus dos partes: Ex y Pono-is-ere-sium-situm. Ex, es una preposición ablativa que expresa separación, punto de partida, en tanto que el verbo pono-is-ere quiere decir poner, colocar; con la cual exponer vendría a significar colocar o poner algo fuera del lugar donde estaba, es decir, separadamente con relación a su punto de partida.

De esta manera, exponer a un niño sería ponerlo fuera del lugar donde se encontraba, donde estaba puesto, que no puede ser otro que al lado de quienes lo procrearon, es decir, significa, - simplemente y reducido esto a un lenguaje elemental - echarlo de donde debiera estar.

De esta manera el concepto de expósito debe interpretarse etimológicamente en el sentido de **poner a un niño o adolescente, fuera del lugar donde debe estar.**

[168] La palabra expósito se utiliza, en una primera acepción, para hacer referencia al menor que se encuentra en estado total de abandono, pero de tal manera que se advierte el propósito de los progenitores o de las personas que la abandonaron de deshacerse de él; es lo que dentro de la legislación y doctrina francesa se llama "el niño encontrado".

Con esto, se reitera que el concepto etimológico viene a coincidir mucho con el concepto técnico utilizado en los ordenamientos a que hemos aludido.

Pero no es éste el único sentido que puede darse a la palabra expósito.

Antecedente peculiar: De acuerdo a las propuestas de proyectos de adopciones y normas administrativas (Reglamento de Procedimiento de Adopción-INABIF, de 1992), los ascendientes que entreguen a un establecimiento un niño que esté bajo su Potestad, perderán por este sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona del niño [169].

De ello se colige **dos clases de expósitos**: Una que consistiría en abandonar al niño o adolescente a su suerte y otra que consistiría en llevar al niño a una casa de expósitos; en ambos casos lo característico, lo que podemos decir que nos sirve para identificar al expósito, es que se hace evidente el propósito de las personas que lo tienen bajo su custodia de deshacerse de él; en los dos supuestos vemos que no hay duda acerca de cuál es la intención de quienes tenían al niño, pues claramente se advierte que desean ya continuar teniéndolo a su lado. En el primero de los casos, este propósito es tácito pero tajante; en el segundo, incluso es expreso, puesto que manifiesta verbalmente en la institución en donde se va entregar al niño que ya no se desea tenerlo más.

Distinción entre Expósito y Abandonado: ¿quién es el abandonado? [170]

Dos hipótesis distintas para hacer perder y privar a los padres de la Patria Potestad; la primera de ellas consiste en que se haga exposición del hijo, la segunda en que se le deje abandonado por más de seis meses.

En caso del menor abandonado, es necesario que ese abandono dure más de seis meses, según expresa el mismo precepto.

[169] Una contravención al derecho de ser niño que da lugar a poder calificar de expósito, al niño que es llevado por las personas que lo tienen bajo su custodia a un establecimiento de protección para ser entregados ahí.

[170] Artículo 462º "La patria potestad se pierde por condena a pena que produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada de abandono exceda de este plazo"
Artículo 463º "Los padres pueden ser privados de la Patria Potestad: 1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos. 2. Por tratarlos con dureza excesiva. 3. Por negarse a prestarles alimentos"
A partir del Código Civil, la patria potestad se pierde "por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados más de seis meses".

El expósito es distinto que el abandonado, pues el niño que es abandonado, para considerarlo como tal, requiere de un cierto tiempo [171] y de una declaración judicial a través de un proceso.

EXPOSITO EN SU VERDADERA CONCEPTUALIZACION

Expósito: "niño o adolescente cuyos ascendientes o personas que tengan su custodia de derecho o, de hecho, lo entreguen con carácter definitivo a un establecimiento de protección, o lo abandonen a su suerte, con el propósito de deshacerse de él".

CONCEPTO DE MALTRATO

El maltrato infantil se define como todas aquellas acciones u omisiones provenientes de, o permitidas por, los padres de familia, tutores o responsables que signifiquen violencia, perjuicio o abuso físico o mental en contra del niño o adolescente, de modo que afecte su normal desarrollo físico, psicológico, sexual o moral. [172]

Pueden ser de dos tipos, básicamente:

- **Físico. -** Es el tipo de maltrato que, por lo general, deja huella o indicio en el cuerpo y es perceptible por los sentidos.

- **Psicológico. -** Es el tipo de maltrato sutil que afecta la personalidad, carácter o temperamento.

Participación del Ministerio Público:

En caso de maltrato físico*:* Verificar la denuncia, levantar el acta respectiva en forma detallada y disponer el reconocimiento médico-legal; si existen indicios razonables de la comisión de lo denunciado, puede discrecionalmente iniciar una acción extrajudicial o solicitar se abra de inmediato una investigación tutelar.

[171] Se debe a que en este caso no se advierte el propósito inmediato de deshacerse del niño, sino que es necesario que transcurra un cierto tiempo para que se configure debidamente la evidencia de que realmente el niño fue abandonado.

[172] Puede considerarse como casos especiales de maltrato a diversos tipos de explotación que no se encuentren comprendidos en el supuesto del inc. g) (p.e.: los niños que son entregados a otras personas para que los utilicen en obtener limosnas, o que son utilizados por los mismos padres o responsables con dicha finalidad; asimismo, si es adolescente, cuando se le obliga a laborar con perjuicio de su integridad moral).

En caso de maltrato psicológico*:* Si existen indicios razonables de la perpetración del maltrato psicológico, luego de la verificación respectiva, solicitará se abra investigación tutelar; de lo contrario, dispondrá una investigación extra- judicial.

INCOHERENCIA E INAPLICABILIDAD DEL INC. "C" DEL ART. 256 DEL D.L. 26102, HOY RE ORDENADO EN EL ART. 252 DEL TUO DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

Definitivamente este enfoque resulta ser interesante, objetivamente desde el punto de vista del Maltrato. Bajo ningún aspecto resulta apropiado declarar en abandono por maltrato, pues más bien este tipo de violencia debe ser tratado por un equipo multisectorial básicamente de ayuda asistencial.

Se hace esta referencia, pues existe antecedentes en la tramitación del proceso judicial en sí de apertura de estado de abandono, en las cuales y como consecuencia de esta causalidad, se ha llegado a la declaración de estado de abandono del niño o adolescente, sin la verificación pertinente de la gravedad que implica la acción u omisión concomitante.

INAPLICABILIDAD DEL INCISO G DEL ART. 256 DEL D.L.26102, HOY REORDENADO EN EL ART 252 DEL TUO DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

La implicancia de inaplicabilidad del inc. "G" al igual que el inciso "C" del artículo 256 del C.N.A, frente al supuesto de viabilidad al proceso de adopción, genera una problemática, como tal, advierte mayor celo por parte del legislador, con el objetivo de alcanzar como meta la verdadera interpretación y aplicación del sentido de lo que significa una medida de protección.

Pareciera aparentemente que los incisos contenidos en el artículo 256 del C.N.A. se describen tal y conforme gradualmente ameritan gravedad y peligro inminente. En todo caso, y concordante con el numeral 265 del C.N.A. inciso "E" aflora un concepto contradictorio, en razón de que, toda declaración de estado de abandono supone extremas medidas de protección, como consecuencia el término textualmente contenido en el C.N.A. que transcribo: "se podría dar en adopción si fuera el caso", resulta ser lato, carente de verdadero sentido y bases legales adecuadas y concisas.

FALTA O CARENCIA DE RECURSOS MATERIALES

Este concepto resulta siendo -frente a la deficiente normatividad actual- vital para el Legislador, objetivamente por la aparente determinación del Ad Quo, pero lamentablemente no contiene en esencia el trasfondo necesario, la idea consustancial que amerite una dilucidación adecuada

Muchos, por no decir "todos" los incisos del artículo 256 del C.N.A. contienen a esta situación coyuntural de falta o carencia de recursos materiales, como tal este concepto no debe estar descrito en este artículo., más bien objetivamente debe complementar la gradualidad de las medidas de protección para que de esta forma quede explicitada puntualmente el concepto de que: *"El estado de abandono como tal, constituye la última medida extrema de protección aplicable al niño o adolescente que lo requiera".*

INCOHERENCIA DEL INC. D DEL ART. 256 DEL D.L. 26102, HOY REORDENADO EN EL ART 252 DEL TUO DEL C.N.A.

Muchas de las causales que finalmente concluyen en la expeditación al proceso de adopción son consecuencia por lo general del inciso en referencia. Se trata precisamente del artículo 256 inciso "D" del C.N.A.

Esto invita a reflexión, ¿será viable otorgar a un niño en adopción como consecuencia de la aplicación de este impreciso numeral? por ello, advierto y reitero la necesaria regulación gradual de las medidas de protección.

Explícitamente, ya la conceptualización clara de que declarado el niño o adolescente en estado de abandono implicará, por ende, determinación como consecuencia de un peligro inminente o extrema gravedad advertida o peligro de situación embarazosa por el cual atraviesa dicho menor.

¿Es necesario este formalismo, si así se quisiera determinar?...

Considero que no es un formalismo, pues el bien jurídico protegido es constitucionalmente reconocido y amparado por las convenciones internacionales, es el destino y el futuro de la persona a partir de su concepción que se tiene en tela de juicio. Máxime considerando que,

en nuestra Patria existe alto porcentaje de ignorancia y es precisamente quienes están inmersos en esta problemática los sectores más populares y carentes de conocimientos elementales y recursos materiales y económicos, por ello y para este sector, preponderantemente debe estar ajustada la Ley, como tal, esta debe ser cauta, advirtiendo siempre parámetros proteccionistas., advirtiendo siempre filtros jurídicos que en suma lo único que redundará será en beneficio de los niños o adolescentes que necesiten de esta norma.

LA NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ACTUAL PARA LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO

Esta determinación de "última medida extrema de protección impuesta para todos los casos, y la aplicación previa de las demás medidas advertidas en los incisos "A"," B", "C" y "D" del artículo N° 265 del D. L. 26102 C.N.A. configuran la necesidad de modificación del procedimiento actual, por ende, se torna en inminente y urgente. Este análisis en foca la problemática y advierte luces a posibles soluciones inmediatas (Art. 261 TUO del C.N.A.).

GRADUALIDAD Y CUANTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PREVISTAS EN EL CÓDIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO ENTENDIDA COMO EXTREMA MEDIDA DE PROTECCIÓN

Es por ello que, del análisis acucioso de ambos articulados, es decir, el art. 256 y 265 del DL 26102 C.N.A, es conveniente puntualizar procesalmente las causales y advertir sus implicancias. Es decir, explicitar que los incisos "B", "C", "D", "E", del artículo 256 del D.L.26102 C.N.A, hoy reordenadas en el artículo 252 del TUO del C.N.A, preferentemente contienen afinidad a las consecuencias advertidas en los incisos "A","B","C", del artículo 265 del D.L.26102 C.N.A., salvo consecuencia posterior que implique objetivamente gravedad o peligro inminente. Subsiguientemente a las medidas aludidas los incisos no citados: el "F" y "G" en su máxima o extremo gravedad pueden igualmente contener causalidad que determine la resolución del Ad Quo por la aplicación de la medida de protección extrema que vendría a ser y definitivamente lo es "el estado de abandono", contenido en el inciso "E" del artículo 265 del D.L.26102 C.N.A.

De lo que se concluye que:

"La declaración del estado de abandono deberá ser determinada como última medida extrema de protección a favor del niño o del adolescente", como consecuencia se podrá - a partir de este conceptuación - viabilizar esta determinación de expeditación al proceso de adopción si fuere el caso.

CONTRADICCIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL NUMERAL 265 INC." E" DEL D.L. 26102, hoy REORDENADO EN EL ART 261 DEL TUO DEL C.N.A.

De la descripción de la contravención anotada materia de análisis y de la contradicción expresa advertida, ésta, se proyecta en dos aspectos de renombre:

DEL PUNTO DE VISTA ADMINISTRATIVO (OFICINA DE ADOPCIONES):

Donde es a través de la Oficina de adopciones que, su procurador a quien se le conoce como defensor, procura obtener a través de su tarea laboral el supuesto beneficio del niño, lo que en buena cuenta sólo implica el supuesto beneficio de obtención del mayor número de resoluciones de declaraciones de estado de abandono que pueda recoger, para luego solicitar ante el Juez especializado y al plazo más breve posible la mayor cantidad de resoluciones que expediten al proceso de adopción.

Por el simple hecho de que la norma no es explícita, prácticamente la solicitud de los procuradores o defensores de la Oficina de adopciones siempre tiene trámite de procedencia obteniendo de esta manera viabilidad plena de expeditación a procesos de adopción sin en esencia, el verdadero estudio y necesidad que el caso amerita. De esta forma es que la oficina de adopciones ya procede a elaborar su registro de niños declarados en estado de abandono, conteniendo entre las metas de trabajo trazadas, alimentar de información reciente y de nuevas resoluciones a dicho registro, para que los mismos sirvan de fuente precisa de nominación de niños y adolescentes judicialmente declarados en estado de abandono y aptos para ser dados en adopción.

DEL PUNTO DE VISTA JUDICIAL:

Aquí se advierte la imprecisión en la interpretación que realiza el Ad quo en el momento de resolver. Esto genera como consecuencias y como ya se denota, una torpe e impropia determinación que definitivamente redunda en perjuicio del real interés superior del niño en pleno sentido de la palabra, dejando de lado las conveniencias personales o económicas que las rodean, dada la peculiaridad de este proceso.

JUSTIFICACIÓN DE LA IMPRESCINDENCIA DE UN DEBIDO PROCESO EN LA INVESTIGACIÓN TUTELAR DEL ESTADO DE ABANDONO.

Del análisis de los diferentes temas del presente capítulo, que como se percibe son de crucial importancia para desembocar en el proceso en sí de adopción, además de la adecuada interpretación a los artículos 256 y 265 del D.L.26102 C.N.A. (Arts. 252 y 261 TUO del C.N.A.), dependerá preponderantemente el futuro y destino de aquel niño desprotegido. Felizmente- y esto cabe denotar- no se ha reestructurado el proceso judicial de declaración de estado de abandono existente, en procura de una trámite administrativo simplista, pues, pienso que este disimulo acerca de este proceso, no se debe a que existe plena conciencia de la importancia y trascendencia del mismo, a fin de que sea llevado judicialmente, sino que, simplemente este proceso no importa dividendos, al margen de que, preferentemente la oficina de adopciones no desean asumir “demasiados compromisos” que lo atosiguen sin razón.

En síntesis, es importante, y necesario un adecuado proceso de declaración de estado de abandono Judicial, puesto que el fin que a este proceso lo contiene, es loable, magnánimo y trascendental. Ello justificará siempre, sin lugar a dudas la imprescindencia, la necesidad, la obligatoriedad de la aplicación de un Debido proceso de declaración de Estado de Abandono, previo al proceso de Adopción, con definitiva y expresa norma de graduabilidad además de señalamiento específico del término de habilitación a la adopción.

CAPÍTULO IV

EL DEBIDO PROCESO EN LA ADOPCIÓN DEL NIÑO EN EL PERÚ

EL DEBIDO PROCESO

ORIGEN HISTORICO DEL DEBIDO PROCESO

Existe consenso en la doctrina de que el Debido Proceso nace a partir de la Carta Magna expedida por el Rey Juan (sin tierra) de Inglaterra [173] en el Año de 1215. En la norma precitada y en el capítulo 39, existe puntuales garantías procesales que en opinión de Couture son destacables:

a. El legale judicium parium sourum (garantía del Juez competente).

b. El judicium per legem terrae (perfil de un proceso conforme a las Leyes del país.

El heredero Rey Enrique III reafirmó dicha Carta Magna en 1216.

En 1354 la carta Magna [174] fue reexpedida por el Rey Eduardo III; posteriormente a través de la traducción de Arturo Hoyos [175] la cláusula de **Due process of law** en Inglaterra, aparece como **The petition of right** en 1627, bajo la nueva concepción de la época y dadas las brillantes ideas del jurista Edward Coke, además del **Habeas Corpus act** de 1640.

El Debido Proceso adecuado a las colonias norteamericanas advirtió dos caracteres notoriamente marcados:

1. Garantía procesal a favor de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias del Estado, penas pecuniarias y confiscaciones

2. Garantías contra las posibles arbitrariedades del Monarca y Jueces,

La institución de esta manera enfocada fue recepcionada en el sistema norteamericano a través de las constituciones anteriores a la federal como la de Maryland, Pennsylvania, Masachussetts y posteriormente sancionadas en la enmienda V y XIV de 1791 y 1866 respectivamente, de la Constitución de los EE.UU.[176]

---

[173] Nullus liber hommo capitur vel impresonetur aut dissaisiatur nec super um ibimus nec super eum mitytemus,nisi per legale judicium parium sourum ver per legem terrae. **Ver Tutela jurisdiccional efectiva. Víctor Ticona Póstigo, Pag 63El debido proceso.**

[174] En este documento es que por primera vez aparece la expresión inglesa **due process of law** en reemplazo de la expresión **per legem terrae**.(año 1354) cuya traducción significa Debido Proceso.

[175] **Arturo Hoyos. El debido Proceso. Colombia Ed. Themis 1996 pág. 8.**

[176] La enmienda XIV de la Constitución de EE.UU. se convirtió en la llave maestra de las garantías constitucionales, a partir del año de 1880.

EL DEBIDO PROCESO. Conceptos

El Debido Proceso es un derecho fundamental que tiene la persona a exigir al estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable e independiente, es por tanto un derecho esencial de ámbito no sólo Procesal sino Constitucional. [177]

El Debido Proceso como institución constituye una pieza fundamental del orden jurídico, donde no solo mantiene su originalidad procesal, sino que ha evolucionado de tal forma, en busca de adquirir una faz sustantiva en la cual coexista.

Se ha planteado una distinción acerca del Debido Proceso entre lo sustantivo y lo procesal afirmándose en el sentido de que un Debido Proceso formal procesal exige al Juzgador un mínimo de garantías específicamente enmarcados en el proceso en sí, mientras que el denominado Debido Proceso sustantivo exige al Legislador la expedición de normas constitucionales legales que guarden proporcionalidad y razonabilidad entre el presupuesto de la norma y la consecuencia de la misma.[178]

La intervención de un Juez independiente, responsable y competente constituye una faceta procesal trascendente para el Debido Proceso en un Estado de Derecho. [179] Ello se sobredimensiona toda vez si se trata de un proceso de Adopción, donde por el profundo significado que contiene es imperdonable omitir ni el más mínimo principio del Debido Proceso.

"Cuando una alegación probada no es advertida por el Juez, se está violando el Debido Proceso" ... Es menester citar la trascendencia de este principio, puesto que en todo proceso de adopción es requerible para el Juez advertir la alegación probada desde su iniciación, ¿a qué me refiero? precisamente al expedientillo administrativo presentado por la STA (con la normatividad anterior contenida en el C.N.A. del procedimiento judicial).

---

177 Se entiende al debido proceso como una institución instrumental en virtud del cual debe asegurarse a las PARTES en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas. Arturo Hoyos .El debido proceso. Pag. 54,en **El debido proceso Victor Ticona Postigo. Pag.67**.

178 A partir de un interesante análisis jurisprudencial acerca de la razonabilidad es que Walter Gutiérrez Camacho citado por Víctor Ticona, define meridianamente las diferencias citadas. **Ver El debido proceso. Pag.71 Víctor Ticona Póstigo.**

179 El art 147 del D.L.26102 C.N.A. precisamente advertía la competencia del Juez para conocer acerca de la adopción, situación que en la realidad se contraviene, precisamente por la incongruencia existente entre dos procesos afines: la declaración del estado de abandono y la adopción.
"Para que el proceso sea justo, el Juez debe ser competente, esto es que debe ser el Juez natural que la Constitución garantiza y conforme a reglas de competencia" **Ver Tutela jurisdiccional efectiva. Víctor Ticona Póstigo. Pag 79. Tomo I.**

¿existe un plazo prudente para que el Juez pueda advertir la alegación probada?...

Considero que nunca lo hubo, pero si siempre existió un plazo constreñido. [180]

Dentro de este criterio absolutamente esencial para la realización de la Justicia a través del proceso, se incluye el denominado derecho al "Juez natural".[181]

El emplazamiento válido a partir de una jurisdicción voluntaria debe observar las previsiones necesarias a fin de asegurar que exista un certero conocimiento del proceso civil a iniciarse, garantía necesaria que no fue observada en el proceso judicial de adopción de años anteriores y menos aún Hoy con la Ley 26981.

De por sí, este tema es tan sugerente y antiguo, además de ser reconocido por mentes preclaras que tácitamente imbuyen dudas en la forma de abordarlo.

La noción del Debido Proceso implica por ende un examen a nivel supranacional y constituye fórmula de garantía a los justiciables.[182]

El derecho de defensa, imprescindible faceta en todo Debido Proceso, al igual que la publicidad del proceso, uso del propio idioma, y duración razonable, reconoce al demandado el derecho abstracto de contradicción, en virtud de la cual puede proporcionar los medios de defensa que convengan, alargando y probando lo conveniente además de solicitar a la actividad jurisdiccional del Estado a fin de que oportunamente se pronuncie sobre las defensas propuestas en el proceso.

El derecho de defensa tiene una amplia regulación en los tratados, convenciones, y declaraciones internacionales, y advierte homogéneamente disposición de tiempo y medios para la preparación de la defensa; posibilidad de comunicación, posibilidad de ser defendido personalmente o por un elegido libre o voluntariamente; *el acceso al defensor de oficio; el derecho de la asistencia letrada.*

---

180 Esto motiva sugerentemente a una modificación al menos en un plazo de tres días, el cual sería apropiado para cumplir un adecuado diligenciamiento en la forma más aparente.

181 Ver primer capítulo del debido proceso de Luis Marcelo de Bernardis. Cultural Cusco. Editores 1995.

182 Cappelletti advierte el Debido Proceso como la garantía cualitativa de las partes.
Oswaldo Ozaini afirma que el proceso es sólo Proceso ni más ni menos, por ende, no existen procesos debidos, ni tampoco indebidos. Hoy, el tema de la efectividad del proceso es lo urgente como instrumento eficaz de acceso a la tutela jurisdiccional conforme lo conceptúa Claudio Dinamarco y Peregrini. Referencia **I Congreso Internacional de Derecho Procesal. PUCP.1996**

Acerca de ***la defensa y asistencia letrada***, Almagro Nosete [183]señala: "este derecho significa que el ciudadano quien ejerce activa y pasivamente el derecho de jurisdicción, puede pedir -si carece de medios económicos- abogado que le defienda o asista...".

