

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA ADOPCIÓN EN FAMILIAS MONOPARENTALES ORIGINARIAS,
DESDE LA PERSPECTIVA IUS FILOSÓFICA**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

SERRANO QUEVEDO, GIANELLA STEPHANIE

Chiclayo, 21 de noviembre de 2018

LA ADOPCIÓN EN FAMILIAS MONOPARENTALES
ORIGINARIAS, DESDE LA PERSPECTIVA IUS FILOSÓFICA

POR:

SERRANO QUEVEDO, GIANELLA STEPHANIE

Presentada a la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de
Abogado

APROBADO POR:

Dra. Ana María Margarita Llanos Baltodano

PRESIDENTE

Abog. Betty Sulmi Anaya de Pauta

SECRETARIO

Mtra. Erika Janet Valdivieso López

ASESOR

Chiclayo, _ de ____ de 201_

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía y protector, y haberme permitido salir adelante pese a las diversas dificultades, y así poder alcanzar esta meta. A mi familia, en especial a mis padres, Blanca Lila y Juan Antonio, por su amor y apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, Blanca Lila y Juan Antonio, por su amor y apoyo durante mi vida universitaria.

A mi asesora, Dra. Erika Valdivieso, por su apoyo, su completa disponibilidad y los aportes brindados para la elaboración de la presente investigación.

RESUMEN

El Estado debe velar porque los derechos fundamentales de los niños y adolescentes en estado de abandono no se vean conculcados en ninguna situación, procurando que toda decisión que se tome en relación a ellos, esté supeditada al principio del interés superior del niño. Este principio está recogido de forma implícita en el artículo 4° de la Constitución Política, que establece la obligación del Estado de proteger al niño y al adolescente, y se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico buscando que la actuación de los poderes públicos y de la comunidad sea en relación al mismo, de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Ese mismo marco constitucional protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, siendo la base para indicar que la estructura familiar más adecuada para el desarrollo de un menor, es la conformada por padre y madre. Por ello, consideramos que es necesario que se derogue el artículo 2° de la Ley de Adopción que permite a personas solteras adoptar; pues según lo planteado esto colisionaría con el interés superior del niño.

Nuestro principal resultado es que la familia nuclear, es la estructura familiar que mejor cumple los fines de la familia; además, en esta unidad familiar, el menor va a encontrar un referente femenino y uno masculino, para un mejor desarrollo de su personalidad. De esta manera se hace efectivo el derecho a la familia de los menores y prevalece el interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE:

Familia, adopción, interés superior del niño y estructuras familiares.

ABSTRACT

The State must ensure that the fundamental rights of children and adolescents in a state of neglect are not violated in any situation, ensuring that any decision made in relation to them, is subject to the principle of the best interests of the child. This principle is implicitly included in Article 4 of the Political Constitution, which establishes the obligation of the State to protect children and adolescents, and is projected towards the entire legal system, seeking that the actions of public authorities and the community in relation to it, in accordance with article IX of the Preliminary Title of the Code of Children and Adolescents. That same constitutional framework protects the family as the fundamental nucleus of society, being the basis to indicate that the most suitable family structure for the development of a minor, is formed by father and mother. For this reason, we consider it necessary to repeal article 2 of the Adoption Law that allows single people to adopt; because according to the raised this would collide with the best interests of the child. Our main result is that the nuclear family is the family structure that best fulfills the goals of the family; In addition, in this family unit, the child will find a female and a male reference, for a better development of their personality. In this way, the right to family of minors becomes effective and the best interest of the child prevails.

KEYWORDS:

Family, adoption, best interests of the child and family structures.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
ÍNDICE	VII
INTRODUCCIÓN.....	X
CAPÍTULO 1.....	13
LA FAMILIA COMO SUJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA Y SU RELEVANCIA PARA LA SOCIEDAD.....	13
1. Concepto y evolución de familia.....	13
1.1. Concepto de familia.....	13
1.1.1. Concepto filosófico.....	13
1.1.2. Concepto sociológico.....	15
1.1.3. Concepto jurídico.....	16
1.2. Evolución de la estructura de la familia.....	17
1.3. Crisis de la familia.....	20
1.4. Fundamento filosófico de la familia.....	22
1.4.1. Concepto y dignidad de la persona: perspectiva filosófica, antropológica y jurídica.....	22
1.4.2. Vínculo familiar: fundamentos filosóficos, jurídicos, psicológicos.....	26
1.5. Régimen jurídico de protección de la familia.....	32
1.5.1. La protección constitucional de la familia.....	32
1.5.2. Protección jurídica de la estabilidad familiar.....	32
1.5.3. Distintas formas de convivencia de la familia.....	33
CAPÍTULO II.....	35
ADOPCIÓN EN MENORES: FINES Y PRESUPUESTOS.....	35
2.1. Antecedentes.....	36
2.2. Concepto de adopción.....	37
2.3. Fin de la adopción.....	41
a) Adopción como recreación jurídica de la filiación biológica.....	41
b) Adopción como medio de integración del menor en una familia.....	43
c. Adopción como la más adecuada protección del interés del menor.....	43
2.4. Tipos de adopción.....	44

2.4.1. Adopción plena	45
2.4.2. Adopción simple.....	45
2.4.3. Adopción por excepción	47
2.5. Requisitos para adoptar	48
2.6. Niños y adolescentes en estado de abandono	58
A. Situación de abandono	58
B. Causales de abandono	60
2.6.1. Respuesta tutelar del Estado.....	61
A. Investigación tutelar.....	61
B. Adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono	63
2.6.2. Procedimiento administrativo de adopción de niñas, niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono	64
A. Procedimiento administrativo de declaración de aptitud para adoptar a menor	64
B. Etapas del procedimiento	65
2.6.3. Problemática sobre la legislación que regula el procedimiento de investigación tutelar	66
2.7. Fortalecimiento familiar	67
2.7.1. El fortalecimiento de la familia como tarea pendiente del Estado.....	67
2.7.2. Adopción como medio para la integración de un menor en una familia.....	69
2.7.2. Derecho a vivir en familia	70
2.8. La adopción frente a un supuesto “derecho al hijo”	72
CAPÍTULO 3.....	78
FAMILIA Y GARANTÍA DE MAYOR BIENESTAR EN MENORES ADOPTADOS.	78
1. Fines de la familia	79
1.1. Fines biológicos.....	79
1.2. Fines sociológicos.....	80
1.3. Fines económicos	80
1.4. Fin espiritual-cultural	81
1.5. Fin educativo	81
2. Estructuras familiares	83
2.1. Familia nuclear	84
2.2. Familia monoparental.....	88
2.3. Familia extensa	90
2.4. Familia reconstituida.....	91
2.5. Familia homoparental.....	94

3. Garantía del interés superior del niño en la adopción	96
3.1. Interés superior del niño.....	96
3.2. Bienestar del menor en estado de abandono.....	99
a. Cuidado en el Propio Hogar	102
b. La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social	102
c. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar	102
d. Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado	103
3.3. Análisis del interés superior del niño en la adopción.....	104
4. Estructura familiar que cumple en mejor manera los fines de la familia.....	108
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	113

INTRODUCCIÓN

En la actualidad muchos niños se encuentran en estado de abandono, esperando a ser adoptados mediante las distintas formas que indica la ley de adopción. Actualmente existen aproximadamente 2095¹, casos de niños y adolescentes en estado de abandono que se encuentran internos en los 42 albergues que existen en todo el territorio nacional, en los últimos años el número de parejas dispuestos a adoptar a un menor ha aumentado. En los últimos cinco años, 22 mujeres solteras y dos hombres solteros han adoptado a un pequeño².

Las posibilidades de que una persona soltera adopte a un menor en estado de abandono, es bastante grande, esto es así porque se piensa que tener un hijo, es un derecho. Situación que traería como consecuencia la formación de una familia monoparental. Si bien es cierto este tipo de familia está reconocido por la legislación y la jurisprudencia, nos realizamos la pregunta si es este es el mejor ambiente para que los niños puedan crecer y desarrollarse de la misma manera en la que lo haría un niño en una familia nuclear. Nos preguntamos cuál es el espacio en el que se garantiza de mejor manera el interés superior del niño.

¹ INABIF, Estadísticas mensuales y anuales.

² Revista "Wapa". *Las personas solteras podrán adoptar niños en el Perú*, 19 de julio de 2016, [Ubicado el 10.IX.2017], Obtenido en <http://www.wapa.pe/sociales/2016-07-19-las-personas-solteras-pueden-adoptar-ninos-en-el-peru>

Como se tiene conocimiento en otros países, se permite la adopción por parte de estructuras familiares, una de ellas por ejemplo, aquella conformada por personas del mismo sexo, situación que traería como consecuencia grandes problemas tanto psicológicos en el menor, y tanto sociales en cuanto a la realidad en la que se vive actualmente.

Dicho esto, podría haber una incoherencia legislativa entre el artículo 2° de la Ley 26981³ y el artículo 4° de la Constitución Política del Perú. Toda vez que en el artículo 2° de la ley de adopción se permite la adopción por parte de familias monoparentales originarias; mientras que el artículo 4° de la Constitución se protege a la familia tradicional, conformada por madre, padre e hijos, como núcleo fundamental de la sociedad, siendo esto la base para indicar que este tipo de familia es la más adecuada. Por ello, nos preguntamos si es necesario que se derogue el citado artículo que permite este tipo de adopción; porque según lo planteado esto podría entrar en colisión con el interés superior del niño, y con el derecho a vivir en una familia conformada por madre y padre. Por lo tanto, cabe preguntarse, ¿Cómo se afectaría el interés superior del niño con la promoción de la adopción por parte de familias monoparentales?

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la presente investigación permitirá analizar si se afectaría el interés superior del niño con la promoción de la adopción por parte de personas solteras. Asimismo, para determinar cuál es la estructura familiar más idónea para el desarrollo integral del menor se definirá a la familia como sujeto de derecho y su relevancia para la sociedad y sus miembros, se analizará la adopción frente a un supuesto “Derecho al hijo” y finalmente se establecerá la estructura familiar que garantiza el mayor bienestar de los menores adoptados.

La presente investigación se está realizando en base a una investigación Cualitativa, método de investigación mediante el cual se buscará identificar la naturaleza del problema a tratar. Es de tipo Básica ya que se establecerá las

³ Ley de Procedimiento Administrativo de adopción de menores de edad, declarados judicialmente en estado de abandono.

relaciones teórico-doctrinarias del objeto de investigación, y Descriptiva debido a que se expondrá con fidelidad las características más sobresalientes de la realidad materia de estudio.

Por otro lado, en cuanto al uso de los métodos para el desarrollo de la investigación, se realizó un análisis documental para hacer la lista de referencias bibliográficas que nos permitan una mejor investigación. Asimismo, es preciso establecer que, seleccionadas las fuentes, se comenzó a trabajar mediante los métodos de subrayado, resumen, la técnica de los objetivos, que a su vez permitió realizar una ordenada matriz de consistencia.

En el primer capítulo se desarrollará a la familia como institución natural protegida constitucionalmente, desde un punto de vista filosófico, sociológico y jurídico, con la finalidad de analizar la protección jurídica que se le ha otorgado y si esta regulación está acorde con la relevancia que esta institución tiene para la sociedad. En el segundo capítulo se darán algunos alcances sobre la definición de adopción, como institución que crea un parentesco legal entre el adoptante y el adoptado, y sobre el procedimiento administrativo para que los menores sean otorgados en adopción, previa declaración de abandono; ello con la finalidad de entender a la adopción como un medio para la integración de un niño o adolescente en estado de abandono a una familia.

Finalmente, en el tercer capítulo se busca establecer los argumentos necesarios para la derogatoria del artículo 2° de la Ley 26981, en cuanto permite la adopción por personas solteras, dado que es incompatible con el interés superior del niño. Por ello, se analizarán los fines de la familia y las estructuras familiares a fin de determinar, cuál es la unidad familiar que otorga mayor bienestar a los menores adoptados, es decir, cuál es la estructura familiar que cumple sus fines en concordancia con el interés superior del niño y es el ambiente adecuado para su desarrollo integral.

CAPÍTULO 1

LA FAMILIA COMO SUJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA Y SU RELEVANCIA PARA LA SOCIEDAD

1. Concepto y evolución de familia

1.1. Concepto de familia

1.1.1. Concepto filosófico

La familia es considerada la célula de la sociedad, basada en un parentesco, ya sea conyugal o consanguíneo, es decir, está constituida por las diferentes relaciones que se establecen en su interior, ya sean, las que existen entre marido y mujer, padres e hijos, hermanos y hermanas. La vida en familia es caracterizada por los lazos indisolubles que esta crea, sea por razones materiales, relaciones económicas y de consumo, procesos espirituales, así como relaciones morales y psicológicas. Según D' AGOSTINO

“La novedad que debe enunciarse en términos sencillos y llanos es que la familia constituye una comunidad de amor y solidaridad, que no encuentra su fundamento último en la ley que le otorga la reglamentación (...), sino en la capacidad (en sí misma misteriosa, pero indudablemente típica del hombre) de amar familiarmente y de fundar sobre este amor una comunidad de vida”.⁴

Esto, en cuanto existen importantes principios morales en la familia tales como el amor, el respeto mutuo, el esfuerzo por la educación de los hijos y la preocupación

⁴ D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, Madrid, Gráficas Rogar, 2006, p. 122.

de los hijos adultos por sus padres. Estas relaciones familiares se van perfeccionando, con el transcurso del tiempo, conforme el desarrollo armónico del propio individuo.

Es de resaltar que, “*en cuanto sustancialidad inmediata del espíritu la familia se determina por el amor*”⁵. Las familias están llamadas a ser el fundamento de la vida y del amor, por ello, SAN JUAN PABLO II⁶, señala: En el interior del “*pueblo de la vida y por la vida*”, la responsabilidad de la familia es decisiva, pues surge de su misma naturaleza, que es ser comunidad de vida y de amor, fundada en el matrimonio y en su misión de “*custodiar, revelar y comunicar al amor*”. En esa misma línea, para HEGEL, la familia es el reino del espíritu objetivo, que en su sistema se sitúa tras el espíritu, y acierta especialmente en tres momentos⁷:

- a) Cuando rechaza la concepción del matrimonio como mera relación natural, basada en el instinto, pues eso es propio del reino animal y de las necesidades de perpetuación de la especie.
- b) Cuando no se muestra de acuerdo con Kant en indicar que el matrimonio es un contrato.
- c) Cuando considera que el matrimonio no es una relación ética, no puede basarse simplemente el afecto, en el mero sentimiento, pues no cabe en una relación ética.

Por todo ello, HEGEL puede ser citado como precedente de D’AGOSTINO cuando habla, en su obra “*Filosofía de la familia*” de la juridicidad constitutiva de la familia, que significa para este último “*la imposibilidad de descubrir en su concepción histórico existencial la lógica familiar sin recurrir a la lógica del Derecho*”⁸.

⁵ FRIEDRICH, Hegel. *Principios de la Filosofía del Derecho*, traducido por Juan Luis Vermal. *Los libros de Sísifo*, Barcelona, Edhasa, 1999, pp. 277-278.

⁶ JUAN PABLO II. *El Evangelium Vitae*, carta encíclica, Santa Sede-Roma, 15 de marzo de 1992, p. 92.

⁷ FRIEDRICH, Op. Cit., p. 277.

⁸ D’AGOSTINO, Op. Cit., p. 125.

1.1.2. Concepto sociológico

La familia es el conjunto de personas que se encuentren vinculados por el matrimonio, por la filiación o por la adopción. El concepto de familia viene del latín *famulia, famulus, famele* lo que significa siervo. Ulpiano en el Digesto señalaba que la familia la formaba las personas que por la naturaleza o por derecho estaban sujetas a la palabra familia.

Los romanos tenían varias acepciones, de la palabra familia⁹:

- Reunión de personas sometidas a la potestad de un jefe, llamado *pater familias*, aquí la familia estaba compuesta por el padre, a quien se le denominaba jefe, la madre, los hijos y los esclavos; en el jefe residía toda autoridad y tenía la potestad de vender o matar a su hijo.
- Personas que se encuentran unidas bien por la descendencia paterna o la adopción.
- También se refiere a familia a aquel grupo de personas que viven bajo un mismo techo.
- De la misma manera se denomina familia, a las personas que tenían un patrimonio, esto en cuanto a un factor económico.

La familia es considerada una de las bases más importantes de la sociedad, esta era considerada el núcleo en el que se desarrolla y se reproduce la misma. La familia es parte de un proceso de construcción social. Este es considerado el concepto sociológico de la familia.

La sociedad encuentra sus bases en las familias, ya que, son ellas las que forman a sus miembros, reproduciendo valores para poden mantenerse y así tener perpetuidad en el tiempo. Se relaciona al origen de la familia con el concepto de propiedad privada, esto quiere decir que la familia es la base para que la propiedad privada se transmita de generación en generación. La familia se vuelve así el generador de bien común relacional en la sociedad¹⁰.

⁹ PARRA BENITEZ, Jorge. *Manuel de Derecho Civil*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2002, p.176.

¹⁰ Benedicto XVI. *Caritas In Veritate*, Santa Sede-Roma, 29 de junio de 2009, p. 32.

Las diferentes estructuras familiares transmiten valores, creencias, costumbres, etc., de la sociedad en general y de determinadas épocas, de esa manera se logra perpetuar el sistema social que se crea en ella. Es de resaltar que, cada familia en particular cuenta con un nivel de libertad para transmitir de manera propia los valores sociales y culturales; pero sin que esta escape de la realidad y de los distintos agentes existentes, por ejemplo los medios de comunicación y las instituciones educativas, los cuales sirven para que los valores se puedan reproducir y de esta manera perpetuar.

1.1.3. Concepto jurídico

La familia, se puede definir desde dos puntos de vista¹¹. Bien desde un punto de vista jurídico, la cual se define como el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en tanto extensión y medida determinada por la ley, la cual surge del matrimonio y de la filiación o adoptiva. Y también se define desde el punto de vista social, considerándose como un grupo social básico, creado por vínculos bien sea de parentesco o matrimonio. De manera ideal, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización.

La plenitud de la familia, se desarrolla con la constitución de una unidad interna profunda, papá, mamá e hijos, no puede realizarse con personas separadas o del mismo sexo, es el lugar insustituible para formar al hombre-mujer completo, para configurar y desarrollar la individualidad y originalidad del ser humano.

BELLUSCIO, señala que la familia *“es el parentesco o el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar, es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, es decir, los afines, a la que habría que agregar al cónyuge aunque no sea un pariente”*¹².

¹¹ LEONARDO, Cornelio. *Manual de Educación Moral y Cívica*, Santo Domingo, Talleres Gráficos, p.16.

¹² BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p.5.

Al ser la familia, la célula vital de la sociedad, que tiene como objetivo prioritario el bien común y, como fin “*proveer a sus miembros de los bienes corporales y espirituales necesarios para una ordenada vida cotidiana, la incorporación de los hijos y el ser la célula de la sociedad*”¹³.

La familia en un sentido restringido comprende solo la familia conyugal o pequeña familia, es decir, “*la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad*”¹⁴, también conocida como familia nuclear.

El Estado reconoce los derechos de la persona y de la familia, desde dos perspectivas: una sociológica y otra jurídica; en tanto sociológica porque es el conjunto de personas que mantienen un vínculo consanguíneo, integrado por padres e hijos; en cuanto al aspecto jurídico, se define a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, asumiendo el Estado la obligación de proteger a la familia como elemento fundamental y natural de la sociedad, y que sus miembros se desarrollen de manera saludable.

En otras palabras, al ser la familia de vital importancia para la vida en sociedad, se hace digna de tutela por la sociedad y el Estado mismo. El derecho de familia, está dentro del ámbito civil; con mayor exactitud se encuentra contenido en el Código Civil, en el Libro III, teniendo en cuenta que es una institución tan amplia y fundamental, cuenta con leyes complementarias que la protegen, regulan y promueven, para que se dé un normal y libre desarrollo en la sociedad¹⁵.

1.2. Evolución de la estructura de la familia

Según CASTÁN, el término familia procede del latín *familia*, que significa “*el conjunto de personas que moraban con el señor de la casa*”¹⁶. Esta acepción de

¹³ MESSNER, Johannes. *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, traducido por BARRIOS, J. y otros, Madrid, España, Rialp, 1967, p.599.

¹⁴ BELLUSCIO, Op. Cit., p.5.

¹⁵ Cfr. GUTIERRES CAMACHO, Walter. *Código Civil comentado, Tomo II, Derecho de Familia (primera parte)*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p.16

¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, Citado por CERDÁ GIMENO, José. *Costumbres jurídicas en las Pithiusas*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 128.

familia trae consigo la idea que tradicionalmente está junto a ella, el conjunto de personas, que viven bajo un mismo techo y sometidos a la dirección o dependencia de una de ellas, la cual asume las funciones directivas y de coordinación entre todos ellos.

Desde un punto de vista jurídico, el rasgo fundamental de toda familia es la existencia de un vínculo de parentesco o matrimonial. El propio desarrollo de la sociedad y las nuevas realidades, nos han planteado la posibilidad de aplicar el concepto de familia a otro tipo de uniones no incluidas, necesariamente, en el esquema anterior. Si bien, no es posible indicar en que momento exacto de la historia surgió la idea de familia, ni tampoco qué tipo de organización o estructura original tenía, lo que si podemos indicar es que las diversas concepciones que de familia han existido a lo largo de la historia, han influido en su actual configuración.

Se debe tener en cuenta, la configuración jurídica del derecho romano, en donde se le reconocía plenitud jurídica a los sujetos que reunieran la triple condición; de ser libres, ciudadanos romanos y poseyeran la condición de *pater familias*. Los sujetos que no cumplieran ese triple requisito eran considerados *alieni iuris* y se caracterizaban por no tener plena capacidad jurídica y necesitar el complemento de capacidad otorgado por un *sui iuris*.¹⁷

Desde el inicio de los tiempos el hombre se ha agrupado para poder satisfacer sus necesidades vitales, se apoyaba en un trabajo colectivo, que le permitía repartir responsabilidades, para que sus tareas se tornen más sencillas. De esta manera es que existió la necesidad de socializar, es entonces que se dieron cuenta que no solo compartían dichas tareas, sino que también compartían espacios.

La familia del siglo XVIII, era un tipo de familia constituido por parejas que al casarse tenían como objetivo tener la mayor cantidad de hijos que se pudiera y además entre más varones mejor, ya que se suponía que estos debían ayudar con las labores del hogar y de sustentarlos una vez que crecieran y pudieran trabajar (el hecho de tener más hijos hacía de ellos una familia con poder económico y

¹⁷ SERRANO GOMEZ, Eduardo. *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., Madrid, Edisofer, 2007, p. 22

social). De la misma manera, las hijas tenían un rol, encargarse de las labores primarias del hogar como limpiar, cocinar, etc. En este núcleo familiar, la máxima autoridad la ostentaba el padre seguido de la madre, y los hijos eran extremadamente respetuosos con sus padres, ya que estos eran totalmente autoritarios e imponían un duro castigo tras la desobediencia.

La familia del siglo XIX, ya no realizaba sus actividades en el hogar, por ejemplo la ganadería, agricultura, sino que se integraba al mundo económico realizando trabajos en la industria, teniendo la industrialización un papel decisivo al separar el lugar de trabajo del lugar de la familia¹⁸. En esta etapa la mujer tomo un rol mucho más importante en la formación de sus hijos, pues el hombre se encontraba alejado del hogar.

La estructura familiar durante el siglo XX se divide en dos partes: en la primera, la cantidad de miembros de la familia se reduce, al aumentar el costo de vida, situación que trae como consecuencia que la crianza de los hijos se torne más difícil; y los padres se distancian de sus hijos, por un tema laboral, asumiendo mayor protagonismo las madres en la crianza de sus hijos y en la organización del hogar. En la segunda parte, las mujeres se integran al campo laboral, lo que trajo como consecuencia que la educación de los hijos recaiga en instituciones educativas, ya sean públicas o privadas.

Ahora en el siglo XXI la familia se ha visto afectada por los diversos cambios de estructuras a raíz de los masivos divorcios y abandonos del hogar¹⁹ que se han dado siempre, pero con mayor número en épocas recientes, lo que provoca que los hijos crezcan con carencias de afecto, y con ausencia de un rol masculino o femenino. En ese contexto, los rasgos característicos de la familia actual son los siguientes²⁰:

¹⁸ BURGOS, Juan Manuel. *Diagnósticos sobre la familia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004, p.38.

¹⁹ Según las estadísticas de los últimos estudios del RENIEC y del INEI, realizadas en Lima y Callao los divorcios se incrementan cada día, al punto de que si se sigue manteniendo ese ritmo, este año podría llegar a un 72% (casi 4 mil) de parejas que deciden acabar con su matrimonio. Esta información nos muestra el impacto que el divorcio está produciendo en la sociedad actual.

²⁰ SERRANO GOMEZ, Op. Cit., p. 23.

1º Reducción del número de miembros integrantes. Básicamente se encuentra limitada a los padres y los hijos.

2º Desaparición de la jerarquía, la que otorgaba primacía al padre sobre los demás miembros de la familia. En la actualidad toma como base el principio de colaboración económica entre todos ellos para hacer frentes a las necesidades.

3º Admisión de la disolución del vínculo matrimonial, en el cual la tramitación y los requisitos para que el matrimonio se anule, se reducen notablemente.

4º La filiación matrimonial y la no matrimonial producen los mismos efectos jurídicos.

5º Aumento de uniones no matrimoniales

1.3. Crisis de la familia

La familia parece estar, sin duda, “*en una profunda crisis ideológica y existencial*”²¹. Así pues, las familias que podemos denominar tradicionales parecen enfrentarse a muchas cuestiones irresueltas; no están definidos los roles específicos que deben realizar el hombre y la mujer; se plantean dificultades, en el caso de la mujer, el sobrellevar el trabajo con el hogar. Pero los problemas a los que se enfrenta la familia son más graves: el alarmante aumento de separaciones y divorcios²², la aparición de las parejas de hecho²³, la fragmentación de los núcleos familiares, la disminución de la natalidad²⁴, la trivialización de las relaciones de pareja, el aumento de los abortos, etc. Son este tipo de dificultades las que causan la convicción de estar en una situación de crisis. La crisis supone, principalmente, dos características: Cambio profundo y consecuencias

²¹ BURGOS, Op. Cit., p. 20

²² Según las estadísticas de los últimos estudios de la RENIEC y del INEI.

²³ Más de mil inscripciones de uniones de hecho ha registrado la SUNARP en los primeros 4 meses del 2017. La mayoría se efectuó en Lima con 300 inscripciones, La Libertad y Arequipa fueron otras de las ciudades que aumentó el número de inscritos. La unión de hecho es la forma legal de reconocer una convivencia de por lo menos 2 años continuos.

²⁴ En 2015 nacieron 7305 niños menos que en 2014, con lo que el número de nacimientos ha bajado un 1.70%, según Datosmacro.com, [Ubicado el 18.VI.2017], Obtenido en: <http://www.datosmacro.com/demografia/natalidad/espana>

importantes²⁵, según el significado de crisis podemos afirmar que la familia enfrenta una grave crisis.

Con respecto a la crisis del matrimonio, tenemos que, *“el decaimiento del vínculo matrimonial también se sustenta en el incremento del número de relaciones de convivencia, pues se entiende el matrimonio como un requisito que cumplir, antes que en el origen de la familia. Actualmente existe una aceptación social de la convivencia que impide el fortalecimiento del matrimonio como institución”*²⁶. Esta es una clara evidencia de que la familia se encuentra en una crisis preocupante.

En la actualidad, al igual que los divorcios, la cantidad de inscripciones de uniones de hecho ha aumentado, según la SUNARP más de mil inscripciones de uniones de hecho se han registrado en los últimos 4 meses del año 2017, eso es un indicador que la legislación peruana, es la primera en apoyar la crisis en la que se podría indicar que nos encontramos, dejando de lado la promoción del matrimonio, la cual se encuentra sustentada en nuestra Constitución Política.

Pero también han surgido otras formas de familia²⁷, como por ejemplo las familias monoparentales, aquellas que están constituidas por un solo padre, ya sea por un progenitor soltero, divorciado o viudo (familias monoparentales derivadas), o bien este constituido por aquella persona natural que adopta a un menor (familias monoparentales originarias). También se encuentran dentro de este término de estructuras familiares, personas del mismo sexo que desean convivir, basándose en lazos de afecto, compañía y asistencia. Esto nos lleva a la pregunta, ¿De qué manera el Derecho regulará estas llamadas estructuras familiares?, hay que tener en cuenta que la verdadera familia crea lazos indisolubles.

²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, significado de Crisis.

²⁶ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. *“Familia y democracia: el debate en torno a las políticas familiares en las elecciones presidenciales peruanas”*, Ponencia presentada en el Congreso Internacional Matrimonio y Familia a la Luz del Sínodo 2015: Desafíos y Horizontes, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Mayo 2016.

²⁷ IGLESIAS DE USSEL, Julio. “Crisis y vitalidad de la familia”, en, en *Revista de Occidente*, N° 1999, Madrid, diciembre de 1997, p. 27.

1.4. Fundamento filosófico de la familia

1.4.1. Concepto y dignidad de la persona: perspectiva filosófica, antropológica y jurídica

Por lo que se refiere a la perspectiva filosófica, HERVADA, hace notar que el término “*dignidad*” se asocia a la idea de grandeza y de superioridad²⁸, un valor que puede entenderse como relativo respecto de las demás criaturas, un término de superioridad en donde se entiende que a mayor perfección en su ser, mayor dignidad. Como se ha señalado, la dignidad es algo innato en todo sujeto humano, es decir, “*algo absoluto, no dependiente de la comparación con otras especies, hay algo objetivo que hace eminente, un alto grado de perfección, a la persona, sujeto de naturaleza humana, lo que puede llamarse dignidad referida al ser o dignidad ontológica*”²⁹.

En definitiva, “*la dignidad humana consiste en la eminencia o excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado de ser*”³⁰, que lo constituye como un ser dotado de exigibilidad y debitud en relación a sí mismo y en relación a los demás hombres. En otras palabras, se trata de un ente cuyo orden del ser comprende el orden del deber ser.

Defender la dignidad humana, es asumir la defensa de los derechos naturales existentes, pues estos se encuentran ligados entre sí, teniendo en cuenta que la dignidad es algo personal, que no presenta diferencias, algo que le pertenece a cada persona por individual, es decir no existe dignidad en conjunto. Todas las personas somos iguales ante Dios.

Adquiere un verdadero valor la dignidad de la persona, cuando se tiene una idea clara de que el hombre y sus fines, se encuentran dotados de la participación de

²⁸ Cfr. HERVADA, Javier. “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed. ampliada, Pamplona, Editorial EUNSA, 1993, p. 669.

²⁹ HOYOS, MYRIAM. “De la dignidad humana como excelencia del ser personal: el aporte de Javier Hervada”, en *Revista Persona y Derecho*, Vol. 52, Pamplona, Editorial EUNSA, 2005, pp. 96-97.

³⁰ HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 452.

Dios, esto quiere decir que el hombre como un ser hecho a imagen y semejanza de Dios, debe contar con la dignidad que Dios de manera innata le brinda. Al respecto, Mons. ESCRIVÁ DE BALAGUER señala, *“la gran osadía de la fe cristiana, es, proclamar el valor y la dignidad de la humana naturaleza, y afirmar que mediante la gracia que nos eleva al orden sobrenatural, hemos sido creados para alcanzar la dignidad de hijos de Dios.”*³¹

La dignidad humana es un valor ontológico y un valor moral. Dios ama tanto al hombre, que le brindó la dignidad como el regalo más grande, y este a cambio debe retribuirlo realizando una conducta acorde a las virtudes humanas y de esta manera cumplir también la Ley divina, solo así el hombre se compromete a hacer una sociedad más humana. La dignidad en sí, significa el valor que no se puede sustituir, Platón lo dice *“La persona ha de ser afirmada por sí misma y por su dignidad”*³². Por su parte, KANT, señalaba que, *“la humanidad es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre como un simple medio o instrumento, sino siempre a la vez, como un fin, esto es dignidad”*.

Por lo que refiere a la perspectiva antropológica, los derechos de la persona han surgido a través de su naturaleza propia racional y de la dignidad que esta presenta. Juan XXIII señala que *“el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su naturaleza. Estos derechos son, por ellos, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto”*³³. En ese sentido, todos los hombres tienen los mismos derechos, reconocidos por las leyes, pero que al ser derivados de la dignidad, que es inherente a todo ser humano, se puede decir que son anteriores a la sociedad, y estos derechos deben ser respetados por ella. Aunque la sociedad no sea quien brinde estos derechos, es necesario que estos sean reconocidos por instituciones políticas, así la dignidad tiene eficacia ante la sociedad.

³¹ ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría. “Es cristo que pasa”, en *La personalidad del Beato Josemaría Escrivá de Balaguer*, 2ª ed., Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 1994, p. 149

³² PLATON.

³³ Juan XXIII en *Cristianos en la Sociedad*, 3ª ed., Madrid, Ediciones Rialp. S.A., 2000, p. 48.

Así pues, *“la conservación de la dignidad, proyectada genéricamente en la búsqueda del bien propio y ajeno, se manifiesta en la propia estima, la honestidad, la rectitud, el pundonor, la laboriosidad, que le hacen merecedor o no del respeto”*³⁴. Esto nos indica, que solo cuando la persona actúe de acuerdo a lo planteado en sociedad, podrá ganarse el respeto de las demás personas que viven a su alrededor, tomando como base que estas personas, cuentan con una dignidad individual, y de por sí se merece que sea respetada.

El hombre descubre la existencia de la ley, que no es dictada por sí mismo, pero a la cual debe obedecer, debe practicar el bien y evitar el mal, *“porque el hombre tiene una ley escrita por Dios en su corazón, en cuya obediencia consiste en la dignidad humana, y por la cual será juzgado personalmente”*³⁵, aquí podemos ver como la Biblia incluso, nos dice que la dignidad se presenta en todas las personas, y que cada una de estas presenta una conciencia, que es a través de esta que podemos determinar cómo actuar, que existe una ley la cual todos debemos respetar.

Desde una perspectiva jurídica; la dignidad no debe confundirse con ningún tipo de cosa, es un valor intrínseco de las personas que actúan moralmente. Es decir que cuando una persona es valorada se le trata como algo que se puede comprar; lo que puede ser provechoso tiene precio, pero no dignidad. Kant señala *“Persona es el sujeto cuyas acciones son imputables (...). Una cosa es algo que no es susceptible de imputación”*³⁶

Una característica del ser humano, fundamento de la dignidad, es la autonomía, que según KANT es *“el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”*³⁷. La autonomía diferencia a los seres humanos de los animales, incluyendo así un respeto a todos los seres que son moralmente

³⁴ GARCÍA, Víctor. *Tratado de la educación personalizada. El concepto de persona*, Madrid, Ediciones Rialp, 1989, p. 266

³⁵ Cfr. Romanos 2, 15 -16

³⁶ KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 30.

³⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1996, p. 46.

imputables. Es así como se conoce que la dignidad es una característica innata a todo ser de la especie humana, en tanto este es un ser moral.

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú señala: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”³⁸; asimismo, en el artículo 7° la mencionada Carta Magna reza:

“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por si misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que “*(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables*”, esto quiere decir que estos derechos derivan de la dignidad que es inherente a la persona humana, dignidad que todo ser humano tiene que respetar.

En algunas sentencias nuestro Tribunal Constitucional indica que la dignidad humana “*se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos y no solo el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple*”³⁹, podemos decir, que la dignidad es el motor y el soporte adecuado de todos los derechos fundamentales, lo que hace que esta sea reconocida como valor supremo, pues es el fundamento, fin y límite de todos los derechos fundamentales, es por esto “*que justifica y por ello orienta a manera de principio fundamental de la existencia y acción del Estado y de la sociedad toda*”⁴⁰.

El Tribunal Constitucional señala que “*dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.*”⁴¹. Podemos apreciar que, para algunos la

³⁸ Constitución Política del Perú de 1993, art. 1.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2273 – 2005-PHC/TC, F. J. 5.

⁴⁰ FERNANDEZ, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*, Lima, Grijley, 1997, p. 70.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Op. Cit., F. J. 9.

dignidad está referida a condición humana, mientras que para otros, hace referencia a la autonomía moral como la que indica KANT, como aquello que no se encuentra vinculado a lo material.

1.4.2. Vínculo familiar: fundamentos filosóficos, jurídicos, psicológicos

Es importante indicar que la familia está fundada en un vínculo de amor, el cual exhorta a cultivarlo, cuidarlo y defenderlo a diario, con el debido apoyo, dedicación y esfuerzo de cada uno de los miembros que la integra. Según SAN AMBROSIO, *“la familia es un vínculo de amor, el núcleo esencial del matrimonio se entiende inmediatamente la necesidad de un vínculo jurídico; es en realidad una unidad establecida por la integración de un varón, una mujer y la prole”*⁴².

La familia para HEGEL es *“el reino del espíritu objetivo”*⁴³, es decir el que está en su propia casa, a lado de la sociedad y el Estado, junto al arte, la religión y la filosofía. La idea que del matrimonio y la familia tiene Hegel es bastante clara, pues contiene algunos de los elementos esenciales que nosotros consideramos imprescindibles, como son la eticidad, juridicidad y fundamento amoroso.

KANT presenta al matrimonio como un contrato en sí, es decir como una relación mercantil. Afirma que con el matrimonio *“la adquisición es triple: el varón adquiere una mujer, la pareja adquiere hijos y la familia, criados”*⁴⁴ y considera a la familia conyugal como el *“uso recíproco que un hombre hace de los órganos y capacidades sexuales de otro”* aunque, eso sí, matizando que *“la adquisición de un miembro del cuerpo de un hombre es a la vez la adquisición de la persona entera, porque esta es una unidad absoluta”*, por consiguiente la entrega y aceptación de un sexo para que el otro la pueda tener como lícita no solo se vuelve lícita con el matrimonio, sino que solo se posibilita con tal condición.

El filoso francés, GILLES LIPOVETSKY, señala:

⁴² Citado por HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, 4ª ed., Navarra, Eunsa, 1997, p. 232.

⁴³ FRIEDRICH, Op. Cit., p. 277.

⁴⁴ KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Op. Cit., p. 56.

*“Hasta hace poco, la familia era objeto de acusaciones vehementes, una movilidad rebelde a una estructura reproductora de relaciones de propiedad y de denominación represiva. Giro de 180 grados: en la actualidad el hit-parade de los valores, la familia ha dejado de ser esa esfera de la que se buscaba escapar lo antes posible, los jóvenes cohabitan cada vez más tiempo con sus padres, el cocooning convertido en estrella, los adolescentes en su gran mayoría declaran que se entiende correctamente con su padres”*⁴⁵.

La familia es para el 70% de los jóvenes lo más importante de sus vidas, por sobre el trabajo, el dinero y los amigos; sin embargo, esto ha cambiado en la actualidad, pues así como existen muchos jóvenes que viven bastante tiempo con sus padres, muchos otros se van de casa mucho antes porque ya formaron una familia.

Así pues, debemos tener en cuenta que la familia ha pasado por muchos cambios y no presenta las características de hace algunas décadas, actualmente se ha reducido la autoridad que tiene el padre con sus hijos, existe una mayor dependencia económica por parte de la mujer, y las relaciones en la familia se han vuelto mucho más horizontales. Se trata de una institución que conecta con los deseos y las expectativas que tienen las personas para poder realizarse, se toma como un espacio de realización humana.

SENECA nos dice que *“la naturaleza nos ha hecho a todos parientes, trayéndonos de un mismo origen y destinándonos al mismo fin”*⁴⁶ esto quiere decir que la naturaleza nos dio la familia, y a través de ella nosotros hemos conocido el amor de manera recíproca, y hemos podido compartir, convirtiéndonos así en seres más sociales, conociendo así lo que es justo y lo injusto, aquello que ha sido establecido por ella misma.

En cuando a los fundamentos jurídicos, el artículo 236° del Código Civil de 1984 define el parentesco consanguíneo como *“la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o ambas de un mismo tronco”*⁴⁷, teniendo esta norma un carácter operativo. Esto quiere decir, que son parientes los padres

⁴⁵ LIPOVESTSKY, Gilles. *EL crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 1994, p. 159.

⁴⁶ SENECA. *Tesoro de máximas, avisos y observaciones*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1998, p. 100.

⁴⁷ Artículo 236 del Código Civil de 1984.

y los hijos, los abuelos y los nietos, los bisabuelos y los bisnietos, y, en general, todos los ascendientes y descendientes en cualquier grado; pero también son parientes de manera colateral todos los que tienen igual tronco: los hermanos, que están enlazados por un padre común; los primos hermanos, porque tienen todos un abuelo común; y así sucesivamente, los primos segundos, los primos terceros y los primos a la enésima potencia, porque siempre existe un tronco común.

Pero el artículo 237° del Código Civil nos da una noción más completa de familia, introduciendo la afinidad. De acuerdo a dicha norma, *“el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro; y cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad”*⁴⁸.

De esta manera se duplican las cifras mencionadas en líneas anteriores: tomando como ejemplo el que si una persona se casa, no solamente tiene todos sus parientes consanguíneos sino también son sus parientes los parientes de su mujer, es decir aquellos por afinidad. Tomándolo así tendríamos millones de parientes en todas nuestras generaciones, pero aunque sea “familia” para la sociedad, no lo es para el derecho en todos los casos.

Una noción de familia de tal amplitud no sería aplicable dentro de nuestro sistema jurídico, sería imposible delimitar todos los impedimentos al matrimonio entre parientes; es por ello que el Código limita los efectos civiles del parentesco colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad⁴⁹, es decir, a los primos hermanos; y, aunque no lo mencione de manera expresa, por analogía se supone que existe la misma limitación para los parientes por afinidad.

La familia se extiende también a las relaciones de adopción, creándose una línea de parentesco que ya no es de consanguinidad, ni de afinidad sino un parentesco basado exclusivamente en la ley. Así, no puede casarse el adoptante con el adoptado, ni con los familiares de uno y otro, por consanguinidad o por afinidad,

⁴⁸ Artículo 237 del Código Civil de 1984.

⁴⁹ Inciso 3 del artículo 236 del Código Civil de 1984.

en los grados y líneas mencionados en los dos artículos anteriores⁵⁰. Hemos definido así una familia donde todos sus miembros están vinculados solamente por un impedimento: no hay un vínculo natural o de sangre necesariamente entre ellos. Pero para el Derecho sí, esto es, el derecho crea su propio mundo, para sus propios fines, viendo así que los vínculos familiares jurídicos se encuentran regulados en la Ley, y que es necesario darle siempre la interpretación adecuada.

En cuanto a los fundamentos psicológicos, el sentimiento familiar, se centra en el interior de cada uno, los vínculos familiares se encuentran ligados a los vínculos afectivos. La familia educa en valores, principios y normas, es así como de alguna manera satisface las necesidades emocionales de sus miembros a través de las relaciones interpersonales que crea. Las metas familiares cuando son ideales e irreales se convierten en un obstáculo para el crecimiento familiar, así como también para el crecimiento personal.

PITTMAN dice que *“cuando una familia se pone como objetivo evitar algunas experiencias dolorosas, como son el divorcio, un aborto, un fracaso escolar, el adulterio, puede sentirse fracasada, sin posibilidad de recuperación, si debe enfrentarse a una de ellas”*⁵¹. El sentimiento de perfección, el cual no se logra alcanzar, puede llevar a una ruptura familiar, cuando no se puede manejar el aumento de estrés en la familia. Las tareas básicas, son tan primarias y urgentes que, la mayoría de veces, son las únicas tareas que cumple la familia, descuidando su desarrollo general, como el cultivo de habilidades, lo que ocasiona perjuicio en la evolución de los miembros de la familia.

LAZARTE *“considera que la función esencial de la familia es educadora y formativa, y que colabora en la construcción de los recursos esencialmente humanos, como son, la capacidad de autotrascendencia y autodistanciamiento”*⁵², se destaca aquí la importancia de la relación familiar para crear la confianza de la

⁵⁰ Inciso 5 del artículo 242 del Código Civil de 1984.

⁵¹ PITTMAN, Frank. *Una teoría de la crisis familiar: ideas acerca del estrés y de los obstáculos. Sistemas Familiares*, 1989, p. 4.

⁵² LAZARTE, O. *Desarrollo de los valores de la familia*. Revista LOGO, 1995, p. 20.

persona y de los miembros de la familia, cuando ésta vive en una familia armónica, con valores y con sentido de vida.

En esa misma línea, VIGO considera que “*no hay ningún comportamiento verdaderamente social que no haya sido despertado en encuentros dentro de la familia*”⁵³, se entiende así que solo aquel que en su infancia experimentó el amor se encuentra en condiciones de amar a otro, de vivir para otro. Esto se refiere a que los padres son el modelo a seguir, y por ello deben enseñar los valores viviéndolos. Así, la familia sería nominada como la primera escuela de todas las virtudes sociales, siendo una de las tareas más nobles de la familia, preparar al adolescente para la libertad.

Hay que tener en cuenta que toda persona se desarrolla en su etapa adulta y con su propia familia, de la misma manera cómo ha sido criado por sus padres, en los vínculos afectivos que tuvo con estos y qué tipo de relación paterno filial llevó. ARISTÓTELES ha visto a la familia como “*una realidad natural, en la cual se cultivan virtudes humanas esenciales, las cuales benefician a la Polis entera*”⁵⁴. La familia como institución no es creada por ley, pues es superior a ella, y debe ser respetada por ser consecuencia de las leyes que emana la propia naturaleza, por esta razón se dice que la familia “*es anterior a todo, toda concepción de los hombres, con lo cual tiene sentido decir que proviene del Derecho Natural, y que el derecho positivo se encarga solo de canalizar sus exigencias prácticas*”⁵⁵, entonces se puede colegir que la familia es una institución de origen natural, por lo que, no puede ser cambiada en sus fines ni en su origen, así lo exige la propia naturaleza, pues si se cambia se estaría vulnerando la propia naturaleza del hombre, que es de donde parten los institutos naturales de una sociedad.

Se considera que el reconocer a la familia y al matrimonio como institutos naturales de la sociedad, los coloca en un orden de prioridad, teniendo

⁵³ VIGO, M. “La Familia en la prevención de la salud mental”, en *Revista LOGO*, 1995, p. 50.

⁵⁴ DONATI, Pierpaolo. *La política de la familia. Por un welfare relacional y subsidiario*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014, p. 35.

⁵⁵ VARSÍ RISPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I, Lima, Gaceta jurídica, 2011, p. 127.

conocimiento que estas instituciones existen con anticipación a la ley; y esta solo las reconoce. La familia es una institución natural que se forma por la vida en común y la unión de un varón, una mujer y los descendientes de los mismos. La familia es un hecho natural, y el derecho busca brindarle protección mediante las normas jurídicas, con la finalidad de que se cumplan los derechos y obligaciones que emanan de la familia y sus integrantes.

Para DE RUGGIERO, la familia es un organismo social, que está fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia; pero, indica: “(...) *no se halla organizada patrimonialmente, pues no es una persona jurídica a la que corresponda un patrimonio propio que no pertenezca a los individuos, sino al ente colectivo; ni aun siendo, como es un organismo unitario, en muchos de sus aspectos tiene un patrimonio común destinado a fines superiores*”⁵⁶. Es un dato histórico que aquellas sociedades que consideran a la familia como fuente de la virtud social han sobrevivido y se ha creado a través de esto una civilización ordenada. Mientras aquellas sociedades que han intentado combatirla, se encuentran debilitadas o muertas.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, la Constitución toma el concepto de familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, la cual se merece una protección indubitable del Estado. PLÁCIDO VILCACHAGUA, señala “*el derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos familiares*”⁵⁷, esto indica que las relaciones de los miembros que la conforman, le pertenecen al ámbito civil, de manera especial al derecho de familia.

Según el Plan Nacional de Fortalecimiento de las Familias, el carácter natural que presentan las familias, es entendido como que este es el grupo humano más antiguo e importante de la humanidad. Es decir, la familia es la primera institución generada por los seres humanos, siendo una de las primeras necesidades de subsistencia.

⁵⁶ DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, p.37.

⁵⁷ Citado por GUTIERRES CAMACHO, Op. Cit., pp. 17-18.

1.5. Régimen jurídico de protección de la familia

1.5.1. La protección constitucional de la familia

Si leemos los artículos 4° y 6° de la Constitución podemos deducir que la familia se determina con la finalidad de velar por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de ellos. Pero, debemos tener en cuenta lo siguiente.⁵⁸

- Mientras que en la Constitución de 1979, matrimonio y familia aparecen vinculados; en la Constitución de 1993, están desvinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, la familia que se protege es principalmente aquella que nace de un matrimonio, aunque no es la única fuente.
- Mientras que en la Constitución de 1979 la unión de hecho no es fuente generadora de una familia, en la Constitución de 1993 sí lo es. En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales. En la segunda, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia.

1.5.2. Protección jurídica de la estabilidad familiar

En el ámbito internacional, la familia ha sido también objeto de protección y de reconocimiento, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la Familia como “*elemento natural y fundamental de la sociedad*”, siendo digna de protección por parte del Estado, así como también de la sociedad. De la misma manera, la Convención Americana de Derechos Humanos, nos señala que la Familia debe ser protegida por el Estado y también por la sociedad.

En el ámbito nacional, analizando la historia de nuestro país, fue en la Constitución de 1933 en donde por primera vez se reconoció a la familia de manera expresa; señalando “*el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo protección de ley*”. Más adelante la Constitución de 1979, define a la familia como

⁵⁸ PLÁCIDO, Álex. “El Modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”, en *Revista de Derecho*, N° 71, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre 2013, pp. 89-90.