El tribunal español, al respecto afirma: "...este elemento comporta de forma esencial que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien debe merecer su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de postulación...".

La defensa y asistencia letrada imprime en todo proceso de adopción la garantía esencial en razón de que en la mayoría de los casos el adoptado es incapaz absoluto y la Doctrina de la Protección Integral prevé precisamente la Justicia especializada.

Enrique Bernales[184] advierte tres características ligadas al derecho de defensa:

1. Derecho constitucional reconocido cuyo desconocimiento invalida el proceso.

2. Principios procesales básicos integrados, como el de inmediación, proceso justo, asistencia profesional.

3. Beneficio de gratuidad en juicio, consecuencia del principio de equidad.

La asistencia de un letrado es un aspecto fundamental del derecho de defensa, el derecho de asistencia letrada corresponde tanto al actor como al emplazado.

La constitución de 1993 prescribe que es principio de la función jurisdiccional la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos.[185] Preservándose este derecho fundamental se regula la institución del Curador Procesal, disponiéndose en forma imperativa *que, en caso de falta, ausencia o impedimento del representante legal de un incapaz, debe nombrarse un curador procesal*. [186] ¿Qué nos ofrece este principio procesal? precisamente y en el ámbito de menores, tanto la participación del curador procesal, como del defensor de oficio, están imbuidos en el

[183] Citado por Tome García J.A. Op. cit- pág. 108.
[184] **La Constitución de 1993**
[185] El auxilio judicial. art 179 CPC .Título VII de la sección tercera.
[186] Abogado nombrado por el Juez a pedido del interesado o de oficio.

principio del derecho de defensa. *La omisión de una debida notificación en todos los casos, o mejor dicho frecuentemente, siempre ha originado el desconocimiento acerca de los procesos de adopción.*

El Código Civil vigente advierte acerca de la capacidad e incapacidad; los principios procesales advierten la necesidad de observancia de la comunicación, pero, la **Ley 26981** no considera ni se refiere acerca del asunto, ¿qué sucedió? subsiguientemente y como consecuencia de una omisión procesal peligrosa -por cierto- es que, *cada vez el tema de adopción como institución y como proceso se ha tornado más simplista desconociendo su significación y trascendencia dado que de por medio se encuentra una persona.*

El derecho de acción imprime derechos sustanciales los mismos que se materializan a través de la Demanda. [187]

La certeza de la notificación constituye garantía del Debido Proceso legal, ya que la misma constituye el inicio del Debido Proceso.

Una de las conquistas procesales más importantes consiste en la exigencia de que el Juez debe fundamentar adecuadamente sus decisiones, las mismas que impone una gama de deberes con respecto a los demás sujetos del proceso, ello implica una adecuada fundamentación igualmente de los medios impugnatorios garantizando un sistema coherente, y lógico, enmarcado en la esencia del significado del Ius Litigatore. [188] La fundamentación adecuada de decisiones es la esencia de la determinación expresa del artículo **147** del D.L.26102 C.N.A. referida al "mismo Juez que conoció del proceso de declaración de estado de abandono" ... interpretado como "el quien debe asumir el proceso de adopción" ...contiene a un principio fundamental, y, tiene en el fondo una razón de ser. Lo que se busca es precisamente garantizar con probidad la continuación adecuada entre ambas instituciones procesales de menores.

---

[187] El defensor de oficio no es emplazado conforme lo prevé nuestro ordenamiento sustantivo, no ejercita el derecho de defensa en un proceso de adopción
Juan Monroy imprime notoria incidencia al respecto. **Ver Introducción al proceso civil Tomo I Pag 248. Ver El debido proceso, Víctor Ticona. Pag.99.**
Eduardo Couture afirma que la eficacia y el desenvolvimiento del conjunto de relaciones jurídicas del denominado Proceso Civil es particularmente importante
Pedro Aragonez Alonso señala que la autotutela o la autodefensa define el primer impulso del sentimiento del derecho contra la injusticia
Couture agrega algo más al Proceso, afirma que no es una simple garantía sino la garantía misma del Proceso. Comentarios de Raúl Tabolari Oliveros. I Congreso Internacional de Derecho Procesal. PUCP

[188] Ver Tutela jurisdiccional efectiva. Víctor Ticona Póstigo, pág. 108.Tomo I.
Manuel Serra. I Congreso Internacional de Derecho Procesal PUCP 1996.

La necesidad de imbuirse con "los demás sujetos procesales", otorga **Confianza procesal**. Al respecto cabe hacer mención explícita de que, existen supuestos donde aún no se ha expedido la resolución de declaración de estado de abandono conteniendo declaración expresa de habilitación para adopción, pero ya se tiene asignado al niño o niña con fotografías y el expediente administrativo concluido, y son precisamente estos documentos concluidos a los cuales tiene ingerencia la asesoría de adopción, y como consecuencia los preadoptantes extranjeros antes de su arribo a nuestro país.[189]

Ello conlleva igualmente al derecho a la instancia Plural y control constitucional del proceso. Para nuestro sistema jurídico la doble instancia constituye una faceta importante del debido proceso y del propio derecho a la vida jurisdiccional. Cabe recordar, sin embargo, que el recurso de casación no genera tercera instancia. [190]

A partir del concepto de que la instancia plural es el mecanismo de accesión hacia una revisión por el agente jurisdiccional jerárquico superior, constituye instrumento procesal de impugnación el recurso de apelación para hacer variar un estado jurídico procesal. Víctor Fairen Guillén [191] señala que "la acción extiende a su alcance no sólo a una primera instancia, sino a la segunda, tercera si existiere y a la casación." Esta conceptualización invita a reflexión, puesto que en el C.N.A. se observa procesalmente como permisible, el recurso impugnatorio de Apelación mas no así el de Casación. [192] Ahora bien, motivos, razones de mérito que determinaron que no se contenga explícitamente el recurso de casación en el C.N.A. no se encuentra explicitado, tal vez debió ser necesario un código procesal de menores al margen e independientemente del C.N.A.

La teoría humanista del derecho procesal enfatiza que el centro de todo drama judicial deberá estar inmerso en la actitud asumida por el Juez, al interpretar la Ley y al aplicarla en un caso determinado.

---

189 **Ver conclusiones.**

190 En un proceso de adopción no está previsto la pluralidad de instancias, específicamente no está contenido el recurso de Casación. Este aspecto fue materia incluso de observancia por parte del I **congreso internacional procesal civil. PUCP. El distinguido procesalista Carrión Lugo fue el encargado de leer las conclusiones de dicho evento en el cual se mantuvo la posición mayoritaria de la conveniencia por la aplicabilidad procesal en el C.N.A. acerca del recurso de casación.**

191 Op. Cit.P/p 497-501

192 I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil. Casación y planteamientos

David Lyons [193] al glosar a Santo Tomás de Aquino y a John Austin refiere que las leyes por su propia naturaleza están ligadas a la moral y a la ética.

En el tratamiento de la moral en el derecho el autor pre nombrado se refiere al Debido Proceso incorporado en la quinta enmienda de la constitución de los EE. UU el mismo que hoy se encuentra en pleno auge, además de estar incluido en múltiples análisis de diversos congresos de derecho.

Justicia y seguridad, imprescindibles en un Debido Proceso deben ir de la mano para -en verdad- asegurar la paz social, con mayor razón en procesos afines a menores.

Al respecto la doctrina considera el ensamble adecuado de estos fundamentales principios citados con gran precisión por LE FUR y textualmente corroborados por Carlos Parodi Remón. [194]

En la Constitución de 1993, el DEBIDO PROCESO cobra por primera vez garantía constitucional, como un sinónimo de expresión legal y justa.

La Constitución vigente, explícitamente tutela esta faceta del Debido Proceso. [195]

EL DERECHO PROCESAL Y EL DEBIDO PROCESO

Previamente es necesario precisar que el carácter procesal antes que adjetivo alude a la necesidad de entender que las normas ya no se dividen en adjetivas o sustantivas, sino que independientemente la distinción se sustenta en la función que cumplen y en la adecuada interpretación producto de la integración de lo adjetivo y sustantivo.

La aplicación que en la actualidad tienen las normas procesales, lleva a entender que las mismas ya no resultan, sino que poseen vida propia en el mundo del derecho en general y

[193] David Lyons: Ética y derecho. Barcelona. Ed. ARIEL, España, pag. 100. Ver El Derecho procesal del futuro. Carlos Parodi Remón. Pag 200-201.

[194] LE FUR: " El orden de la vida común no puede ser abandonado a la libre conceptuación de los ciudadanos , puesto que ellos objetivizan una diversidad de conceptos y puntos de vista, por ende, **DEBE FORZOSAMENTE SER REGULADO POR UNA INSTANCIA SUPER-INDIVIDUAL**.
Hay que pensar además que la seguridad jurídica representa la paz y el orden, base de la libertad, el poder y la cultura. El derecho es regulación de la vida en común con arreglo a los principios de Justicia, pero ante todo cumple un fin más inmediato, que es, de la seguridad y certeza jurídica, el mismo que da origen a **UN ORDEN SUPER INDIVIDUAL NECESARIO PARA DOTAR EN FORMA PRÁCTICA A LA VIDA SOCIAL DE UNA INSTANCIA DECISIVA.." Ver El derecho procesal del futuro. Carlos Parodi Remón Pag 237.**
Cabe aquí advertir que en el proceso de adopción actual no existe, ni seguridad ni certeza jurídica, por su propia razón de ser , puesto que además una tramitación administrativa admitida a procedimiento judicial sin un debido proceso, atenta a toda este enunciado. Por ello es vital escuchar a LE FUR cuando expresamente señala que debe forzosamente regularse un debido proceso bajo una instancia superindividual, cual es, ***el órgano jurisdiccional exclusivamente.***

[195] Art.139 de la Cn*1993

del proceso en particular, teniendo en consideración la extensión asignada. Este sustento avala el nombre asignado a la presente Investigación y coetáneamente contiene a todos los capítulos de la presente, los primeros capítulos casi con temas de índole sustancial y los tres últimos capítulos integrados con temas de índole adjetivo- sustantivos.

Mediante la consagración de un debido proceso como una categoría de la ciencia del proceso podemos establecer la necesidad de incorporación en todos los campos en que exista alguna norma de contenido procesal.

Cualquier definición de debido proceso siempre está ligado al concepto Justicia, a través del estado de derecho, siempre en un estándar legislativo. [196]

El debido proceso legal constituye una de las instituciones de más antigua raigambre en el panorama jurídico, estando la tutela judicial efectiva abarcada por éste, preponderantemente en la cultura jurídica anglo- sajona.

Cabe aclarar sí, que, el debido proceso cuenta con autonomía en cuanto a su aplicación, ello se manifiesta a través de las distintas instituciones procesales que forman parte de este concepto. En buena cuenta existe una diferencia y clara distinción entre Debido Proceso y tutela judicial, pero su análisis implicaría un aspecto macro. De concebir el Debido Proceso como parte de la tutela judicial se corre el riesgo de afectar a la loable protección, puesto que se propendía a un posible recorte y limitaciones de una de las instituciones.

Por todo lo dicho, se colige que *la tutela judicial efectiva sólo puede alcanzar su objetivo a través de un Debido Proceso, es decir a través de un proceso que revista de todas las garantías por lo que, mientras más pleno resulte el proceso, y cuanto mayor sea su grado de perfeccionamiento, mayor cantidad de los elementos integrantes del mismo se encontrarán y tan mayor será la intensidad de participación de cada uno de ellos*. En verdad - por decirlo así - esta tutela judicial efectiva, es HOY simplemente un término carente de significación, pues en nuestra patria lamentablemente a nadie le interesa la tutela judicial efectiva, a tal extremo que la dación de la Ley 26981 modifica arbitrariamente el código sustantivo al

[196] La corte suprema de los EE UU, en todos los años que tiene aplicando el concepto del debido proceso, hasta la fecha no tiene una definición elaborada y acabada; al respecto incluso POUNDE lo califica como un estándar del juzgador de amplias facultades, advirtiéndose una estrecha relación entre debido proceso y tutela judicial efectiva, dos conceptos de institución procesal que al constitucionarlizarlas se convierten en garantías constitucionales.

posponer **"la aprobación del Juez"**, cuestionada modificación la cual no cuenta con asidero legal.

La persistente nominación de Debido proceso, -al cual citaré hasta el cansancio- al parecer jamás fue tomada en cuenta por la comisión redactora de la Ley 26981, pues en dicha Ley se omiten los más mínimos elementos imprescindibles, y peor aún, para dicha Ley son totalmente innecesarios aspectos que en el C.N.A. requerían ampliación.

Por tanto, el Debido Proceso contiene un conjunto de mínimos elementos [197] que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la concepción de Justicia en casos concretos.

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO

Los principios procesales sirven para describir y sustentar la esencia del Proceso, como tal su presencia en un ordenamiento procesal es correspondiente con la naturaleza jurídica de éste.[198]

Los principios del procedimiento sirven para describir la naturaleza y contenido de los sistemas procesales civiles agrupados en un sistema privatístico y publicístico. [199]

Tanto proceso como procedimiento adquieren una materialidad concreta a partir de la regulación legal de los elementos que las partes pueden disponer en cada caso concreto que sea sometido al órgano jurisdiccional, tales elementos son conocidos como procedimientos conforme a la definición que al respecto imprime FAIREN[200].

Si bien la doctrina procesal a lo largo de su evolución ha ido incorporando nuevos elementos para señalar cuáles son los principios fundamentales del proceso que informan al procedimiento y que se manifiestan en la Ley Procesal, los más importantes y absolutamente esenciales para sustentar la vigencia de la norma positiva son aquellos que tutelan la vigencia

197 En los países anglosajones, y particularmente en los EE.UU., la lista de elementos que integran el Debido Proceso en su faz procesal ha sido incorporados por la actividad jurisdiccional a lo largo de los años y mediante la aplicación de las cláusulas del due process de las enmiendas V y XIV. Ver págs 394 y 395.**El debido proceso Luis Marcelo de Bernardis.**

198 Atendiendo a diversos tratamientos, Monroy Gálvez cita varios principios de los cuales y para el tema sub desarrollo resaltan los principios de publicidad; de obligatoriedad de procedimientos previstos por Ley; de la motivación de resoluciones judiciales, entre otros.
Ver Introducción al proceso Civil. Juan Monroy Gálvez, pág. 86 y siguientes.

199 **Ver INTRODUCCION AL PROCESOCIVIL Monroy Gálvez págs. 88 al 107.**

200 Procedimiento constituye una manifestación externa del proceso, una serie ordenada de actuaciones estructuradas a partir de principios procesales con el fin de tutelar los intereses jurídicos que han puesto en movimiento esa maquinaria capaz de poner en acción los actos destinados a esa protección. Fairen **Guillen Víctor, op. cit. Pag. 38 en Luis Marcelo De Bernardis .,El debido proceso pág.. 35.**

de los derechos fundamentales de las personas a través de la aplicación plena de las garantías para la administración de Justicia, Cabe citar entonces que el art. 148 del D.L.26102 C.N.A. que contiene a un procedimiento judicial de adopción no cumple con la verdadera dimensionalidad de su razón de ser.

La ley procesal como toda norma legal que incorpora y se desarrolla dentro de un sistema de piramidación jerárquica de las normas jurídicas, debe hacerlo de manera tal que resulte acorde con todos los preceptos de rango constitucional.

Couture[201] afirma: "*el derecho sucumbirá ante el proceso por la desnaturalización en la práctica de los mecanismos que constituyen una garantía de justicia...*".

Lo mismo entonces puede afirmarse de los actos procesales que se generan *al interior del proceso en trámite, puesto que aquello que resulta aplicable a todo, también lo es a la parte.*

Esta conceptuación nos imbuye de elementos de juicio claros y determinantes para afirmar verdaderamente que el art. 148 del D.L.26102 C.N.A. en verdad no fue un procedimiento, pues no se ajusta a los elementos de un proceso en sí y menos aún de un debido proceso. Una reafirmación más de esta investigación, pero, esto no es todo, aquí viene lo preocupante: La Ley 26981, qué elementos de juicio claros las contiene. El procurar la simplicidad no es sustento de parte, puesto que como demuestro en el capítulo IV, los plazos y vigencia de términos establecidos en el C.N.A. no constituyen justificación alguna. De manera conclusoria, objetiva y global, debe ser perceptible a partir del C.N.A, elementos imprescindibles tales como:

- Un armonizado promedio de tiempo (30 a 35 días).[202]
- Un promedio estándar en lo que corresponde a una accesión procesal.
- Un mínimo de procesos observados.

[201] **Couture Eduardo J. Op. cit pp 148-149.**
[202] Ver capítulo IV.

CONCEPTO Y NECESIDAD DE LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Considerando como un método orientado hacia la sistematización de uno de los principios de general aceptación, a partir de los cuales se establecen los contenidos propios y los límites de cada proceso y precisamente por su construcción lógica, el mencionado método de los principios determina el conjunto de garantías procesales que a modo de cierre serán establecidas para cada proceso.

Procedimiento: *Referida a una serie de fases sucesivas [203] de un fenómeno; dicho fenómeno puede efectivamente ser jurisdiccional, pero puede también perfectamente no serlo, la desvinculación con la función jurisdiccional puede ser absoluta, a diferencia del proceso, y en todo caso parece aludir a una actividad formal externa o no sustantiva. A fin de cuentas, el procedimiento simplista de la Ley 26981 está enmarcada en esta última parte. La teoría de los principios del proceso advierte lo incoherente de la Ley 26981, e igualmente al menos dejan una alternativa viable de una reglamentación adecuada.*

PROCESO Y JUSTICIA, La Función Tutelar Del Proceso

El Proceso -en el sentido amplio que se le atribuye en esta investigación -, constituye un vehículo fundamental a través del cual las personas pueden acceder a la consecución de uno de los valores sociales fundamentales:" la Justicia".

El verdadero derecho a la Justicia no puede ser desconocido por persona alguna, y menos aún por el Estado que tiene entre sus principales prestaciones la implementación efectiva de los instrumentos legislativos necesarios poniéndolo al alcance de todas las personas.

El elemento central de las normas procesales a través de las cuales se manifiesta el Proceso, debe tener como objetivo fundamental la consecución, en la mayor medida posible, del ideal de Justicia.[204]

---

203 Juicio: **En propiedad, dicho vocablo en la doctrina española designa el momento final del proceso, allí donde el órgano jurisdiccional emite un pronunciamiento sobre la materia que integra el asunto controvertido.**
Enjuiciamiento: Término tradicional del derecho español para designar la acción y efecto de enjuiciar, por lo que abarcará tanto el procedimiento como el proceso, además del juicio que sobre él se emita. No es un instrumento ni es una actividad externa o formal, así como tampoco es un concreto momento del proceso, precisamente vago en su plasmación.

204 "En cada período histórico ha existido un diferente concepto de Justicia y un especial procedimiento para adoptarla, sin que ni antes, ni ahora haya alcanzado perfección, ni tal vez se logre nunca, ni siquiera esa relativa e incompleta que suele satisfacer al hombre ya que es la única que está a su alcance. DAVIS ECHEANDIA, Hernando IV Jornadas Latinoamericanas de derecho Procesal, en revista de derecho español y Latinoamericano N° 17 año XII, II época. pág.177.

Constituiría una incoherencia lógica insalvable diseñar un proceso que tenga como objetivo distinto al de consagrar a la Justicia. Por ello, es contradictorio aquella noción del proceso que se exprese a través de un procedimiento injusto en su esencia. He aquí una vez más una evidencia de la imprescindencia de un Debido Proceso y por ende de un procedimiento justo en lo que compete a la adopción del niño en el Perú.

En síntesis, la idea fundamental es que el Proceso se convierta en el mecanismo concreto que permita a los justiciables el acceso a la Justicia a través de un procedimiento ordenado en el marco de la racionalidad.

Esta motivación ha hecho posible la formulación de esta investigación la misma que busca incesantemente demostrar la imprescindencia de un debido proceso, el mismo que conlleva a la imprescindencia de un debido procedimiento legal para la adopción del niño en nuestro país. [205]

LA EXISTENCIA EFECTIVA DEL CONCEPTO JUSTICIA COMO VALOR FUNDAMENTAL

La Justicia contiene un valor de carácter social, que resulta imprescindible para el desarrollo de la colectividad. Entre las premisas más trascendentales respecto a la organización social se tiene:

La Justicia es parte integrante de uno de los elementos que integran la decisión fundante del estado de sociedad a la vez que uno de los principios organizativos de las sociedades que se crean y desarrollan como tal, conforme lo cita Alzamora Valdez.[206] "el concepto Justicia expresa una relación porque implica la existencia de dos sujetos, este concepto relacionante exige que cada uno admita la existencia de los otros...".

El carácter social de la Justicia está contenido a partir de la concepción clásica de Aristóteles: "*Justicia distributiva, que implica que cada uno reciba los honores y bienes que le corresponden. Justicia emparejadora, sinalagmática, correctiva, que se basa en la igualdad y se subdivide en Justicia conmutativa y Justicia judicial*...".

[205] Llamo IMPRESCINDENCIA a la ineludible, imperante, urgente necesidad de un proceso de un debido proceso. ***Opinión particular del autor.***

[206] Alzamora Valdez, Mario. Introducción a la ciencia del derecho. Pag 304 3ª edición.

Del mismo modo a partir de la posición de Santo Tomás de Aquino: "*siguiendo la concepción aristotélica de la Justicia, esta contiene a la igualdad y está subdividida en tres partes: Justicia conmutativa, que se refiere a los cambios entre individuos; Justicia distributiva, que se relaciona con lo debido por la comunidad a los individuos y Justicia legal que se refiere a lo que los individuos deben a la comunidad de la que forman parte*...".