“*sociedad natural y una institución fundamental de la Nación*”. Y finalmente en nuestra norma vigente, la Constitución de 1993, se reconoce a la Familia como “*instituto natural y fundamental de la sociedad*”.

1.5.3. Distintas formas de convivencia de la familia

El concepto de matrimonio es recogido por diversas normas peruanas, una de las principales nuestra Carta Magna⁵⁹, la cual establece en el artículo 4°: “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. De igual manera protege a la familia y promueve el matrimonio. Se reconoce a estas dos instituciones como fundamentales para la sociedad*”.

El Código Civil establece que el matrimonio es la unión voluntariamente consternada por un varón y una mujer, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar la autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales⁶⁰. El matrimonio también está reconocido en nuestro Código del Niño y Adolescente en su capítulo IX sobre el matrimonio entre adolescentes.⁶¹ Asimismo, la ley del fortalecimiento de la familia, señala que

*“tiene como objeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio para el desarrollo integral del ser humano, (...) de la misma manera, que para cumplir ese objetivo el Estado debe desarrollar políticas y acciones como la formalización de la unión de hecho en matrimonio”*⁶².

PÉREZ CANCIO indica lo siguiente: “*debemos precisar que el matrimonio tiene una dimensión de objetividad, que no es sólo una lucha con sus sentimientos y deseos, con sus satisfacciones y sus frustraciones, (...), sino que a través de él, la humanidad entera se renueva, los hijos esperan el relevo generacional y el ser*

⁵⁹ Constitución Política del Perú de 1993.

⁶⁰ Artículo 234° del Código Civil Peruano de 1984.

⁶¹ Artículo 113°. El matrimonio.- “*El juez especializado autoriza el matrimonio de adolescentes, de acuerdo a lo señalado en los artículos precedentes al código Civil*”.

⁶² Artículo 2°.- “*Para el cumplimiento del objeto de la presente ley, el Estado desarrollará entre otras políticas y acciones, las siguientes: (...) inc. j) Promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio*”.

*humano da con más certeza con su lugar en el mundo*⁶³. Se tiene conocimiento que la finalidad del matrimonio es la procreación, educación de la prole de acuerdo a las costumbres de cada uno de los padres y la creencia de estos, los cuales sirven de guía de los hijos para que sean responsables y aporten a la sociedad, buscando el bien común.

Según el designio de Dios, el matrimonio es el fundamento de la comunidad más amplia de la familia, ya que la institución misma del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole, en la que encuentran su coronación⁶⁴.

Se tiene presente que, *“el amor es esencialmente don y el amor conyugal, a la vez que conduce a los esposos al recíproco conocimiento que les hace una sola carne, no se agota dentro de la pareja, ya que los hace capaces de la máxima donación posible, por la cual se convierten en cooperadores de Dios en el don de la vida a una nueva persona humana”*⁶⁵. De este modo los cónyuges, a la vez que se dan entre sí, dan más allá de sí mismos la realidad del hijo, reflejo viviente de su amor, signo permanente de la unidad conyugal y síntesis viva e inseparable del padre y de la madre⁶⁶.

Sin embargo, no se debe olvidar que incluso cuando la procreación no es posible, no por esto pierde su valor la vida conyugal. La esterilidad física, en efecto, puede dar ocasión a los esposos para otros servicios importantes a la vida de la persona humana, como por ejemplo la adopción, las diversas formas de obras educativas, la ayuda a otras familias, a los niños pobres o minusválidos.

⁶³ Cfr. MÉNDEZ COSTA, María & D'ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal Culzini Editores, 2001, p. 249.

⁶⁴ Cfr. Concilio Ecueménico Vat. II, Const. pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, *Gaudium et spes*, 50.

⁶⁵ Cfr. *Gén 2*, 24.

⁶⁶ SAN JUAN PABLO II. *Familiaris consortio*. *El designio de Dios sobre el matrimonio y la familia*, Santa Sede-Roma, 22 de noviembre de 1981.

CAPÍTULO II

ADOPCIÓN EN MENORES: FINES Y PRESUPUESTOS

La adopción es para algunos autores perjudicial e inútil, sostienen que en los pueblos antiguos tuvo una razón de ser, el asegurar la perpetuidad de la familia y de su *sacra privata* o en otras finalidades económicas o políticas, pero que, en los tiempos modernos, no es necesaria para alcanzar objetivos de amparo y protección, y, en cambio, encubre la filiación ilegítima y debilita los vínculos de la familia legítima⁶⁷.

Otros por el contrario, señalan que, es legítima y noble la aspiración de satisfacer el instinto de paternidad o maternidad de quienes no pueden tener hijos o han perdido los que tuvieron, favoreciendo a quienes, no teniendo padres o no pudiendo éstos atenderlos en sus necesidades, son acogidos adoptivamente por quienes pueden prodigarles afecto, cuidados y sustento; y porque, es socialmente conveniente estimular los sentimientos de solidaridad y cooperación humanas⁶⁸.

Se considera que esta institución jurídica de alguna manera conlleva a la protección de los niños o adolescentes que por diversas razones se encuentran en estado de abandonado o en peligro material o moral; por lo que en este apartado se dará algunos alcances de la regulación de esta figura tanto en nuestro Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes, para dar a conocer qué es la

⁶⁷ Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, 2ª reimpresión, Lima, Ediciones Legales, 2008, p. 251.

⁶⁸ IBID, p. 251.

adopción, cuáles son sus caracteres más relevantes, cuál es el trámite que se debe seguir y los efectos de ésta.

2.1. Antecedentes

La adopción o prohijamiento existió en numerosos pueblos antiguos (India, China, Egipto), si bien, como es comprensible, con diversos matices y alcances. En Roma, desde su origen, tenía por objeto introducir a una persona en la familia del adoptante, quien adquiría sobre ella la patria potestad: el adoptado salía de su familia, en la que perdía todos los derechos de agnación y sucesión, y adquiría vinculaciones con la familia del adoptante: tomaba por eso, el nombre de éste⁶⁹.

Se puede decir que el origen de la adopción se dio en la India, en donde estuvo regulado en el Libro IX, de las leyes de Manú: *“cuando un hombre casado moría sin descendencia, su hermano debía sostener relaciones con la viuda, hasta engendrar un hijo que sería considerado a todos los efectos hijo de aquel que había muerto”*⁷⁰. Al respecto, TRUYOL y SERRA, señala que *“la adopción es un instituto jurídico muy antiguo, sus orígenes se remontan al Código de Manú (India). Se presume que de allí se habría difundido a otras culturas, que conocieron este tipo de filiación: egipcios, hebreos, árabes, griegos y romanos”*⁷¹.

La palabra adopción proviene del latín *adoptio*, de *ad*, a y *optare*, la acción de prohijar o de adoptar, esto quiere decir, que el adoptado es recibido como un hijo, bien se sabe que no lo es de manera natural, sino se trata de una creación propiamente del Derecho, con dos principales finalidades, la primera la de contribuir al crecimiento familiar para la perpetuidad de la especie, y la segunda la de proteger a los menores en estado de abandono⁷².

⁶⁹ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 401.

⁷⁰ BOSSERT, Gustavo; ZANNONI, Eduardo. *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 482.

⁷¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del derecho y del Estado. De los orígenes a la baja Edad media*, Alianza Editorial, 1982, p. 81.

⁷² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La familia en el derecho (relaciones jurídicas paternos-filiales)*, México, Editorial Porrúa, 1985, p.199.

La necesidad de perpetuar el culto doméstico, fue el factor primordial para su desarrollo en aquella sociedad. La descendencia necesariamente debía para que el hogar continuase y la tradición se cumpliera; sin embargo, en la Edad Media la institución perdió prestigio en Europa, pues la posibilidad que el adoptado pueda heredar era muy baja, siempre que existieran hijos legítimos.

En la época de la codificación la adopción era una institución de poca trascendencia, ya que, su única finalidad era satisfacer la necesidad de todos los matrimonios sin hijos. Se argumentaba contra la institución, que *“fomentaba las relaciones ilícitas ya que estaba permitido adoptar a los hijos naturales y que podía defraudar los derechos de los parientes legítimos del adoptante”*⁷³.

La adopción propiamente dicha, se reglamentó en la mayoría de los Códigos Civiles durante toda la tradición Romana, siendo una creación del Código de Napoleón en 1804, en donde está regulada la institución de la adopción de una manera especial, pero con restricciones notables. En la página 676, *“La patria potestad, indica que solo podrían ser adoptados los menores de edad y en todo caso deja que subsista el vínculo de parentesco natural”*⁷⁴.

Si bien por largo tiempo esta institución estuvo en decadencia, la misma resurgió tras la Segunda Guerra Mundial, como remedio a la situación de desamparo de miles de niños huérfanos. Así fue desarrollándose jurídicamente, y concretó su proceso evolutivo en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional (ambas suscritas y ratificadas por el Perú).

2.2. Concepto de adopción

En la actualidad, la adopción constituye un acto jurídico solemne que recae dentro del ámbito familiar, y que crea una filiación con igual categoría que la filiación

⁷³ GARRIGA GORINA, Margarita. *La adopción y el derecho a conocer la Filiación de Origen*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2000, p. 21.

⁷⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 1985, p.677.

matrimonial. Esto dentro del marco establecido por la Constitución de 1993, que equipara a todos los hijos, dándoles iguales derechos y deberes frente a sus padres.

La adopción es una institución jurídica que crea lazos de filiación entre dos personas, que no cuentan con vínculos consanguíneos, el progenitor y el hijo. La adopción es considerada la fuente tercera de parentesco, pues tiene la finalidad de establecer un parentesco entre dos individuos, el adoptante y el adoptado. Para este tipo de parentesco no se presenta ningún tipo de vínculo biológico, siendo el único sustento jurídico la norma. Según TARAMONA la adopción es:

“un acto jurídico mediante el cual se recibe como hijo a quien no es por naturaleza, empleando para ello los requisitos legales y especiales. Esta crea un vínculo de filiación ficticia ante persona llamada adoptante y otra conocida como adoptado así el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”⁷⁵.

Es una institución tutelar del Derecho de Familia mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella. De esta manera, la ley crea una relación paterno filial plena respecto del adoptante (padre y madre) y el adoptado (hijo), quien deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser parte de su nueva familia con todos los derechos que como hijo le corresponden, tales como al nombre, alimentos, herencia y los derivados de ellos⁷⁶. En ese sentido, el artículo 377° del Código Civil, ha establecido que, *“por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”⁷⁷.*

Entonces, si mediante la adopción el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea para entroncarse en la familia del adoptante, esto implica el establecimiento de una filiación legal, de allí que se le conozca también como filiación por asimilación. Esto indica que la adopción establece el surgimiento de

⁷⁵ TARAMONA HERNÁNDEZ, José. *Derecho de Familia*, Lima, Editora Triunfaremos, 1992, p. 23.

⁷⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas*, Tomo II, Derecho de Familia (primera parte), Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p.665.

⁷⁷ *Código Civil Peruano*, Lima, Editorial, Gaceta Jurídica, 2017, p.142.

un parentesco creado por la ley. Mediante la adopción se instituye, se crea una relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

Según AGUILAR LLANOS, la frase “*recibir como hijo al que no lo es naturalmente*” describe con precisión lo que es la institución. En efecto, por la adopción se establece una relación paterno o materno filial entre dos personas que no lo son por naturaleza, relación que genera los mismos derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, como si se tratara de una relación materno o paterno filial natural. Lo que natura no da, judicatura lo otorga con la solemnidad señalada por ley. El adoptado ingresa en calidad y con los derechos del hijo matrimonial, por ello su regulación legal se encuentra en la filiación matrimonial⁷⁸.

Cuando el Código dice “adquiere la calidad de hijo” quiere decir que se genera toda una gama de relaciones jurídicas familiares, como son: a) Derecho al nombre, b) Vocación hereditaria, c) Derecho y obligación alimentaria, d) Impedimentos matrimoniales, e) La patria potestad corresponde al adoptante y si fuese adoptado por cónyuges su ejercicio corresponde a ambos. En cuanto a la determinación del nombre el artículo 22° del nuestro Código Civil indica que “*el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes*”.

Según BAQUEIRO ROJAS, “*en términos generales puede plantearse la adopción como una ficción legal cuyo propósito es suplir los vínculos biológicos de la filiación, creando un parentesco cuya fuente es la norma jurídica*”⁷⁹. La adopción se define aquí, como la creación de filiación legal entra adoptante y adoptado, teniendo ambos los mismos derechos y las mismas obligaciones existentes entre padre e hijo, protegiendo así sus bienes y a la persona en sí.

Carlos MASAREÑA, “*establece que junto a la afiliación legítima derivada del matrimonio y la filiación natural existe la filiación civil creada por la adopción*”⁸⁰. Este concepto de adopción nos da conocimientos de la estructura de esta institución, e indica que además de una filiación natural que es la biológica, existe

⁷⁸ AGUILAR LLANOS, Op. Cit., p. 249.

⁷⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgar & BUENROSTRO BÁEZ. *Derecho de Familia. Colección de textos universitarios*, 2ª ed., México, Editorial Exford, 2011, p. 248.

⁸⁰ MASAREÑA, Carlos. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1879, p. 397.

una civil, la cual se crea cuando se realiza la adopción. Para CARBALLENAS, “*la adopción es un acto por el cual se recibe como hijo propio, con autoridad judicial o política, a quien no lo es por naturaleza; sin excluir el resquicio que esto consiste para legalizar ciertas legitimidades*”⁸¹.

A nivel de legislación extranjera:

El código familiar Español para el estado de Sonora en su artículo 269° señala que “*la adopción es una forma de parentesco civil y resulta del acto jurídico por el cual una persona o la pareja de cónyuges o concubinos asumen, respecto de uno o varios menores o incapacitados, los derechos y obligaciones inherentes a un hijo biológico*”⁸². Claramente, se puede apreciar que el estado de Sonora se debe compenetrar a la situación del hijo adoptivo, de la misma manera que la de un hijo legítimo, esto se analiza como una relación de resguardo legal.

En Colombia la adopción está regulada en el artículo 61° de la Ley 1098 de 2006, y se define como “*una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza*”. La adopción es un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia y, por ello, está estructurada en torno al interés superior del niño⁸³; siendo su finalidad el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con los derechos y deberes que ello conlleva ya que, en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

En las legislaciones citadas podemos apreciar que su ámbito común es la filiación legal y que esta genera los mismos derechos que tiene un hijo natural para el hijo adoptado.

⁸¹ CARBALLENAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo VI, 12ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997, p. 174.

⁸² *Código Familiar para el Estado de Sonora*, Editorial Beilis, 2011, p.143.

⁸³ Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

2.3. Fin de la adopción

Si analizamos cuál es la justificación para realizar el acto jurídico mediante el cual un menor en estado de abandono pasa a ser hijo o hija de quien no lo es, la doctrina civil y los textos legales que se ocupan de regular la adopción nos permiten formular tres posibles respuestas: a) se pretende proporcionar al menor, privado de ellos, un padre y una madre; b) se pretende la integración del menor desamparado en una familia; c) se supedita a que sea el medio “más adecuado” para proteger los intereses del menor desamparado; cada respuesta presenta un matiz esencial, por lo que analizaremos cada una de ellas:

a) Adopción como recreación jurídica de la filiación biológica

En la adopción se establece jurídicamente un vínculo de filiación semejante a la biológica. El sentido último de la adopción sería, pues, la de generar un proceso sustitutivo de la relación natural de filiación. Es decir, *“la filiación natural determina las condiciones de posibilidad de la filiación adoptiva. La filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos artificiales de filiación adoptiva: para crear una relación semejante a la jurídico-natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural”*⁸⁴. Con este presupuesto, la adopción estaría dirigida a recrear la naturaleza (*adoptio imitatur natura*); estaríamos ante una figura destinada a proveer la sustitución del padre y la madre biológicos de un menor que se encuentra privado de ellos.

Por consiguiente, quienes asumen el papel de padres en la ficción jurídica serán sólo aquellos que pudieran haberlo sido en una hipotética realidad biológica; esto es, dos personas de sexos opuestos que puedan reemplazar, a todos los efectos, a los padres biológicos de quienes el menor se ha visto privado por cualquier causa.

⁸⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Madrid, Ariel, 2001, p. 179.

Asimismo, esta concepción sostiene que con la adopción no sólo se pretendería establecer una relación jurídica “artificial” entre un menor y quienes biológicamente no son sus padres, sino que se pretendería unir “real y filialmente” al menor con quienes, aunque de hecho no son sus progenitores, biológicamente podrían haberlo sido (podrían haberlo procreado). En ese sentido, si la esencia de la adopción es proporcionar al menor un padre y una madre que pudieran haberlo procreado, resulta evidente que sólo podrán desempeñar ese papel las parejas heterosexuales. De este modo, dos personas del mismo sexo, no pudiendo “recrear” las relaciones de filiación de base biológica (conjuntamente nunca podrían procrear a ese menor), no serían sujetos aptos para realizar conjuntamente la adopción⁸⁵.

Considerar la adopción como “recreación” del proceso natural de procreación, resulta, a primera vista, lleno de toda lógica. Empero, tradicionalmente el Derecho ha contemplado la adopción individual⁸⁶, por lo que, el establecimiento del vínculo adoptivo por un solo individuo, resulta tan coherente con el sentido último de la adopción como su establecimiento por una pareja. En consecuencia, *“si bien el núcleo de la adopción es la creación de un vínculo de filiación similar al biológico, no puede inferirse de ahí que su “esencia” sea la de otorgar al menor un padre y una madre que pudieran haberlo engendrado”*⁸⁷.

Sin embargo, la adopción por personas solas debe estar vinculada fuertemente al criterio del interés superior del niño y a la búsqueda del entorno más favorable para su desarrollo, por cuanto, hay que tener en cuenta las vicisitudes que podrían presentarse en la vida de la persona sola que adopta al niño, por ejemplo, un posterior matrimonio, el rechazo del cónyuge sobre el niño adoptado, etc.; por ello, ante la duda debe preferirse el lugar que le brinde mayor garantía de bienestar, es

⁸⁵ Cfr. MOLINER NAVARRO, Rosa. Adopción, familia y Derecho, en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 14, Santa Cruz, 2012, [Ubicado el 15.V.2018], obtenido en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000200007

⁸⁶ Artículo 382° Código Civil Peruano: *“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges”*.

⁸⁷ FONTANA ABAD, Mónica. Instrumentos de evaluación en la adopción, en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Madrid, Ariel, 2001, p. 32.

decir, debe reconocerse que hay estructuras familiares que cumplen mejor los fines de la familia.

b) Adopción como medio de integración del menor en una familia

Para que la adopción sea un instrumento efectivo de integración familiar, la ley consagra la ruptura total del vínculo jurídico del adoptado con su familia biológica y crea una nueva relación de filiación. Eso explicaría que, salvo supuestos excepcionales, la ley sólo permita adoptar a menores de edad⁸⁸. Es de resaltar que, nuestra sociedad

“considera la familia como el entorno más adecuado para el óptimo desarrollo de un menor, y cuando los padres o tutores incumplen los deberes de guarda, ocasionando con ello que el menor se encuentre, material o moralmente, desasistido, la entidad pública correspondiente asumirá la tutela del menor, con el objetivo prioritario de reinsertarlo en su familia de origen y, no siendo ello posible, recurriendo al acogimiento familiar o la adopción”⁸⁹.

En ese sentido, el objetivo primario perseguido por la ley, a través de la adopción, es garantizar al menor un entorno familiar idóneo en el que pueda integrarse plenamente, desarrollarse y educarse en las mejores condiciones, cuando esto no es posible en su familia de origen. Sin embargo, el objetivo primordial de la adopción ya no sería estrictamente proporcionar al menor a un padre y una madre, sino algo más amplio: proporcionarle una familia que constituya el entorno adecuado para su correcto desarrollo.

c. Adopción como la más adecuada protección del interés del menor

Las leyes de protección del menor han enfatizado, que en la adopción como en el resto de instituciones que afectan al menor primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Por ello, lo que el Derecho tiene en cuenta en los adoptandos es la protección de sus intereses; mientras que en los adoptantes lo que se tiene en cuenta es su idoneidad; es decir, su capacidad de otorgar al menor el entorno más adecuado

⁸⁸ Cfr. MARTINEZ DE AGUIRRE, Op. Cit., pp. 21-23.

⁸⁹ FLAQUER, L. *El destino de la familia*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 67-69.

para su protección y correcto desarrollo cuando, por cualquier causa, se encuentra privado de sus progenitores, o estos no pueden proporcionárselo⁹⁰.

Precisamente porque se trata de facilitar el óptimo entorno para la protección de los intereses del menor, “*la adopción, a diferencia de la filiación biológica, permite elegir a quien (o quiénes) mejor pueden cumplir la misión de custodiar esos intereses. Y en ese cometido, ser pareja es tan sólo una de las posibilidades*”⁹¹, aunque puede ser la más idónea.

La adopción es una manera distinta de formar una familia, al recibir como hijo propio a un niño que no lo es biológicamente, su objetivo es velar por el interés superior del niño adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades físicas y mentales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen por diversas razones.

2.4. Tipos de adopción

JUSTINIANO fue quién estableció dos tipos de adopción, tipos distintos de manera radical: la *adoptio* plena, esto quiere decir que el adoptado ingresaba de manera completa como miembro de la familia, con todas las obligaciones y derechos correspondientes que se someten todos los miembros de la familia; la *adoptio* simple, es aquella que no desvincula al adoptado de su familia de origen, ni le

⁹⁰ Ver Convención de los Derechos de Niño, del 20 de noviembre de 1989; Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, Relativa a protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional; Código de los Niños y Adolescentes del 21 de julio de 2000; Ley 26981 – Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores declarados judicialmente en abandono, del 03 de octubre de 1998.

⁹¹ Es necesaria siempre una previa declaración de idoneidad, a la que nadie, en sentido estricto, tiene derecho; esto sin perjuicio de que en dicha calificación se sigan criterios objetivos y no arbitrarios ni discriminatorios y de que quien cumpla esos requisitos deba ser declarado idóneo. Asimismo, el criterio en virtud del cual deben adjudicarse las adopciones no puede ser simplemente el cronológico (por orden de solicitudes) entre quienes han sido declarados idóneos, sino el de la mayor o menor aptitud del idóneo para una concreta adopción en función de las características y del interés primario del adoptante. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Op. Cit., p. 183.

quita la patria potestad a la familia a la que originalmente pertenece, solo cuenta con efectos limitados y patrimoniales⁹².

2.4.1. Adopción plena

Esta adopción es una práctica ya establecida en muchos países del mundo, ya que es la que más se ajusta a proveer, proteger y garantizar el derecho del menor a una familia para una mejor integración familiar, social y un desarrollo integral; en virtud de lo establecido en la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, y la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

La adopción plena nos indica que el hijo adoptado tiene los mismos derechos que el hijo legítimo⁹³, de manera completa en relación a los apellidos y manera total en relación a los derechos de sucesión. De esta manera los hijos legítimos y los hijos adoptados tienen que recibir de la misma manera.

Características de una adopción plena son:

- Lo realiza un matrimonio o una pareja en convivencia
- El adoptado debe ser menor de edad.
- Por ser infantes no se requiere de su autorización.
- Es irrevocable, con las excepciones que se establecen
- Extingue vínculos jurídicos con la familia de origen.
- Permanecen los efectos aunque sobrevengan hijos al adoptado.

2.4.2. Adopción simple

La adopción que regula el nexo por el que se establece un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante o los adoptantes da origen al parentesco denominado civil o también denominado adopción simple que es "*aquella en la que se transfiere la patria potestad, así como la custodia personal. Solo origina*

⁹² CASTÁN VÁZQUEZ, José María. *La Patria Potestad*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 676.

⁹³ GARRIGA GORINA, Op. Cit., p. 23.

*vínculos jurídicos entre el adoptante y el adoptado*⁹⁴, es decir, este tipo de adopción reconoce al menor como hijo legítimo del adoptante, sin embargo, la relación de parentesco solo se establece entre el adoptante y el adoptado; esto es, el menor adoptado no tiene ningún vínculo con los parientes de la persona o personas que lo adoptan.

Los efectos de este tipo de adopción era de manera básica la atribución al adoptado de la misma posición que el hijo natural reconocido en la sucesión del adoptante y la conservación de los apellidos de la familia de origen⁹⁵. Se crea aquí la posición que el adoptado es igual que el hijo biológico pero no cuenta con la totalidad de vinculación, es decir cuenta con los apellidos que este presenta, que no son los mismos a la de la familia adoptante.

Entre las características de una adopción simple tenemos:

- Puede adoptar una persona libre de matrimonio, un matrimonio o una pareja en concubinato.
- Se permite adoptar mayores de edad e incapaces.
- Si el menor tiene más de catorce años se requiere de su autorización.
- Es eventualmente revocable e impugnable.
- Sólo se extingue la patria potestad.
- Permanecen los efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante.
- No crea ningún vínculo jurídico entre el adoptado y la familia del adoptante.
- Sólo puede constituirse cuando se conozca a la familia biológica del adoptado.