A partir de estas posiciones es ineludible que la Justicia resulta un concepto que sólo puede ser entendido dentro del contexto social de las relaciones intersubjetivas, en la cual el Estado tiene una participación sui generis.

Legaz y Lacambra, [207] respecto al carácter de valor que tiene la Justicia, menciona: "*La Justicia es un valor, entendido según la definición de N. Hartmann, como esencias por las cuales todo lo que en ella participa es como es, a saber, valioso*...".

Linares, [208] señala: "*La Justicia es un valor de totalidad y como tal acompaña a todos los valores parcelarios de orden, seguridad, paz, cooperación y solidaridad..*."

Alzamora Valdez, advierte: "*a menudo se confunde los valores con los fines, pero entre ellos existen diferencias. Los valores son cualidades, jamás se llega a ellos, pero son fuentes de sentido para la existencia humana a la que se ofrecen sólo un futuro indeterminado...* La Justicia consiste en reconocer a los demás como personas, *por tanto, el valor de la Justicia se identifica con el valor de la persona, de aquí se desprende que la Justicia es un valor social que tiene su raíz en la persona..."*

Es preponderante que la Justicia sea concebida como un valor social y no como un fin, pues servirá de orientación hacia los fines de la sociedad, aun cuando no pueda ser alcanzada por ésta. Ello encuadra con la valoración. La Justicia en consecuencia, estará siempre presente en el ordenamiento social [209] y se proyectará a ésta, tal como se concibe desde tiempos atrás.

Un esbozo conceptual de Justicia que intenta una aproximación objetiva de las manifestaciones concretas del ideal la formula LINARES, quien considera que la Justicia

[207] Lecaz y Lacambra, Luis. Filosofía del derecho. Bosch, Barcelona, 4ta edición,1975 p/p 341 y 342, citado por Marcelo de Bernardis. El debido Proceso.

[208] Linares, Juan Francisco. La razonabilidad de las Leyes. Astrea. Buenos Aires, tercera edición,1970. pág..110.

[209] Tal afirmación sustenta el deber ser del proceso legal en la adopción del niño en el Perú.

vendría a ser la mejor forma de entendimiento colectivo a través de los valores parcelarios de orden, paz, cooperación y solidaridad, que pueda darse en una sociedad y en un momento determinado, de esa manera como bien señala el precitado autor, la Justicia es la mejor posibilidad elegible de entendimiento. **El proceso de adopción** como tal**,** pretende integrarse al concepto Justicia, y, es más, es el único medio por el cual el proceso de adopción a través de la Justicia, va a lograr materializar sus verdaderos fines. Estoy refiriéndome a la Justicia y al Proceso Judicial de Adopción. Como expresa Linares: sólo cabe orden, y paz, a partir de un proceso Judicial, entonces como queda la Ley 26981.

LOS ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO Y SU INTEGRACIÓN EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Conforme lo cita Daniel O'donnell tanto la declaración universal de los derechos humanos, como el pacto internacional de derechos humanos y la Convención americana, consagran el derecho de toda persona a un proceso justo, así como, el derecho a un proceso con todas las garantías. Esto implícitamente se correlaciona con la adopción como institución y en relación a los convenios internacionales suscritos en los cuales se cita textualmente entre sus requerimientos, que se desarrolle un proceso justo de adopción para cada uno de los casos. [210]

Perú tiene suscrito convenios internacionales transcritos ad literam. Precisamente la idoneidad acerca del Due process marca el entorno globalizante de aplicabilidad y adecuación a todo proceso y con mayor preponderancia de aquellos que contienen y determinan situaciones afines a la persona.

Ante la imprescindencia de cumplimiento de los convenios internacionales adecuados al C.N.A, como tal y sin la modificatoria en lo referido al proceso de Adopción, esta norma estaba adecuada en buena parte al Debido Proceso, pero a partir de la vigencia de la Ley 26981 queda este aspecto sustancial -materia subdesarrollo- a la deriva. Lo único que podría enmendarlo es su adecuada y urgente reglamentación.

Sin embargo existe una notoria peculiaridad en este tema, y está referido a que los convenios internacionales en las mayoría de los casos dejan abierto la posibilidad de recurrir ante los

[210] Ver anexos Sub B.

tribunales correspondientes en cada país signatario de los mismos y como consecuencia de una resolución injusta en un proceso determinado cabe señalar que en un proceso de adopción por ejemplo, como tal, la injusticia en la resolución probada pese a haberse verificado todas las garantías pertinentes faculta a esta impugnación.

A partir de este mismo planteamiento se pronuncia el comité de derechos humanos de las organización de los estados americanos en su informe de 1984 cuando señala: "en la segunda fase del párrafo primero del artículo catorce, se dispone que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente, con las debidas garantías...."El art. II del título preliminar del D.L. 26102 (art II TUO del C.N.A.), establece que el Niño es sujeto de derechos y como tal las debidas garantías a ser oídos públicamente deberán estar pre-establecidas y contenidas por cualquier norma que se relacione con un proceso de adopción. Circunstancia la cual incluso es advertida por el Código Civil, pero no se encuentra explicitada en forma expresa en las normas pertinentes sustantivas ni especiales, referidas al C.N.A y a la Ley 26981.

"...la garantía genérica a un derecho con las debidas garantías es más amplia que la suma de las garantías específicas enumeradas", en otras palabras, el individuo no sólo tiene el derecho a ser juzgado con el respeto de todas las garantías procesales reconocidas por la normatividad internacional, sino a ser juzgado y/o escuchado en Proceso con Justicia a tenor de la declaración universal.

Esta conceptuación implica publicidad, es decir comunicación permanente de todos los actos ejercitados en el proceso de adopción. Este principio preponderante no fue considerado como tal, por no arguir acerca del tema, pero es tal su trascendencia que no debe obviarse.

El C.N.A. no contiene norma específica al respecto. La Ley 26981 menos aún.

¿Cómo reconocer las garantías procesales en Proceso y con Justicia? Necesariamente y como opinión sub estudio, siempre a través de la publicidad, ello mantendría a la ciudadanía y la colectividad enterado de los acontecimientos afines, por ende, ello, advertirá circunstancias como por decirlo: la accesión de procesos de adopción sucesivos (más de dos), a favor de una determinada pareja, más claro, a favor de la misma pareja [211]. Es decir, la misma pareja

[211] Conforme es de observarse en el capítulo IV.

de preadoptantes que obtiene tres y más niños con tres y más procesos de adopción sin observación condicional alguna ni por Ley ni por reglamento afín.

¿Existe una norma explícita que regule este caso? ¿qué interpretación se le da a la subsidiaridad? ¿Quién o quiénes se entera(n) de estos casos?...

Como se reafirma siempre se encuentra abierta la posibilidad de que las personas denuncien la violación de su derecho a un proceso justo, aun cuando en la mayoría de los casos ello solamente se dará a través de la denuncia por la violación de alguna garantía procesal. En caso sub estudio, quien tiene abierta la posibilidad es precisamente y en orden prevalente el CURADOR PROCESAL, el defensor de oficio de los Juzgados de FAMILIA, los defensores procuradores de ONGs quienes trabajan con niños, los defensores de organismos colegiados llámese del colegio de Abogados por decirlo así, todo ciudadano que tenga conocimiento de contravenciones relacionados a niños.

La importancia del contenido de los convenios internacionales se debe no sólo a su trascendencia sino al hecho de que el derecho a la Justicia deje de ser un problema interno de cada país para transformarse en un tema de incumbencia mundial, esto atendiendo a la trascendencia que tiene la efectiva realización de la Justicia a través del proceso en cada país, para que, generalizando ese fenómeno se alcance un mundo mejor. Como reitero, ¿cuál es la consecuencia del bagaje ilustrativo de los convenios internacionales?... ¿cuál es la razón de la falta de consecuencias hacia una efectiva realización de la Justicia a través del Proceso? ¿qué intereses se presentan de por medio tan arrolladores que opacan y confunden este consecuente criterio? Es menester que se logre pisar firme en este tema para hacer frente a esta desenfrenada pesadilla de políticas de barbarie jurídica, a fin de que nos ubiquemos en el razonamiento adecuado, preciso y justo que nos motive y encamine hacia un Debido Proceso de la Adopción.

ALCANCES GENERALES DEL DEBIDO PROCESO COMO GARANTIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN EL AMBITO DE LOS NIÑOS

La calidad de garantías fundamentales integrantes del Debido Proceso ha abandonado el ámbito jurisdiccional para pasar a ser conceptos de aplicación genérica en cada ámbito donde se desarrolle un proceso entendido éste en los términos más amplios posibles. Esta

realidad vigente hoy motiva a que al tratar el tema de la adopción y referirnos al Debido Proceso éste no sólo esté circunscrito en el ámbito jurisdiccional sino genéricamente en todo su esencia y contenido, como tal un procedimiento administrativo no puede omitirlo ni desconocerlo. La Ley 26981 es escueta y carente de firme sustento.

El Debido Proceso constituye un derecho fundamental de todas las personas, por ende, su aplicación es viable en procesos de cualquier naturaleza, sin embargo, la plenitud de los conceptos que integran el Debido Proceso sólo será exigibles si se maximizaran sus objetivos en los procesos que se desarrollen ante el órgano jurisdiccional del Estado, por cuanto éste es el único que tiene la capacidad de determinar la Justicia del caso concreto con carácter definitivo. Por tanto, el órgano jurisdiccional de Estado es el depositario de la concepción de Justicia de la sociedad y aquel encargado de discernirlo, de manera final e inmodificable, por ello no sólo el órgano jurisdiccional debe ser cuidadoso al decidir sobre las materias que le sean sometidas, por cuanto está decidiendo sobre los derechos de las personas sino porque fundamentalmente está estableciendo a través del conjunto de sus decisiones el contenido del ideal de Justicia aplicable para la sociedad en un momento determinado, más aún si tomamos en cuenta que se está frente a niños cuyo futuro aún incierto es necesario resolverlo de la mejor manera posible, en estricta sujeción a los valores superiores ínsitos en el interés superior del Niño.

De esta forma el órgano jurisdiccional debe estar particularmente interesado de incorporar en sus decisiones- de cualquier clase- los elementos del Debido Proceso, pues de no hacerlo, estaría dejando de lado su obligación esencial de aplicar la Justicia al caso concreto.

Sólo a través de la verificación plena de los elementos que integran el concepto del Debido Proceso podrá el órgano jurisdiccional y el proceso que se desarrolla ante el mismo, alcanzar de manera real y efectiva el ideal de Justicia de la sociedad dejando de ser una mera declaración.

A partir de la conceptuación dogmática se identifica al Juez con la Justicia misma, al Juez probo al Juez como categoría especial mas no como funcionario público.

En el procedimiento judicial de la Adopción prácticamente el Juez era un simple funcionario público quien expeditaba la tramitación solicitada por la oficina de Adopciones de

conformidad al art. 148 del D.L.26102 C.N.A. y no se tenía en cuestión este valioso aporte. hoy, aún peor, se descarta inconcebiblemente la participación del Juez, modificando el ordenamiento sustantivo impropiamente.

Los poderes del Estado y entre ellos el Poder Judicial "son totalmente autónomos" entre sí, manteniendo una independencia absoluta el uno del otro, sin que se admita interferencia alguna, [212] craso error de interpretación o convenida forma de legislar... De lo que se colige que la segunda hipótesis es la prevalente.

Considero muy interesante citar a Couture[213]: *"ni el Juez es una máquina de razonar, ni la sentencia una cadena de silogismos. Es antes bien, una operación humana de sentido preferentemente crítico, pero en la cual, la función más importante incumbe al Juez como hombre y como sujeto de voliciones..."*.

Berizonce[214] afirma: *"La estructura del sistema de Justicia, descansa en los principios tales como la igualdad real de oportunidades, publicitación del proceso civil, socialización y humanización de sus procedimientos, su desacralización y en general el acercamiento de la Justicia a la comunidad..."*. El rubro de este enunciado y la realidad del mundo actual conforman la moderna concepción del Debido Proceso a partir de una integración *"Mundo Judicial y Proceso"*, con miras al justiciable y no al Juez.

El término socialización es extraño a toda connotación política, contiene en esencia solidaridad y humanidad, tan iguales principios acogidos en el C.N.A. que realmente al ser integrados avizorarían el verdadero cauce del Debido Proceso, [215] y allí prácticamente está el quid de la cuestión, ya que, la teoría humanista que privilegia al hombre, al ser humano, estima que el objetivo primordial del proceso es la paz social, y para que este propósito sea visto desde un inicio del proceso "como tal", se requiere preponderantemente reconocer su carácter unitario, como característica fundamental. [216]

---

[212] Precisamente a partir del art 148 del D.L.26102 C.N.A. se observa una injerencia del Ministerio de la Presidencia a cargo del Ente Rector Administrativo que conoce acerca de las adopciones, una contravención objetiva que atenta al Debido Proceso a partir de la independencia del Poder Judicial.

[213] **Couture. Ob,cit, "Fundamentos del derecho procesal Civil ".1958 Bs. As, pág.. 288.**

[214] **Berizonce, ob cit."n codice..." pág.. 13.**

[215] El art. IX del título preliminar del C.N.A. y del TUO del C.N.A. conjuga armónicamente con una verdadera socialización del Proceso en procura redundante del Debido Proceso, pretensión urgentemente requerida en nuestra realidad. La teoría humanista del derecho Procesal lleva inherente a sí misma el reconocimiento a tales conceptos, **Ver El derecho Procesal del Futuro, Carlos Parodi Remón, pág. 141.**

[216] La tranquilidad colectiva, la paz social, sólo pueden ser frutos de la Justicia..." **Ob cit. El derecho procesal del futuro. Carlos Parodi Remón. pág. 161.**

INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES AFINES AL DEBIDO PROCESO

PRINCIPIOS GENERALES

Como se desprende de la definición adoptada, el entorno del Debido Proceso está circunscrito ante instituciones que en muchos casos no están reconocidas por el derecho positivo, por lo que se excluye su alegación directa como fuente de derechos invocables ante los Tribunales, pese a lo cual poseen un valor incalculable como elemento para la interpretación e integración, en el sentido más amplio, de las normas por lo que científicamente se considera imprescindible su empleo para abordar el estudio de las instituciones en particular.

"**El proceso constituye fruto de un estado democrático**" ... Consideración importante pues advierte el hecho de constatar la existencia de un movimiento de constitucionalización e internacionalización de los principios procesales.

Una importante consecuencia de la positivización de determinados principios procesales es su directa aplicabilidad dotadas de gran generalidad.[217] Explícitamente cabe centrar en esta conceptuación al interés superior del niño que como **GARANTIA CONSTITUCIONAL** integra el sistema de protección tendiente al aseguramiento de la vigencia y efectividad de las libertades y derechos fundamentales que desprovistos de dichas garantías no pasarían de ser meros enunciados vacíos de contenido real y por tanto inútiles a efectos de configurar un régimen político como democrático, en un Estado de Derecho.[218] En las garantías jurisdiccionales generales, no establecidas para la defensa de un específico derecho fundamental sino para la defensa de cualquiera de ellos, se sitúan la protección jurisdiccional genérica de los derechos fundamentales y libertades a través de los procesos ordinarios con los recursos correspondientes, más el recurso de casación. Tras el agotamiento de la vía previa cabe recurrir ante órganos de Justicia constitucional.[219] Esta protección Jurisdiccional

---

217 La fundamental crítica que puede hacerse a los principios jurídicos como concepto operativo en el derecho es la de su ambigüedad por la gran cantidad de acepciones que de la expresión se conocen y utilizan.

218 Previamente al abordar la delimitación de las garantías constitucionales es preciso advertir de la existencia de otros requisitos y condiciones que se configuran como garantías previas a las garantías constitucionales, nos referimos a condicionamientos de tipo político, social, económico o cultural, sin cuyo concurso se hará prácticamente imposible la efectividad de las libertades y derechos fundamentales, la efectividad del Estado de Derecho. Dentro de las garantías constitucionales y siguiendo a diversos autores, es admitida una clasificación entre las llamadas garantías jurisdiccionales cuyo rasgo distintivo respecto del resto de garantías constitucionales (reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales, defensor del pueblo, etc.) es que ,estos implican la intervención de la autoridad jurisdiccional para la reparación de la lesión sufrida, en definitiva son las más eficaces según se ha encargado de demostrar la experiencia.

219 Hay que mencionar también las garantías llamadas extrajudiciales cuyo ámbito de aplicación se configura como complementario en relación a las garantías jurisdiccionales mencionadas, y cuyo exponente más característico es la figura del Defensor del Pueblo. **Ver art. 54 de la Constitución Española y en desarrollo del mismo, la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril. IÑAKI.EL DEBIDO PROCESO.**

en razón a menores se denota incompleta pues en el C.N.A. no se encuentra integrada la tramitación del recurso de Casación.[220].

VALORES CONSTITUCIONALES SUPERIORES

La referida originaria a los valores superiores constitucionales la encontramos en el art. 1 de la Constitución Española que califica de "valores superiores" del ordenamiento jurídico, que la propia Constitución Española diseña, a: "la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". El mencionado enunciado ha forzado a la doctrina constitucionalista a realizar un esfuerzo por dotar de significado propio y delimitar el alcance jurídico del mismo.

Los valores superiores son auténticas normas jurídicas, que representan los ideales de una comunidad y que no agotan su virtualidad en su estricto contenido normativo, sino que constituyen un parámetro para la interpretación y, a la vez, un límite para el propio ordenamiento jurídico. El interés superior del niño constituye- a partir de esta conceptuación- una especie de valor constitucional superior, y continúa a la vista de la doctrina mayoritaria.

DERECHOS FUNDAMENTALES

No existe un concepto y menos una fundamentación comúnmente aceptada para referirse a los derechos fundamentales. Así, y dependiendo de las diversas concepciones que los diversos autores tienen del derecho (historicista, iusnaturalista, positivista) o incluso de la ideología política (conservadora, socialista) podrá hablarse de distintas teorías sobre la consistencia de los derechos fundamentales.

Hay autores que movidos no por una determinada concepción del derecho sino exclusivamente por criterios pragmáticos, y ante la evidente complejidad que presenta la determinación del concepto de derechos fundamentales, optan por una utilización indistinta - aproximativa de términos como derechos fundamentales, libertades públicas, garantías individuales y otros.

[220] Existen procesalistas como Carrión Lugo quien advierte la no necesidad de considerar viable el recurso de casación para estos casos; incluso este mismo criterio fue atribuido en las conclusiones del I Congreso Internacional de derecho procesal civil. PUCP.l996

Es posible afirmar, en lo que al concepto moderno y alcance de los derechos fundamentales respecta y simplemente a efectos de dotarnos de un instrumento útil para la prosecución del análisis, que se integren bajo el calificativo de fundamentales, determinados derechos.[221] La directa aplicabilidad, la posibilidad de invocación para obtener la tutela de los derechos fundamentales por cualquier ciudadano y la vinculación correlativa de los poderes públicos son otras de las características que los diferencian de los principios generales.

Es importante conceptualizar los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos con una finalidad defensiva frente a las eventuales intromisiones del Estado, sino además como garantías institucionales, como normas conexas de actuación que vinculan a los poderes públicos, que tendrán asignado un papel activo imprescindible para asegurar el contenido y el disfrute de aquellos. Nuestro C.N.A. adolece de derechos fundamentales expresos como son:

- "LA SUBSIDIARIDAD": es decir ésta y toda su normatividad reglamentaria afín imprescindible.

- La opción de dilucidación pre-adoptiva: **"Saber quién será su nuevo hijo o hija a adoptar."** Este derecho es fundamentral pues integrará factores humanos de nobleza, afecto, cariño, preferencia de sexo, etc., en fin, valores intrínsecos de cada pareja de preadoptantes que a fin de cuentas son derechos fundamentales apañados en un trasfondo de valores como el interés superior del niño, pero que no se exterioriza como tal, sino que, se mantiene en un entretelón falso e hipócrita conteniendo a graves contravenciones.

- *La Protección social en todo proceso o procedimientos considerados como "debidos": Goldberg v. Kelly citado por Alonso [222] marca una revolución en el tema del Debido Proceso en materia procesal al establecer que los beneficios de asistencia social no pueden ser retirados en un proceso sin audiencia previa, ante un funcionario imparcial y previo a requisitos esenciales de notificación. Mathews v. Eldridge determinó que se*

[221] Principalmente su origen remoto se halla en formulaciones de finales del s. XVIII, Declaraciones de Derechos en Francia, de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 agosto de 1789, y EEUU, Declaración de Derechos consignadas en las diez primeras enmiendas de la Constitución que entraron en vigor en 1791, a partir de la Segunda Guerra Mundial, recogidas en la parte dogmática de algunas Leyes Fundamentales (GG 1949, CE 1978) y en el articulado de numerosos tratados internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, , Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España con fecha 13 de abril de 1977, etc). ***Iñaki Esparza, Leivar 1995.***

[222] Alonso García Op. cit. El Debido Proceso Luis Marcelo De Bernardis pág.281

violaba el Debido Proceso al retirársele a la persona la asistencia de la seguridad social, sea por incapacidad física u otra causalidad dentro de un proceso.[223]

Reprobar la indefensión y verificar todas las garantías implica mayor celo en los procedimientos simplistas más aun tratándose de la persona humana.

La incorporación de un sistema de valores esenciales, claros, determinados, explícitos, son la esencia del Debido Proceso, más aún integrados a los derechos del niño.

- Determinación del número de procesos de adopciones permisibles por pareja sea de peruanos o extranjeros según fuere el caso.

- Niños discapacitados, condiciones, valores implícitos, regulación y normatividad a fin para procesos de adopción tanto para peruanos como extranjeros.

DEBIDO PROCESO Y DILACIONES INDEBIDAS

Para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de Justicia es preciso que el proceso se trámite con celeridad y para ello sería preciso, cuando menos y aceptada la imposibilidad del proceso instantáneo, el cumplimiento de los plazos procedimentales establecidos por las leyes; a partir de dicha constatación son los Tribunales quienes establecen el concepto y alcance de las dilaciones indebidas.

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas se constituye como otro de los contenidos del Debido Proceso.[224] De modo que el deber de garantizar la Justicia sin dilaciones indebidas "lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales".

223 **La convención de los derechos del niño repercute procesalmente en el Debido Proceso en EE.UU.**

224 Al respecto afirma el Tribunal Constitucional español : "El derecho a un proceso publico sin dilaciones indebidas, constitucionalizado como fundamental por el art. 24.2 de la Constitución Española y que no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto, en cada caso, atendiendo a criterio jurídico indeterminado que necesita objetivos congruentes con su enunciado genérico.
Dichos criterios objetivos son, - según ha afirmado este Tribunal de acuerdo con la jurisprudencia -, la naturaleza y circunstancias del litigio, su complejidad y márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en el proceso arriesga el demandante, su conducta procesal, actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes y la consideración de los medios disponibles. Ver IÑAKI. EL PROCESO DEBIDO (81-1995).

Aparentemente, se ha argumentado las dilaciones indebidas como motivo justificatorio para la dación de la Ley 26981, pero simplemente se debió adecuarla procesalmente en sujeción al Debido Proceso (D.L.26102 C.N. A) y no desvirtuarla como tal – hoy - se observa.

DEMARCACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. ESTRUCTURA GLOBALIZANTE A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

La Teoría general del Proceso "tiene su punto de partida en la unidad del derecho procesal" y por ella "ha de entenderse, latu sensu, el estudio y exposición "**del deber ser**" de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas procesales.[225] Se trata de "llegar en la unidad científica hasta allí a donde sea posible, sin forzar la esencia de los conceptos".[226]

Desde esta perspectiva, se acepta pacíficamente que las distintas disciplinas procesales tienen elementos comunes que pueden agruparse sintéticamente y ser de aplicación a todas ellas.

Hoy se habla de un derecho comunitario, muy sucintamente al solo efecto de mostrar una de las manifestaciones de la **dimensión transnacional**, cuya otra cara es el derecho internacional de los derechos humanos.

Todo este desarrollo jurídico, ha creado un paralelo lo que podríamos denominar un **nuevo derecho, tanto fondal como procesal**.[227]. Por ello será de vital importancia integrar normas afines con el objeto de que pueda los principios contenidos en la declaración de derechos del niño, tener prevalencia y unanimidad de criterios rectores a favor de la niñez en el mundo. Esta conceptuación a nivel de legislación comparada advierte que todo Proceso de adopción debe estar centrado en los parámetros de un Debido Proceso.

EL DUE PROCESS Y LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

La institución del Debido Proceso es recogida como una limitación de índole procesal al ejercicio del poder del Rey, habiendo recorrido ésta un larguísimo camino hasta llegar a la concepción que se tiene actualmente, la misma que le otorga un lugar prevalente entre las instituciones procesales, el mismo que, sobre todo, ha experimentado una sorprendente

---

225 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Nieto. La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal. En: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: UNAM. T. II. 1992. pp. 593-594.

226 **FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: Problemas actuales del Derecho Procesal. La defensa, La unificación, La complejidad.** México: UNAM. 1992. P83.

227 En lo que a este último respecta -que constituye nuestro especial punto de mira- repárese en que tanto la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se rigen por estatutos con características propias, que reglan el trámite ritual desde la demanda hasta los recursos. ***El Proceso Debido. Iñaki Esparza, Leivar 1995.***

evolución para pasar de ser una tutela meramente procesal hasta adquirir una connotación constitucional de prevalente importancia en el sistema jurídico.

La jurisprudencia norteamericana en la actualidad representa la cúspide del desarrollo concepcional, habiéndose dejado de lado al conjunto limitado de procedimientos que en el Common Law exigía al soberano cumplir antes de afectar un determinado derecho, para convertirse en el instrumento fundamental, a partir del cual se desarrollará un amplio conjunto de garantías de rango constitucional que los gobiernos deben observar antes de afectar un interés referido a los derechos, a la propiedad y a la libertad.

Por lo que se reitera que, en la actualidad, la sociedad norteamericana contiene a una centrada protección procesal de los derechos considerados fundamentales.

Acerca de la naturaleza del proceso debido en el derecho de los EEUU de Norteamérica, se evidencia una enorme complejidad de la institución del due process of law no sólo en los EEUU sino en general en los países de tradición jurídica anglosajona, y la razón de dicha complejidad es que la institución se ha ido desarrollando a través del sistema de creación jurisprudencial del derecho a lo largo de más de siete siglos, con lo que en la actualidad su presencia es patente en todos los ámbitos relevantes del derecho y en relación a los bienes o derechos fundamentales de la persona, vida, libertad y propiedad.

Esta implícito ciertamente el manejo de los procesos a partir de las convenciones internacionales como consecuencia de la declaración Universal de los derechos del niño, por ende, la naturaleza del Debido Proceso nos visualiza parámetros de legislación comparada tan útiles para percibir en esencia lo trascendental del Debido Proceso en la Adopción del niño en el Perú.

Se ha considerado en la Jurisprudencia de la Corte que, este aspecto envuelve un fundamental interés de libertad en lo que corresponde a los padres y en concordancia con el interés superior del niño, puesto que al determinarse la necesidad de seguir procesos que

resulten ser debidos, supuestamente se restringe - en ciertos casos- el ejercicio de la libertad.[228]

Como consecuencia de ello, y eventualmente, la libertad de los padres podría ser desplazada sin que por ello se produzca afectación del Debido Proceso que corresponde a éstos.

Es importante rescatar lo afirmado por SIMON quien sostiene: "en el fondo la posición de Van Alstyne parece señalar acerca de la protección procesal: "los procedimientos son importantes, pero no por ellos mismos ni como símbolos de una sociedad más perfecta sino como medios para proteger otras cuestiones de valor..." Estas cuestiones de valor no son los procedimientos en sí mismos sino los intereses que lo protegen. Si no existe en la discusión un derecho de cierto valor, los procedimientos por sí mismos no son relevantes."

John Hart Ely nos plantea: "resulta necesario que la interpretación de la cláusula de due process recupere su espíritu de protección procesal pues su ampliación al campo sustantivo ha hecho que los jueces restrinjan su aplicación procesal, las preguntas esenciales para determinar la aplicación del due process que debe responder la Corte son aquellas referidas a cuan seriamente el justiciable está siendo afectado y cuánto cuesta en tiempo y dinero concederle una audiencia más efectiva, lo cual debe determinar de manera previa la existencia o no de un interés afectado.."

LA NATURALEZA DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO ALEMÁN

En el derecho alemán una primera precisión nos lleva a constatar que la doctrina alemana incorpora el concepto fair trial/faires Verfahren como su elemento esencial y con respecto propiamente a su naturaleza jurídica. La doctrina mayoritaria considera que se trata del principio supremo, como elemento inseparable del principio del estado de derecho.[229]

---

[228] **LIBERTADES PUBLICAS:** Terminología, originaria y fuertemente arraigada en la doctrina francesa y de gran influencia en el constitucionalismo occidental, empleada por quienes sostienen una concepción positiva del derecho, frente a planteamientos iusnaturalistas, con la finalidad de distinguir aquellos derechos humanos expresamente regulados y protegidos por normas jurídicas positivas.
La diferencia de este concepto con el de derechos fundamentales es únicamente desde la concepción positivista del derecho en el sentido mencionado.
La Constitución española es un reflejo de las características propias identificadores de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho. A este respecto, los distingue conceptualmente y los regula conjuntamente bajo el epígrafe "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas". ***El Proceso Debido Iñaki Esparza, Leivar 1995.***

[229] Rechtsstaatprinzip.

El principio del faires Verfahren (Alemania) no constituye sino la expresión con la que el derecho alemán alude al principio objeto del due process of law (EEUU), siendo la correspondencia esencialmente exacta, en el ámbito procesal.

EL DUE PROCESS OF LAW COMO PARTÍCIPE DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ESPAÑOLA

El debido proceso constituye uno de los elementos de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, **concretamente aquella parte referida al proceso, y a su tramitación**. Garantías que son observadas a lo largo del período comprendido entre la litispendencia y la consecución de una resolución definitiva.

El debido proceso constituye, la manifestación jurisdiccional del estado de derecho español. El criterio interpretativo fundamentalmente teleológico en relación con todas las referencias que sobre el debido proceso se tiene, proyecta una visión de la institución" proceso debido" como una realidad dinámica.

El Debido Proceso participa de la naturaleza de los principios generales informadores del derecho, con especial relevancia en relación con el Derecho Jurisdiccional y dentro de él de todas sus manifestaciones jurisdiccionales (de forma distinta en relación a cada una de ellas atendiendo a las diversas naturalezas y peculiaridades de los derechos que opinan los procesos que ante sus Tribunales se tramitan y resuelven), con carácter expansivo en la medida en que el desarrollo del estado de derecho implica la incorporación de nuevos contenidos.

La internacionalización y constitucionalización de los más relevantes principios de derecho ha tenido un reflejo especialmente intenso en relación a los principios procesales.

La función esencial de los principios del derecho es la "determinación del verdadero alcance, sentido o significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal".

Los derechos específicos que de la aplicación práctica del principio del debido proceso se derivan para los sujetos procesales son, en la mayor parte de los casos, irrenunciables ya que no entran, por su naturaleza (derechos fundamentales), dentro de la esfera dispositiva de los mismos.

La estimación de la violación de cualquiera de los contenidos que integran el principio del Debido Proceso supondrá, por lo general, la anulación de lo actuado en ese proceso hasta el

momento de producirse dicha situación, es decir hasta el momento en el que el proceso dejó de poder calificarse de debido, con la consiguiente repetición de actuaciones hasta su debida conclusión.

La Constitución Española de 1978, acogiendo lo establecido en diferentes convenios internacionales de los que España fue parte, consagra en su art. 24 la tutela judicial efectiva como un derecho que de acuerdo al propio texto constitucional se alcanza a través de un Debido Proceso donde se reprueba la indefensión y se verifican todas las garantías:

Al respecto Figueruelo [230] señala: La constitución española de 1978 ha significado la introducción en el sistema jurídico de un elemento de capital importancia que sirve de punto de referencia obligada a las demás, dado su doble carácter de norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esta norma es cualitativamente distinta de las demás por que incorpora un sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y a de informar todo el ordenamiento, instaurando un orden constitucional nuevo mediante una distribución horizontal y vertical del poder público sustancialmente distinto del régimen anterior. En la concepción política que en ella se refleja adquieren especial relevancia los derechos fundamentales y las libertades políticas.

La tutela judicial efectiva despliega su eficiencia de manera especial sobre las resoluciones que se pronuncien sobre el fondo del asunto una vez que las mismas han alcanzado firmeza.[231]

En un proceso de adopción, se torna imprescindible las resoluciones pronunciadas sobre el fondo del asunto, he ahí la trascendencia de que sean aprobadas por el Juez.

A partir de ello y con la modificación del artículo 378 del C.C. surge el caos, pues con la simple dación de la Ley N° 26981 y sin reglamento que lo oriente en cierto momento, se vino procediendo en materia de adopciones.

230 Angela Figueruelo Burrieza.Op.cit. pág19

231 La proyección mencionada se traduce en la prohibición de transformación sustancial de dichas resoluciones para el Órgano Jurisdiccional que las dictó por la vía de la aclaración de sentencias, adecuada para corregir errores materiales, ya que ello supondría una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
Por Tutela Judicial o Debido Proceso legal, se entiende según Couture, con particularidad en el léxico de la Escuela Alemana como la satisfacción efectiva de los fines del derecho en el Proceso. ***MARCIAL RUBIO CORREA. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5 pág. 63 y sgtes. Edición Fondo editorial PUCP 1999***

EL DEBIDO PROCESO LUXEMBURGUES

Explícitamente se observan semejanzas, aunque me atrevería a opinar que la Adopción Procesal Luxemburguesa advierte al Debido Proceso desde una visión más integrada a sus valores.

La constitucionalización del Debido Proceso (en su artículo 139,-3 de la Constitución de 1993), se inspira en el due process, que se descompone en el Debido Proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes- o actos parlamentarios - que violan derechos fundamentales y, el Debido Proceso adjetivo, referido a las garantías que aseguran los derechos fundamentales.[232] El Debido Proceso sustantivo también se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es que sean razonables; en tanto que el Debido Proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia.[233]

A través del tratado de Roma (del 25 de marzo de 1957), se unificaron las normas rectoras de las tres comunidades, con respecto al parlamento y al Tribunal o Corte de Justicia, y posteriormente el Convenio de Bruselas de 27 de setiembre de 1968, fijó las reglas de competencia judicial para el cuerpo jurisdiccional.

El Tribunal que no debe confundirse con el de Estrasburgo, ha ido creando, una importante jurisprudencia delineando de este modo, su doctrina legal.

Tales ordenamientos en nada difieren de sus similares nacionales: más no será ocioso puntualizar que aun así el ritual que nos ocupa tiene ciertas particularidades que hacen que el Derecho Procesal que lo guía goce de algunos rasgos definidores; criterios estos que también se aplican a la normativa fondal comunitaria, que por las particularidades de la materia a la que se aplica adquiere también una fisonomía especial.

De lo brevemente expresado se colige un denominado derecho comunitario, que a su vez se subdivide en el derecho fondal transnacional (los tratados las constituciones, y las leyes internas de cada país, a lo que debe agregarse la doctrina jurisprudencial del propio órgano),

232 **NOWAK, Jhon y ROTUNDA, Ronald, Constitutional Law.** Op. cit. pp. 380-451.
233 **SAGUES, Néstor Pedro. Elementos del derecho constitucional.** Op. cit. p. 329.

y de un derecho procesal transnacional (los estatutos reglamentos, y en general las normas rituales que enmarcan dicho tipo de juicio).

Este derecho comunitario ha tenido tal evolución en el viejo continente a partir de la formación de las Comunidades Europeas, que la mayoría de los países que la componen se han erigido como una asignatura propia de la carrera jurídica; tan es así que, con el ingreso de España a ese Acuerdo Regional, se han creado cátedras sobre Derecho Comunitario, que antes ya imperaban en Italia, y en otros países de ese continente.

Cuan original y dinámico es hoy el Debido Proceso Luxemburgués, específicamente en lo concerniente a los niños, pues, denota transparencia, idoneidad, garantía plena a cargo del ministerio Público y con anterioridad a la iniciación del Proceso Judicial. En suma, el derecho procesal luxemburgués se adecua plenamente a los principios contenidos en la declaración universal de los derechos del niño y por medio de ella es posible tal muestra de propósito por armonizar con propiedad con el Due process mundial.

Los Tratados de París y de Roma dotaron a las tres Comunidades Europeas de instituciones propias, estableciendo un orden jurídico nuevo que regula los poderes, derechos y obligaciones de los Estados signatarios y de sus habitantes, entre ellos LUXEMBURGO.

EL JUEZ EN LA ADOPCION DELNIÑO EN EL PERU CUESTIONAMIENTOS AL PROCESO A PARTIR DEL DL26102 Y DL26981

PROCESO JUDICIAL DE LA ADOPCIÓN CONFORME AL DL 26102

Etapas:

- La persona o pareja se acerca a la STA y solicita información sobre el procedimiento de adopción de un niño o adolescente. Luego de hacerle conocer los objetivos de la STA, se le entrega la ficha de inscripción de preadoptantes, la cual deberá ser llenada en forma inmediata. Esta se registra en el cuaderno correspondiente.

- La ficha es analizada por el Equipo Técnico, quien decidirá si la persona o pareja es aceptada para iniciar el proceso de adopción. si la respuesta es positiva, se hace entrega a la persona o pareja la relación de documentos (requisitos) que debe presentar.

- La persona o pareja presenta su documentación completa, luego de lo cual se le inscribe en el Registro de Preadoptantes y se le comunica su fecha de evaluación psicológica y social.

- Cuando el expediente cuente con los informes técnicos respectivos que declare a la persona o pareja apta para la adopción ésta es inscrita en el Registro de Pre-Adopción Aptos, luego de lo cual entra en un período de espera hasta que sea incluida en una terna.

- Declarado el estado de abandono de un niño o adolescente y posterior al estudio de las características personales del mismo, se definirá una terna de posibles adoptantes.

La selección de la terna estará bajo la responsabilidad del Equipo Técnico, quien tomará en consideración los siguientes criterios:

- Tiempo de presentación y aprobación del expediente del o los pre adoptantes (a excepción de los casos de preadoptantes que acepten la adopción de niños mayores y/o con problemas, quienes tendrían prioridad.

- Expectativas del o los preadoptantes con respecto a la edad, sexo y otras características del niño o adolescente.

- De entre la terna propuesta, el Directorio de la STA dará el primer lugar al o los preadoptantes que considere más compatibles con el niño o adolescentes por adoptar, quedando en segundo y tercer lugar el o los preadoptantes restantes, de acuerdo a las mismas consideraciones.

- Una vez informada la persona o pareja elegida sobre el niño o adolescente designado, se procederá a presentarlos. Después de conocer al niño, si el o los preadoptantes lo aceptan, se fijará un período de visitas de hasta por tres días, previo al inicio de la Guarda.

- Los otras dos personas o parejas que conformaban la terna mantendrán su lugar en la lista de preadoptantes aptos en espera, hasta que se les vuelva a considerar en una nueva terna.

El desarrollo de este procedimiento merece una objetivización, para ello describo, y de un caso peculiar, contravenciones procesales observadas por el Ministerio Público como son:

- Que, previamente la oficina de adopciones envíe copia del convenio firmado con el país de origen de los preadoptantes y presente la partida de matrimonio civil.

- Que adjunte la solicitud de adopción presentada por la Institución representante autorizada para tramitar adopciones.

- Que, regularice los informes de ratificación social y psicológico puesto que no cuentan con la firma del profesional a su cargo.

- Que adjunte copia del acta de VB de conformidad de la Oficina de adopciones STA (Directorio).

- Subsanado lo peticionado y cumplido con el mandato, la FISCALIA emite su dictamen opinando se declare procedente la ADOPCION. De la misma forma el Juzgado expide la sentencia declarando APROBADA la adopción.

DETALLES IMPORTANTES

El envío por parte de la oficina de adopciones de la copia de los convenios firmados con entidades extranjeras a los Juzgados especializados...

Es un requisito necesario, el Juez deberá contar con la seguridad jurídica de que existe de por medio un convenio que garantizará la adopción ex -post.

El prudente plazo de 24 horas (art. 148 C.N.A) para que el Juez pueda revisar un expediente de solicitud de adopción considerando sus recargadas labores...

Es un tema muy discutible, para algunos estudiosos del derecho de menores pareciera que sí, aunque con espacio demasiado constreñido, pues es evidente que el Juez deberá calificar el expedientillo, deberá verificar si cumple con el reglamente de adopciones, si cumple con las garantías previas a la iniciación de un Debido Proceso, si se ajusta a los alcances de la doctrina vigente, si guarda co-relación entre lo solicitado por los pre.-adoptantes y lo otorgado si es posible otorgar en Adopción conforme nuestras leyes o es que existe alguna restricción prevista en los documentos que obran en el expedientillo administrativo.

Los diez días “suficientes “para determinar la EMPATIA entre los preadoptantes y el niño...

Aspecto igualmente discutible, en razón de que la oficina de servicio social adscrito al Juzgado deberá merituar prudente y diligentemente al respecto, hoy con la controvertida Ley 26981, simplemente quien evacuará el informe pertinente es la propia oficina de Adopciones, no existiendo independencia tanto de funciones como de criterios por profesionales de cada sector.

La determinación de la Empatía en un niño menor de cuatro años...

Existen fundados estudios que advierten la imposibilidad de determinación de la empatía a corta edad y más aún en un lapso bastante constreñido.

El cumplimiento de las entidades que patrocinan adopciones extranjeras con el art. 155 del C.N.A. (Información de los adoptantes extranjeros).

Es una situación que contiene aspectos procedimentales de la adopción ex –post que es necesarios tenerlos muy en cuenta.

Exigencia de la Oficina de los Registros Civiles por la presencia física de al menos uno de los adoptantes para asentar la partida de nacimiento...

Está previsto taxativamente en la norma, pero Hoy con la controvertida Ley 26981 se advierte preocupante dispersión de normas y principios básicos.

A propósito, es perceptible en el capítulo IV de la presente obra, acerca de la falta de inscripción del adoptado, un requisito primordial considerado no como aspectos trascendentes al Debido Proceso en sí de la Adopción sino a la garantía de aplicabilidad y cumplimiento del primer derecho de la persona humana: “el derecho al nombre”.

Nombramiento previo al otorgamiento de guarda provisional de un CURADOR PROCESAL conforme al art. 378 inc. 6° del Código Civil aplicable supletoriamente (art. VI Título preliminar C.N.A. y art. 131 del D.L. 26102 C.N.A). Necesidad de notificación por edictos de la sentencia de ADOPCION...

PLAZO INCONGRUENTE Y MINIMIZADO PARA LA CALIFICACION DEL INFORME TECNICO ENVIADO POR LA OFICINA DE ADOPCIONES.

El Proceso Judicial de la Adopción en la Ley 26102, contuvo a un plazo mínimo de calificación del informe técnico, lo que obligó en muchos de los casos y por recargadas labores admitir a trámite los procesos de Adopción sin previa verificación.

Muchos de los informes técnicos bien pudieron ser devueltos en razón de carecer elementos imprescindibles de procedibilidad de conformidad al reglamento de adopciones como entre otros:

La no inclusión del convenio pertinente en los procesos de adopciones internacionales.

El análisis del contenido de la resolución de declaración de estado de abandono, donde en muchos de los casos no concordaba con la fecha de tramitación administrativa, la misma que era anterior a la resolución Judicial pertinente.[234]

IMPORTANCIA DEL AUTO ADMISORIO

El auto admisorio en el proceso de adopción conforme el D.L.26102 fue siempre de mérito e importancia, como tal, no era una simple resolución del informe técnico, sino, una motivada resolución que en definitiva declara saneado el proceso y habilita a su prosecución, para ello era necesario que el plazo fuera de 48 a 72 horas es decir de dos a tres días, plazo prudente para un mejor análisis y adecuación del informe susodicho al Debido Proceso.

[234] Observaciones precisadas por el Juez al calificar el informe técnico del Expediente 113-94 Juzgado del Niño. Huamanga.