Una diferencia importante entre ambos tipos de adopción es que la plena intenta incorporar al adoptado a la familia del adoptante, mientras que la simple se circunscribe al vínculo entre estos, el hijo y el padre adoptivo; la adopción simple deja de manera incompleta los derechos con la familia de origen y en la adopción plena, existe plena desvinculación con su familia de origen.

⁹⁴ *La Adopción*, México, UNAM, [Ubicado el 06.V.2018], Obtenido en: www.juridicas.unam.mx, p. 134.

⁹⁵ GARRIGA GORINA, Op. Cit., p. 25.

2.4.3. Adopción por excepción

Este tipo de adopción es una medida de protección del niño y adolescente excepcional pues es tomada por el juez de familia en el marco de un proceso y no requiere que el niño o adolescente sea declarado judicialmente en abandono como paso previo para ser adoptado. Está contenida en el artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes:

“En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

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

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

Constituye una solución integradora de las familias originadas en una segunda unión. La integración jurídica de las familias, que se inician a partir de las segundas nupcias o una segunda unión de hecho, no genera una situación de desamparo respecto de los hijos menores de edad de anteriores uniones. Se resalta el interés del menor de contar con una familia sólidamente constituida. Esta adopción busca compenetrar al hijo de una de las partes a la familia constituida por su progenitor.

En el segundo literal se regula el caso en que el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con sus integrantes así como sus efectos jurídicos, únicamente subsisten los impedimentos matrimoniales, mediante

este tipo de adopción el hijo adoptado adquiere los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico

En este proceso el órgano del estado encargado de ejecutar el proceso adoptivo es el Juzgado de Familia. La actividad procesal es dirigida por el Juez especializado en Familia, a través de un Proceso Único según lo establece el artículo 161° del CNA. El Juez para mejor resolver, notificará al Fiscal de Familia, quien emite dictamen sobre la carga probatoria y podrá solicitar al equipo técnico un informe social respecto de las partes intervinientes y una evaluación psicológica si lo considera necesario.

2.5. Requisitos para adoptar

Como institución tutelar la adopción requiere de condiciones típicas para su eficacia. Así, para su validez este acto jurídico familiar exige el cumplimiento de ciertos requisitos especiales establecidos en la ley. Estos requerimientos para realizar la adopción son los elementos necesarios que deben cumplirse a efectos de crear el vínculo legal y el origen jurídico de este tipo de filiación, estos requisitos están en concordancia con los fines de la adopción (protección de la niñez abandonada, integrar una familia, y legitimar una situación de hecho, entre otros), según el artículo 378° del Código Civil Peruano son:

A) *Que el adoptante goce de solvencia moral.*

La solvencia moral, según CORNEJO CHÁVEZ, “*se explica por obvias razones, ya que la adopción busca proveer al adoptado un clima familiar adecuado para su formación por la existencia de los indispensables valores éticos, es por ello que se evita el prohijamiento de personas dedicadas a la delincuencia, vicio o vagancia*”⁹⁶. Cabe resaltar, que este requisito no es tan sencillo de probar pues no bastan los certificados de antecedentes penales, judiciales o de buena conducta sino que es fundamental demostrar que la vida llevada por el futuro adoptante ha sido adecuada y que puede ofrecer al adoptado la esencia y trascendencia de las

⁹⁶ CORNEJO CHÁVEZ, Op. Cit., p. 414.

relaciones humanas, pues la adopción procura la formación material y moral del menor.

Para MEDINA, “*el objeto de la norma es brindar una herramienta al juzgador para denegar el pedido de adopción de un menor, cuando considere que el o los adoptantes no son idóneos para asumir el rol de padres*”⁹⁷. Así pues, esta norma está en relación con el artículo 12° del D.S. N° 0199 – PROMUDEH que es el reglamento de la Ley N° 26981, referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, cuando refiere que para ser aceptados como adoptantes los solicitantes deben tener las siguientes aptitudes: a) Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal y b) Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia niñas, niños y adolescentes.

El principal problema en la actualidad es determinar que implica o que significa una conducta moral dado a que existen tantas reglas morales como sentido de la vida o de la convivencia existen, tenemos una sociedad individualista en la que un acto es bueno porque me hace bien, o una sociedad hedonista en la que lo bueno es lo que me causa más placer, o una sociedad materialista donde lo bueno es el bienestar material, es decir, hay distintos criterios de lo moral, por lo tanto, es necesario referirnos a la moral universal. Por ejemplo, GÓMEZ PÉREZ señala que

*“todos entendemos por moralidad la regulación de los actos humanos de acuerdo con algunos criterios, normas o leyes. De cualquier acto humano –es decir, de los actos que el hombre realiza con conocimiento y con libertad –se espera que se ajusten a algún criterio. La moralidad se refiere siempre a los actos libres del hombre (...)”*⁹⁸.

La moralidad es “*algo subjetivo, o mejor, personal. La norma próxima, inmediata, de moralidad es la conciencia personal (y no hay otra: conciencia colectiva es una expresión metafórica)*”⁹⁹. Es la conciencia¹⁰⁰ la que juzga si el acto que se piensa

⁹⁷ Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Op. Cit., p. 670.

⁹⁸ GÓMEZ PÉREZ, Rafael. *Deontología Jurídica*, 4ª ed., Navarra, Eunsa, 1999, p. 21.

⁹⁹ IBID, p. 21.

¹⁰⁰ Cabe resaltar, que no se entiende conciencia en el sentido de conciencia psicológica (consciencia), ni tampoco en un sentido cognoscitivo (tomar conciencia de algo), sino en su sentido

realizar o ya se ha realizado se ajusta a lo que debe ser, es decir, a la norma de moralidad objetiva, a la ley moral en su sentido más amplio.

SANTO TOMÁS recogiendo una tradición filosófica anterior al cristianismo define la ley natural como “*participatio legis aeternae in creatura rationali*”¹⁰¹. Esta frase otorga un sentido moral a la expresión ley natural, porque sólo los seres racionales y libres son capaces de esa participación. La ley natural lo es porque sus preceptos están en la misma naturaleza del hombre, y es conocida a la luz de la razón. En la práctica moral, la ley natural es un criterio de referencia.

La dignidad de la persona humana que se funda en el hecho de que ha sido creada a imagen y semejanza de Dios, es inseparable de la ley natural. Entonces, el contenido de la ley moral natural es el conjunto de derechos y deberes que derivan de la naturaleza humana y son, por tanto comunes a todos los hombres¹⁰². La ley natural es la misma para todos los hombres, en cualquier época y cultura, pues se fundamenta en la persona humana, es decir, se caracteriza por su universalidad. Asimismo, esta ley es inmutable, en cuanto, la naturaleza humana lo es, y siendo el hombre un ser racional y libre, su inteligencia debe ser dirigida a la verdad y su voluntad al bien. También es cognoscible, pues el hombre puede conocer todo el contenido de la ley natural.

En cada acto, “*el ser humano se implica personalmente, ejercita su entendimiento y su voluntad, lo que significa que para el actuar moral necesitas el conocimiento del bien, es decir, la inteligencia conoce el bien y la voluntad lo quiere, por ello sus acciones poseen una dimensión moral –y original. En esta originalidad reside la libertad fundamental o radical*”¹⁰³. Por ello, podemos identificar acto moral y acto humano. Todo obrar es reflejo, expansión y expresión del propio ser.

El fin propio de la persona de acuerdo a su naturaleza, es decir, aquello a lo que está llamado es a alcanzar la plenitud humana integral a través de la realización

explícitamente moral. La conciencia es “*un juicio o dictamen del entendimiento práctico, que califica la bondad o la malicia de un acto hecho o por hacer*”.

¹⁰¹ SANTO TOMÁS, Suma Teológica, Citado por GÓMEZ PÉREZ, Op. Cit., p. 26.

¹⁰² Cfr. GÓMEZ PÉREZ, Op. Cit., p. 27.

¹⁰³ HERVADA, Op. Cit., p. 455.

del bien. En palabras de Aristóteles “*el fin es el bien, y el bien solo se encuentra en la acción, en los seres que están en movimiento, como que es el principio mismo del movimiento*”¹⁰⁴. Así, la norma ética más fundamental nos remite al primer principio de la ley natural: “*Haz el bien y evita el mal*”.

El obrar debe seguir al ser, la norma del obrar reside en el ser, o lo que es lo mismo, en la naturaleza que es finalidad. En la medida que lo más intrínseco a una cosa es su fin, aquello a lo que está llamado, de esto se deduce que lo más acorde con la naturaleza no es cualquier acto voluntario, sino aquel acto voluntario que se oriente al propio fin¹⁰⁵.

Es necesario señalar que, una visión positivista pone el acento en la dimensión de la costumbre, de lo cambiante, reduciendo la ética “*a lo que se hace*”¹⁰⁶. Por su parte la visión clásica conecta la ética con el referido sentido de “*morada*”, y por ello, con la búsqueda de lo originario y permanente a lo que está llamada la naturaleza humana.

Para BALLESTEROS “*la reducción de la ética a lo que se hace, a los usos sociales y convencionales, implica la necesaria recaída en el mundo de lo inauténtico, de lo que Heidegger ha llamado certeramente el mundo del man, y Bergson la moral cerrada*”¹⁰⁷. La reducción de la moral a una “moral social” o positiva, cierra la vía a toda posibilidad de crítica racional de las estructuras sociales, aceptando sin más, como criterio correcto de actuación, la pauta de comportamiento que se halla vigente en una sociedad, y esto precisamente es el peligro del relativismo, cuando no se cuenta con una pauta moral objetiva se cae en el individualismo y se vacía de contenido lo que significa la acción moral, no estamos hablando de una persona moral e inmoral, sino de los actos que se califican como tal.

¹⁰⁴ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro XI, cap. 1, p. 230, citado por APARISI MIRALLES, Ángela. *Ética y Deontología para Juristas*, México DF, Editorial Porrúa, 2009, p. 41.

¹⁰⁵ TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologica*, Cap. I-II, Cuestión 6, artículo 1, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, p. 103.

¹⁰⁶ BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del Derecho*, Citado por APARISI MIRALLES, Op. Cit., p. 44.

¹⁰⁷ APARISI MIRALLES, Op. Cit., p. 45.

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

De la adopción se ha dicho siempre que *naturam imitat* en el sentido de que mediante esta institución buscamos imitar a la naturaleza (*adopti enim naturam imitatur*). Lo que se tiene en miras al otorgar la adopción es generar un vínculo familiar que se parezca lo más posible al biológico¹⁰⁸.

La edad del adoptante es un requisito indispensable en la adopción, por eso la totalidad de los cuerpos legislativos establecen una edad determinada y la diferencia que debe existir entre el adoptante y adoptado. El Código Civil peruano establece que la edad del adoptante debe ser por lo menos- igual a la suma de la mayoría (dieciocho años) y la del hijo por adoptar, esta edad permite suponer que el adoptante se halla en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y podrá cumplir con los deberes que le señalan las leyes¹⁰⁹.

Como ya se ha mencionado, el objetivo al otorgar la adopción es generar un vínculo familiar que se parezca lo más posible al biológico, es por ello que ya que se puede ser padre a partir de cierta edad, resultaría antinatural que el hijo sea mayor que su propio padre. Ordinariamente no se es padre o madre antes de cierta edad, lo que significa que entre el progenitor y procreado hay una cierta diferencia de años por lo menos.

La fórmula utilizada por el Código es algo confusa y pudo haber sido más directa en su redacción, por ejemplo: establecer que entre adoptante y adoptado debe haber al menos 18 años de diferencia en la edad. La coincidencia con el Derecho comparado está en establecer una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado. La ley no estipula una edad máxima, solo una mínima.

MEDINA señala que, así como podría ser inconveniente una corta diferencia de edad, también podría serlo una excesiva diferencia, porque si el adoptante fuera

¹⁰⁸ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Op. Cit., p. 671.

¹⁰⁹ Cfr. ALVARADO TAPIA, Katherine. "Análisis Comparativo Sobre la Constitución y los Efectos de la Adopción de Menores en Perú y España", en *Revista Ius*, Volumen V, Chiclayo, 2013, p. 11.

una persona de elevada edad, se correría el riesgo de que a una corta edad del “*menor su madre o padre adoptivo falleciera*”¹¹⁰.

Si analizamos la norma, la adopción de mayores de edad está permitida siempre que exista o se cumpla con la ecuación cronológica establecida. Situación distinta sucede en otros países, en los que sus códigos civiles limitan la adopción de un mayor de edad. Esta regla de la diferencia de la edad tiene varias excepciones en la legislación comparada. Éstas son:

- La adopción de ancianos. Actualmente, y a efectos de proteger a las personas de la tercera edad y encontrarles una familia, se viene fomentando la adopción de personas que son mayores que sus padres adoptivos, tal es el caso de los jubilados, ancianos, pensionistas¹¹¹.
- La adopción de embriones. La adopción del concebido o filiación por dación prenatal es un tema de palpitante interés, sobre todo tomando en cuenta los avances de las técnicas de reproducción. Para el caso de la adopción del concebido el Código Civil peruano no lo prohíbe, por tanto sería admisible. A la fecha es muy común que se adopten embriones fertilizados in vitro para evitar su muerte¹¹². Uno de los fines de esta adopción es impedir el descarte de embriones o permitir la vida de embriones supernumerarios. Francia ha permitido este tipo de adopción a través de leyes de bioética que reformularon el Código Napoleónico¹¹³, en España los embriones pueden ser donados¹¹⁴, mientras que, con criterio dispar, en Colombia se prohíbe la adopción del hijo por nacer. Por nuestra parte creemos que la adopción del concebido criogenizado es factible basada en la teoría de los efectos favorables.

¹¹⁰ Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Op. Cit., p.671.

¹¹¹ En esta corriente se encuentra, por citar, la Ley Catalana que regula la adopción de mayores, aprobada el 29 de diciembre de 2000, [Ubicado el 05.V.2018], Obtenido en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-adopcion-cataluna-59633>

¹¹² ACI. “Familias adoptivas de embriones confirman que vida comienza en fertilización”, Washington DC, 17/07/2001.

¹¹³ Ver artículo 1524, 5 de la Ley 654 de 1994.

¹¹⁴ Ver artículo 5 de la Ley 35 de 1988.

- La adopción del hijo del cónyuge supérstite. Si se produce la muerte del adoptante, el hijo adoptivo puede ser adoptado por el cónyuge supérstite a pesar de no contar con la diferencia de edad¹¹⁵. Esto con la finalidad de formalizar las relaciones familiares, permitir la trascendencia de las mismas y hacer permanecer en el futuro las relaciones con el adoptado y evitar que pase a ser un extraño.
- La adopción del pariente consanguíneo. Como lo indica el Código Civil chileno, los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles cuando medie entre el adoptante y el adoptado un vínculo de consanguinidad, la regla es lógica pues siendo la adopción una institución de protección y cautela debe darse un mayor sustento y facilidad en su realización cuando la adopción se realice entre parientes.

C) Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.

Para CORNEJO CHÁVEZ:

“la adopción no solo significa el ingreso en el hogar de una persona extraña al cónyuge del adoptante. También implica un desmedro en los derechos y la expectativa hereditaria de dicho cónyuge, lo que, por no tratarse de un vínculo nacido de la naturaleza no quiere la ley que ocurra sin el consentimiento del afectado”¹¹⁶.

Nótese que este inciso del artículo 378° del CC., permite que uno solo de los cónyuges sea el adoptante, es decir figuraría como el único padre o madre en tanto que el otro cónyuge no tendrá ningún tipo de relación paternofilial con el adoptado. El principio general que establece la norma supone que la adopción no es realizada por ambos cónyuges sino por uno solo de ellos sin que el otro solicite ni se adhiera a ella, solo se requiere su asentimiento. Sin duda la adopción por uno solo de los cónyuges no es la regla sino la excepción.

¹¹⁵ Ver artículo 312° de la Ley N° 24.779, promulgada el 26 de marzo de 1997, Buenos Aires, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenida en: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Adopcion_Argentina.pdf

¹¹⁶ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Op. Cit., p. 416.

Este inciso permite la adopción de personas solteras sustentándose en el principio natural de que alguien puede perder a uno de sus padres y la existencia de familias monoparentales. Sin embargo, esta tendencia no es la más aceptada dado a que con la adopción se busca integrar al menor en una familia constituida, tal cual lo establecen los lineamientos para adoptar del Inabif.

En nuestro país se permite la presentación de solicitudes por parte de mujeres solteras, viudas o divorciadas. En estos casos los menores asignados tendrán más de seis años o presentarán algún tipo de discapacidad¹¹⁷.

D) *Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.*

Éste es un requisito por demás esencial y común en el Derecho comparado. CORNEJO CHÁVEZ manifiesta que la a razón de esta exigencia es obvia, *“nadie hay más interesado en la adopción que el propio adoptado y repugnaría el prescindir de su opinión para darle por padre o madre a persona que él rechaza”*¹¹⁸. Con un criterio similar el Código Civil de Québec indica que:

*“ningún niño de diez años de edad o más podrá ser adoptado sin su consentimiento, a menos que sea incapaz de expresar su voluntad. No obstante, cuando un niño menor de catorce años se niegue a dar su consentimiento, la Corte podrá posponer su fallo por el período de tiempo que indique, o conceder la adopción sin oponerse a su negación”*¹¹⁹.

E) *Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.*

Los padres directa y profundamente son afectados por el hecho de la adopción, de allí que deban dar su asentimiento frente a este acto jurídico familiar. Este asentimiento de los padres se dará siempre que los hijos estén bajo su custodia

¹¹⁷ Listado de países en los que se permite la tramitación de solicitudes por parte de familias monoparentales, marzo de 2013, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: http://www.juntaex.es/filescms/ddgg005/uploaded_files/adopcion/PROTOCOLO_PAISES_MONOPARENTALES.pdf

¹¹⁸ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Op. Cit., p. 417.

¹¹⁹ Artículo 549 del Código Civil de Québec. Asimismo, este mismo cuerpo normativo en su artículo 550 ha establecido que *“la negación de un niño de catorce años de edad o más es un obstáculo para la adopción”*.

legal, sea siendo menores de edad (patria potestad) o incapaces por algún tipo de deficiencia (curatela)¹²⁰.

F) Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.

A diferencia de los padres, el tutor o el curador no tienen que dar su asentimiento sino solo su opinión. Esto se da por razones lógicas ya que el tutor o el curador, si bien tienen una relación de custodia y cuidado de la persona y bienes, carecen del vínculo afectivo, espiritual y legal de la paternidad, el cual justifica sí el asentimiento.

G) Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.

Para entender esta norma debemos de partir del hecho que actualmente existen 3 tipos de procesos para lograr una adopción:

- a. Proceso judicial de adopciones, esta adopción se da para niños, adolescentes y mayores de edad.
- b. Procedimiento Administrativo de adopciones, se realiza exclusivamente para los casos de los niños o adolescentes declarados en estado de abandono. Este tipo de adopción se rige por el Código de los Niños y Adolescentes, por la Ley N° 26981, referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono y su reglamento D.S. N° 00199-PROMUDEH.
- c. Procedimiento Notarial, se tramita ante notario las adopciones de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio¹²¹.

De esta manera apreciamos que la norma del Código Civil tiene una aplicación especial para los casos de adopciones mediante procedimiento judicial, ya que para los otros casos no se requiere la autorización del juez sino, simplemente, la

¹²⁰ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Op. Cit., p. 418.

¹²¹ Esto según la Ley N° 26662, promulgada el 22/09/1996 referida a la competencia notarial en asuntos no contenciosos.

resolución que aprueba la adopción que es firmada por el jefe de la oficina de adopciones.

H) Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

La necesidad de exigencias adicionales cuando el adoptante es extranjero surge cuando un número no determinado de casos pusieron en evidencia graves abusos cometidos en perjuicios de menores de edad llevados al exterior en calidad formal de hijos adoptivos¹²². Muchos países, por temor al tráfico de niños, se niegan a permitir la llamada adopción internacional; empero, en nuestro país está permitida y regulada en el Código de los Niños y Adolescentes que en su artículo 129° señala que se entiende por adopción internacional la efectuada por extranjeros residentes en el exterior a favor de niños peruanos. Además, establece que para su procedencia, es indispensable la existencia de convenios entre: a) el Estado Peruano y el Estado de los extranjeros adoptantes, o b) las instituciones autorizadas por éste.

Cabe resaltar que, la adopción por extranjeros tiene carácter subsidiario frente a la adopción por nacionales (artículo 130° CNA). En virtud de tal subsidiariedad, en la hipótesis de que concurren solicitudes de nacionales y extranjeros, se preferirá la solicitud de los primeros. Solo en ausencia de solicitudes formuladas por nacionales tiene lugar la adopción internacional, que según los artículos 131° y 132° del CNA, en la etapa posadoptiva: Los adoptantes peruanos deben informar sobre el desarrollo integral del niño o el adolescente semestralmente y por un período de tres años a la Oficina de Adopciones o a las instituciones debidamente autorizadas por ésta; asimismo establece que, el centro o institución extranjera que patrocinó a los adoptantes será responsable de la supervisión del estado del niño y, en su caso, de la legalización de la Adopción en el país de los adoptantes. A este efecto, remitirá periódicamente, de conformidad con los convenios suscritos, los informes respectivos dirigidos a la Oficina de Adopciones.

¹²² Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Op. Cit., p. 419.

2.6. Niños y adolescentes en estado de abandono

La vulnerabilidad propia de la falta de maduración de los niños y adolescentes se ve acrecentada cuando por diversos motivos estos no cuentan con el cuidado de sus padres o están en riesgo de perderlo. Esta situación los expone a la pobreza, discriminación y exclusión, y los hace presa fácil del abuso, explotación y el abandono¹²³.

En el informe realizado por Aldeas Infantiles SOS al respecto en América Latina, se señaló *“la existencia de una profunda desigualdad económica y social en la región. Tal desigualdad viene a ser la principal causa de que muchos niños y adolescentes pierdan el cuidado de sus padres”*¹²⁴. Esta situación es la causa de que hoy en día, muchos niños y adolescentes se encuentren separados de sus padres o en las calles carentes de todo tipo de protección, por ello frente a esta carencia de cuidado se hace necesario que el Estado cumpla con su función de proteger al niño o adolescente garantizando su interés superior al hacer efectivo el respeto de sus derechos humanos.

A. Situación de abandono

El abandono es una condición que no está definida en nuestra legislación. A pesar de la ausencia de definición, el artículo 4 de nuestra Constitución puntualiza la protección especial que le es debida por el Estado y la comunidad al niño y adolescente en situación de abandono.

El Código de los Niños y Adolescentes también lo regula en el Capítulo IX, cuyo nombre es *“Medidas de protección al niño y adolescente en presunto estado de abandono”*. Asimismo, el Decreto Supremo 0011-2005-MIMDES, norma que reglamenta este capítulo y el X del código en mención.

¹²³ ALDEAS INFANTILES y RELAF. *Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América Latina*, 2011, p. 5.

¹²⁴ ALDEAS INFANTILES y RELAF. Op. Cit., p. 8. En el mismo Informe se menciona que la existencia de índices de pobreza altos entre la población global de los países y más aún entre los niños y adolescentes se evidencia en nuestro país al tener que más del 60% de nuestros niños y adolescentes viven en condición de pobreza. Los sectores pobres, además, ven recrudescida su situación debido a que el acceso a los servicios públicos como la educación, salud y vivienda que el Estado debe garantizar es de por sí limitado.

En el Informe N°153 de la Defensoría del Pueblo se define al abandono como:

“El descuido, desatención o desamparo, negligente o no, del niño, niña o adolescente por parte de las personas responsable de su cuidado que tiene como presupuesto indispensable la consiguiente carencia de soporte familiar sumada a la existencia de situaciones que afectan gravemente, en cada caso concreto, al desarrollo integral de un niño, niña y adolescente y que, a partir de esta situación de desprotección, no permiten el goce y disfrute de sus derechos fundamentales”¹²⁵.

Esta noción de abandono parte de un enfoque de derechos de los niños, niñas y adolescentes acorde con su condición de sujetos de derechos y libertades reconocida por la Doctrina de la Protección Integral y que exige que estos sean respetados, protegidos y garantizados por la familia, la comunidad y el Estado.

Este enfoque de derechos permite entender el abandono como una situación de vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, es decir, como una situación de desprotección que se puede originar en diversas circunstancias sociales y/o familiares, y que puede ser revertida mediante la implementación de medidas de protección especiales que no solo brinden cuidado y asistencia a las personas menores de edad que la padecen, sino que presten apoyo y asesoría a los padres, madres y/o familiares con la finalidad de desarrollar o potenciar sus habilidades para el cuidado de sus hijos, hijas o familiares.

Al analizar las causales que permiten a un juez declarar a un niño o adolescente en estado de abandono puede entenderse que en nuestro ordenamiento el abandono está relacionado con dos presupuestos: la carencia de soporte familiar y la existencia de situaciones que afectan el desarrollo integral de un niño que le impide el goce y ejercicios de sus derechos¹²⁶.