- Se tiene que la STA no emitió la ratificación a dos informes social y psicológico
- La STA omitió insertar en el informe técnico el Vb de conformidad aprobado y refrendado por el directorio conforme al art 18 de la Ley 25934 de adopciones y a los arts 12 y 16 del reglamento de adopciones DS.018-93 JUS, por encontrarse además en su Jurisdicción, de conformidad con la cláusula primera de las disposiciones finales del reglamento DS.018-93JUS
- La STA omitió acompañar el respectivo convenio de adopción internacional, máxime si del análisis de dicho convenio existía una total disconformidad procedimental con el art 12 de D.L.25934 y el art 139 del D.L.26102 (Art. 134 TUO del C.N.A.).
- La contravención observada de conformidad a los arts32 y 33 del reglamento DS.018-93JUS, la misma que a fs 14 contiene al documento de intención de adopción del niño XX con fecha 07 de noviembre de 1994, pero que conforme a fs 119 recién con fecha 15 de noviembre de 1994 la STA de Ayacucho conoce oficialmente de la sentencia de abandono del niño XX, Exp de Proceso de abandono Nº 217-92 Juzgado del niño Huamanga, grave contravención al art.144 del D.L.26102. Máxime si a esa fecha aún no existía los famosos" procuradores de la STA".
- El Juez en los considerandos de la resolución- sentencia del proceso de declaración de estado de abandono, se abstiene de pronunciarse por la conformidad y viabilidad de la Adopción.

ANTECEDENTES EN EL MODO DE DETERMINAR LA EMPATIA ENTRE LOS PRE ADOPTANTES Y EL NIÑO

El plazo de guarda que advierte la nominación de colocación familiar con el DL 26102 fue de 10 días y hoy con el DL26981 es de 7 días.[235]

Aparentemente los plazos han variado mínimamente, pero ¿qué suponía el primero de los nombrados? precisamente era la orden judicial de entrenamiento y la presencia física del Juez frente a los pre adoptantes, mejor conocida como el principio de inmediatez en el derecho procesal, garantía de un Debido Proceso contenido en el título preliminar del Código Procesal, que hoy se deja de lado, para definitivamente hacer más cómoda la presencia y estadía de los pre adoptantes, específicamente con relevancia extranjera, es decir brindarles mayor comodidad a cambio de sacrificar al Debido Proceso...

El Juzgado de Familia primigeniamente designó al servicio social adscrito al Juzgado para que pueda realizar la evaluación social y determinar la empatía, ¿qué surgió de ello?... que en varias ocasiones no resultara favorable este informe social y por consiguiente se truncaba el proceso de Adopción.

Hoy prefiere la oficina de adopciones asumir por cuenta propia todos estos informes, es decir son Juez y parte en el procedimiento administrativo, no existiendo por ende, una entidad independiente que determine con transparencia la empatía, como consecuencia esta inusual actuación contiene a un acto violatorio al debido proceso de la Adopción, como tal, el único perjudicado es el niño, máxime si se tiene en cuenta el curioso detalle del art 25 in fine del capítulo II del reglamento DS.001-99 Promudeh, acerca de la "segunda oportunidad", ¿qué significa esto?.. ¿Podrán entonces escoger al niño como tal?... por ende, dejaría de ser un acto unilateral de designación y de Jurisdicción voluntaria pasando a la escogitación y subsiguiente pretensión de los pre adoptantes,la misma que ya advierte mérito de demanda requiriendo tramitación Judicial enmarcado en el Debido Proceso.

[235] Art 148 de DL 26102 y art 23 del DS 001-99 PROMUDEH.

Esta segunda oportunidad que señala el reglamento del DS001-99 PROMUDEH, no es considerada de esta manera por la oficina de adopciones, es decir nada es advertido por la oficina de adopciones desde la óptica del debido proceso.

IMPUGNACION EN EL PROCESO DE LA ADOPCION

DETERMINACION DE LOS SUJETOS PROCESALES

¿Quiénes son los sujetos procesales en la Adopción? Explícitamente no está determinada en el D.L.26102 ni en el D.L.26981, en ésta última simplemente se habla de "cualquier persona que acredite legítimo interés" ...[236] en buena cuenta los sujetos procesales deben estar debidamente determinados como son el Curador Procesal y el defensor de oficio e inclusive el procurador de la oficina de adopciones, es decir a este último se le debe adicionar en sus funciones este rubro.

¿Por qué se omite determinar al respecto?, se evidencia una intención pre determinada de retirar todas las piedras del camino sean o no atentatorios al Debido Proceso, con -objetivamente- otros fines.

Es necesario que se reflexione y se instaure un verdadero proceso, básicamente en el ámbito impugnatorio, hoy, detallado como una impugnación de trámite contencioso administrativo donde ni siquiera participa el Fiscal ni lo hace mención, es decir estamos percibiendo un concurso de atentados continuados al Debido Proceso.

CASACION CIVIL

No está contenida en el D.L. 26102.

Se debatió al respecto en el I Congreso internacional de derecho procesal realizada por la PUCP y se concluyó por su procedencia, fue leída como tal, en las conclusiones a cargo del asesor Dr. Carrión Lugo.

[236] Art 33 Capítulo V del D.S.001-99 Promudeh

Es imprescindible la casación civil y al retomarse en algún momento el proceso Judicial, debe advertirse su inclusión, pues, no puede dejarse de lado una garantía al Debido Proceso a favor de los niños.

¿Qué se podría opinar hoy al respecto y frente a una tramitación de acción contencioso administrativa? En definitiva, la permisibilidad de accesión al recurso de casación se ve entrampada aún desde la Ley 26102 y consecuentemente trasciende al actual DL 26981, felizmente favorable para sus propulsores.

DESISTIMIENTO Y CONSECUENCIAS

Las consecuencias de este tema curiosamente le son reservadas a conocimiento del Juez para que el Ad Quo advierta la aplicación del principio del interés superior del niño.[237]

¿Una conveniente determinación? Definitivamente es una impropia designación pues el AD QUO no conoció el proceso, por ende, simplemente resolverá subjetivamente, ello atenta a los derechos del niño en esta coyuntura.

¿Por qué recordarse del Juez para este caso?..y porqué mejor no se instaura un proceso judicial práctico, diligente y con observancia de las garantías del debido proceso, ¿por qué querer entonces hacer las cosas más rápidas, o más fáciles?..

MANDATO DE INSCRIPCION DE NUEVA PARTIDA DE NACIMIENTO EN LOS REGISTROS DEL ESTADO CIVIL. IMPLICANCIAS

La nueva partida de nacimiento es imprescindible, como tal requisito sine qua non previo a cualquier subsiguiente trámite, como es, a la de autenticación de firmas y pasaportes.[238]

Se dieron causas en las cuales se obvió este procedimiento y se obtuvo el permiso pertinente para salir del país, aún dentro de un proceso judicial conforme al DL 26102.[239]

[237] Art 29 Capítulo II título II del D:S: 001-99 PROMUDEH.

[238] Me refiero a las adopciones internacionales, pues, es el típico caso y de interés de "todos".

[239] Ver capítulo IV

En la actualidad se transgrede al Debido Proceso pues no se da la consignación del nombre aparente al niño a adoptarse y, además, no se modifican en lo pertinente los prenombres, adecuándolos a los apellidos de los adoptantes.

Es preciso observar esta secuencia como garantía del derecho al nombre, máxime si en el artículo 31 del DS 001-99 PROMUDEH, in fine y acerca de la comunicación a RENIEC, se faculta a la propia oficina de adopciones y a la RENIEC a emitir nueva partida en caso que el niño no la tenga, sin tener en cuenta y obviando la verdadera función del defensor de la legalidad, es decir del representante del ministerio Público, del fiscal de familia.

AUTENTICACION DE FIRMAS

Aquí se obvia la autenticación realizada por el presidente de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial donde se realizó el proceso de la Adopción y a la cual pertenece la oficina de adopciones.

La autenticación, como es administrativa, acerca de la resolución de adopción, sólo lo ve hoy, la oficina de adopciones, grave atentado al debido proceso, pues jamás se debió modificar al C.C. para desplazar la declaración de aprobación del Juez para la adopción

En el trasfondo sólo buscamos facilitar la tramitación, de tal forma que nuestro “cliente” se sienta a gusto en su permanencia en el país y en la zona donde se realice el procedimiento administrativo de adopción. Que no exista trabas si así lo queremos llamar, lo que en buena cuenta son simplemente atentados contra las garantías de un Debido Proceso, como parece suponerse.

NEXO Y SECUENCIA A PARTIR DE LA APLICABILIDAD DEL CODIGO CIVIL Y EL C.N.A. EN EL PROCESO DE LA ADOPCION DEL NIÑO EN EL PERU

ASENTIMIENTO Y CONSENTIMIENTO FRENTE A LA OPINIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN.

En casi todas las legislaciones modernas y en los tratados de Derecho Familiar aparecen los vocablos “asentimiento” y “consentimiento” referidas a las manifestaciones de algunas personas que intervienen en el proceso de la adopción. Es notorio que generalmente uno y

otro vocablo sea empleado indistintamente, como tal, las connotaciones jurídicas de dichas expresiones son interesantes.

Las legislaciones señalan que ha de escucharse al adoptado si es mayor de determinada edad, a los padres naturales que entregan el hijo en Adopción y al cónyuge del adoptante. Para los tres supuestos el Código Civil del ’36 empleaba la expresión “consentimiento” mientras que el Código del ’84 ha preferido el vocablo “asentimiento”.

No pueden ser iguales las expresiones del padre y la de un niño de 10 años. Aquel - si es capaz- expresa que está de acuerdo y es consciente de que sus palabras son necesarias en un proceso cuyo resultado acarreará la pérdida de la Patria Potestad sobre el hijo, el mismo que será adquirido por el adoptante.

A diferencia de ello, el niño de 10 años solamente dará una apreciación, la misma que determinará por deducción la clase de empatía existente entre adoptante y adoptado y consecuentemente si su relación será favorable o desfavorable a los fines de la Adopción.

Tales son las diferencias entre las expresiones del padre y del niño, para aquel deberá emplearse “consentimiento” y para éste, “asentimiento”. Vale aclarar que estos términos no son sinónimos perfectos, aunque haya quienes así lo creen.

Desde el punto de vista del Derecho, prestando “consentimiento” se puede otorgar y obligarse y expresar conformidad de voluntades entre los contratantes, es decir, que produce consecuencias jurídicas. A diferencia de ello, por el “asentimiento” se admite como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado, sin que ello signifique por opinar que algo es conveniente, y que el sujeto esté obligándose.

En ciencia jurídica, es importante hacer notar que para “consentir” se requiere ser civilmente capaz por eso el padre capaz puede consentir mientras que el niño no está en capacidad para ello.

ASENTIMIENTO DEL(A) CÓNYUGE DEL(A) ADOPTANTE

Exigencia jurídica moderna, o simplemente: concepción arbitraria y contravencional atentatoria al Interés superior del niño... (art 378 inc 3 del C. C.)

No se habla de la pareja adoptante, sino de un adoptante, cuyo cónyuge debe cumplir con expresar su posición o criterio al respecto. Por lógica se suele precisar que se refiere al adoptante casado, pero, en sí, son varias las cuestiones que se deben dilucidar.

En principio se dice: No procedería ser "consentimiento" porque el cónyuge estaría asimilándose a la condición del adoptante, con lo cual podría disminuir su libertad de mantener o no el vínculo conyugal ya que estaría ligado con obligaciones al adoptado.

- Es "asentimiento"[240] porque emite una opinión que permitirá al Juez formar criterio respecto de que, si la presencia del menor en ese hogar sería conveniente o no para todos, es decir, si incomodaría al cónyuge o si sería poco grata para el adoptado, como consecuencia, es por ello que la opinión del cónyuge puede ser requisito para la adopción.

La circunstancia de que la ley sólo se refiriera al matrimonio, excluye de la exigencia que nos ocupa, al conviviente del adoptante.

Convendría distinguir entre convivientes con impedimento para contraer matrimonio y convivientes sin impedimentos; aquellos serían ignorados por la ley en cuanto pareja, pero a éstos, si constituyesen pareja estable, podría asimilárseles a la figura de los casados, a fin de proteger los fines superiores del proceso de la Adopción, asegurando la presencia grata del adoptado y la no incomodidad de la pareja del adoptante.

Invocar como argumento en contra de esta investigación y que la ley debe defender la institución del matrimonio, sería equivocado, porque no es la única oportunidad en que la Ley puede cumplir tal objetivo.

- Se dice que no sería necesario el asentimiento del cónyuge del adoptante, si aquel está impedido de manifestar su voluntad o si existiese separación de cuerpos entre los esposos

En estas circunstancias es conveniente distinguir en cuanto al impedimento de expresar su opinión, ésta no es una postura coincidente con el objetivo de la exigencia de asentir, porque

[240] Conforme al inc 4to del art 378 del C.C.

tal situación podría ser negativa para el bienestar del adoptado. Como pueden ser diferentes las causales de la imposibilidad de que el cónyuge emita opinión, el Juez debería evaluar el caso concreto y decir si debe o no concurrir a dar su asentimiento.

Respecto de la separación de cuerpos, tampoco debe eximirse la exigencia de asentir, porque seguramente habrá más sensibilidad respecto de la disminución de la masa hereditaria o de la cantidad destinada a alimentos, por lo que podría mirarse al adoptado como intruso perjudicial. En este caso, considero que el Juez en el proceso de Adopción y si fuera el caso debe conocer la opinión del cónyuge separado. Un controvertido análisis de lógica jurídica engloba a toda esta afirmación. En síntesis, se atenta contra el principio del interés superior del niño.

Objetivamente el enunciado en referencia conlleva a una contravención con la doctrina de la protección integral en razón de que el proceso de adopción implica solicitud de pareja, pues, el niño requiere de un hogar integral ya que es precisamente esta circunstancia la que le hace falta, como tal, el hecho o circunstancia de tomar conocimiento de que la pareja es separada, de por sí advierte una coyuntura preocupante que definitivamente influirá en la toma de decisiones por parte del Juez.

Precisamente el expedientillo administrativo a cargo del organismo competente suple esta arbitraria concepción en referencia, en su defecto, asume la responsabilidad que el caso amerite.

IMPLICANCIAS DE LOS INCISOS 6 Y 7 DEL ARTICULO 378 DEL CODIGO CIVIL.

Es imprescindible tanto para el proceso de declaración del estado de abandono del niño como para el proceso en sí de la adopción, la determinación de los sujetos procesales y la designación del curador procesal.

Ello garantizará un debido proceso de la adopción. Nuestra norma sustantiva así lo ratifica y es necesario incorporarlo explícitamente en el C.N.A.

El inc. 7 fue modificado por el D.L.26981 impropiamente y trastocando el concepto en esencia de significado del proceso, así con las garantías que esta contiene en su aplicación,

no se justifica el argumento simplista administrativo para tan magnánime institución de la Adopción, por ende y en definitiva la contravención es evidente sin lugar a dudas.

IMPORTANCIA DE LA RATIFICACION DEL (OS) PRE ADOPTANTE(S)

No puede conceptuarse una omisión pues la ratificación es imprescindible.

Nuestro ordenamiento sustantivo lo contiene, además es una suerte de compromiso con la Ley y consigo mismo.

Increíblemente esta ratificación ha sido desestimada con la nueva Ley y reglamentación del artículo 29 del DS.001-99-Promudeh, la misma que advierte que se comunicará al Juzgado cuando exista revocación, obviando así a la ratificación como garantía de un debido proceso.

Creo entender que una suerte consecutiva de anomalías procesales no es justificable si existe en el trasfondo otro objetivo, lo que al parecer es cierto y se denota en la viabilidad de los procesos internacionales.

LA EXPLICITACION FORMAL DE UN DEBIDO PROCESO CONTRAVENCIONALIDADES QUE EXIGEN UNA REFORMA

A lo largo de la investigación sub estudio se ha evidenciado con lujo de detalles y de sobremanera las contravencionalidades que exigen por ende una reforma. En principio la instauración de un proceso Judicial de adopción práctico, dinámico, ágil pero garantista y de estricto cumplimiento del debido proceso.

Cabe señalar aquí como explicitación formal del debido proceso de la adopción, la urgente determinación tanto en nuestro ordenamiento sustantivo del C.C. como del C.N.A, del número de veces posible de procesos de adopción permisibles a la misma pareja de pre adoptantes, sean estos nacionales y preponderantemente sean estos extranjeros.

¿Qué sucede hoy? no existiendo una normatividad vigente al respecto se hace uso y abuso del derecho, pues hay casos en que son tres a más las veces que se han procedido al proceso de la Adopción por la misma pareja de extranjeros,

¿El fin es el mismo?... es posible conceptuar en su verdadera dimensión las definiciones del instituto de la Adopción a partir de una secuela de procesos continuados de Adopción promovidos por la misma pareja de pre adoptantes.

Nuestra actual Ley 26981 no opina ni en lo mínimo, es decir, bien gracias al respecto.

EL FISCAL DE FAMILIA EN LA ADOPCIÓN DEL NIÑO EN EL PERÚ

ACTUACION DEBIDA EN EL PROCESO

La doctrina de la Protección Integral les ha asignado, a la Fiscalía de familia, una labor totalmente renovada y muy diferente a la usualmente practicada.

En ese sentido, es oportuno recordar que las nuevas normas han pospuesto el sesgo patrimonialista y punitivo de legislaciones precedentes para optar por una perspectiva mucho más humana y particular de los derechos de quienes, desprovistos de los medios de un adulto, caminan sin cesar hacia la vida adulta. El artículo III del Título Preliminar del C.N.A., concordante con el artículo 27° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, establece lo siguiente: "los niños y adolescentes gozan de todos los derechos inherentes a la persona humana y de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo".

Participación del Ministerio Público, dentro del proceso único y como dictaminador:

- La adopción en general es tutelar en tanto precisa de declaración previa de estado de abandono, y se tramita en el mismo expediente. Por excepción los casos previstos en el art.145 del D.L.26102 C.N.A. (Art. 139 TUO del C.N.A.) son no tutelares y se tramitan como materia de contenido civil dentro del proceso único.

- No procede la solicitud de adopción presentada por nacionales con residencia en el extranjero y/o de casados con extranjeros en los casos del art.145 inc "C" del D.L.26102 C.N.A. (Art. 139 TUO del C.N.A.).

- Procede la solicitud de adopción, de conformidad con el artículo 145 inc. "D" D.L.26102 C.N. A, (Art. 139 TUO del C.N.A.) en el supuesto de que haya convivido con el niño a su cuidado, pero sin resolución de colocación familiar.

- El Fiscal debe ser exhaustivo en la acreditación del estado de convivencia por un período no menor de tres años y que el niño se encuentre en buen estado físico o mental.

- Si los preadoptantes son peruanos, pero residen en el extranjero y se encuentran dentro de los considerandos de las excepciones del art. 145 D.L. 26102 C.N.A. (Art. 139 TUO del C.N.A.), deberán realizar la tramitación en forma personal.

- Para todos los casos se deberá solicitar se escuche la opinión del adoptado.[241]

Medida de protección de carácter definitivo*:* Una medida de protección de carácter definitivo por excelencia es la Adopción, tal como establece el artículo 128 del D.L.26102 C.N. A, artículo 124 del TUO del C.N.A.

Para la aplicación de oficio de la Adopción como medida de protección, se requiere que previamente el niño o adolescente pasible de esta medida de protección, haya sido declarado judicialmente en abandono, tal como lo disponen los artículos 144 y 265 inciso "e" del D.L.26102 C.N. A, artículos 138 y 261 del TUO del C.N.A.

Es decir, mientras que, en el caso de la GUARDA, el Juez puede disponer esta medida de protección al inicio de la investigación tutelar y en tanto se resuelva el estado judicial del niño, para la aplicación de la adopción como medida de protección, se requiere previamente que el niño o adolescente haya sido declarado judicialmente en abandono, mediante resolución (auto) consentido.

Cabe precisar que el fin del proceso de investigación tutelar es proteger al niño o adolescente que se encuentre privado de un medio familiar adecuado o que sea objeto de maltratos, violencia, explotación, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, aplicando en definitiva la medida de protección que resuelva de la mejor manera su situación jurídica en función a su circunstancia, y, priorizando el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

En tal sentido, la declaración judicial de abandono no es el fin de la investigación tutelar, sino el medio a través del cual se posibilita la aplicación de las medidas tutelares contempladas

[241] Art 11 del C.N.A.

en el artículo 265 del D.L.26102 C.N.A. (Art. 261 TUO del C.N.A.) Es por esto que la resolución que declara judicialmente en abandono al niño o adolescente no concluye el proceso de investigación tutelar, en definitiva, pudiendo revocar el Juez de la especialidad la medida de protección dispuesta en cualquier momento, si las circunstancias así lo ameritan, dado que los autos no ponen fin a la instancia ni al proceso, en definitiva.

La Adopción de un niño o adolescente declarado judicialmente en abandono, de acuerdo con los artículos 128 y 265 inc. "e" del D.L.26102 C.N.A. (Arts. 124 y 261 TUO del C.N.A.), constituye medida de protección de carácter definitivo que el Juez de Familia aplica de oficio, de acuerdo con los informes técnicos administrativos enviados, a fin de resolver en forma definitiva en el proceso de investigación tutelar iniciado y de manera irrevocable, la situación jurídica del niño o adolescente tutelado; por tal motivo, el Juez del Niño y del Adolescente competente, - Hoy Juez de Familia - para tramitar la adopción es aquel que conoció la investigación tutelar en virtud de la cual se declaró el estado de abandono (art. 147 del D.L.26102 C.N.A) y la resolución que declara la adopción es necesariamente una sentencia.