Es necesario dejar en claro que no son lo mismo una situación de riesgo y una situación de abandono, ya que por su naturaleza distinta requieren una respuesta estatal distinta. El riesgo implica la posibilidad de la existencia de un daño y se

¹²⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo*, Informe Defensorial N° 50, 2010, p. 151.

¹²⁶ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*, Informe Defensorial, N° 153, 2011, p. 39.

aplica a los casos en que, por ejemplo, los niños viven en circunstancias que hacen pensar que podrían perder el cuidado parental. Esto lleva a pensar que la acción estatal debe estar destinada a prevenir esta posible pérdida mediante medidas de apoyo directo a los padres con el fin de que puedan cumplir adecuadamente con sus responsabilidades de crianza. Los niños que se encuentran en estado de abandono, entonces, son niños que ya viven la privación de sus derechos y, por tanto, requieren medidas destinadas a su protección¹²⁷.

Cabe precisar que el riesgo hace referencia a una situación que precede al abandono. En efecto, la acepción gramatical alude a la “*contingencia o proximidad de un daño*”, mientras que, en el ámbito de la intervención social, el riesgo “*recoge el incremento de la probabilidad de un resultado negativo o consecuencia negativa dentro de una población de individuos*”. Por ello, siendo la situación de riesgo distinta a la de abandono, entonces, la intervención estatal también es distinta como se explicó líneas arriba.

B. Causales de abandono

El artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes regula las causales por las que un Juez puede declarar a un niño o adolescente en estado de abandono, las cuales son que:

- a. *“Sea expósito;*
- b. *Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;*
- c. *Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;*
- d. *Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;*
- e. *Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;*
- f. *Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;*
- g. *Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia;*

¹²⁷ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Niños, niñas y adolescentes en abandono*, Op. Cit., p. 45.

- h. Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i. Se encuentre en total desamparo”.

2.6.1. Respuesta tutelar del Estado

A. Investigación tutelar

El procedimiento de investigación tutelar se encuentra regulado en el Capítulo IX del Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes; en la Ley N° 28330, Ley que modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes; así como en el Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES, Reglamento de Capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º, inciso a) del D.S. N° 011-2005-MIMDES, el procedimiento de investigación tutelar es *“el conjunto de actos y diligencias tramitados administrativamente que están destinados a verificar la situación de estado de abandono en que se encuentra un niño o adolescente, (...) a efectos de dictarse las medidas de protección pertinentes”*¹²⁸. Es decir, la finalidad de este procedimiento es determinar si una persona menor de edad se encuentra o no en situación de abandono y, de ser el caso, se le aplicarán las medidas de protección correspondientes.

Según el artículo 245º CNA cuando el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables tome conocimiento de que un adolescente se encuentra dentro de las causales de abandono abrirá una investigación tutelar con conocimiento del Fiscal de Familia y se dispondrán las medidas de protección necesarias establecidas en el artículo 243º CNA.

¹²⁸ Entre estas medidas tenemos las previstas en el artículo 243º del CNA: a) Cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables al cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en el Programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial; y e) Adopción del niño o adolescente, previa declaración del Estado de Abandono por el juez especializado.

Según el citado Código, la investigación tutelar es de tipo administrativa, está a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), a través de la Dirección de Investigación Tutelar adscrita a la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes. Estas funciones previamente las desempeñó la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar del INABIF.

De acuerdo a la Resolución Administrativa N° 344-2011-SJ-PJ de la Corte Suprema, el MIMP, en conformidad con la acción estratégica mencionada del Plan Nacional de Apoyo a la Familia, Decreto Supremo N° 005-2004-MIMDES, debía asumir la totalidad de las investigaciones tutelares en el año 2011¹²⁹. El objetivo de hacer que la Investigación Tutelar fuera realizada en vía administrativa era que se realizase más expeditivamente

Los casos de materia tutelar iniciados antes de lo dispuesto por la Ley 28330 son llevados desde el año 2008 por los Juzgados Transitorios de Familia Tutelar. Las investigaciones realizadas en estos procesos suelen demorar varios años¹³⁰, ya que, se realizan diligencias para evaluar la salud, integridad física y psicológica, la situación sociofamiliar, etc. del niño o adolescente.

El procedimiento de investigación tutelar realizado por la Dirección de Investigación Tutelar se inicia mediante un informe policial o una denuncia de parte, o también cuando los responsables de establecimientos de asistencia social o de salud informan a la autoridad competente en un plazo de 72 horas desde que tuvieron conocimiento del presunto estado de abandono de un niño o adolescente¹³¹. Además, cualquier persona puede dar a conocer a la autoridad que existe tal situación, pues el deber de protección de los niños y adolescentes le corresponde a la comunidad y al Estado.

¹²⁹ DIARIO OFICIAL EL PERUANO. Judicatura seguirá a cargo de la investigación tutelar. Publicación del 2/10/2011, [Ubicado el 26.V.2018], Obtenido en: <http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia.aspx?key=ELYSiAV/ltw=>

¹³⁰ Cfr. ALIAGA GAMARRA, Op. Cit., p. 70.

¹³¹ El Código de los Niños y Adolescentes en su Artículo 244 establece la Obligación de informar: *“Los responsables de los establecimientos de asistencia social y/o de salud, públicos o privados, están obligados a informar al órgano competente de las investigaciones tutelares del MIMDES sobre los niños y/o adolescentes que se encuentran en presunto estado de abandono en un plazo máximo de setenta y dos (72) horas de tener conocimiento del hecho”*.

Luego de recibida la denuncia de parte o el informe policial, la Dirección de Investigación Tutelar tiene un día para expedir una resolución en la que se decide abrir la investigación¹³² o deniega la misma, motivando debidamente su decisión. Terminada la investigación la misma es enviada al Fiscal de Familia para su evaluación y, de ser aprobada, el Juez pasa a declarar el estado de abandono del niño o adolescente.

B. Adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono

Este es el tipo de adopción que el artículo 243° CNA establece como la última medida de protección al menor que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables puede tomar a través de la Dirección General de Adopciones, órgano desconcentrado que depende del Viceministerio de Poblaciones Vulnerables, pudiendo ser realizada por residentes en el Perú o aquellos residentes en el extranjero.

La Dirección General de Adopciones es la encargada de desarrollar el llamado Programa de Adopción, que es el conjunto de actividades tendentes a brindar hogar definitivo a un niño o adolescente, entre ellas el trámite del procedimiento administrativo de adopción. Esta Dirección selecciona los eventuales adoptantes, una vez que un niño, niña o adolescente es declarado judicialmente en abandono, tras una evaluación previa, el Equipo de la Dirección General de Adopciones propone al Consejo Nacional de Adopciones ternas o duplas de adoptantes a favor del niño o adolescente pasible de adopción; siendo este el que designa al adoptante más idóneo o compatible de acuerdo a las características de los adoptantes.

El artículo 115° CNA define esta adopción del niño o adolescente de la siguiente forma: *“la Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la*

¹³² La Resolución Administrativa que dispone abrir la Investigación Tutelar debe contener: a. El resumen de la forma y circunstancia en que se originó el presunto estado de abandono, así como los datos de identificación del niño o adolescente; b. Las causales de abandono que dan lugar a la investigación; c. Las medidas provisionales de protección; d. Las diligencias que deberán actuarse para determinar el estado de abandono; e. Las diligencias para obtener la Constancia de Nacimiento. INABIF. Instructivo Legal, Social, Psicológico, y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, 2011, p. 9.

cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

Este artículo define la adopción como una medida de protección en favor de los niños y adolescentes, mediante la cual y bajo la supervisión del Estado, se establece un parentesco de manera irrevocable entre personas que no lo tenían por naturaleza, con la finalidad de que menores en estado de abandono, peligro moral y/o material sean adoptados por personas que les brinden una familia.

2.6.2. Procedimiento administrativo de adopción de niñas, niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono

El organismo encargado de dar trámite a las solicitudes de adopción de niños y adolescentes declarados en estado de abandono, es la Oficina de Adopciones del MIMP (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables)¹³³, salvo excepciones señaladas en el artículo 128° del CNA. Según lo estipulado en el Reglamento de la Ley 26981, el procedimiento de adopción tiene tres etapas: evaluativa, adoptiva y post adoptiva.

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

Pueden solicitar la Adopción vía administrativa los peruanos o extranjeros residentes o aquellas personas que viven en países con los cuales el Perú haya suscrito convenio de adopción y existen entidades colaboradoras de adopción autorizadas para promover adopciones en el Perú. Asimismo, pueden solicitar la Adopción las parejas de cónyuges o los solteros, de preferencia menores de 55 años de edad y por lo menos 18 años mayores al niño o niña o adolescente que deseen adoptar.

¹³³ Ello en virtud de lo establecido en el artículo 119° del Código de los Niños y Adolescentes “*La Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del MIMDES es la institución encargada de tramitar las solicitudes de Adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono, con las excepciones señaladas en el artículo 128° del presente Código. Sus atribuciones son in delegables, salvo lo dispuesto en la Ley. Esta Oficina cuenta con un Consejo de Adopciones conformado por seis miembros: dos designados por el MIMDES, uno de los cuales lo presidirá; uno por el Ministerio de Justicia y uno por cada colegio profesional de psicólogos, abogados y asistentes sociales (...)*”.

Las solicitudes de Adopción que llegan a la Secretaría Nacional de Adopciones son más numerosas que los niños que han sido declarados en condición de ser adoptados. Por esa razón, el MIMP ha implementado la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar-UGIT, instancia perteneciente al INABIF encargada de llevar a cabo el procedimiento de Investigación Tutelar.

B. Etapas del procedimiento

- a) Etapa 1: Preadoptiva o evaluativa¹³⁴
 - i. Asistencia a la Sesión Informativa.
 - ii. Asistencia a los Talleres de Preparación para la Adopción.
 - iii. Los solicitantes ingresan la Ficha de Inscripción a Mesa de partes.
 - iv. Evaluación psicosocial.
 - v. Evaluación legal: entrega de carpeta con documentos para la evaluación legal.
 - vi. Declaración de aptitud (De lo contrario se resuelve la improcedencia o situación desfavorable para la adopción).
 - vii. Ingreso al Registro Nacional de Adoptantes.
 - viii. Propuestas de Designación al Consejo de Adopciones.

- b) Etapa 2: Adoptiva
 - ix. Se comunica la Designación
 - x. Tienen siete días, para enviar carta de aceptación.
 - xi. Comunicación a albergo para preparación del niño.
 - xii. Etapa de Empatía: Presentación del niño con su familia; dura de cuatro a siete días hábiles.
 - xiii. Externamiento.
 - xiv. Etapa de Colocación Familiar con fines de adopción: dura siete días naturales, prorrogables a siete días naturales más. Durante esta etapa se realizan dos visitas una inopinada y otra concertada.
 - xv. Firma de la Resolución de Adopción y el compromiso de seguimiento y acompañamiento post adoptivo.
 - xvi. Plazo de ley para que la resolución de adopción quede firme (1 día)

¹³⁴ MEJÍA SALAS, Francisco. Institución Jurídica de la Adopción en el Perú, en *Revista Vox Juris*, N° 25, Lima, USMP, 2013, pp. 161-162.

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

C. Etapa 3: Seguimiento y acompañamiento post adoptivo

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

2.6.3. Problemática sobre la legislación que regula el procedimiento de investigación tutelar

Se ha mencionado que las causales para iniciar el procedimiento de investigación tutelar son aquellas reguladas en el artículo 248º del Código de los Niños y Adolescentes para la declaración judicial de abandono. Estas causales, que tienen carácter taxativo, aluden principalmente a acciones u omisiones dolosas de los padres, madres u otras personas obligadas a brindar cuidado y protección a los niños, niñas y adolescentes, tales como el abandono físico, maltratos, renuncia expresa de las obligaciones parentales, explotación, entre otras.

Aparentemente, el legislador estableció estas causales de manera taxativa con el fin de limitar el poder discrecional de los operadores jurídicos o sociales para declarar la situación de abandono de una persona menor de edad y, por ende, iniciar la investigación tutelar. Sin embargo, la causal de “total desamparo” permitiría iniciar la investigación tutelar en los casos en que la situación de desprotección se origine por otro tipo de circunstancias que no estarían asociadas a las referidas conductas dolosas.

Respecto a este supuesto, es preciso señalar que en el Informe Defensorial N° 150 se ha indicado que por medio de esta causal residual tan genérica como es el “total desamparo”, se podrían incorporar cualquiera de las otras causales contempladas en el artículo 248º del CNA e inclusive otras distintas, ocasionando problemas de aplicación arbitraria de esta norma, que terminarían afectando el

derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes a vivir en el seno de su familia¹³⁵.

En ese sentido, señalamos que hubiera sido conveniente que el legislador hubiese establecido los elementos centrales que configuran una situación de abandono, como la carencia de soporte familiar, sumada a la existencia de situaciones que afecten gravemente el goce y disfrute de sus derechos fundamentales.

Asimismo, tenemos que pese a la regulación normativa existente, adoptar en el Perú es muy complicado debido a trabas burocráticas que alargan la espera y desaniman a las parejas. De acuerdo a la Dirección Nacional de adopciones solo unos 200 niños son adoptados anualmente. Las dificultades a nivel judicial podrían hacer que el proceso termine durando dos años.

Otras causas que acarrearían dificultad para la realización de una adopción serían¹³⁶: el prejuicio de los peruanos que aún no llegan a concebir totalmente la idea de acoger a un menor desconocido y además muchas veces la pareja se desilusiona al ver que el menor designado no cumple con sus expectativas en cuestiones étnicas (raciales, lingüísticas, culturales). El panorama no es el mismo cuando los padres adoptivos son extranjeros, los italianos y los norteamericanos son quienes más se inclinan por adoptar a un menor peruano.

2.7. Fortalecimiento familiar

2.7.1. El fortalecimiento de la familia como tarea pendiente del Estado

El artículo 4° de la Constitución Política de 1993 obliga al Estado y a la Comunidad a proteger al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Además, el artículo 7° establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, del medio familiar y de la defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental

¹³⁵ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*, Op. Cit., p. 113.

¹³⁶ ALVARADO TAPIA, Op. Cit., p. 25.

tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

El referido artículo 4º, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, tiene su fundamento en el principio del Interés Superior del niño¹³⁷, que se encuentra consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y el inciso 1 del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, este artículo recoge expresamente el principio de protección especial del niño, que se encuentra reconocido en diversas normas internacionales.

En tal sentido, se puede afirmar que el artículo 4º de la Constitución Política consagra dos principios esenciales en materia de niñez y adolescencia –Interés Superior del Niño y protección especial del niño–, los cuales interactúan imponiendo al Estado la obligación de adoptar todas las acciones y medidas necesarias para garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

También, es importante precisar que la protección especial señalada en el artículo 4º de nuestra Carta Magna no es solo para el niño y el adolescente en estado de abandono, sino que se extiende a la niñez y adolescencia en general, protección que además no solo ha sido impuesta al Estado, sino también a la familia, la comunidad y a la sociedad, tal como lo han sostenido el Tribunal Constitucional¹³⁸ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se puede apreciar, en el plano constitucional, el artículo 4º es la norma principal que consagra la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes peruanos, por cuanto les reconoce “*una titularidad superreforzada*”

¹³⁷ Ver las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 6165-2005-HC/TC de 6 de diciembre del 2005, FJ. 12; N° 4646-2007-PA/TC de 17 de octubre del 2007, FJ. 45; N° 03247-2008-PHC/TC de 14 de agosto del 2008, FJ. 9; y N° 01817-2009-HC/TC de 07 de octubre del 2009, FJ. 11.

¹³⁸ Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 01817-2009-PHC/TC de fecha 7 de octubre del 2009, FJ. 6 y 7.

de derechos fundamentales”¹³⁹, a fin de garantizar su protección integral. Sin embargo, si bien podemos evidenciar que existen políticas públicas y programas destinados a fortalecer y favorecer a la familia, éstas no resultan del todo efectivas o no alcanzan su total desarrollo en la medida en que se dirigen a “parcelas” de la dinámica familiar y no cuentan con un elemento integrador que optimice sus resultados. Esto porque:

“A pesar de que existe normativas y políticas que vislumbran líneas de acción a realizar en favor de las familias, estas no son cumplidas y/o adoptadas adecuadamente por las instituciones del Estado responsables de atender las necesidades de las familias del país. Esto se evidencia principalmente en el accionar de los niveles de gobierno que tiene más llegada a la población como son los Gobiernos Regionales y Locales, donde el tema de familias se reconoce como importante, pero no se sabe cómo abordarlas, dando prioridad a otros temas, postergando el qué y cómo hacer para implementar políticas de fortalecimiento de las familias del trabajo de las autoridades regionales y locales”¹⁴⁰.

Es por ello, que en nuestro país algunas regiones han establecido un Plan Regional de fortalecimiento de la Familia, Lambayeque es la primera región en incorporar el Enfoque de Familia en sus políticas públicas y también la primera en implementar dicho Plan¹⁴¹.

2.7.2. Adopción como medio para la integración de un menor en una familia

La convicción de que niños y adolescentes requieren un cuidado especial debido a la vulnerabilidad propia de su edad cobró importancia durante el siglo XX, por ello se desarrollaron importantes instrumentos jurídicos en los que se reconocía que los niños y adolescentes eran objeto de protección. Así se tiene a la Declaración

¹³⁹ Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0013-2007-PI/TC, de fecha 13 de julio del 2007, FJ. 18

¹⁴⁰ MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Plan Nacional de Familia*, Documento de trabajo, Lima, 2014, p. 62.

¹⁴¹ El mencionado Plan de Fortalecimiento tiene como propósito “promover y proponer la implementación de políticas públicas en favor de la familia en la Región Lambayeque”; y tiene como visión que “al 2021 la familia de la Región Lambayeque se encuentra fortalecida como institución que promueve el desarrollo integral de sus miembros, a través de la formación, socialización, cuidado, seguridad económica y afecto, que contribuyen al desarrollo y progreso de la sociedad”. COREIFAM. *Plan Regional de Fortalecimiento de las Familias 2017-2021*, Chiclayo, 2017, p. 29.

de Ginebra (1924)¹⁴² y la Declaración sobre los Derechos del Niño (1959)¹⁴³, en ellas se establece que los niños son los valores más preciados de la humanidad y que, por tanto, requieren protección especial.

Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconoce que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por la vulnerabilidad propia de su edad requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado. En esta misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)¹⁴⁴, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969) reconocen la especial situación de los niños y adolescentes e instan a los Estados partes a su protección.

2.7.2. Derecho a vivir en familia

El derecho a vivir en una familia es un derecho humano contenido en el Preámbulo y primer párrafo del artículo 9° de la Convención de los Derechos del Niño. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

“el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia

¹⁴² El preámbulo reza: “Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”.

¹⁴³ Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹⁴⁴ Artículo 24.1. “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (...)”.

*solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales*¹⁴⁵.

Cabe resaltar que, nuestra Constitución no lo llama propiamente “derecho” en el artículo 4° pero sí establece que la familia es una institución constitucionalmente protegida. El artículo 3¹⁴⁶ de nuestra Carta Magna establece una cláusula de los derechos no enumerados, siendo el derecho a vivir en familia un derecho que entra dentro del bloque constitucional y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico según lo ordenado por el artículo 55° del mismo cuerpo normativo.

Además, de acuerdo a lo exigido por la Cuarta Disposición Transitoria al ser la Convención de los Derechos del Niño un Tratado de Derechos Humanos ha de ser usado para interpretar los derechos de los niños dentro de nuestro ordenamiento. Así, no cabe duda que el derecho a vivir en familia es un derecho fundamental y, tiene la protección especial con la que cuenta todo derecho constitucional.

El Código de los Niños y Adolescentes estipula en el artículo 8° que el niño y adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. Además, menciona el deber de los padres de velar por que sus hijos puedan desarrollarse integralmente¹⁴⁷.

Al respecto, el Tribunal Constitucional estableció en la sentencia del Exp. N° 01817-2009-PHC/TC que *“el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia y es manifestación del derecho del niño y adolescente a tener una familia y no ser separado de ella”*¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Ver Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, recaída en el Caso Gelman v/s Uruguay, párrafo 125.

¹⁴⁶ El artículo 3 de nuestra Constitución señala que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

¹⁴⁷ El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 8 estipula “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, p. 15.

Es evidente que el Estado debe establecer y ejecutar medidas de protección para que los niños y adolescentes sean criados dentro de su familia y, de no ser posible, instituir medidas que ofrezcan un ambiente familiar adecuado a los menores. Sin embargo, las actuales condiciones en las que viven muchos niños y adolescentes privados de cuidado parental o en riesgo de perderlo, evidencian que en nuestro país no se están cumpliendo adecuadamente los mandatos a los que las normas internacionales nos obligan.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) considera la adopción como una *“una medida definitiva de protección de niñas, niños y adolescentes, declarados judicialmente en estado de abandono, quienes tienen el derecho a desarrollarse en el seno de una familia”*¹⁴⁹. En ese sentido, la adopción es una decisión que permite construir una familia con los mismos derechos y obligaciones que aquellas constituidas con vínculos biológicos; por ello la Dirección General de Adopciones del MIMP, ayuda a restituir a las niñas, niños y adolescentes su derecho a vivir en Familia¹⁵⁰. Al respecto, la Ley de Fortalecimiento de la Familia señala que,

*“tiene por objeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros y velando especialmente por aquellas familias que se encuentran en situación de extrema pobreza, pobreza o riesgo social”*¹⁵¹.

2.8. La adopción frente a un supuesto “derecho al hijo”

La adopción de menores implica asumir por entero un proyecto de vida, los motivos de adoptar son diversos, al igual que diversas son las circunstancias en

¹⁴⁹ MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. “La Adopción y el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia”, en *Cuadernos sobre Poblaciones Vulnerables N° 13*, Lima, 2013, p. 11.

¹⁵⁰ Para alcanzar este objetivo la Dirección General de Adopciones cuenta con diez (10) Oficinas de Adopción en las regiones de Arequipa, Ayacucho, Cusco, Huánuco, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Piura, Puno y Junín; realiza coordinaciones para evaluar las condiciones de adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados en los Centros de Atención Residencial de los Hogares del INABIF, las Aldeas Infantiles de los Gobiernos Regionales, los Hogares de la Sociedad de Beneficencia Pública, así como con los Centros de Atención Residencial Privados. En MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES, Op. Cit., p. 11.

¹⁵¹ Ley de fortalecimiento de la familia, Ley N° 28542, publicado el 15 de junio de 2005.

las que viven los niños que van a ser adoptados. Ambas realidades coinciden al culminar el proceso de adopción, que representa sólo el punto de partida de una convivencia que durará años.

Quienes deciden convertirse en padres de un niño o una niña que procede de una situación desfavorable, asumen un compromiso y una responsabilidad que no tiene marcha atrás. Como ya se explicó, la adopción es un procedimiento por el cual un niño o una niña nacidos en una determinada familia se convierten en el hijo o la hija de otra familia, perdiendo la vinculación jurídica con su familia biológica y convirtiéndose a todos los efectos y para siempre en el hijo o la hija de su familia adoptiva.

La adopción constituye un plan de vida para un niño susceptible de ser adoptado y debe determinarse de acuerdo a un estudio psicosocial, médico, cultural y legal, quiénes son las personas que pueden ser sus padres adoptivos¹⁵². Sobre todo si se trata de un niño abandonado que tiene la necesidad de ser reconocido, amado y protegido.

La frecuencia con que las personas solteras adoptan a un menor en estado de abandono se ha ido incrementando¹⁵³. Esto puede ser porque se piensa que la adopción es un derecho a tener hijo y se desconoce el fin último de la adopción que es brindarle una familia a un menor en estado de abandono y se pasa a un fin más superficial que es la carencia de un hijo. Al respecto, hoy en día muchos son

¹⁵² Según el Artículo 11 del Decreto Supremo N° 010-2005-MIMDES, para ser aceptados como adoptantes los solicitantes deben reunir las siguientes aptitudes: a. Madurez; b. Antecedentes educativos que permitan apoyar en su normal desarrollo a la niña, niño o adolescente; c. Estabilidad emocional, capacidad afectiva y de aceptación hacia los demás; d. Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal; e. Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia las niñas, niños y adolescentes; f. Expectativas y metas realistas respecto a la niña, niño o adolescente por adoptar; g. La edad debe estar en relación directa a lograr la atención más adecuada de la niña, niño o adolescente sujeto de adopción; h. Acreditar ingresos estables y suficientes para cubrir las necesidades de crianza, educación, salud y desarrollo integral de la familia, especialmente de la niña, niño o adolescente adoptado; i. Capacidad para cubrir las necesidades de crianza, salud y desarrollo integral de la familia, especialmente de la niña, niño o adolescente adoptado.

¹⁵³ Al respecto, se señala que “*en el período 2011-2015, 22 mujeres solteras y dos hombres solteros, lograron ser madres o padres de familia por medio de la adopción*”. LEZAMA, Carlos. *Hombres y mujeres solteros también pueden adoptar a un niño, niña o adolescente*, 2016, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: <http://andina.pe/agencia/noticia-hombres-y-mujeres-solteros-tambien-pueden-adoptar-a-un-nino-nina-o-adolescente-621792.aspx>

los que defienden que las personas tienen un derecho a ser padres o un derecho a tener un hijo, así nos preguntamos ¿Existe el derecho a ser padres? Consideramos que no. La maternidad o paternidad no son un derecho.