El Juez de Familia no requiere de la debida postulación del proceso para asumir competencia, toda vez que el artículo 147 del D.L.26102 C.N.A. le prorroga competencia para los casos de adopción tutelar que se tramitan en los procesos de investigación tutelar, que como se dijo no concluyen en definitiva con el auto de abandono, requiriéndose en todo caso para tal fin de una sentencia.[242]

[242] "Artículo 147.D.L.26102 - JUEZ COMPETENTE. - El Juez del Niño y del Adolescente competente para conocer de la adopción será el mismo que conoció de la investigación tutelar en virtud de la cual se declaró el estado de abandono".
El procedimiento establecido para declarar judicialmente la adopción tutelar de un niño o adolescente en los procesos de investigación tutelar iniciados, es el establecido en el artículo 148 del C.N.A.
NOTA. Tanto Juez como STA, tienen hoy nuevas denominaciones: De Familia, y, Oficina de adopciones.
"Artículo 148.D.L.26102 - PROCEDIMIENTO. - Al día siguiente de recibido el informe técnico enviado por la Secretaría Técnica de Adopciones, el Juez dispondrá la guarda provisional, a cargo de los pre-adoptantes del niño por el término de diez días, ordenando para tal efecto su externamiento.
En la misma resolución, dispondrá que el servicio social adscrito al juzgado o el que haga sus veces, emita un Informe de Control de Guarda, que indicará si existe o no empatía entre los pre-adoptantes y el niño en el término de 24 horas.
Si el Informe de Control de Guarda es favorable, el Juez señalará día y hora para la diligencia de ratificación de los pre-adoptantes, dentro del tercer día de recibido el informe.
Si el Informe de Control de Guarda fuere desfavorable o si hubiere impedimento para la adopción, el Juez revocará la Guarda y dictará la medida tutelar que corresponda.
Concluida la diligencia de ratificación del pre-adoptante, el Juez remitirá lo actuado al Fiscal quien dictaminará en el término perentorio de tres días. Devueltos los autos, el Juez, en igual término, expedirá sentencia que declare la adopción.
Todas las diligencias se realizarán con conocimiento del Fiscal".
En ningún caso se debe entender que el procedimiento para tal fin lo establece el artículo 137 del D.L.26102 C.N. A, por cuanto dicho artículo se refiere exclusivamente al desarrollo del programa de adopción que desarrollará la Secretaría Técnica de Adopciones a través de las instituciones públicas o privadas debidamente autorizadas.
Dicho artículo define en esos casos lo que se entiende por programa de adopción, el cual comprende desde la recepción del niño o adolescente y su cuidado, hasta la presentación de la demanda judicial respectiva.
Por otro lado, el procedimiento regulado por el artículo 186 inciso e) del D.L.26102 C.N.A. se refiere exclusivamente a los procesos de adopción por excepción, contemplados por el artículo 145 del D.L.26102 C.N.A. como procesos no contenciosos de adopción por excepción, cuya tramitación la establece el artículo 152 del D.L.26102 C.N. A, debiendo seguirse en vías del Proceso Único, a través de la debida postulación del proceso.

Existe una diferencia sustancial entre la adopción tutelar regulada por los artículos 128 y 265 inciso e) del D.L.26102 C.N. A, cuyo procedimiento lo establece el artículo 148 del D.L.26102 C.N.A. y la adopción por excepción regulada por el artículo 145 del D.L.26102 C.N. A, cuya tramitación deberá llevarse en vía de Proceso Único, según lo establece el artículo 152, 186 inciso e) y 187 del D.L.26102 C.N.A.

EL DEFENSOR EN EL PROCESO DE LA ADOPCION DEL NIÑO EN EL PERU

FUNCIONES DEL DEFENSOR FRENTE A LOS RECURSOS IMPUGNATORIOS

La puesta en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que introdujo normas sobre la representación técnica del abogado, origina una polémica bastante interesante sobre la posibilidad de que el letrado interponga recursos sin la intervención de su patrocinado.[243]

El artículo 290 de la LOPJ dispone un tipo especial de representación que confiere el abogado la facultad de actuar por su patrocinado ante los tribunales. Esta norma tiene por objeto que el abogado se conduzca en todos los aspectos del proceso de manera eficiente, sin la intervención de su patrocinado, salvo en los casos para los que se requiere poder especial. Valiosa conceptuación que amerita una singular garantía procesal precisamente a favor del niño. Conceptuación a la que se hace referencia Hoy por cuanto se denota su relegación y desatención.

Para determinar los alcances de esta norma, es necesario advertir con claridad el concepto de representación y precisar sus diferentes manifestaciones.

Así, la representación suele ser entendida como la actuación que lleva a cabo una persona, llamada representante, en nombre de otra, llamada representada y cuyos efectos recaen directamente en la esfera jurídica de esta última. La doctrina como tal, distingue tres clases de representación: la legal,[244] la voluntaria,[245] y la judicial.[246]

El artículo 290 contiene a los elementos de la representación:

- La actuación del abogado en nombre de su patrocinado,
- Los efectos del acto celebrado inciden en la esfera jurídica del justiciable

[243] La Ley Orgánica y el Código Procesal Civil efectivamente conceden al abogado dicha facultad, la misma que se hace extensiva al C.N.A. **Se viene debatiendo si los abogados defensores, en representación de sus patrocinados, pueden interponer medios impugnatorios. Más específicamente, si el abogado puede apelar con su sola firma o si requiere para ello, necesariamente, poder especial.**

[244] La representación legal es aquella conferida por la ley a determinadas personas "...que por una posición familiar o por un cargo u oficio actúan en nombre de otras. A decir de Diez Picazo, son poderes que "...nacen directamente de la ley quien los configura y quien determina su ámbito y su extensión..."

[245] La representación voluntaria, a diferencia de la legal, es aquella que tiene su base en la voluntad del representado, siendo éste quien delimita las facultades de su representante.

[246] La representación judicial es aquella en las que el magistrado señala o designa al representante. "Se trata de casos en que compete a la autoridad judicial la designación de la persona a quien, en determinadas situaciones, corresponde la representación de otra".

- Y, existe una efectiva sustitución de voluntades.

Así, es posible afirmar que se está ante un nuevo caso de representación que, por ser otorgada por la ley, es calificada como legal.

La extensión de las facultades de esta representación se encuentra determinada por el propio artículo 290; en otras palabras, el contenido de este poder se encuentra predeterminado por la propia norma.

El artículo citado advierte que el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos sin necesidad de la intervención de su cliente. Como se puede apreciar, este precepto engloba a todos los escritos sin hacer ninguna distinción. Por lo tanto, incluye a los escritos de mero trámite, y a los recursos y quejas.[247]

"Un poder general es, aquel que faculta al representante para afectar con sus actos a la totalidad de los bienes e intereses del principal o a un conjunto suficientemente amplio de los mismos...". El art. 74 del Código Procesal Civil señala que las facultades generales confieren al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado salvo para los casos que requieren facultades expresas.

En tal sentido, para determinar si el abogado puede o no interponer un medio impugnativo sin el concurso de su patrocinado, solo es necesario averiguar si la ley exige un poder especial.[248]

Por su lado, el Código Civil en sus artículos 115,167, 315 y 1058 alude a la exigencia de poder especial cuando el representante pretenda disponer o grabar los bienes de su representado, celebrar una transacción, un compromiso arbitral o cualquier acto para el que la ley expresamente disponga tal requerimiento. En consecuencia, se deben contar con poder o facultades especiales cuando la norma así lo requiera.

---

247 **"... el abogado puede actuar en el proceso por cuenta de su cliente, salvo en los actos en los que es necesario un poder especial, entonces la norma le reconoce al abogado las facultades generales del poder"**

248 En nuestro derecho positivo hay varias normas referidas a la exigencia del poder especial. Específicamente, el art. 75 del Código Procesal Civil señala los casos para los cuales son necesarias facultades especiales, tales como: la presentación de una demanda judicial, la reconvención, la contestación de una demanda, el desistimiento del proceso y de la presentación, allanarse, conciliar, transigir, sustituir o delegar la representación, entre otros; en ninguno de estos supuestos, se exige facultades especiales para interponer un medio impugnativo. Los artículos 10, 310 y 415 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, detallaba los casos para los que era necesario el poder especial pero no la exigencia de facultades especiales para interponer recursos. Este cuerpo de leyes tiene particular importancia por cuanto fue bajo su vigencia que se suscitaron las dos diferentes interpretaciones anotadas y porque, además, la Quinta Disposición Transitoria del Código Procesal Civil ha dispuesto que los procesos iniciados antes de su vigencia continuarán su trámite según las normas procesales con los cuales se iniciaron.

De lo que se concluye que no existe norma en nuestro ordenamiento positivo que disponga la exigencia de un poder especial para la interposición de un medio o recurso impugnativo; ni tampoco, norma alguna que lo prohíba. Antes bien, existe el artículo 290 que expresamente permite tal prerrogativa.[249]

Las normas citadas, los conceptos vertidos y la opinión de la doctrina nos permiten concluir con absoluta claridad que la interposición de un medio impugnativo-entiéndase apelación- no requiere de facultades especiales.[250] Precisamente la imperiosa necesidad de tener definido el concepto a fin de que el Defensor de oficio sea gestor y propulsor de la aplicación del Debido proceso, es la que obliga a precisar y determinar estos alcances.

Partiendo de que el abogado requiere de poder especial para apelar[251].

El segundo párrafo del artículo 11 declara uno de los elementos del medio impugnativo, es que, éste sólo se da a pedido de parte (acto voluntario del justiciable) por lo que no procede de oficio, ni tampoco por un tercero ajeno a la relación jurídica procesal.

La interposición de un medio de impugnación es un acto procesal y, por ende, supone la intervención de la voluntad. Si no hay voluntad, no hay acto jurídico procesal. Por ello es

---

249 La opinión del jurista mexicano Eduardo Pallares contribuye a aclarar esta interrogante. Al hablar de los principios generales de los recursos sostiene, textualmente, lo siguiente: "*La impugnación de una resolución judicial es acto de mera conservación y defensa y no de disposición de los derechos litigiosos, de lo que se sigue que el apoderado no necesita de poderes especiales para impugnar*".
En esta misma línea de pensamiento encontramos a Jorge Clariá Olmedo quien, al hablar de la impugnabilidad subjetiva, señala lo siguiente: "*Sí al poder de impugnación lo consideramos en abstracto, desde un punto de vista subjetivo es dable afirmar que corresponde a todos los que se ubican en posición de parte en el proceso, teniendo en cuenta que el concepto de "parte" es asumido en el alcance formal (...), pero además debe darse a este concepto la amplitud necesaria para comprender a los representantes, mandatarios y defensores de los litigantes*".
Enrique Véscovi, haciendo referencia a la representación en general, sostiene lo siguiente: "... *el mandato judicial se rodea, por lo general, de más formalidades*. En ese sentido, en la mayoría de nuestros países se exige la escritura pública (hecha por notario). Y se establecen, generalmente, en los códigos procesales, algunos requisitos concernientes a la extensión del mandato que exigen una mención expresan en la propia escritura de constitución. Así, sin llegar a la exigencia de algunos códigos (los más antiguos del área) (...) en general se admite que el poder otorgado para un juicio lo es para todas sus incidencias, recursos y procesos conexos..." "Este formalismo tiende a decrecer. Así, en algunos países se admite el poder (al menos el especial para ciertos juicios) concedido por el simple memorial ante el tribunal donde pende el proceso (Colombia). Por la simple firma del escrito por el abogado (con expresa declaración de conocimiento de la parte de lo que ello supone) que autoriza a realzar la mayoría de los actos (procuratorios) del proceso por aquél (Uruguay)".

250 ***INTERPRETACION SUSTENTADA EN EL ARTICULO 11 DE LA LOPJ: El artículo 290 de la LOPJ faculta al abogado a interponer un medio impugnativo sin la concurrencia de su patrocinado; vale decir que la norma le confiere la facultad de impugnación.***

Existe una opinión que niega esta posibilidad al abogado. Esta posición se basa,
1) En que el recurso es un acto voluntario personalísimo del justiciable,
2) En que la sentencia puede contener una parte adversa y otra favorable al cliente
3) Porque su interposición genera una responsabilidad que requiere la intervención del patrocinado.

El sustento normativo de esta afirmación es el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ. Cuando este dispositivo señala que el recurso es un "acto voluntario" está indicando que éste se da a pedido de parte; eso es, está haciendo referencia a uno de los elementos del recurso. Por ello la expresión ("acto voluntario del justiciable") no puede servir de argumento para negar la facultad de impugnación al abogado.
La respuesta y la solución a este aparente problema se encuentra en los propios elementos del medio impugnativo, por tanto, el abogado y en el caso particular el defensor de oficio sí está facultado para interponer medios impugnativos.

251 Conforme al segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ, éste no exige poder especial, sino que se limita a señalar que la interposición de un medio de impugnación es un acto voluntario del justiciable. Este párrafo no tiene otro propósito que precisar el alcance del primer párrafo del mismo artículo, que reconoce que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, en concordancia con la garantía constitucional de la instancia plural.

que, cuando se dice que es un acto voluntario del justiciable, no se está agregando nada nuevo.

La comprensión de este elemento permite concluir que el segundo párrafo del artículo 11 de la LOPJ no puede considerarse como una de las razones para negarse al abogado la facultad de interponer por su patrocinado un medio impugnatorio. Si la intención del legislador fue, por la vía de este artículo, negarle al abogado tal facultad, creemos que el texto de la norma no conduce a ello.[252]

El ordenamiento en general exige, como se puede apreciar en las normas citadas, la presencia de poderes especiales cuando exista algún "acto de disposición" o "actos de riguroso dominio" o que pueda afectar la esfera del patrimonio del representado; pero cuando se trata de un acto que tiene por objeto evitar la pérdida de un derecho no puede pedirse para ello la existencia de un poder especial.[253]

ADOPCION EX –POST

SEGUIMIENTO DE LA ADOPCION

Una de las preocupaciones fundamentales sobre la adopción de niños es la suerte que corren los susodichos luego de concluido el proceso de adopción.

Diversas denuncias al respecto señalan- en todos los tiempos- que muchas familias adoptan menores no para integrarlos como un hijo dentro de la familia, sino para otros fines, tales como la explotación en diferentes trabajos no aptos para menores, o iniciarlos en la prostitución cuando llegan a una determinada edad, o exponerlos a situaciones graves y atentatorias.

252 "Acto voluntario del justiciable" no es lo mismo que decir "acto personalísimo".

253 En la misma línea del artículo 290 tenemos la institución de la procuración o agencia oficiosa, que los romanos denominaban "cautio de rato et grato", mediante la cual se admite la intervención de una persona que, sin ser representante, puede realizar algunos actos necesarios y urgentes en nombre de terceros para evitar el daño que podría ocasionarle la no realización del acto procesal. Esta institución se encuentra también recogida en el artículo 81 del Código Procesal Civil. En consecuencia, si la doctrina en general acepta que los terceros no legitimados intervengan en el proceso para evitar cualquier perjuicio, con mayor razón el abogado podrá apelar cuando el artículo 290 le reconoce tal facultad.
El abogado defensor puede apelar sin la intervención de su patrocinado. Esta tesis es compartida por el presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Dr. José Antonio Cáceres Ballón quien, en una entrevista aparecida el 17 de agosto de 1993 en el diario Oficial "El Peruano", ha sostenido lo siguiente: "El abogado puede interponer recursos mientras sea apoderado. La Ley Orgánica del Poder Judicial trae una innovación al respecto: el abogado sin necesidad de poder, está facultado para apelar, basta con que sea el abogado patrocinante". Más allá de la discusión teórica consideramos que la tesis prohibitiva marca un serio recorte en las facultades que la propia ley le otorga al abogado; y lo que resulta más grave, es que mediante esta interpretación se violaría la garantía de la instancia plural ya que cualquier sentencia, que es correctamente apelada, no podría ser materia de revisión en una segunda instancia.

Con el Código de menores derogado, generalmente, la Adopción terminaba con la resolución dictada por el Juez competente, resolución que no era remitida ni comunicada a la autoridad respectiva para el seguimiento de la adopción. Hoy, en el C.N.A. si se encuentran contenidas normatividades afines, pero aún, no se denotan debidamente reflejadas las garantías de un Debido Proceso. Con La Ley 26981 esta inconsistencia se agrava generando inconcebiblemente un problema mayor.

REGISTRO DE LA ADOPCION

El objetivo fundamental de este registro es el control y supervigilancia de las adopciones realizadas a nivel nacional. Anteriormente no se contaba con datos estadísticos de carácter nacional al respecto, mucho menos se practicaba el seguimiento de las adopciones realizadas.

Existen formalidades establecidas de control o registro de adopciones, entre ellas el registro civil de nacimiento donde se inscriben al margen de la partida de nacimiento la adopción del menor [254]

Respecto de la anotación o inscripción de la Adopción al margen de la partida de nacimiento, este procedimiento no es aconsejable puesto que en la anotación marginal tan solo se pondría la palabra adopción sin indicar otros datos complementarios esenciales, tales como el nombre del adoptado, así como de los adoptantes, nacionalidad, etc., que son necesarios para realizar el seguimiento y las estadísticas correspondientes. Por esta razón dicha forma de inscripción ya no se aplica y este dispositivo ha sido derogado.

De conformidad con el art. 379 del C.C. vigente, "terminado el procedimiento, el Juez oficia al Registro del Estado Civil respectivo, para que se extienda nueva partida de nacimiento del adoptado en sustitución de la original". Por tanto, en esta partida se anotará el nombre y apellidos del adoptado y adoptantes, nacionalidad, documentos identificatorios, edad, etc., que serán importantes para realizar el trabajo de seguimiento, así como sacar estadísticas valederas, para trabajos de investigación.

Sin embargo, el Registro Civil de Nacimiento no constituye un elemento básico para realizar la tarea estadística con relación a la adopción, debido a la cantidad de nacimiento y su

[254] **la inscripción en el registro personal, de los registros públicos, sección Registro de Adopciones; la protocolización de la adopción. Entre otras, como formalidades hoy caducas.**

inscripción correspondiente, que hace difícil extraer o detectar todas aquellas partidas de nacimiento de los adoptados, tanto nacionales como extranjeras, sobre todo en las capitales de departamentos y provincias.

En cuanto a la inscripción en el Registro Personal, ésta ya no se realiza, porque el C.C. vigente no regula esta clase de inscripciones en el registro respectivo.

Por los fundamentos anteriores expuestos, tampoco, los expedientes sobre adopción se protocolizan.

Precisamente por estos vacíos existentes es que existe la necesidad urgente de crear un Registro de Adopción a nivel nacional y regional.

Referente a este Registro, existen dos corrientes: una, opina que debe ser llevado por un organismo administrativo que tenga relación directa con la protección de menores, es el caso de la oficina de adopciones; la otra considera que lo lleve el Poder Judicial mediante la Corte Suprema.

Un Debido Proceso que integra y subsume el procedimiento administrativo propugna que este Registro sea llevado por el Poder Judicial, a nivel nacional por la Corte Suprema, y en forma simultánea, a nivel de Distritos Judiciales por las Cortes Superiores.

Ambos registros deberán llevarse teniendo como documento base las resoluciones de adopción consentidas o ejecutoriadas de los juzgados competentes de los diferentes distritos judiciales y que serán remitidas bajo responsabilidad de dichos Jueces.[255]

El funcionario del registro de adopciones, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes Superiores, tiene la obligación de inscribir en forma inmediata todas las adopciones, una vez recepcionadas las resoluciones respectivas, caso contrario no solo será posible de una sanción de carácter administrativo, sino de carácter penal.

[255] Su registro debe estar contenida en el momento de la solicitud de ratificación por parte del presidente de la Corte Superior de Justicia de los distritos judiciales (visación).

Para obligar al funcionario a que cumpla con su tarea de inscribir todas las adopciones, es que, en la figura delictiva del abuso de autoridad, se incluye el hecho de que el funcionario público en forma ilegal rehuse o retarde el cumplimiento de un mandato judicial.

Con esta doble inscripción, en un registro nacional y en un registro a nivel de distrito judicial, así como la aplicación de una sanción penal para el funcionario que no inscriba en los registros la adopción respectiva, estamos dando una mayor seguridad a la adopción de menores, sobre todo para realizar la tarea de seguimiento.

Existe consenso de disconformidad con que el INABIF (anteriormente) o la Oficina de adopciones (en la actualidad) lleven este registro, porque es una institución de carácter administrativo que no cuenta con medios eficaces, para exigir al Poder Judicial el cumplimiento de la admisión de las resoluciones de adopción.[256]

SEGUIMIENTO POST-ADOPTIVO NACIONAL

OBJETIVO:

- El objetivo principal de la etapa post- adoptiva es velar por el bienestar del niño y su evolución futura.
- Ayudar a que progresivamente tenga lugar a vínculo emocional natural.
- Preparar un entorno seguro de integración padres- hijo.
- Orientar paulatinamente hacia la realidad de una unidad familiar adoptiva.

PROCEDIMIENTO

El profesional responsable de la Etapa Post- Adoptiva es el Asistente Social, quien de acuerdo a las necesidades del caso coordinará con otros profesionales (Psicólogo, Abogado).

El trabajo de seguimiento de la Etapa Post- Adoptiva, se llevará a cabo a través de las siguientes acciones:

[256] Curiosamente este concepto de disconformidad ha sido omitido a partir de la Ley reciente. Cuan importante y trascendente implicaría la inserción al poder Judicial de este registro, Lo que en verdad si se lamenta sobremanera.

El estudio y análisis de informes especializados y la apreciación profesional de los sujetos de adopción, servirán de antecedentes para proseguir observando directamente la dinámica familiar, con visitas domiciliarias que permitirán apreciar la realidad en que se desenvuelve el niño adoptado.

La supervisión post- adoptiva se realiza a través de:

- Entrevistas en las cuales se observará: el Nivel del desarrollo del niño, su aprendizaje, su comportamiento, hábitos, estimulación y desarrollo físico. La identificación del niño con sus padres, grado de unión e interacciones con otros miembros de la familia. Apreciación de la aceptación de los padres a su real situación de familia adoptiva, y si están dispuestos a hablar abiertamente de la adopción al niño. Apreciación de la calidad de la relación conyugal de los padres.

- Visitas domiciliarias con la finalidad de: apreciar el entorno familiar, conocer el ambiente donde se desenvuelve el niño para apreciar directamente todos los aspectos de bienestar emocional y material que lo rodean. Así mismo se deberá apreciar las interacciones con todos los miembros de la familia, incluyendo abuelos, tíos, primos, etc.