El derecho a la vida, el derecho a tener una familia y a unos padres capaces de cubrir sus necesidades, lo tienen las niñas, niños y adolescentes en estado de abandono. Por tanto, no existe el derecho a ser padres o el llamado derecho al hijo, por lo cual usar este argumento a favor de la adopción por parte de familias monoparentales originarias no es correcto.

No existe el derecho a tener hijos, porque un derecho es exigible en cualquier circunstancia. El considerar a un hijo como un derecho propio “*implica su cosificación, y una relación de dominio del padre sobre el hijo (...). La manera en la que todos venimos a este mundo nos coloca en un plano de igualdad con nuestros padres, que no pueden hacer activamente nada por escogernos tal y como somos*”¹⁵⁴. Por tanto, no son los padres los que tienen derecho a tener hijos, sino que son los hijos los que tienen derecho a tener unos padres.

La adopción no se plantea ni se concibe desde la perspectiva de quienes pueden adoptar, sino bajo el criterio de la mejor protección de los intereses de quien va a ser adoptado. Por ello, nadie, sea a título individual o conjuntamente, puede tener el derecho de adoptar a un menor; por el contrario, en la adopción es el menor quien tiene el derecho a ser protegido en su desarrollo personal y social por la persona más idónea para ello. En consecuencia,

*“la cuestión sobre quienes pueden adoptar no es un problema de derechos individuales o de pareja, sino de idoneidad. No existe el derecho a la adopción, existe una obligación de los poderes públicos de seleccionar a quienes pueden proteger adecuadamente los intereses de los menores desamparados. La adopción es, pues, un modo privilegiado de dar cumplimiento al deber de protección del menor, no es en absoluto la satisfacción de un supuesto derecho de los individuos a disponer de un menor”*¹⁵⁵.

¹⁵⁴ LOSADA, Agustín. *El Derecho a tener Hijos*, Madrid, 2010, [Ubicado el 15.V.2018], Obtenido en: <https://www.religionenlibertad.com/derecho-a-tener-hijos-8427.htm>

¹⁵⁵ MOLINER NAVARRO, Rosa. Adopción, familia y Derecho, en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 14, Santa Cruz, 2012, p. 105, [Ubicado el 15.V.2018], obtenido en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000200007

En la legislación peruana se conceptualiza la adopción de un menor de edad como una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza; con lo cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Por su parte, el MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES señala que la adopción es:

“un encuentro entre el niño, en su necesidad y los padres en su deseo. No es un derecho de los adultos de conseguir que se les confíe un niño porque lo desean. La adopción es una medida de protección, un derecho, que posibilita la convivencia familiar a niñas, niños y adolescentes que han sido declarados judicialmente en abandono y se encuentran, por tanto, en situación de desprotección familiar”¹⁵⁶.

El ordenamiento *“no reconoce en este campo ningún derecho subjetivo; tan solo faculta a determinados sujetos, bajo determinadas condiciones, para manifestar formalmente su disposición a ser adoptantes a través de una solicitud específica”¹⁵⁷*. Entonces, la voluntad de quien o quienes pretenden adoptar, lejos de ser el ejercicio activo de un derecho, se limita exclusivamente a ser una pura manifestación genérica de disponibilidad a la acreditación de su idoneidad para educar y proteger a un menor, y en aplicación del interés superior del menor se determinará si la adopción solicitada se lleva a cabo.

Ninguna legislación contempla el derecho a adoptar. Las leyes únicamente recogen aquellos requisitos de idoneidad que la sociedad considera necesarios para garantizar que una persona lleve a cabo la adecuada protección de un menor. El papel de los adoptantes no es el de actores sino el de receptores. Ni siquiera la declaración de idoneidad de los solicitantes constituye el fundamento de un eventual derecho a adoptar, puesto que la efectiva adopción dependerá siempre de la existencia o no de otros solicitantes mejor capacitados (más idóneos) para hacerse cargo de las necesidades concretas del menor en cuestión.

¹⁵⁶ ROBINSON URTECHO, Patricia. *Procedimientos de Adopción en el Perú*. Informe de investigación 98/2014-2015, Lima, 2014, p.6.

¹⁵⁷ MOLINER NAVARRO, Op. Cit., p. 105.

Considerar la adopción como un derecho de los solicitantes sería vulnerar esa premisa haciendo prevalecer el interés del adoptante por encima del interés del menor, que vendría reducido a un mero instrumento para la satisfacción del deseo de aquellos. Tal pretensión es inconcebible¹⁵⁸.

Sin embargo, esto no significa que los deseos y aspiraciones del adoptante no tengan relevancia en este proceso, solo significa que no son su clave o centro de gravedad. Naturalmente que los solicitantes expresan y perfilan su voluntad de adoptar y son libres de aceptar o rechazar la propuesta que se les haga. La adopción no puede imponerse a nadie. Precisamente por eso, en sentido estricto, tampoco puede hablarse de un derecho del menor a ser adoptado, ya que nadie está obligado a adoptarle. El menor tiene derecho a ser cuidado, educado y protegido, pero que eso se realice a través de la adopción exige necesariamente el consentimiento de los adoptantes.

Los mecanismos de asignación en los programas de adopción deben ser en función del interés del niño, y por ende cualquier consideración externa de los adoptantes debe ceder en virtud de ese interés, *“podría interpretarse que ésta es la razón por la cual la ley se encarga de establecer un orden de preferencia para la elección de familias adoptivas, cuestión que en cualquier otro orden de cosas podría ser incluso considerado como algo arbitrario o discriminatorio”*¹⁵⁹.

En razón del interés superior del niño, los procesos de adopción se rigen bajo la lógica de que los adultos se tienen que someter a pruebas de idoneidad en donde los factores de estabilidad emocional, social, económica, matrimonial o personal juegan un papel muy importante. Los adultos, entonces, no han ejercido jamás derecho alguno a la adopción. Todo lo contrario, han tenido que demostrar en los hechos que, fuera de ideologías y más allá de cualquier duda, son aptos para asumir con plena responsabilidad a un hijo. Como bien sabemos,

¹⁵⁸ Cfr. MOLINER NAVARRO, Op. Cit., p. 105.

¹⁵⁹ Cfr. MUÑOZ TAPIA, Alonso. “Análisis Crítico del Sistema de Adopción en Chile”, Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2016, p. 64.

“la paternidad y/o maternidad, son un don y una responsabilidad, no es un derecho por sí mismo. En todo caso, sería consecuencia y siempre sujeto al ejercicio de la responsabilidad. Como bien podemos darnos cuenta, puesto que el interés superior del niño manda, el derecho a la adopción no debe existir para nadie con independencia de su calidad, condición económica, religión, raza, etnia o preferencia sexual. Las niñas, niños y adolescentes no son objetos para satisfacer necesidades personales ni de índole ideológica o política”¹⁶⁰.

En la adopción, el centro de atención es el derecho del niño a tener una familia más que en el derecho de los adultos a formar una. La comunicación de la decisión de adoptar a veces no es bien recibida por la familia extensa. Sin embargo, los niños suelen ser recibidos con alegría: su llegada significa el final de un largo proceso, tanto para los padres como para los niños.

¹⁶⁰ GUTIERREZ TREJO, Antonio. *Adoptar no es un Derecho de los Adultos: CMDH*, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: <http://es.catholic.net/op/articulos/61401/adoptar-no-es-un-derecho-de-los-adultos-cmdh.html#>

CAPÍTULO 3

FAMILIA Y GARANTÍA DE MAYOR BIENESTAR EN MENORES ADOPTADOS.

La familia es la institución cultural más trascendental en las sociedades democráticas. Como institución natural desde una perspectiva dinámica se entiende como

“un grupo social organizado constituido por personas relacionadas por vínculos de consanguinidad, afinidad y/o afecto, donde se da un conjunto de relaciones e interacciones entre sus integrantes en el ámbito de lo doméstico, organizando la vida cotidiana y la reproducción económica, social y generacional; y como una institución social, en tanto constituye una red de interrelaciones donde se forman las identidades sociales que interactúa con el universo de lo social en todas sus dimensiones: social, económica, política, ofertando ciudadanos que ejercen esos roles (trabajadores/as, consumidores/as, ciudadanos/as, etc.), y que por lo tanto, también está afectada por factores exógenos a ella”¹⁶¹.

Es decir, la funcionalidad de la familia como grupo humano radica en el desarrollo que le permite a sus miembros, pues en su interior, la persona desde su nacimiento se ve inmerso en un proceso de socialización que le permitirá desarrollarse como persona para una futura interacción con otros ciudadanos. Es por ello, que el adecuado desempeño de las funciones familiares es una condición substancial para la formación integral de la personalidad de los hijos, ya que, cada ser humano se desarrolla a partir de las interacciones que instituye con sus

¹⁶¹ MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias*, 2014-2017, p. 19; [Ubicado el 04.VI.2018], Obtenido en: <https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>

familiares, educadores y vecinos, así como con las diversas situaciones a las que se enfrenta en su vida diaria.

Es necesario un proceso de aprendizaje para que los integrantes de una determinada unidad familiar puedan asumir valores, estilos de vida y formas de actuar en la sociedad, por ello, la familia debe educar a sus miembros para vivir en ella, convirtiéndose en el soporte del desarrollo de los ciudadanos. En ese orden de ideas, para DONATI la familia es

“el primero y más fundamental operador de la felicidad juntamente personal y social en cuanto que, por su propio modo de ser, estimula el desarrollo del capital humano (las cualidades individuales) y, en virtud de su peculiar estilo de vida, lo pone al servicio de los otros; poniéndolo al servicio de los otros, hace el bien a cada uno, esto es, vuelve feliz a toda persona que toma parte del hacer familia”¹⁶².

En ese sentido, siendo la familia el lugar donde la persona aprende que su felicidad depende de la felicidad de los demás, la fuente de virtudes sociales, y de donde proviene el capital humano y social; en este capítulo explicaremos brevemente los fines de la familia, así como las estructuras familiares que existen hoy en día a fin de determinar cuál de ellas es la que mejor cumple con las finalidades de la familia y es mayor garantía para el niño o el adolescente a adoptar, procurando su bienestar en función del interés superior del niño.

1. Fines de la familia

1.1. Fines biológicos

La familia como un hecho biológico implica, *“la vida en común de dos individuos de la especie humana, de sexo distinto, unidos con el fin de reproducir, y con ello, conservar la especie a través del tiempo”¹⁶³*. Desde esta perspectiva, puede entenderse a la familia como una agrupación humana de fines eminentemente biológicos, entre los cuales tenemos¹⁶⁴:

¹⁶² DONATI, Op. Cit., p. 33.

¹⁶³ OLIVA, Eduardo & VILLA, Vera. Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización, en *Revista Justicia Iuris*, N° 01, Volumen 10, enero-junio, 2014, p. 15.

¹⁶⁴ OLIVA, Eduardo & VILLA, Vera. Op. Cit. p. 15.

- La multiplicación con la correspondiente adición de nuevos individuos a la sociedad.
- Generar en la pareja el estadio de total goce de sus funciones sexuales.
- Proporcionar a los hijos un concepto firme y vivencial del modelo sexual, que les permita a futuro en su vida, hacer identificaciones claras y adecuadas de sus roles sexuales.
- Perpetuar la especie humana en el tiempo y espacio.

1.2. Fines sociológicos

Para la sociología, la familia constituye *“una comunidad interhumana configurada al menos por tres miembros, es un conjunto de personas que se encuentran unidos por lazos parentales, que pueden ser de dos tipos: vínculos por afinidad o consanguinidad (...); por su importancia histórico-social, tiene como fines”*¹⁶⁵:

- Perpetuar costumbres, cultura e identidad social.
- Reconocer y respetar la autoridad.
- Educar en el lenguaje, la comunicación y el diálogo como medio de solución de conflictos.
- Respetar las normas de social convención y las particulares de cada núcleo familiar.
- Crear redes familiares y sociales de acompañamiento y desarrollo social.
- Formar parte integrante del grupo social básico.

1.3. Fines económicos

La economía estudia a la familia con mayor claridad al considerarla como *“una ‘pequeña fábrica’, (...) una unidad al tiempo que un subsistema económico, que fluye socialmente como elemento receptor, a su vez que emisor, de fuerzas, políticas y dinámicas productivas, que se modifican en contraste con los cambios históricos”*¹⁶⁶. Entre los fines económicos de la familia tenemos¹⁶⁷:

¹⁶⁵ Cfr. OLIVA, Eduardo, Op. Cit., p. 16.

¹⁶⁶ OLIVA, Eduardo. Op. Cit., p. 17.

¹⁶⁷ Cfr. OLIVA, Eduardo. Op. Cit., p. 17.

- Dar a todos y a cada uno de sus miembros seguridad económica.
- Dotar a sus integrantes, de los elementos materiales mínimos necesarios para suplir sus necesidades básicas.
- Crear una cultura económica de ahorro y manejo de capital, que le permita subsistir y propender constantemente por su desarrollo económico.
- Preparar a cada individuo para su independencia económica.
- Enseñar el uso y manejo de la moneda.

1.4. Fin espiritual-cultural

La finalidad espiritual-cultural de la familia implica *“el aprendizaje de la cultura milenaria de la sociedad, que posibilita la formación como ser humano, la satisfacción de las necesidades culturales de los integrantes, el desarrollo cultural, estético, la recreación y la educación de determinadas condiciones espirituales del sujeto”*¹⁶⁸. Es decir, que es necesario que el individuo se haga partícipe de su cultura, de su historia, de su pasado y también de todo el desarrollo cultural para poder educarse y formarse como persona.

1.5. Fin educativo

Esta finalidad ha sido objeto de interés para la psicología y la pedagogía y, especialmente, para aquellos involucrados con la educación y el desarrollo del niño en sus primeros años de vida. *“La función educativa de la familia no se produce sola, sino a través de otras; manifestándose el doble carácter de las funciones; satisfacen necesidades de los miembros, pero, a la vez educan a la descendencia”*¹⁶⁹. Es decir, la familia no solo debe encargarse de la satisfacción de las necesidades básicas de sus miembros, sino también velar por su educación.

¹⁶⁸ MARTIN CALA, Martín & TAMAYO, Minervy. “Funciones básicas de la familia. Reflexiones para la orientación psicológica educativa”, en *Revista EduSol*, Vol.13, N° 44, julio setiembre, Centro Universitario de Guantánamo, Cuba, 2013, p. 64.

¹⁶⁹TAMAYO MEGRET, Minervy. Sistema de acciones de preparación a la familia para la estimulación del lenguaje a través de juegos verbales en niños de 5to año de vida, Tesis de Maestría, Universidad Raúl Gómez, Guantánamo, 2012, p. 13. Citado por MARTIN CALA, Op. Cit., p. 64.

La educación de los menores debe hacerse de forma permanente, puesto que, solo así se contribuirá con la formación y el desarrollo psíquico del niño durante su vida, ya sea, en situaciones donde se involucran sentimientos, se les enseña a hablar, a comunicarse, a caminar, a desarrollar procesos cognoscitivos, hábitos, habilidades, convicciones, autovaloración, entre otras situaciones que educan su carácter y personalidad.

Los padres deberían enseñar a sus hijos el hacer y el quehacer, que están asociados a la organización, disciplina, orden, innovación, equilibrio; por ello, son responsables de ayudarlos a que de manera armoniosa se inserten en el mundo físico y social del que forman parte, y en el que deben aprender a identificarse a sí mismos, y también a los objetos y demás seres que los rodean; y que nuestros actos son voluntarios pero responsables, por lo que, debemos prepararnos en la toma de decisiones, entre otras cosas. A decir de ALBORNOZ, *“lo esencial es que aquello que enseñan a sus hijos en los primeros años es sumamente importante porque si bien la conducta es modificable, esos primeros años son huella indeleble”*¹⁷⁰.

Un niño aprende de sus padres los dos modelos de seres humanos, el modelo hombre y el modelo mujer. Por ello, *“el problema de los padres que son solo mujer, por ejemplo, deriva del hecho de que sus hijos están expuestos a un solo modelo, el propio, mientras el otro se halla ausente. Esta es la consecuencia más importante en los niños de la disolución de la pareja”*¹⁷¹. Es decir, los niños no solo necesitan de sus progenitores para que los alimenten, los vistan o les brinden seguridad, sino que los padres son importantes para el desarrollo de la personalidad de los menores, al ser referentes de un modelo femenino y de uno masculino, siendo necesarios ambos en el seno familiar.

¹⁷⁰ Citado por SUÁREZ, Odalys & MORENO, José. *La familia como eje fundamental en la formación de valores en el niño*, [Ubicado el 31.V.2018], Obtenido en: http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/puericultura/la_flia_como_eje_en_la_formacion_de_valores.pdf

¹⁷¹ IBID

2. Estructuras familiares

La familia como organismo social básico “*tiene un ciclo de vida y una estructura que está constituida por holones individuales, conyugales, parentales, y fraternales*”¹⁷²; esto determina la existencia de diversas estructuras familiares como las familias nucleares, extendidas, comunales, reconstruidas y monoparentales; aunque, para algunos autores, las diversas tipologías familiares, más allá de su utilidad taxonómica, no hacen sino distorsionar la esencia de la familia, cuyo bienestar reside en la unión de intereses y afectos; otros enfatizan la calidad de los vínculos y relaciones familiares¹⁷³.

La forma o estructura, así como el papel de la familia, varía según la sociedad. Aun así, la familia nuclear (dos adultos, hombre y mujer, con sus hijos) es la unidad principal de las sociedades. En algunas otras comunidades, el núcleo está integrado como una gran familia, con abuelos y otros familiares. Una tercera unidad familiar es la familia monoparental, en la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudez o divorcio. La estructura familiar ha variado con respecto a su forma más tradicional en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres, principalmente por el rol de la mujer, la que por variaciones en su situación económica¹⁷⁴, y otros factores relacionados con el posicionamiento de la mujer en el mercado laboral¹⁷⁵, o en el ámbito político, etc. se ha visto en la necesidad de salir de su hogar.

¹⁷² ARIAS, Walter. Algunas consideraciones sobre la familia y la crianza desde un enfoque sistémico, en *Revista de Psicología*, 2012, p. 36.

¹⁷³ GUERRA, ¿Familia o Familias? Familia Natural y Funcionalidad Social, Citado por ARIAS, Walter; QUISPE, Ana & CEBALLOS, Karla. “Estructura Familiar y nivel de logro en niños y niñas de escuelas públicas de Arequipa”, En *Revista Perspectiva de Familia*, volumen 1, Arequipa, Adures D&L Editores, 2016, p. 39.

¹⁷⁴ Cfr. OLIVA, Eduardo & VILLA, Vera. Op. Cit., p. 14.

¹⁷⁵ Al respecto, ARRIAGADA manifiesta que, “*la inserción de la mujer en el ámbito laboral, los repartos de tiempo laboral y el tiempo doméstico, la flexibilidad de los procesos económicos, que trae consigo una serie de implicaciones como la alteración de la división técnica del trabajo, la generación de nuevos modelos de especialización, que ha traído fuertes impactos en el mercado laboral y específicamente en el empleo y con ello la oposición entre el tiempo familiar y el tiempo laboral, la ausencia de políticas de conciliación entre el tiempo laboral y el tiempo doméstico (...)*”. ARRIAGADA, “¿Nuevas familias para un nuevo siglo?”, 2001, p. 33. Citado por AGUDELO GIL, Luz. “Realidades familiares contemporáneas: A propósito de algunas contingencias en la

Las nuevas familias se alejan del modelo tradicional biparental y heteroparental en el que la maternidad-paternidad genética, biológica y social coinciden, y en el que la sexualidad, la reproducción, las relaciones heterosexuales y el matrimonio van unidos.

Un reducido sector de la doctrina considera como estructuras familiares, junto al modelo nuclear (madre/padre), a: la homoparentalidad (dos padres o dos madres); la coparentalidad (compartir la responsabilidad de criar y educar a un niño sin estar en pareja), ya sea, por separación, divorcio o cuando dos o más personas, sin vínculos sentimentales, acuerdan tener un bebé juntos; la monoparentalidad/monomarentalidad (hombre o mujer soltera con hijos adoptados o procreados artificialmente); y la pluriparentalidad (varios padres y varias madres) en las familias reconstituidas o que recurren a la reproducción asistida¹⁷⁶.

Sin embargo, consideramos que la familia nuclear no es una más de las estructuras familiares, sino que, es la estructura familiar imperante en nuestra sociedad actual, y que pese, a los diversos cambios sociales, económicos, jurídicos, entre otros, aun es el modelo familiar predominante en nuestro entorno, por ello, a continuación pasaremos a explicarlo.

2.1. Familia nuclear

El término familia nuclear fue desarrollado en el mundo occidental para designar el grupo de parientes conformado por los progenitores, usualmente padre, madre y sus hijos. Se concibe como un tipo de familia opuesto a la familia extendida, que abarca a parientes como los tíos, abuelos, etc.

estructura, vistas desde una investigación realizada en Medellín, 2012”, en *Katharsis*, N° 17, Medellín, 2014, p. 13.

¹⁷⁶ Cfr. RIVAS. “Pluriparentalidades y parentescos electivos”, en *Revista Antropología Social*, N° 18, 2009. Citado por GRAU RUBIO, Claudia & FERNANDEZ HAWRYLAK, María. *Nuevas Estructuras Familiares: Implicaciones Para El Sistema Educativo*, 2015, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: https://www.researchgate.net/publication/317823549_NUEVAS_ESTRUCTURAS_FAMILIARES_IMPLICACIONES_PARA_EL_SISTEMA_EDUCATIVO_NEW_FAMILY_STRUCTURES_IMPLICATIONS_FOR_THE_EDUCATION_SYSTEM

Este tipo de estructura familiar hace referencia al grupo de parientes conformados por los progenitores y los hijos. Al respecto, el antropólogo MURDOCK manifiesta que *“este tipo de familia consiste en el matrimonio típico de un hombre y una mujer con sus hijos, aunque en casos individuales una o más personas adicionales pueden residir con ellos”*¹⁷⁷. Para el citado autor, la denominación de esta unidad familiar no cambia, aunque no esté conformada solo por el padre, la madre y los hijos, pues señala que otros parientes pueden convivir con ellos.

QUINTERO VELÁSQUEZ define a la familia nuclear como aquella que está *“constituida por el hombre, la mujer y los hijos, unidos por lazos de consanguinidad; conviven bajo el mismo techo y desarrollan sentimientos de afecto, intimidad e identificación”*¹⁷⁸. Como apreciamos, la familia tradicional es el modelo que permite el mejor desarrollo de sus miembros; sin embargo, es de señalar que no solo los lazos consanguíneos son los que unen a los integrantes de esta familia, pues también puede estar formada por lazos adoptivos.

Nuestro Tribunal Constitucional en un pronunciamiento señaló que la acepción común del término familia lleva a que se le reconozca como *“aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo”*¹⁷⁹, y que de forma tradicional, con ello se pretendía abarcar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos¹⁸⁰; y reconoce que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así,

“cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de

¹⁷⁷ MURDOCK, George, Citado por NAVARRETE RODRIGUEZ, Catherine. “La Representación de la Familia Nuclear y la Familia Extensa en seis Historias de Vida de Habitantes de la Calle en Bogotá”, Trabajo de grado para optar el título de Licenciada en Lenguas Modernas, Bogotá, Universidad Javeriana, 2010, p. 26.

¹⁷⁸ QUINTERO VELÁSQUEZ, Ángela María. *Diccionario especializado de familia y género*, Medellín, Universidad de Antioquia y Lumen Humanitas, 2007, p. 66.

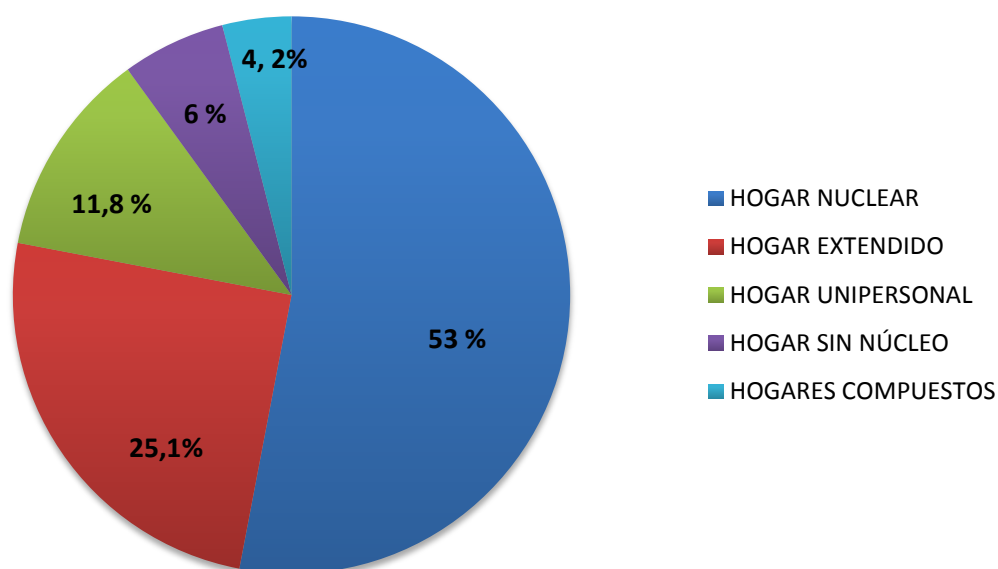
¹⁷⁹ Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. N° 09332-2006-PA/TC, FJ. 7; [Ubicada el 03.VI.2018], Obtenida en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>

¹⁸⁰ Cfr. IBID.

ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”¹⁸¹.

Según el Censo Nacional de 2007, el total de hogares en viviendas particulares con ocupantes presentes a nivel nacional ascendían a 6 millones 754 mil 74. Por tipos de hogar, el nuclear era el más numeroso, constituyendo el 53,0% de todos los hogares del país (3 millones 577 mil 316), el segundo tipo más relevante era el hogar extendido con el 25,1% (1 millón 695 mil 898), el hogar unipersonal representaba el 11,8% y finalmente, el hogar sin núcleo, o sea, en el que el jefe(a) vive acompañado con algún familiar o un no familiar, o ambos; constituye el 6,0%. Sólo el 4,2% son hogares compuestos (subdivididos en hogares nucleares y extensos)¹⁸².

TIPOS DE HOGARES



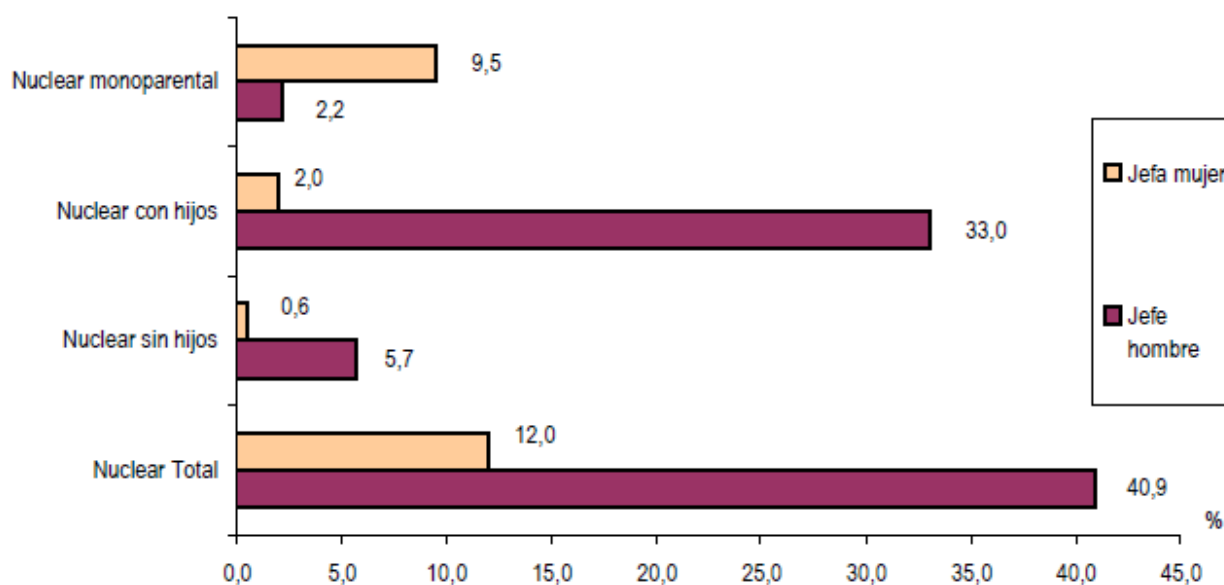
Los hogares nucleares no son del todo sólidos y estables, ya que sus miembros: papá, mamá e hijos no permanecen indefinidamente. Por el contrario, muestra al

¹⁸¹ Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. N° 09332-2006-PA/TC, FJ. 8. Op. Cit.

¹⁸² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Perú: Tipos y ciclos de vida de los hogares 2007*, marzo, Lima, 2010, p. 9; [Ubicado el 31.V.2018], Obtenido en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0870/libro.pdf

interior una clasificación interesante y variada, en la que interviene la presencia o ausencia de uno de los integrantes de la pareja, el tipo de jefatura, la existencia o no de hijos, la edad de los hijos y de la madre de familia. Así se distinguen:

“a) El hogar nuclear sin hijos, constituida por parejas: Recién unidas o que no desean tener hijos o que postergan el primer hijo o hija, representan el 6,3% (425 mil 233) del total de hogares. Este tipo de hogar es jefaturado casi en su totalidad por los jefes hombres, constituyendo el 5,7 % del total de hogares y las jefas sólo el 0,6%; b) El hogar nuclear con hijo o hija con ambos miembros de la pareja, pueden ser jefaturados por el jefe hombre o la jefa mujer, representando el 35,0% (2 millones 363 mil 325) del total. Los jefes hombres conducen el 33,0% (2 millones 227 mil 994) del total de hogares, las jefas sólo el 2,0% (1 millón 35 mil 331). Es decir, sólo el 33,0% de los hogares en el Perú está dentro del modelo ideal de la familia nuclear; y c) El hogar nuclear monoparental en la que existen hijos o hijas y viven con sólo un miembro de la pareja que asume la jefatura, logran el 11,7% (788 mil 758) del total”¹⁸³.



Es de resaltar, que en este censo se catalogó como hogares nucleares a aquellos organizados de manera tradicional (papá, mamá e hijos); y que estos representaron el 53%, lo que indica que en nuestro país las familias siguen siendo constituidas en su mayoría de la forma tradicional.

¹⁸³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Op. Cit., p. 24.

Ya hemos resaltado que, el entorno familiar proporciona a sus miembros los bienes necesarios para su desarrollo, siendo responsabilidad de los padres la crianza, educación y protección de sus hijos para su desarrollo íntegro, por lo que, junto al Estado y la comunidad, están obligados a resguardar el interés superior del niño en las situaciones que lo involucran. Así, *“en una familia que puede cumplir adecuadamente sus funciones, se garantiza la protección de los derechos de sus miembros y el acceso a condiciones de vida adecuadas (...), se minimiza la aparición de situaciones negativas, tales como: deserción escolar, mortalidad infantil, falta de acceso a servicios de salud, violencia y explotación sexual, adicciones y delincuencia juvenil”*¹⁸⁴. Creemos que, la familia nuclear puede lograr de una manera más adecuada el cumplimiento de las funciones familiares respetando y velando por el interés superior del niño.

2.2. Familia monoparental

Según las Naciones Unidas, una familia monoparental es *“una variación de la familia nuclear de un sólo adulto, compuesta por una madre o un padre y uno o varios hijos”*; y según la Comisión de las Comunidades Europeas, es *“aquella formada por un progenitor que, sin convivir con su cónyuge ni cohabitando con otras personas, convive al menos con un hijo dependiente y soltero”*¹⁸⁵. En ambas definiciones, podemos apreciar que el común es la presencia de una sola persona adulta, sea ésta varón o mujer, que convive con uno o varios hijos. Es decir, es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos.

Teniendo en cuenta el hecho generador de las familias monoparentales, principalmente existen los siguientes tipos: *“a) la quiebra del vínculo matrimonial o*

¹⁸⁴ MUGA, Rossana. *La importancia de la protección de la familia y su relación con la protección de la persona*, Centro de Investigación Social Avanzada, enero de 2016, [Ubicado el 01.VII.2018], Obtenido en: <http://cisav.mx/la-importancia-de-la-proteccion-de-la-familia-y-su-relacion-con-la-proteccion-a-la-persona/>

¹⁸⁵ INNATIA. *Qué es la familia monoparental o uniparental (definición y características)*, [Ubicado el 27.V.2018], Obtenido en: <http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-que-es-la-familia-monoparental.html>. En el mismo sentido, Véase RODRÍGUEZ SUMAZA, Carmen & LUENGO RODRÍGUEZ, Tomasa. “Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales”, en *Revista Papers*, N° 69, Valladolid, 2003, p. 68.

*las situaciones de separación en los casos de ausencia de conyugalidad; b) la viudedad, y c) la maternidad solitaria o extraconyugal*¹⁸⁶.

Cuando la monoparentalidad es por obligación, esto es, a causa de separación/divorcio, es el conflicto entre los padres, y la percepción de la madre ante la crianza, lo que está en la raíz de las dificultades de los niños. Igualmente, las dificultades económicas y la falta de apoyo social; es decir, más que la ausencia de un padre, las circunstancias en las que las familias se encuentran¹⁸⁷.

En el caso de la monoparentalidad por elección, ésta es percibida como parte de un proyecto de maternidad/paternidad que tiene sentido y significado en sí mismo. La más común es la monomaternidad y la mayoría de las mujeres tienen una opinión positiva a pesar de las dificultades económicas, de apoyo y aislamiento social. Los retos que afrontan son las preguntas de sus hijos sobre quién es el padre y por qué no vive con ellos. La ausencia del padre en este modelo de familia es una de las problemáticas específicas. Así, la importancia que para las mujeres tiene la figura del padre les conduce a elaborar una representación del mismo; para ello desarrollan estrategias socioeducativas de normalización de sus familias en busca de una legitimación y aceptabilidad social¹⁸⁸.

La situación de estas familias no es homogénea, pero el hecho de que estén encabezadas por sólo uno de los progenitores (generalmente la mujer) supone *“una problemática común, que la podemos encuadrar en diferentes aspectos como: el empleo, la vivienda, la educación y aspectos psicosociales”*¹⁸⁹. En esa línea, GOÑI menciona que,

“la situación de monoparentalidad acarrea dificultades y problemas de diversa índole, derivadas de la ausencia parental de uno de los progenitores. No todas ellas están ligadas a la posición económica y la integración sociolaboral del que ostenta la jefatura monoparental, sino

¹⁸⁶ GOÑI SEIN, José. *La Familia Monoparental: Ausencia de Atención Política y Legislativa y su Impacto sobre la Situación Sociolaboral de la Mujer*, p. 15, [Ubicado el 28.V.2018], Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1395100.pdf>

¹⁸⁷ GRAU RUBIO, Op. Cit.

¹⁸⁸ Cfr. GRAU RUBIO, Op. Cit.

¹⁸⁹ *La Familia Monoparental*, Informe elaborado por alumnos del seminario “La familia en la planificación social”, del tercer curso de la Escuela de Trabajo Social de San Sebastián, p. 30, [Ubicado el 28.V.2018], Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2698833.pdf>.

*también a la atribución de la patria potestad y el desarrollo emocional y social de los hijos de los padres separados*¹⁹⁰.

En cuanto a la problemática psicosocial, el citado autor indica que entre los problemas que suelen enfrentar las familias monoparentales tenemos que: las relaciones de las familias son más limitadas, tras la ruptura de la convivencia familiar se pierde la seguridad que la relación de pareja y parental aporta a la familia y se modifica el entorno familiar; uno solo de los progenitores debe asumir el cuidado de los niños y su sustento económico, lo que afecta su desarrollo personal; y en ciertos medios aun subsisten prejuicios y actitudes de condena social hacia la madre soltera, separada o divorciada¹⁹¹.

Todas las situaciones descritas repercuten en el estado psicológico y físico de los hijos, lo que evidencia que en esta estructura familiar es más difícil el cumplimiento de las funciones familiares, pudiendo ponerse en peligro el interés superior del niño aunque el padre o la madre que asume el cuidado de los menores no lo quiera. Ello, por cuanto, *“los hogares monoparentales se caracterizan por ser en su mayoría vulnerables, ya que la aparición más común de esta tipología familiar se enmarca dentro de los contextos más pobres*¹⁹², esto dificulta más aun el cumplimiento de las diversas funciones de la familia, lo que no quiere decir, que una familia monoparental no pueda cumplir con sus funciones sino que afronta mayores dificultades.

2.3. Familia extensa

También es conocida como familia compleja; se refiere a los abuelos, tíos abuelos, bisabuelos, etc., y, puede abarcar parientes consanguíneos y no consanguíneos. MURDOCK afirma que este tipo de familia consiste en

“dos o más familias nucleares unidas a través de la extensión de la relación entre padre e hijo, más que a la relación de esposo y esposa. Cuando hablamos de familia extensa nos referimos a su conformación y

¹⁹⁰ GOÑI, Op. Cit., p. 16.

¹⁹¹ Cfr. GONI, Op. Cit., p. 31.

¹⁹² ARRIAGADA, Citado por OJEDA SILVA, Joselyn. “Estudio sobre el funcionamiento familiar en familias nucleares biparentales y familias nucleares monoparentales”, Tesis para Optar el Título de Psicóloga, Chile, Universidad del Bío Bío, 2013, p. 21.

no a su tamaño. Lo que la caracteriza es la convivencia en un mismo espacio habitado por tres o más generaciones: ambos abuelos o uno de los dos; el padre, la madre y hermanos de estos, y los nietos o nietas. Sin embargo, también se habla de familia extensa cuando conviven miembros de la primera y de la tercera generación aunque falte la segunda; es el caso de abuelos/as que asumen a los nietos ante la ausencia temporal o definitiva de los padres y madres”¹⁹³.

En otras palabras, esta estructura familiar no presenta mayor inconveniente, pues es la reunión en un determinado espacio físico de dos familias nucleares. Se considera una unidad familiar extensa, independientemente del número de miembros reunidos, lo que la caracteriza es la agrupación de miembros de distinta generación.

2.4. Familia reconstituida

Según nuestro Tribunal Constitucional no existe acuerdo doctrinario sobre el *nomen iuris* de esta estructura familiar, usándose diversas denominaciones tales como “*familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras*”¹⁹⁴. Son familias conformadas a partir de la viudez, el divorcio, o son resultado de un nuevo matrimonio o compromiso.

Así, la familia ensamblada puede ser definida como “*la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa*”¹⁹⁵. El TC indica que por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida¹⁹⁶.

Como explica AHRONS “*la mayoría de las familias continúa siendo una “familia” después del divorcio, aunque no se comporten de la misma manera; por ejemplo, no viven bajo el mismo techo. Pero los nuevos hogares del padre y de la madre -*

¹⁹³ MURDOCK, George, Citado por NAVARRETE RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 27.

¹⁹⁴ DOMÍNGUEZ, Andrés. Derecho constitucional de familia, Tomo 1, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183. Citado por el Tribunal Constitucional, Op. Cit., FJ. 8.

¹⁹⁵ RAMOS CABANELLAS, Beatriz. “Regulación legal de la denominada familia ensamblada, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, 2006, p. 192.

¹⁹⁶ Cfr. Tribunal Constitucional, Op. Cit., FJ. 9.

*que pueden o no incluir una nueva pareja, con hijos propios o hijastros-constituyen una familia binuclear*¹⁹⁷.

En otras palabras, si bien ya no hay convivencia en un mismo hogar, los miembros de aquella familia que ahora han formado una nueva unidad familiar continúan interactuando, sobre todo, si hay hijos de por medio, ambos ex-esposos cumplen con una “*sociedad parental cooperativa, manteniendo algunos lazos familiares a través de sus hijos*”¹⁹⁸. Es decir, a pesar que el divorcio cambia la estructura de la familia nuclear a binuclear, ambos padres continúan cuidando y educando a sus hijos, cubriendo sus necesidades afectivas, espirituales, económicas y físicas.

Para DONINI, consiste en una pareja heterosexual, en la cual uno o ambos miembros son divorciados, con uno o más hijos de su matrimonio anterior, y es probable que esta estructura aumente considerablemente en el futuro, ya que, es probable también que, al aumentar la tasa de divorcios, se incremente la tasa de nuevos matrimonios. Por consiguiente, la familia reconstituida será una de las formas dominantes de la familia del futuro, junto con la familia nuclear tradicional, la familia reconstituida y la familia binuclear. Dicho razonamiento, encuentra respaldo en dos factores: primero, que el promedio de vida se ha prolongado; y segundo, el aumento natural de la tasa de divorcios¹⁹⁹.

Discrepamos de la postura de Donini, pues si analizamos el estado de la familia en Arequipa a través de estadísticas, de un total de 808 encuestas (50% hombres y 50% mujeres), en cuanto a la composición familiar tenemos²⁰⁰: 43% convivientes, 41% casados, 6% solteros, 5% separados, 3% viudos y un 2% divorciados; podemos colegir que hay un gran porcentaje de personas que aún optan por el matrimonio para formar una familia, y que solo un mínimo porcentaje de las familias arequipeñas optan por la disolución de ese vínculo, no observándose un

¹⁹⁷ AHRONS, Citado por DONINI, Antonio. La Familia del Futuro, en *Revista Criterio*, Año 72, N° 2254, setiembre 2000, [Ubicado el 23.V.2018], Obtenido en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/curso-projur2003/Bibliograf%C3%ADa%20Mod.I/La_familia_del_futuro.pdf

¹⁹⁸ DONINI, Op. Cit.

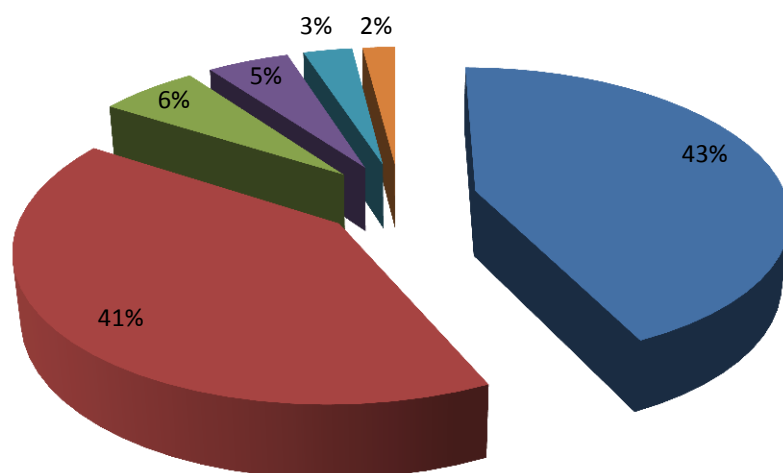
¹⁹⁹ Cfr. DONINI, Op. Cit.

²⁰⁰ INSTITUTO PARA EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA. *IV Barómetro de la Familia. Estado de la Familia en Arequipa*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2017.

aumento de la tasa de divorcios. Es de resaltar, que un porcentaje considerable de convivientes hubiera preferido casarse con su actual pareja (78%).

COMPOSICION FAMILIAR

■ Convivientes ■ Casados ■ Solteros ■ Separados ■ Viudos ■ Divorciados



Diversos estudios realizados en torno a esta estructura familiar señalan como algunas particularidades de la misma: *“(a) los roles de los cónyuges están menos definidos, (b) es más probable que los integrantes se encuentren en diferentes momentos de su ciclo de vida, (c) la presencia de hijos condiciona, normalmente, el desarrollo de problemas convivencia, y d) las expectativas de la pareja respecto del cónyuge suelen ser mayores en comparación con el primer matrimonio”*²⁰¹. Estas características de las familias reconstituidas evidencian que el cumplimiento de sus funciones se torna más difícil de cumplir por parte de quienes son los jefes del hogar.

²⁰¹ MARTINEZ, Carmen & ESTÉVES, Estefanía & INGLÉS, Cándido. *Diversidad Familiar y Ajuste psicosocial en la sociedad actual*, pp. 11-12, [Ubicado el 01.VII.2018], Obtenido en: <https://www.uv.es/lisis/estevez/art13/psicologia-com-art13.pdf>

En las familias reconstituidas, DUNN identifica “*como factores de riesgo el hecho de ser más complejas y la exposición de los niños a más conflictos con padrastros y hermanastros, además de la posible inestabilidad económica, conflictos en la pareja conyugal en torno a los estilos de crianza, superposición de actitudes, creencias o valores*”²⁰². Estas condiciones pueden alterar el normal funcionamiento del entorno familiar, lo que perjudicaría el cumplimiento de las funciones a las que una familia está orientada, pudiendo perjudicarse a los niños y adolescentes que formen parte de esta estructura familiar o que eventualmente pudieran integrarse.

2.5. Familia homoparental

Los países europeos han reconocido uniones civiles y matrimonios entre personas del mismo sexo; por ejemplo España lo aprobó en el 2005. Aunque pueda parecer lógico que en las sociedades democráticas, los adultos puedan tener libertad para elegir las opciones de vida a nivel emocional y sexual que consideren conveniente, el matrimonio homosexual mantiene dividida a la sociedad: “1) *Por el nombre de matrimonio, el cual siempre ha sido entendido como una unión de un hombre con una mujer, con posibilidades abiertas a la procreación y 2) Porque esta unión se reconozca como familia, y con el derecho de adopción de hijos en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales*”²⁰³.

El matrimonio homosexual afecta al capital humano y al capital social, ya que, destruye, por su propia naturaleza jurídica y antropológica, el sentido y fin del matrimonio, como única institución capaz de producir dicho capital. Asimismo, “*altera radicalmente el sentido de la descendencia en el matrimonio que deja de ser eje y horizonte de sentido para pasar a una cuestión marginal por la propia*

²⁰² MARTINEZ, Carmen & ESTÉVES, Estefanía & INGLÉS, Cándido. *Diversidad Familiar y Ajuste psicosocial en la sociedad actual*, p. 12, [Ubicado el 01.VII.2018], Obtenido en: <https://www.uv.es/lisis/estevez/art13/psicologia-com-art13.pdf>

²⁰³ VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen. La familia: Concepto, cambios y nuevos modelos, en *Revista La Revue du REDIF*, Vol. 1, Universidad de Deusto, 2008, p. 20, [Ubicado el 31.V.2018], Obtenido en: <http://www.edumargen.org/docs/curso44-1/apunte04.pdf>

*naturaleza de la pareja*²⁰⁴. El problema de esta destrucción no reside en la cantidad de matrimonios homosexuales, porque en los pocos países que se ha instaurado, son pocos los homosexuales que lo utilizan. En España para justificar la ley, el gobierno argumentó que en los dos primeros años se casarían 100 mil parejas del mismo sexo. Los resultados han estado lejos de dicha afirmación: después de seis años y medio de aprobación de la ley se han casado menos de 24 parejas, una cifra ligeramente superior al 2% de los matrimonios totales. Estos datos son coherentes con las observadas en otros países²⁰⁵.

El legislar este “tipo de familias” causa una grave afectación a la sociedad en su conjunto porque los cambios de concepción jurídica, cultural y antropológica que introducen, destruyen el papel de la descendencia en la institución. En otros términos, *“el matrimonio homosexual obliga a alterar la legislación en unos términos que hacen que el matrimonio pertenezca a un orden distinto al de la paternidad, la maternidad y la filiación. Ya no es su fin principal. No se trata ya de una cuestión de voluntad de los esposos, sino que el hecho en sí, la descendencia carece de rol definido”*²⁰⁶.

Cabe resaltar que, la legalización del matrimonio homosexual no comporta la libertad plena de adoptar, existe reserva, en cuanto a su capacidad educadora, al considerarse que este no es el ambiente adecuado al que tiene derecho el niño. Y esto es cierto. Por ejemplo, en Suecia, antes del matrimonio homosexual ya existía unión civil con idénticos derechos desde 1995, excepto la adopción autorizada en 2003, y la inseminación en 2006, pero, ¿Cuál ha sido el resultado?

“La pronta constatación de que cuando empieza la escolarización, los niños sufren estragos al comprobar que la gran mayoría tiene madre y padre, les cuesta encontrar su lugar en la sociedad, muestran conductas asociales, retraso escolar, agresividad, nerviosismo congénito, introversión; debido a ello, se han empezado a instalar centros escolares

²⁰⁴ MIRO, Josep. La función económica y social de la familia, Institut del Capital Social, Barcelona, Universitat Abat Oliba, 2013, p. 13, [Ubicado el 04.VI.2018], Obtenido en: <http://ulia.org/ficv/wp-content/uploads/2016/02/La-funci%C3%B3n-econ%C3%B3mica-y-social.pdf>

²⁰⁵ En Holanda en cinco años (2001-2006) se casaron 8.127 parejas y en Bélgica durante tres años (2003- 2006) poco más de 3.000. En Canadá, en 13 de las 19 provincias, entre el 2003 y el 2005 se casaron 2.513 parejas. Cfr. MIRO, Op. Cit.

²⁰⁶ IBID, p. 14.

*exclusivos para los hijos de los homosexuales. De la normalización a la segregación de los hijos*²⁰⁷.

Es de resaltar, que la cuestión relacionada con el daño a los menores no viene dado por la discriminación, sino que ese daño es provocado por la ausencia del modelo femenino y masculino que son necesarios para el desarrollo de su personalidad. Es decir, un niño necesita un modelo femenino y masculino al cual referenciarse para su adecuado desarrollo, y la falta de dichos modelos ocasiona problemas en su desenvolvimiento personal. Lo mismo sucede en las familias monoparentales, donde la ausencia del modelo femenino o masculino, es reemplazada por abuelos, tíos, entre otros.