- Orientaciones y Asesoramiento: como la de reforzar conductas convenientes para el mejor desarrollo del niño y de corregir o mejorar aspectos familiares o individuales que pudieran estar afectando al niño.

- Resultados: Se determinará si la adopción beneficiará o no al niño.

Para los casos de adoptantes fuera del ámbito de la STA, Hoy Oficina de adopciones, se coordinará con los profesionales de la especialidad que dependen de una Institución autorizada del Estado. Estos profesionales aplicarán el mismo sistema de trabajo, investigando los lineamientos señalados por la Secretaría Técnica de Adopciones, que supone el mismo criterio para la Oficina de adopciones, debiendo remitir el informe correspondiente cada seis (06) meses.

SEGUIMIENTO POST- ADOPTIVO EXTRANJERO: ¿UTOPÍA EN SU APLICABILIDAD?

- Se coordinará con los representantes de las Instituciones patrocinadoras de la adopción, el envío de documentos que acrediten el ingreso del niño y/o adolescente adoptado al país de origen de los adoptantes.[257]

- Se solicitará el estricto cumplimiento del cronograma del seguimiento post-adoptivo y la recepción de los reportes semestrales durante cuatro (04) años, elaborados por peritos especializados en trabajo social y reconocidos como tales por el gobierno del país en que se encuentra el adoptado. Al término del segundo año, dos (02) peritos peruanos designados por la Oficina de adopciones, verificarán in situ el estado de los niños peruanos adoptados.[258]

- Se analizarán los informes técnicos recibidos, a fin de precisar si el profesional ha preparado un informe en que ha centrado su atención en el niño, de acuerdo a los lineamentos de trabajos establecidos.

TRABAJO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

- Se elaborarán informes semestrales, describiendo la relación adoptante/adoptado e informando sobre la fase de adaptación en la que el niño se encuentra en su nuevo ambiente.

ALCANCE

La Etapa Post-Adoptiva está dirigida a todas las familias adoptantes del país y del extranjero, de acuerdo a lo señalado en los artículos 154 y 155 del Código del Niño y del Adolescente, y los pertinentes arts. 143 y 144 del T.U.O. del C.N.A.

Asimismo, se contempla que el organismo competente del país de los solicitantes o el organismo autorizado por este, envíen a la STA Hoy oficina de Adopciones o a la institución

[257] Circunstancia procedimental la cual no se cumple. Es importante tener en cuenta la verificación de los documentos del niño adoptado antes de su salida del país. Existen antecedentes en los cuales varias de las parejas adoptantes omiten con inscribir en los RR.CC. de la localidad la Adopción realizada. Ver capítulo IV.

[258] El plazo supuesto y previsto de dos años supone un promedio en tiempo a partir del cual se puede lograr establecer un informe social aparente acerca del niño adoptado, pero, cabe ahí un detalle tomado en cuenta a partir del Capítulo IV de la presente obra. ¿cuál entonces es la modalidad de verificación a preverse en aquellos adoptantes a quienes se le podría denominar como "habituales" ?, me refiero a aquellos adoptantes de dos o más niños.

autorizada por ésta los informes post-adoptivos relacionados a la adaptación del niño a su nuevo medio

El Ministerio Público[259] contempla las medidas de protección en el caso que los adoptantes abandonase al niño adoptado o éste se encontrase en situación de peligro en el país de los solicitantes, donde las autoridades competentes de dicho país deberán proveer de protección al menor o reubicarlo de acuerdo a la ley aplicable en su país, con aviso en Perú a la S.T.A. hoy, oficina de Adopciones.

IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN

Para algunos juristas la adopción es irrevocable porque el instituto ha sido equiparado a la filiación consanguínea, que, es en sí misma indestructible. Este argumento se ubica en el criterio de la filiación ficta. Sin embargo, el argumento es inconsistente, ya que, en la esfera del Derecho, la cognación civil puede destruir la cognación biológica. La mejor prueba de ello, es precisamente la adopción, por la cual el vínculo paterno- filial de sangre, como institución se extingue para dar pase a la filiación por adopción.

Podrá objetarse que la extinción de la cognación biológica es aparente, invocándose que, a pesar de haberse extendido nueva inscripción en el Registro Civil, permanece vigente.

Este instituto se ha originado en un acto jurídico puro y simple, a iniciativa y decisión libre del adoptante, quien sabía que su voluntad creaba para el menor adoptivo un status que éste no estaba en capacidad de decidir, y si estamos de acuerdo en el alto valor de ese status y las consecuencias de su alteración en la salud física y mental del adoptado, comprometiendo uno de los fines esenciales de la adopción, es claro que el adoptante no podrá iniciar la revocación de su acto.

Como tal, el adoptante no puede ejercitar recurso alguno para gestionar la revocación del vínculo adoptivo. El principio expuesto no queda al margen, si se reconoce que, en cambio, el adoptado que alcanza su mayoría o el incapaz que recobra la capacidad, pueden pedir que se deje sin efecto la adopción (dentro del año siguiente, dice la Ley).

[259] A propósito del alcance de funcionalidad asignada por el C.N.A. y en referencia al procedimiento post adoptivo y comparativamente a lo formulado por el DL 26981, el Ministerio Público no tiene hoy mayor importancia ni injerencia. Caos y preocupante contravención al Debido proceso, circunstancia la cual va a recaer precisamente en aquel niño adoptado, y ciertamente en algún momento crucial de su vida.

En este caso no se trata de una revocación en el mismo sentido de la prohibida para el adoptante, ya que el menor o el incapaz no crearon la relación por acto jurídico.[260]

CONCLUSIONES

A través de los tiempos, la historia se encarga de demostrarnos la vigencia del proceso de la Adopción por siempre. En el occidente clásico Roma por antonomasia marcó las bases del proceso de la adopción, derecho que norma y garantiza nuestra sociedad.

- El derecho contemporáneo encuentra ilustración en la adopción Romana, *in stricto*, se tiene la Patria Potestad para el adoptante, en la cual, para la anulación de la Patria Potestad del progenitor, se seguía un proceso de ficción jurídica recogida de las XII tablas.

- La intervención del magistrado, el profundo sentido social y humano como para el caso de los eunucos, de las mujeres que habían perdido sus hijos, de los espadones. De todos ellos, se advierte la trascendencia del significado de esta institución jurídica de profunda raigambre humana.

- El proceso de la adopción y la arrogación se someten en época post clásica a una nueva reglamentación inspirada en las bases de formalidad ritual.

- El proceso de la adopción romana distingue a un tipo de adopción menos plena es decir sin pérdida de filiación natural, así como la otra, plena, aspectos de

260

- ***Cabe aquí comentar precisamente lo vertido televisivamente en el Canal cinco, el día 10.01.99 en el programa dominical PANORAMA.***

La adoptada J.CH. en el entorno de su vivencia en el seno de su hogar, comienza a percibir un detalle peculiar ajeno al motivo que lo mantiene entrelazada, es precisamente **el color de su piel, ella es morena y sus padres blancos.** Siempre en casa y familiarmente existe el comentario de la similitud de caracteres entre los padres e hijos, esto mismo trasciende en el Colegio, como consecuencia la niña adoptada cada vez se ha ido sintiendo relegada, al punto de decidir -llegada su mayoría de edad- a buscar a sus verdaderos padres, a su verdadera familia.

Es un aspecto que invita a reflexión y se relaciona con el acto de entrega del niño a adoptarse, con el expediente administrativo preparado, así como con la intencionalidad de los pre- adoptantes en lo que respecta a lograr una adopción de un niño o niña con ciertas peculiaridades.

Es materia por cierto de análisis exhaustivo "el deseo de adoptar así..." y, es materia Hoy de dilucidar su incorporación en el Debido Proceso a efectos de lograr precisamente armonizar e integrar sólidamente a la familia bajo estas circunstancias.

- ***Cabe aquí comentar precisamente lo vertido televisivamente en la cadena de TELEFE en México, el día 10.06.99 en el programa noticioso nocturno (visto por cable visión en Ayacucho) .***

Informa de la existencia de una profunda preocupación por el "tráfico de niños "que viene dándose precisamente en estos momentos y ad portas de un nuevo milenio.

Refiere que ONGs se han creado exclusivamente para programas de adopción que buscan legitimar diversos ilícitos previos con niñas primordialmente, promovidas en el sector trabajo y por incidencias exógenas-entre otros- como la "pobreza y la trata de blancas" que adquiere hoy prevalencia como "tema de boga" económicamente hablando en el mundo bajo de la prostitución y las drogas refiriéndose a los suburbios de centro América.

Simplemente de todo este correlato, se advierte una de las incidencias contravencionales al DEBIDO PROCESO que salen a la palestra, las mismas que no podrán ser "contenidas" con un paupérrimo ente administrativo en Perú, encargado hoy de los procesos de adopción.
Contravención específica: Creación de ONGs con programas de adopción sólo para legitimar tráfico de niños y trata de blancas
Medidas adoptadas a la fecha según referencia televisiva: Cierre de dichos programas de adopción,
Consecuencias inmediatas y futuras: múltiples.

trascendencia hasta hoy, y, en otras legislaciones del sistema Jurídico Romano Germánico.

- El procedimiento de la adrogación rodea a este instituto de varias formalidades, los pontífices practicaban una encuesta sobre la oportunidad de adrogación, si el dictamen era favorable, se sometía AL VOTO de los comicios, lo que haría viable su aprobación.

En la legislación Civil peruana y a través de la evolución histórica nacional, siempre se mantuvo la formalidad en el proceso de la adopción, contenidas en la época colonial en las partidas, las mismas que -entre otros requisitos formales- contenía el impedimento de adoptar a quienes tenían hijos legítimos, y la formalidad del consentimiento expreso del adoptante y del padre del adoptado, así como del adoptado.

- En la época republicana, se regula en los títulos X y XI del Libro I de las personas; y en los Códigos Civiles a lo largo de nuestra historia legislativa, la formalidad se supeditó al interés prevalente del menor, desde la óptica de la conceptualización de la época.

- conclusivamente y antes de la vigencia de la ley 26102 y 26981 que rigen acerca del proceso de la adopción siempre se mantuvo latente el estricto cumplimiento de la formalidad, evidenciado a lo largo de los proyectos de leyes de adopciones que obran en anexos.

En cuanto a la adopción internacional se estima que se debe preservar la nacionalidad (identidad nacional) del niño adoptado, considerando la posibilidad de la doble nacionalidad, así como se debe dar mayor apoyo y tener mayor interés en las adopciones por peruanos que radican o se han nacionalizado en el extranjero, para evitar el cambio brusco de patrones culturales en los niños adoptados, y las consecuencias emocionales a posteriori, experiencias recogidas a lo largo de la investigación y necesarias de implementarse con urgencia. Al margen de la estricta aplicación de los convenios suscritos para el caso de las adopciones internacionales.

“Hacia la desestimación de la subsidiaridad de la Adopción Internacional”.

Norma que cada vez pierde significado, o la que tal vez, se presta menos atención, a pesar de figurar tanto en el C.N.A. como en la parte introductoria de todos los Convenios Internacionales acerca de la adopción.

Existe un noble principio propugnado por la nueva doctrina de la protección integral: "La integración de los países suscribientes de los Convenios Internacionales acerca de la Adopción", en ella siempre se contiene a la subsidiaridad de las adopciones internacionales, y como tal, ha sido trascendente y necesario tanto por el interés del tema, como por su objetivo, el principio de protección del menor dentro de un recto sentido de Justicia y Equidad. El inconveniente -por ende- está en su falta de entendimiento o interpretación.

De un análisis de derecho comparado, se vislumbra una mayor aproximación al Debido Proceso por parte de sistemas jurídicos ajenos al nuestro como es el sistema jurídico luxemburgués y, el brasilero, ambos con la misma tradición jurídica Romano-Germánica coadyuvada por las actuaciones del señor Juez y del señor Fiscal.

- El Certificado de Capacidad Legal, un certificado preponderante en el sistema luxemburgués para todo trámite previo al Inicio del proceso de la adopción, sea nacional o internacional, que advierte una evidente garantía al Debido Proceso. Norma sugerente que es necesaria incluirla hoy al sistema jurídico peruano.

El Código de los Niños y Adolescentes se proclama como innovador, toda vez que lleva implícito el derecho de todo niño o adolescente a vivir en una familia (art. 9 del C.N.A), revirtiendo la anterior concepción de la adopción regulada por el antiguo Código de Procedimientos Civiles (hoy derogado), mediante la cual era un derecho de los adoptantes elegir al niño a quien deseaban adoptar (lógicamente se debía hacer a través de una demanda). Concepto que deja mucho que desear en la real aplicación procedimental.

El "contexto" como tal, lleva la impronta del internacionalismo.

- Los sistemas legales pierden paulatinamente su carácter nacional. En el mundo de hoy el paradigma que calificaba a la Codificación como evanescencia localista empieza a desmembrarse; se crean y consolidan entonces nuevas formas asociativas supranacionales, nuevas doctrinas como la de la protección integral y el concepto

> socia, las mismas que modifican la primigenia conceptuación de adopción “ad optare “que significa a desear. La adopción conceptualizada desde un ángulo jurídico, tanto legislativa como doctrinariamente advierte marcada coincidencia de que: “el acto debe cumplir con ciertas formalidades solemnes establecidas por la ley a través de un proceso.”

El interés superior del niño, principio prevalente en la doctrina de la protección integral, la misma que muy bien armonizada con el art. IX del título preliminar del C.N.A. acerca de la óptica procedimental de que los casos de niños a tratarse sean siempre considerados previamente como problemas humanos, imprime en nuestra legislación una total prevalencia a la formalidad, combinando con los principios de equidad y Justicia, como tal, el proceso de la adopción no puede estar al margen de la disponibilidad e inmediata viabilidad, para satisfacer intereses de terceros, menos aun tratándose de adopciones internacionales.

Del análisis de la investigación sub estudio, se justifica plenamente la imprescindencia de un debido proceso en la investigación tutelar del proceso de estado de abandono, de crucial importancia para que ésta pueda concluir en un proceso de adopción, de la adecuada interpretación de los artículos 256 y 265 del DL 26102 re ordenado en los arts 252 y 261 del TUO del C.N.A, dependerá preponderantemente el futuro y destino de aquel niño desprotegido. Felizmente, y esto cabe denotar, no se ha reestructurado el proceso judicial de declaración de estado de abandono existente por un trámite administrativo simplista, pero conclusivamente arribo a que esta realidad, tiene marcadas razones- como entre otros - el desinterés por parte del ejecutivo y a través de la oficina de adopciones por asumir demasiados compromisos con los expedientes susodichos que lo atosigarían sin razón, no siendo nada interesantes.

La impropia conceptualización que genera el art. 265 inc E del DL 26102 re ordenado en el art 261 del TUO del C.N.A, comparado con el art. 256 del DL 26102 re ordenado en el TUO del C.N.A. en el art. N° 252, advierte una contravención que debe ser enmendada con urgencia, la misma que proyecta dos implicancias adicionales, de una parte y del punto de vista administrativo a través de la oficina de adopciones donde el abogado procurador

cumple como función el de habilitar y solicitar al Juez especializado y al plazo más breve la mayor cantidad de resoluciones que expediten hacia el proceso de la adopción

La norma en cuestión es explícita, por tanto, prácticamente la función de los procuradores en este sentido está legitimada.

Del punto de vista judicial la impresión de interpretación por el ad quo genera una impropia determinación de viabilizar todos los procesos concluidos de estado de abandono hacia procesos de adopción.

En síntesis ¿dónde está el error...?, Precisamente en la falta de gradualidad como medida de protección otorgada a la institución de la adopción, que sí está contenida como interpretación los principios del C.N.A, pero que, no observa una redacción aparente de accesible y clara comprensión.

Se debe tomar en cuenta que, de las conceptuaciones propuestas, se evidencia la inconveniencia de que el proceso de la adopción tutelar sea exclusividad de la Oficina de Adopciones, además de que, doctrinariamente es imposible que lo sea, sugiriéndose que debe ser compartida con instituciones a cargo de religiosos o profesionales calificados, debidamente fiscalizadas por los organismos del Estado, sólo para el procedimiento administrativo inmerso en el proceso en sí que finalmente debe autorizarlo el Juez.

El Estado Peruano carece de recursos legales y económicos, de infraestructura suficiente y de personal “preparado” incluidos profesionales idóneos para viabilizar un verdadero proceso de la Adopción en el País. Los datos estadísticos así lo demuestran. Una guía resumen contenida en la presente y al final del capítulo IV nos ayuda a objetivizar mejor estos antecedentes a partir como reitero del análisis del capítulo IV.

El lado positivo del procurador de la oficina de adopciones, es de, agilizar la tramitación que en algunos de los casos se ve entrampada por diversas causas, pero, prevalentemente aquí tiene plena responsabilidad el defensor de oficio, pues, es quien debe procurar el seguimiento de todos los trámites afines a niños conforme debe modificarse la norma incrementando y/o complementando sus funciones, máxime si se tiene en cuenta el comentario del p/p 125 del cap II el mismo que advierte la necesidad de facilitar un

procurador de causas en procesos de estado de abandono a las oficinas de adopciones, constituyendo un atentado al debido proceso, pues, se promueve inevitablemente una consecuencia de actos impropios.

La necesidad de imbuirse con *"los demás sujetos procesales"* ... otorga Confianza procesal. Al respecto cabe hacer mención explícita de que, existen supuestos donde aún no se ha expedido la resolución de declaración de estado de abandono conteniendo declaración expresa de habilitación para adopción, pero ya se tiene asignado al niño o niña con fotografías y el expediente administrativo concluido, y son precisamente estos documentos concluidos a los cuales tiene injerencia la asesoría de adopciones internacionales, por medio de quienes se informan los preadoptantes extranjeros antes de su arribo a nuestra país. *"Causa determinante de variación procedimental según sea el caso...",* en estas circunstancias *¿Quién supervisa y controla si en verdad concuerda la fecha de declaración de estado de abandono y habilitación para adopción, con la fecha de tramitación del proceso de la adopción?... Es en verdad la asignación del niño o niña por simple determinación o previa escogitación... El arancel judicial, requisito de forma, ¿será factor preponderante para decidir acerca de la adopción?* El porqué de estas puntuales contravenciones en el proceso de la adopción en sí, (*dos niños fueron adoptados por un sólo matrimonio... falta de regulación acerca del Número de niños permisibles para ser adoptados por una sola pareja de preadoptantes*...) determinan la implicancia de preferencia a procesos administrativos.

La diferencia sustancial entre la adopción tutelar y la adopción por excepción radica en que, en ésta última, los adoptantes manifiestan ante el Juez de la especialidad su voluntad de adoptar a un niño o adolescente determinado, mientras que, en la adopción tutelar los preadoptantes manifiestan su voluntad de adoptar ante la oficina de adopciones de PROMUDEH, bajo opción de dilucidación, designación de un niño o niña y finalmente, accesión o negativa con hasta una segunda oportunidad.

El artículo 145 del C.N.A, re ordenado por el TUO del C.N.A. en el artículo 139 y que regula los casos de adopción por excepción, legisla el derecho que tienen los peticionarios que se encuentran en las situaciones antes expuestas, de adoptar a un niño o adolescente determinado.

- Dado que en estos casos se trata de un derecho de los adoptantes, para hacerlo efectivo mediante su derecho de acción y en ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva por parte del Estado, se deberá presentar una demanda Judicial en vías del Proceso Único. Cabría a esto dilucidar su verdadero trasfondo.

Cuestión distinta, aunque vinculada a la anterior, es la de saber si, muerto el adoptante, puede el hijo adoptivo ser adoptado por otra persona. Ni en el Código peruano, ni en otras legislaciones se gobierna específicamente esta eventualidad; pero si se tiene en cuenta, por una parte, que la muerte pone fin a la persona (artículo 61), de modo que la del adoptante sólo deja como secuela la transmisión hereditaria, el uso del apellido y los impedimentos matrimoniales, y que una nueva adopción no suscitaría entonces la concurrencia de varios padres o varias madres ni impondría una división o distribución de las atribuciones propias de la relación paterno- filial, razones por las que se prohíbe la adopción simultánea por más de una persona, a no ser que sean cónyuges. Parece aplicable a nuestro ordenamiento la opinión de Somarriva, en el sentido de que, ocurrida la muerte del adoptante, no hay inconveniente para una nueva adopción, caso en el cual, sin perjuicio del derecho hereditario y de los impedimentos matrimoniales, se entiende que el hijo adoptivo dejará de llevar el apellido de su primer adoptante, para llevar en adelante el del segundo.

Aspectos procedimentales como: mantener la doble vía procesal para el trámite de adopciones; crear una instancia burocrática de competencia; omitir las funciones de órgano normativo; omitir el control del adoptado en el Registro de Adopciones; exigir la autorización oficial para el adoptante, el número permisible de adopciones por pareja de preadoptantes y la escogitación en cada caso, la permisibilidad de interponer demanda -entre otros- son cuestionamientos procedimentales que ameritan tomarse en cuenta, al igual que, debe resolverse la competencia del Juez de Familia facultando un Procedimiento Único de Patria Potestad y evitar la contienda de competencia. Se sugiere la extinción de la Patria Potestad, lo que de manera definitiva aseguraría la no participación de los padres fisiológicos en el consentimiento.

- Que el consentimiento sea otorgado por el Defensor del Niño, y se otorgue de acuerdo al art. 510 del Código Civil.

- Establecer el Registro Nacional de Adopciones a cargo del Poder Judicial, para prevenir irregularidades en perjuicio del niño.

- El Estado debe adoptar e implementar los mecanismos necesarios para promulgar una nueva ley que contenga al proceso de la Adopción a cabalidad y erradicar el supuesto de tráfico de niños.

- Dada la trascendencia de su objetivo: "proteger al niño", es necesario e importante mejorar – al plazo más breve posible - la reglamentación existente, dando participación a Jueces, fiscales, abogados y personal especializado con profesionales afines a esta área, y en sujeción a la nueva doctrina de la Protección Integral.

- Cabe denotar la necesidad de considerar, previo a la admisión de un Proceso Judicial de Adopción Internacional, la verificación del certificado de capacidad jurídica para adoptar, y si el Fiscal extranjero sólo accedió a una adopción simple "rechazar el expedientillo" hasta que previamente sea subsanada dicha documentación. Merece especial cuidado en todo Proceso de Adopción "la expeditación de la capacidad jurídica" que, confirma la modalidad de una Adopción permisible por la Ley.

- Es necesario advertir antes de la expedición de sentencia, la modificación de los nombres de los adoptados, para establecer un equilibrio en la identidad del adoptante. La diferencia de nombres del adoptado extranjero en lo que respecta a su país de origen y a su nueva inscripción en el país del adoptante, como residencia nueva, contraviene a un diligente seguimiento estatuido en las cláusulas de los Convenios Internacionales.

- Nombramiento previo al otorgamiento de una colocación familiar, de un CURADOR PROCESAL conforme al art. N° 378 inc. 6° del Código Civil aplicable supletoriamente (art. VI Título preliminar C.N.A. y art. 131 del C.N.A. re ordenado en el art. 126 del TUO del C.N.A).

- Necesidad de notificación por edictos de la sentencia de ADOPCION.

- De la labor acusadora a la labor eminentemente protectora del Ministerio Público. Sobre la base de la presente obra se proyecta avizorar una tendencia evolutiva

"probable" en la labor del Ministerio Público como institución compatible y viable a los fines de la Convención de los Derechos del Niño.

- Existen antecedentes procesales tanto de aporte como de cuestionamiento interesantes en la investigación sub estudio que muy bien permitirían una reforma en el Proceso de la Adopción Judicial del niño en el Perú.

El proceso de la adopción está regido por la Ley procesal, ésta, como toda norma legal se incorpora y desarrolla dentro de un sistema de pirámide jerárquica con aplicación plena de las garantías de un Debido Proceso.

Couture afirma: "*El derecho sucumbirá ante el proceso por la desnaturalización en la práctica de los mecanismos que constituyen una garantía de Justicia*". Estos conceptos afianzan la vigencia de un Debido Proceso de la adopción, con plazos viables inmediatos, promedio normal y viable de accesión procesal, "justificación "de las resoluciones, independencia del órgano jurisdiccional y, un mínimo de procesos observados, descartando toda tendencia simplista administrativa la misma que queda al margen y, sin sustento conceptual.

La tutela judicial efectiva sólo puede alcanzar su objetivo a través de un Debido Proceso, es decir a través de un Proceso que revista de todas las garantías por que, mientras más pleno resulte el Proceso y cuanto mayor sea su grado de perfeccionamiento, mayor cantidad de los elementos integrantes del mismo se encontrarán y tan mayor será la intensidad de participación, de cada uno de ellos.

- En verdad -por decirlo así- esta tutela judicial efectiva, es HOY simplemente un término carente de significación, pues en nuestra patria, lamentablemente a nadie le interesa la tutela judicial efectiva, a tal extremo que la Ley 26981 modifica arbitrariamente el código sustantivo al posponer la aprobación del Juez. Cuestionada modificación la cual no cuenta con asidero legal.

La persistente nominación de debido proceso en la obra sub estudio constituye el meollo del estado de la cuestión, la misma que, al parecer, jamás fue tomada en cuenta por la comisión redactora de la Ley especial N° 26981, pues en dicha Ley se omiten los más mínimos

elementos imprescindibles y peor aún, para dicha ley son totalmente innecesarios los aspectos que en el C.N.A. requerían ampliación de formalidad. Sólo a través de la verificación plena de los elementos que integran el concepto del debido proceso, podrá el órgano jurisdiccional y el proceso que se desarrolla ante el mismo, alcanzar de manera real y efectiva el ideal de Justicia de la sociedad dejando de ser una mera declaración.

El término socialización es extraño a toda connotación política, contienen en esencia solidaridad y humanidad, tan iguales principios acogidos en el C.N.A, que realmente al ser integrados avizorarían el verdadero cauce del Debido Proceso, y, allí prácticamente está el "detalle " de la cuestión, ya que la teoría humanista que privilegia al hombre, al ser humano, estima que el objetivo principal del proceso es la paz social, y para que este propósito sea visto desde un inicio del proceso como tal, se requiere preponderantemente reconocer su carácter humanitario como característica fundamental.

Es importante conceptualizar los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos con un finalidad defensiva frente a las eventuales intromisiones del Estado, sino además, como garantías institucionales, como normas conexas de actuación que vinculan los poderes públicos, que tendrán asignado un papel activo imprescindible para asegurar el contenido y el disfrute de aquellos, que en el tema sub estudio corresponde a la subsidiaridad, es decir ésta y toda su normatividad reglamentaria afín imprescindible

> La opción de dilucidación pre-adoptiva: "*saber quién será su nuevo hijo o hija a adopta*". Este derecho es fundamental pues integrará factores humanos de nobleza, afecto, cariño, preferencia de sexo, etc., en fin, valores intrínsecos de cada pareja de preadoptantes que a fin de cuentas son derechos fundamentales apañados en un trasfondo de valores como el interés superior del niño, pero en un entretelón falso o hipócrita conteniendo a graves contravenciones.
>
> Reprobar la indefensión y verificar todas las garantías, implica mayor celo en los procedimientos simplistas, más aún, tratándose de la persona humana.
>
> La incorporación de un sistema de valores esenciales, claros, determinados, explícitos, son la esencia del debido proceso, más aún, integrados a los Derechos del Niño. Determinación del número de procesos de adopciones permisibles por pareja sea de

peruanos o extranjeros según fuere el caso. Condiciones, escogitación, valores implícitos, regulaciones y normatividad afín para procesos de adopción tanto para peruanos como extranjeros y en relación tanto a niños normales como para niños discapacitados.

REFERENCIAS BILBIOGRÁFICAS

1. ABOUHAMAD HOBAICA,Chibly: EL MENOR EN EL MUNDO DE SU LEY: doctrina - legislación jurisprudencia- procedimiento. 2da. Edic. Caracas: Universitaria. 1979

2. ALZAMORA VALDEZ, Mario DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. EDDILI Octava edición.1990.

3. APARICIO Y Gómez SANCHEZ: CODIGO CIVIL DE 1936. Comentado. Edición. 1936.

4. BASADRE, Jorge: HISTORIA DEL DERECHO PERUANO. Ediciones gráficas S.A. II Edición. 1984.

5. BERRIO B., V. LEGISLACIÓN DEL CÓDIGO DE MENORES: NIÑOS Y ADOLESCENTES. Ley Gral. de Adopción de Menores - DL. 25934.

6. BOSSERT, Gustavo A.: REGIMEN JURIDICO DEL CONCUBINATO. Edición. Astrea de Alfredo y Ricardo Palma. BS AS. 1982.

7. CAFERATA, José Ignacio: LA GUARDA DE MENORES. Edición Astrea BS AS. 1978.

8. CAPPELLETTI, Mauro Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo. Estudios de Derecho Comparado. Ed. Porrúa S.A. México 1993.

9. CAZEAUX-BREBIA-ALTERINI-: TEMAS DE DERECHO CIVIL. BS AS. MOSSETT ITURRISPE-ZANONI 1980.

10. COUTURE, Eduardo INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL PROCESO CIVIL Segunda edición reimpresión Ediciones DEPALMA BS AS 1978

11. COUTURE, Eduardo ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I La Constitución y el Proceso Civil. Tercera edición Ediciones de Palma Bs.As. 1979

12. CARNELUTTI, Francesco COMO SE HACE UN PROCESO Ed. Jurídicas 1978 Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin.

13. CAPPELLETI, Mauro EL PROCESO CIVIL EN EL DERECHO COMPARADO. Ediciones Jurídicas Europa América. Bs. As.

14. CIEZA DE LEON, Pedro CRONICA DEL PERU. 1era. parte. 2da. Edición. Corregida PUCP. Fondo Editorial 1986.

15. CORNEJO CHAVEZ, Héctor DERECHO FAMILIAR PERUANO. Librería Studium. 1985. Lima.

16. CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín DERECHO PROCESAL CIVIL Ediciones. Tirant lo Blanch Valencia 1995.España

17. CHUNGA LAMONJA, Fermín DERECHO DE MENORES: doctrina y comentarios a la Convención sobre los Derechos del Niño y al Código de los niños y adolescentes. Editorial EDDILI. Reimpresión 1990

18. CHUNGA LAMONJA, Fermín: CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. **Editorial San Marcos. I Edición 1996**

19. DAJER CHADID, Gustavo LA ADOPCION (su Historia, Derecho comparado, Análisis Jurídico en el Derecho Civil, Aspecto Social). Bogotá 1968.

20. DE BERNARDIS, Luis Marcelo LA GARANTIA PROCESAL DEL DEBIDO PROCESO Edición Cultural Cuzco-Lima. Perú.1995

21. D'ORS, Alvaro DERECHO PRIVADO ROMANO. Edición Universidad de Navarra. Pamplona. 1981.

22. ETO CRUZ, Gerardo Derecho de Familia. Marsol Perú editores. 1989.

23. FEBRES CORDERO, Buenaventura LA ADOPCION. Implicancias Jurídicas y Sociológicas. Bogotá DF. 1979.

24. GARCIA DEL CORRAL CORPUS IURIS CIVILIS.

25. GONZALES MANTILLA, Gorki PODER JUDICIAL, INTERES PUBLICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERU. Fondo editorial PUCP Edición 1998.

26. GUTIÉRREZ MORA, Luz A.LA ADOPCIÓN: Símbolo jurídico de una familia suplente. Bogotá. 1986.

27. GUZMAN FERRER, Fernando CODIGO CIVIL: Antecedentes- Concordancias- Reformas Exposición de motivos. Edición Científica.Tomos I, II, III. Editorial Sevillano.1985.

29. HARTKAMP, A.S. y otros Towards and European Civil Code 1994, Boston - London.

30. IÑAKI ESPARZA, Leibar EL PRINCIPIO DEL PROCESO DEBIDO Edición. José María Bosch S.A. Barcelona.1995

31. IDROGO DELGADO, Teófilo DERECHO PROCESAL CIVIL TOMO I Ed. Marsol Perú editores.1988.

32. KRAUSE, Hany D. ADOPCIÓN - EE.UU./Family law in a nutshell. 2da. Edic. St. Paul Minn West Publishing Co. 1986.

33. LUDENA, G, Gerardo Derechos de los niños, niñas y adolescentes. EL RECONOCIMIENTO. EL DEBER SER DEL TRABAJO INFANTIL. Ed. G&S. Ayacucho. 1ª Ed. febrero 2000.

34. LEON PASTOR, Ricardo, y otros EL CODIGO CIVIL DE 1984. Fondo editorial PUCP 1997

35. LORENZO VIDAURRE, Manuel PROYECTO DEL CODIGO CIVIL PERUANO 1834. 1ra. parte. 30-08-1834.

36. MENDIZABAL OSES, Luis DERECHO DE MENORES (teoría general). Prólogo Rafael Sayón. Ediciones Pirámide S.A. Madrid. 1977.

37. MINISTERIO DE JUSTICIA CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. **Edición Oficial.1993**

T.U.O. del C.N.A. publicado en el peruano con fecha 08.04.99.

38. MORALES Godo, Juan EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y EL CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE INFORMACION. Editora Grijley 1995.

39. MORALES Godo, Juan EL SANEAMIENTO PROCESAL. EL JUEZ EN EL PROCESO. Palestra editores. 1998.IDAJUS.

40. MORON PALOMINO, Manuel DERECHO PROCESAL CIVIL. Cuestiones fundamentales Ediciones Marcial Pons Madrid 1993

41. MONROY GALVEZ, Juan INTRODUCCION AL PROCESO CIVIL. Edición Temis De Belaunde & Monroy. Santa Fe de Bogotá. Colombia.1996

42. PALACIO, Lino Enrique DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo II. Ediciones Abeledo. Perrot Bs.As.1969

43. PALACIOS PIMENTEL, Gustavo MANUAL DE DERECHO CIVIL Consorcio técnico de editores. II edición Tomo I 1985

44. PARODI REMON, Carlos EL DERECHO PROCESAL DEL FUTURO 1RA EDICIÓN. Edición. San Marcos. 1996. Perú

45. PEÑA FARFAN, Saúl CONSTITUCION POLITICA 1993. Sumillada Concordada y Anotada. Edición. Enero 1995.

46. PEYRANO, Jorge W. EL PROCESO CIVIL. Principios y fundamentos. Edición. ASTREA. De Alfredo y Ricardo de Palma. Bs.As-1978-

47. PRIETO CASTRO, Leonardo DERECHO PROCESAL CIVIL. 5ta edición Ed. Technos. 1989.Madrid

48. RAMOS NÚÑEZ, Carlos El Código Napoleónico y su recepción en América Latina. Fondo Editorial PUCP 1997.

49. RUBIO CORREA, Marcia ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993. Fondo editorial PUCP. Tomo 5. 1999.

50. RODRIGUEZ ITURRI, Róger ADOLESCENCIA, MATRIMONIO Y FAMILIA. Un estudio interdisciplinario. Fondo editorial PUCP Edición 1995.

51. SEVILLANO ALTUNA, Edwin CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCEN-MENDOZA OTINIANO, Victoria. TES. Edición 1994. Normas Legales.

52. TAMAYO DE ROCHA, María LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA. Bogotá. 1976.

53. TICONA POSTIGO, Víctor ANALISIS Y COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL CIVIL. Tomo I y II. Editora Grijley. 1995. Lima.

54. UNIVERSIDAD DE LIMA DIEZ AÑOS. CODIGO CIVIL PERUANO. Balances perspectivas. Congreso Internacional. Tomo I. 1ra. Edic. 1995. WG Editor EIRL.

55. Universidad Católica. PUCP Nuevas tendencias en la legislación de adopción de menores. Forum- Homenaje a la Dra. Matilde Pérez Palacio Carranza. 1ª Ed. Enero 1993. Gráfica Perú Offset Ltda. Y Gráfica Espinal Ltda.

56. VESCOVI, Enrique TEORIA GENERAL DEL PROCESO. Ed. Temis Librería. Bogotá Colombia.1984

FUENTES PRIMARIAS DE LEGISLACIÓN COMPARADA (LUXEMBURGO):

- Código Civil Luxemburgués
- Ley de Reforma de la Adopción del 13 de junio de 1989
- Guía de los Congresos Panamericanos del Niño. OEA. del 18 de octubre de 1993
- Nacionalidad Luxemburguesa (Legislación Luxemburguesa)
- Ley del 22 de febrero 1968 sobre la nacionalidad luxemburguesa (tal como ha sido modificada)
- Decreto del Gran Ducado del 9 de marzo de 1940 (tal como ha sido modificado)
- Ley del 7 de junio de 1989 relativa a la modificación de los nombres y apellidos
- Ley del 27 de abril de 1977 sobre aprobación de la Convención
- Ley del 18 de junio de 1971
- Ley del 27 de febrero de 1979
- Ley del 20 de junio de 1977
- Ley del 11 de diciembre de 1986
- Ley del 26 de junio de 1975

REVISTAS

1. ALBARRACIN, Marta "Adopción". Revista Jurídica Argentina BS AS. 1992

2. ANGARITA TRUJILLO, C. "El Código de Menores Peruano" Revista del Foro. Lima. Año LVIII

3. BAMBAREN, Carlos A. "Bases generales para el Código de Menores del Perú". Revista del Foro. Año LXIII

4. BARATTA, Alessandro "Elementos de un nuevo Derecho para la infancia y la adolescencia". A propósito del estatuto del niño y del adolescente de Brasil". Universidad Saarbrücken, Alemania. pp. 1-8.

5. BARTUSEN VERA, Américo "Meditaciones acerca del sujeto activo del Código de Menores". Revista del Foro. LXII. 1975

6. BARRANTES, EmilioPrincipios fundamentales de la educación del niño. Consejo Nacional de menores. Colección el niño en el Perú.1966

7. BINDER, Alberto: "El proceso". Exposición. Curso Internacional C.N.A. y su nueva doctrina. Ed. 1994.

8. BISIG, Elinor: "Declaración del estado de abandono". Exposición. Curso Internacional: C.N.A. y su nueva doctrina. Ed. 1994.

“Aspectos socio-jurídicos de la declaración de abandono “En Ser niño en América Latina-De las necesidades a los derechos UNICRI. Publicación 42. Ed. Galerna Buenos Aires,1991.

9. BONDER, Raquel: "Legitimación adoptiva". Revista Jurídica BS AS. 1969.

10. CAPPANELL, Julio César: "Adopción". Revista Jurídica Argentina BS AS. Tomo 1988.

11. CASAS, Federico: "Principios directrices en la Legislación

ALVA CASTILLO, Alfonso sobre la Infancia". Disposiciones protectoras del Código de los Niños y Adolescentes. 20-07-96. El peruano.

12. CASTRO, Grover "Guía de Orientación y recomendaciones para registradores del Estado Civil". Ministerio de Justicia / UNICEF. 1995.

13. DO AMARAL E SILVA, "Estatuto de crianza del adolescente

Antonio Fernando comentado" Comentarios SP. 1991. Jurídicos e sociais. Malheriros editores. Sao Paulo.

14. DO AMARAL E SILVA, "De la situación irregular a la protección

Antonio Fernando integral. La nueva justicia de los niños". Comentarios SP. 1991. Jurídicos e sociais. Malheriros editores. Sao Paulo.

15. DUGHI, Pilar: "El Maltrato Infantil". Manual de para niños

BETANCOURT, Josceline y su familias, víctimas del conflicto armado. UNICEF. 1994.

16. EDICIONES JURIDICAS: "La adopción en Roma y en el de Buenos Aires Argentino". Revista Jurídica Argentina.

17. FORTEZA, C. Y CASSOUS "La protección del menor o el reino del revés" En Mucho, poquito o nada –Crisis y alternativas de política social en los 90. Ciepp. Unicef Siglo XXI. Buenos Aires 1990.

18. GARCIA MENDEZ, Emilio "Las medidas de protección". Exposición. Curso Internacional: C.N.A. y su nueva doctrina. Ed. 1994.

"La informalidad de los mecanismos formales de control social".Publicación 33 UNICRI. Roma.

"El menor abandonado." En torno a los orígenes de una contradicción anunciada. En Pibes Unidos y la Ley-Cuaderno N° 1. Buenos Aires. Febrero 1990.

19. GOMEZ DA COSTA, Antonio "Del Menor al Niño". "La condición jurídica

GARCIA MENDEZ, Emilio de la infancia y ciudadanía en América

CARRANZA, Elías Latina". Bases para una reforma legislativa. pp. 80-81. do cit. 1991. UNICEF/ UNICRI/ ILANUD/Galería. BS AS. Argentina. 1992.

20. GÓMEZ RIERA, Héctor A.:"Algunas consideraciones acerca de un anteproyecto de Ley de Adopción". Revista Jurídica Argentina BS AS. Tomo 140.

21. GUTIÉRREZ DEL VALLE, M. "Necesidad de una reducción en el período de guarda en la adopción". Revista Jurídica Argentina. 1989.

22. HUAYLLA GUILLEN, Félix Aspectos básicos del derecho de menores UNSCH. Ed.Fac. Derecho 1984.

23. LARRANDART, Lucila "Informe del grupo de investigación de Argentina". En Infancia, adolescencia y control social en América Latina. De Palma Buenos Aires. 1990

24. LIWSKI, Héctor "El derecho a la identidad en la Convención Internacional de los derechos del niño ". En Pibes unidos y la Ley. Cuaderno N° 1 Buenos Aires.1990

25. MERINO, Adriana:"Defensoría del Niño y del Adolescente:

BRACAMONTE, Patricia Maltrato Infantil". CEDRO. pp. 9-33. Revista

DE LA CRUZ, Ricardo 5/pp. 9-46. Revista 6/pp. 9-42. Revista 3

ARIZAGA, Violeta pp. 5-30. Revista 4. 1994.

26. ORDOÑEZ, Dught:"El trabajo infantil callejero en Lima".

MEJIA, María del Pilar Aproximación descriptiva e implicancias. CEDRO. 1ra. Edic. 1994.

27. OTEIZA, Eduardo: "Doctrina de la Corte Suprema sobre el Derecho del niño a conocer su identidad". Revista Jurídica Argentina/ La Ley BS AS. Tomo 1991.

28. QUINTANILLA PAULET, G."Consideraciones filosóficas jurídicas sobre adopción". Revista del Foro. Lima. Año LXXX. P/207-220. Jul. 1992.

29. REINOSO, Hernán Menores en relación a su capacidad mental vol. N° 3 Consejo Nacional de menores. Lima 1967.

30. REVISTA JURIDICA MADRID: Italia: Disciplina de la Adopción y del Acogimiento. Madrid. Boletín N 20. P/503-526.04.05.83

31. RIVERA ROMAN, Olga: "Jóvenes y niños: Sujetos Sociales"

CABEZUDO, Carlos IFEJANT.1994

32. SANTORO, José Roberto "La función del Ministerio Público en la nueva Justicia de niños y adolescentes". 1994. pp. 1-5.

33. SCHULTZ, Luz y Antonio El matrimonio y los hijos. Colección el Niño en el Perú. Consejo Nacional de menores 1967

34. SMITH, Juan Carlos: "Amplitud y límites extraterritoriales de la adopción". Revista Jurídica BS AS. Tomo 1980-C. P/948-972.

35. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl: EL DEBIDO PROCESO. Congreso Nacional de Derecho Procesal. PUCP. 1996.

36. TORRES LACROZE, Federico: "El factor religioso en la adopción". Revista Jurídica Argentina BS AS. Tomo 139. P/1052-1053. 1970.

37. TAMAYO VARGAS, Manuel: "Bases para un nuevo proyecto del Código de Menores". Revista del Foro. XLII. 1955

Agosto 2024 - CID - Centro de Investigación y Desarrollo
Copyright © - CID - Centro de Investigación y Desarrollo
Copyright del texto © 2024 de Autores
Formato: PDF
Tamaño: A4 210 x 297 mm
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acceso: World Wide Web
biblioteca.ciencialatina.org
editorial@ciencialatina.org
Atención por WhatsApp al +52 22 2690 3834