En nuestro ordenamiento jurídico esta “estructura familiar” no está regulada, pues el modelo de familia que nuestra Constitución protege se encuentra basado en el matrimonio, o en la unión de hecho de dos personas, un hombre y una mujer. Además, reconocer el matrimonio homosexual significa la afirmación por ley que el padre y la madre son irrelevantes para la educación de los hijos, y debido a los daños que ocasiona la ausencia de la figura paterna o materna en la educación de los niños, ello conllevaría a que éstos vean conculcados su derecho a tener una familia, lo que no es aceptable.

En cuanto a la idoneidad de estas estructuras familiares para la adopción de menores, la Asociación Española de Pediatría ha declarado que *“un núcleo familiar con dos padres o dos madres es claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño”*, es decir, el entorno de las familias homoparentales no es el idóneo para el desarrollo de los menores.

3. Garantía del interés superior del niño en la adopción

3.1. Interés superior del niño

La definición del principio del interés superior del niño, parte esencialmente del Artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño la cual dispone que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los*

²⁰⁷ MIRO, Josep. Op. Cit., p. 14.

*órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*²⁰⁸.

Por su parte, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hace mención expresa de este principio, en su artículo primero indica como objetivo del mismo *“el establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional”*²⁰⁹; y finalmente, la Declaración de los Derechos del Niño, indica que el menor gozará siempre de:

*“una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*²¹⁰.

Ya en el plano de la legislación nacional, este principio está consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del CNA, según el cual *“en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”*²¹¹.

En términos simples, el interés superior del niño puede definirse como *“la plena satisfacción de sus derechos”*²¹². Así, no sólo para efectos de la adopción, sino para todo el sistema de protección de derechos de la niñez y el derecho de familia, tanto en el plano nacional como internacional, este principio posee como objetivo principal, el servir de guía para los tribunales, las instituciones colaboradoras e

²⁰⁸ Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño firmada en 1989.

²⁰⁹ Artículo 1° del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

²¹⁰ Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño.

²¹¹ Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

²¹² CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en UNICEF. *Justicia y Derechos del Niño N°09*, Santiago de Chile, p. 134.

incluso los órganos legislativos, quienes, al momento de tomar medidas que afecten a los niños, niñas y adolescentes, deben considerar la máxima satisfacción de sus derechos. En efecto,

“(...)el interés superior del niño constituirá el criterio para determinar las medidas que hayan de adoptarse con relación a los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación que sean más idóneas para satisfacer sus necesidades y facilitar el ejercicio de sus derechos, atendiendo al desarrollo personal e integral de los derechos del niño en su entorno familiar, social y cultural y su condición de sujeto de derechos, en el momento de proceder a esa determinación y a más largo plazo. En el proceso de determinación se debería tener en cuenta, en particular, el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y madurez”²¹³.

Es importante enfatizar que el interés superior del niño, entendido como *“una ponderación completa e integral de los derechos de éste, debe ser el valor principal a proteger en los procedimientos de adopción”²¹⁴*. Esto necesariamente implica que los intereses del niño están en un sustrato superior a los de los adoptantes y los de la familia biológica y, por lo tanto, deben ser protegidos por sobre cualquier otra consideración.

Son diversos los autores que hacen alusión al carácter indeterminado de esta noción, lo que impide una interpretación uniforme y, en consecuencia:

“permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra”²¹⁵.

Sin embargo, y a pesar de la indeterminación de este principio, debemos procurar que *“la libertad de apreciación que posee el destinatario de la norma, esté por un lado, necesariamente ligada a la realización de los derechos fundamentales de los niños (...) y, por el otro, alejada – en la medida de lo posible- de las preferencias y valoraciones personales que no tienen que ver con la satisfacción de tales*

²¹³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Naciones Unidas, Asamblea General, 11° periodo de sesiones, 2009, p. 5.

²¹⁴ MUÑOZ TAPIA, Op. Cit., p. 64.

²¹⁵ CILLERO BRUNOL, Op. Cit., p. 109.

derechos, y mediante las que se tiende a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce”²¹⁶. Es decir, que frente a las diversas interpretaciones que se le pueda dar a este principio con contenido indeterminado, siempre debe analizarse en conjunto con los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, evitando apreciaciones subjetivas.

3.2. Bienestar del menor en estado de abandono

Al considerarse a la familia como una institución natural fundamental en la sociedad, su protección es esencial y los estados deben orientar sus políticas a promover la educación responsable de los hijos. Esto en virtud, de lo consagrado en diversos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 10° señala que es necesario que a la familia se le brinde *“la más amplia protección y asistencias posibles especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”*. En esa misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (...)”*²¹⁷.

En forma más concreta, el artículo 3°, párrafo 2 de la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados deben asegurar al niño y adolescente la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, sin olvidar los derechos y deberes de sus padres y con este fin ha de tomar las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Por su parte, el tercer párrafo del artículo 27° de la Convención señala que

“los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

²¹⁶ GIL, Andrés; FAMA, María & HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 43.

²¹⁷ Artículo 23, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El citado artículo indica que cada Estado, teniendo en cuenta la realidad de su país, deberá adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres, y a terceros responsables, a proveer un estándar adecuado de vida a los niños y adolescentes bajo su cuidado; y de ser necesario, cuando no puedan cubrir las necesidades por su cuenta, los asistirá materialmente o mediante programas de apoyo.

Lo anterior es necesario, debido a que la *“vulnerabilidad propia de la inmadurez de los niños y adolescentes se ve acrecentada cuando por diversos motivos estos no cuentan con el cuidado de sus padres o están en riesgo de perderlo. Esta situación los expone a la pobreza, discriminación y exclusión, y los convierte en presa fácil del abuso, explotación y el abandono”*²¹⁸. De esta manera, evitamos que los menores de edad, cuando no puedan ser cuidados por sus progenitores, sean víctimas de graves afectaciones a sus derechos fundamentales, y que vulneran su dignidad.

Entre las situaciones que afectan a los niños y adolescentes en condiciones de pobreza y en riesgo de perder el cuidado parental tenemos *“la concentración demográfica en zonas suburbanas, la orfandad, el embarazo adolescente, la vida en familias monoparentales, la dificultad en el acceso a la salud y educación, el trabajo infantil y/o la explotación sexual y comercial, el consumo de drogas, la violencia intrafamiliar, el conflicto con la ley, la indigencia, entre otras”*²¹⁹. Como podemos apreciar, son diversas las causas que exponen a los niños y adolescentes a situaciones de peligro, por ello, las entidades estatales deben orientar sus políticas públicas a la protección de la niñez en riesgo.

En ese sentido, son diversos los sujetos obligados a brindar protección a los niños y adolescentes, entre ellos: el Estado, la familia y la comunidad, tal como lo estipula el artículo 24° inciso 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y los artículos 3, 4 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Las responsabilidades son diferentes dependiendo del sujeto, pero podemos afirmar

²¹⁸ ALDEAS INFANTILES y RELAF. *“Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América Latina”*, 2011, p. 5.

²¹⁹ IBID, pp. 8-11.

que la Convención defiende el concepto de la corresponsabilidad entre la familia, la comunidad y el Estado.

El artículo 20° de la Convención de los Derechos del Niño en relación a las medidas de protección determina:

- “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*
- 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.*
- 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”²²⁰.*

En este artículo se establece el derecho de los niños y adolescentes que de forma temporal o permanente no viven con su familia, a ser protegidos y asistidos de manera especial por el Estado. El Comité de Derechos Humanos en la Discusión General sobre los niños y adolescentes sin cuidado parental destaca *“el rol del Estado en la prevención de la institucionalización y la separación innecesaria de los niños y padres”²²¹.*

Los menores de edad que no pueden estar bajo el cuidado de sus padres, no solo necesitan un lugar donde vivir, sino que necesitan que el Estado los proteja de manera integral; esto, ya que, debido a la pérdida de los vínculos familiares y la inestabilidad que pueden impedir su desarrollo físico, intelectual y emocional, están expuestos al abuso y a la explotación.

Las alternativas líneas arriba mencionadas y establecidas en el artículo 20° de la Convención son algunas de las posibilidades que el Estado puede adoptar. Hemos señalado, que existe la idea de que deben priorizarse las posibilidades de que un menor se desarrolle con su familia de origen dentro de su comunidad; y solo cuando esto no es posible, *“alternativas como la familia sustituta (foster care) o las*

²²⁰ Artículo 20° de la Convención de los Derechos del Niño.

²²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Sesión N° 40. Óp. Cit., p. 17.

*instituciones que no tienen o no deberían tener vocación de permanencia no deben ser preferidas a otras permanentes como la posibilidad de regresar con sus padres o la adopción*²²². En nuestro ordenamiento jurídico se han regulado distintas medidas de protección en el Código de los Niños y Adolescentes, el cual no ha establecido prelación entre dichas medidas, a continuación las explicaremos brevemente:

a. Cuidado en el Propio Hogar

El artículo 252° CNA establece que *“en la aplicación de las medidas de protección señaladas se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios”*. Ello en concordancia con lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño: el Estado tiene la obligación de agotar esfuerzos para que el niño o adolescente permanezca dentro de su familia y comunidad y ha de brindarle el apoyo necesario para que así sea. Esta medida se toma cuando los hechos que configuran la situación de abandono no significan mayor gravedad y no ponen en riesgo la integridad física y psicológica del niño y adolescente.

b. La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social

El artículo 24° del Reglamento del CNA, establece que con el fin de lograr la eficacia de las otras medidas de protección contenidas en el artículo 243°, el INABIF coordinará la participación del niño o adolescente tutelado en los programas de educación, salud y sociales a cargo de los ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades públicas o privadas que trabajan en apoyo del niño y adolescente.

c. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar

El artículo 104° CNA define a la colocación familiar como *“la medida por la que el niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución que se hace*

²²² UNICEF. Manual de Implementación de la Convención de los Derechos del Niño, Op. Cit. p. 281.

responsable de él transitoriamente. Esta medida puede ser dispuesta por la instancia administrativa o judicial y puede ser remunerada o gratuita". Esta medida busca mantener al niño en un ambiente familiar considerándose el grado de parentesco de la familia que vaya a asumir su cuidado, prefiriéndose a quienes permanecen en el entorno local del niño²²³.

También existe la posibilidad de que el cuidado sea por familias previamente calificadas y registradas. A este fin, el INABIF tiene un programa de incentivo del acogimiento familiar realizado por un convenio con la Fundación Buckner²²⁴. Se prepara a las familias que quieren acoger a un niño o adolescente temporalmente, se prepara emocionalmente a los niños y adolescentes que van a ser acogidos y se trabaja en el fortalecimiento de las funciones parentales de las familias de origen que por el momento no se encuentran en condiciones de cuidarlos para que en un período mínimo de dos años, los menores puedan reunirse con ellas.

Los familiares o terceros interesados en cuidar al niño pueden solicitar la colocación ante el INABIF, quienes realizarán evaluaciones psicológicas, sociales y legales de los solicitantes. La opinión del niño debe ser tomada en cuenta a la hora de tomar una decisión.

d. Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado

Con esta medida de protección se institucionaliza al niño o adolescente separado de sus padres y se le ofrece un lugar para ser acogido, asistido y protegido, a la vez que se trabaja por recuperar las condiciones familiares con el fin de que el niño pueda reinsertarse en su familia. La Ley General de Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y adolescentes²²⁵, estipula que todo tipo de acogimiento en estas instituciones se realizará tras una orden formal y legal

²²³ Artículo 105° del Código de los Niños y Adolescentes y artículo 25° del Decreto Supremo 011-2005-MIMDES, Reglamento del mencionado Código.

²²⁴ Esta Institución es una ONG con experiencia de más de 50 años en Estados Unidos. INABIF. *Acogimiento Familiar*, Lima, 2012.

²²⁵ Ley N° 29174, publicada el 21 de diciembre de 2007, [Ubicada el 06.VI.2018], Obtenido en: https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/ley29174_dnna.pdf

proveniente de la autoridad administrativa competente y como medida provisional dentro de la investigación tutelar. Esta ley también menciona que:

“producidas las causas que ameriten el retiro del niño, niña y adolescente de su entorno familiar, deben agotarse los medios que permitan el retorno a su familia de origen o la ubicación en su familia extensa, si aún fuera posible y no atente contra su integridad. La institucionalización de la niña, niño y adolescente tiene carácter subsidiario y, como tal, debe considerarse como última opción o medida”²²⁶.

Es decir, deben agotarse todos los medios posibles que permitan el retorno a la familia de origen o la ubicación en su familia extensa del niño o adolescente puesto que la institucionalización al tener carácter subsidiario, es la última opción.

3.3. Análisis del interés superior del niño en la adopción

Definir al principio del interés superior del niño y del adolescente siempre ha sido muy difícil, debido a que no existe unanimidad respecto a su naturaleza jurídica, pues para algunos doctrinarios es un principio, pero para otros no lo es. ZERMATTEN menciona que *“cuando la Convención sobre los Derechos del Niño une las palabras “interés” y “superior” opta por enfatizar que el fin último es el bienestar del niño”²²⁷*. En otras palabras, la razón de ser de este principio es la búsqueda del bienestar de los niños y adolescentes, y se orienta a dar la mejor garantía a los menores para el desarrollo de su personalidad.

En este sentido, se define como *“el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”²²⁸*. Así, este principio vela por el libre desarrollo de la personalidad del niño, por ende su prevalencia significa la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, lo cual obliga al Estado a considerarlo como norma orientadora de todas las medidas que adopten

²²⁶ Artículo III.4 de la Ley N° 29174.

²²⁷ ZERMATTEN, Jean. *Literal Analysis, Function and Implementation*, p. 3. Citado por ALIAGA GAMARRA, Op. Cit., p. 225.

²²⁸ BAEZA CONCHA, Gloria citado por LEYVA RAMIREZ, Cinthya. “Las declaraciones juradas de los demandados con régimen independiente frente al interés superior del niño en los procesos de alimentos”, Tesis para optar el grado de abogado, Trujillo, Universidad Privada Antenor Orrego, 2014, p. 61.

las autoridades judiciales o administrativas. Asimismo, este principio restringe la autoridad de los adultos sobre los niños, es decir, *“tiene como base el reconocimiento de que un adulto sólo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio”*²²⁹.

Al interés superior puede arrojarse dos significados: *“1) el interés superior como regla de procedimiento y 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión concierne a un niño o a un grupo de niños”*²³⁰. En virtud de este principio, se ha establecido como una regla procedimental que toda medida concerniente al niño o al adolescente debe estar acorde con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a su función de garantía, si bien debido a la indeterminación de este principio no puede afirmarse realmente cuál es el interés superior de un niño en particular o de un grupo de niños, *“sí existe la obligación estatal de que los intereses de los niños y adolescentes sean evaluados siempre que se esté frente a un caso que los concierna”*²³¹. Así, es obligación de los Estados facilitar mecanismos para que este principio se empleado en cualquier situación en la que estén en juego los derechos o intereses de los menores.

Para CILLERO este principio exige a las autoridades e instituciones privadas estimar el interés superior del niño como *“una consideración primordial no por ser un gesto de bondad extenderle tal gracia sino que responde a la realidad de que los niños y adolescentes tienen derechos que han de ser respetados y a que antes de que se tome una medida que los concierna se deba promover y proteger sus derechos y no los amenacen”*²³². En otras palabras, este principio está pensado para la defensa de los derechos fundamentales de los menores de edad no sólo en el ámbito estatal sino también privado.

²²⁹ ALIAGA GAMARRA, Op. Cit., p. 226.

²³⁰ ALIAGA GAMARRA, Op. Cit., p. 226.

²³¹ Cfr. ALIAGA GAMARRA, Op. Cit., p. 227.

²³² CILLERO BRUNOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA*; [Ubicado el 27.V.2018], Obtenido en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

En esa misma línea, AGUILAR LLANOS explica que *“el principio del interés superior implica que en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que antes de considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo”*²³³. Esto quiere decir, que cuando se establezcan medidas legales o administrativas en relación a menores de edad, deben poder aplicarse sin vulnerar este principio. Así, es enfático al señalar que *“el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento”*²³⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico este principio está incluido implícitamente en el artículo 4° de la Constitución, que estipula que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente N° 02132-2008-PA/TC: *“El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”*²³⁵. En ese sentido, este principio

*“inspira la construcción de normas legales, ya que, es el fundamento o justificación a toda medida que concierna a los niños; al resolver conflictos de derechos es una herramienta de ponderación, y sirve, además, como un criterio de evaluación de leyes, políticas y prácticas existentes con el fin de verificar su adecuación a los intereses de los niños y adolescentes y sus derechos”*²³⁶.

²³³ AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho”, en *Revista Gaceta Constitucional*, Tomo 35, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Noviembre, 2010, p. 219.

²³⁴ IBID, p. 219.

²³⁵ Así también es señalado en otras sentencias como la del Exp. No. 0187-2009-PHC/TC donde el Tribunal señala que la tutela especial que el artículo 4 ofrece al niño tiene una base en el interés superior del niño, doctrina que se admite en el ámbito jurídico a través del bloque de constitucionalidad de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en el que se menciona que ante toda medida concerniente a un niño se tomará en cuenta su interés superior; y el EXP. No. 02079-2009-PHC/TC en la que se menciona que *“las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social”*.

²³⁶ ALIAGA GAMARRA, Op. Cit., p. 237.

Precisamente, la naturaleza jurídica de este principio es ser un principio rector, que actúa como conductor de cada una de las decisiones que el Estado, a través de sus diferentes autoridades, toma sobre los derechos de un menor. Asimismo, dicha naturaleza permite su determinación en cada caso concreto para una mejor protección del niño y del adolescente.

De lo antes mencionado, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico, el interés superior del niño será privilegiado sobre cualquier otro interés, sea estatal o particular, al momento de adoptar medidas en torno a niños y adolescentes; siendo aplicable a la figura de la adopción, ya que, el principio del interés superior del niño es un elemento fundamental para su desarrollo, debiendo garantizarse el ejercicio y disfrute de sus derechos de manera plena y permanente. En consecuencia, para la tutela de sus derechos se deben tener en cuenta un conjunto de aspectos, que enlazan y fundamentan una respuesta del órgano jurisdiccional. Estos tienen que ver con:

“a) La condición, situación y/o características personales del niño; b) Tener en cuenta su opinión, según su desarrollo psicofísico y grado de madurez alcanzado, a fin de asegurarle el derecho a ser oído; c) Establecer un equilibrio entre los derechos, garantías y deberes, de modo que se vean asegurados la mayor cantidad de ellos y llegado el caso, unos pocos se vean afectados. Algo que implica necesariamente una acción ponderativa, determinando en cada caso, los que deben prevalecer con relación a otros que se encuentran en juego y; d) Buscar un necesario equilibrio con las exigencias sociales, de tal modo que la decisión adoptada pueda ser llevada a la práctica”²³⁷.

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada caso concreto, donde ante cualquier enfrentamiento de intereses debe predominar el interés superior del niño, ya que, si bien éstos no pueden ejercer por sí mismos sus derechos, si son titulares de ellos.

²³⁷ GARATE, Rubén. “El Interés Superior del Niño en la Filiación por Adopción”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 13, N° 46, 2016, pp. 119-120. Los criterios señalados tienen su fundamento en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) la resolución N° 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la resolución N° 45/113 de la Asamblea General, las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD) y la resolución N° 45/112.

Como podemos apreciar, el principio del interés superior del niño vela por el libre desarrollo de la personalidad del menor, por ende su prevalencia significa la necesidad de satisfacción de todos los derechos de este, por lo que, es obligatorio para el Estado considerarlo como norma orientadora de todas las medidas que adopten las autoridades judiciales, pues se fundamenta en el respeto de la dignidad de la persona humana.

4. Estructura familiar que cumple en mejor manera los fines de la familia

Siendo la familia una institución fundamental de la sociedad y el lugar donde el individuo logra su desarrollo, se considera tanto en la legislación nacional como en la internacional que es preferible la permanencia del niño, niña o adolescente con su familia biológica frente a la adopción de medidas tendientes a su separación. Esto, está íntimamente vinculado con

“la consagración del derecho a la identidad y al derecho a crecer en el seno de una familia, puesto que, la única forma de dar una real eficacia a estos derechos es justamente cuidar por la coherencia del núcleo familiar por sobre todas las cosas, reconociendo la posibilidad de separación sólo en aquellos casos en que sea conveniente en virtud del ya referido interés superior del niño. Incluso en aquellos casos en que proceda la separación en pos de dicho interés, existen mecanismos de resguardo para la satisfacción de estos derechos, como la posibilidad de la familia biológica de intervenir en los procedimientos de adopción (...).”²³⁸.

Es decir, que es preferible que el niño crezca en el entorno familiar biológico, ello para no vulnerar su derecho a la identidad; y cuando ello no es posible, debido a diversas situaciones que separan al menor de su familia de origen, ésta aun puede ser partícipe en el proceso adoptivo.

Todos sabemos que en el siglo XX el problema del niño desprovisto de padres se agravó, lo que conllevó al restablecimiento de la adopción, atendiendo, a la necesidad del menor de tener un hogar. No significa esto que en los adoptantes no exista también un interés de poder ser padres, pero éste existe en función del

²³⁸ MUÑOZ TAPIA, Op. Cit., p. 29.

niño, de brindarle el cuidado, el amor y la protección que demanda para su desarrollo personal.

Nuestra legislación procura esto mediante la adopción plena, es decir, si hay una ley que tiene como finalidad específica hacer efectivo el derecho del niño a la familia, ésa es la de la adopción. Dicha ley también considera la situación del niño que no está abandonado por ambos progenitores y procura una mejor integración familiar al permitir la adopción del hijo del cónyuge. Si bien, se admite la adopción unipersonal, procura que en virtud del interés superior del niño, si dos personas adoptan conjuntamente, deben estar unidas en matrimonio.

Más allá de la consideración de la idoneidad de los adoptantes, la ausencia de vínculo matrimonial genera desde lo institucional un marco más vulnerable. El matrimonio otorga mayor estabilidad que las uniones de hecho y es más estable que una pareja del mismo sexo. Al respecto CAPPARELLI sostiene que *“la ausencia de compromiso legal de quienes están unidos de hecho en su propia vida de a dos lleva a sostener que el interés superior del niño queda mejor contemplado si los adoptantes están casados. Entonces, si la negativa se impone ante la falta de matrimonio de los adoptantes, no cabe el supuesto de una pareja del mismo sexo”*²³⁹.

La lectura de los artículos 4° y 6° de nuestra Constitución permite deducir que la familia está determinada por el cumplimiento de sus fines, teniendo especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de ellos. Dentro de los fines familiares debe considerarse el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que se refiere este último precepto. En ese sentido, *“todo intento de «ensanchar» lo familiar a vínculos no relacionados con el cumplimiento de fines familiares debe*

²³⁹ CAPPARELLI, Julio. “El Derecho del Niño a la Familia”, en *Revista Prudentia Iuris* N° 64/65, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica “Santa María de los Buenos Aires”, Diciembre, 2008, pp. 189-190.

*considerarse inconstitucional, incompatible con el deber de protección jurídica de la familia que impone el artículo 4^o*²⁴⁰.

La familia no puede concebirse sin vinculación alguna con la consecución de sus fines, como la procreación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas; pues, en este hecho es su elemento más determinante y fundamental. Esto excluye la legitimidad de cualquier tratamiento legal o jurídico de la familia en nuestro ordenamiento que lo desconecte de su presupuesto institucional básico. Así pues,

*“podrán darse, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece de ella, o si la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales, lo que será de particular aplicación a los menores (caso de la adopción). Pero tales ampliaciones solo podrán justificarse sobre la base del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona”*²⁴¹.

Es decir, la filiación adoptiva permite la integración de un niño o adolescente en el seno de una familia para su desarrollo integral, el cual no pudo lograr en su familia de origen, pues esta no estaba en posibilidades de cumplir con sus fines; sin embargo, es de preferencia que esta familia que solicita al menor en adopción sea una familia nuclear y no una familia monoparental, independientemente del origen de ésta, pues es la unidad familiar tradicional, la que logra mejor el cumplimiento de todos los fines familiares, lo que conllevará a que ese menor logre un mejor desarrollo de su personalidad.

²⁴⁰ Cfr. PLÁCIDO, Op. Cit., p. 84.

²⁴¹ Cfr. PLÁCIDO, Op. Cit., pp. 86-87.

CONCLUSIONES

1. La familia es la institución cultural más trascendental en las sociedades democráticas, es el elemento natural y fundamento de la sociedad, por ello, merece una protección indubitable por parte del Estado. Es en virtud del derecho a la familia, que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Ello, por cuanto, la familia es el lugar donde la persona aprende que su felicidad depende de la felicidad de los demás, la fuente de virtudes sociales, y de donde proviene el capital humano y social. Asimismo, para la protección de los menores que por la inmadurez propia de su edad son los miembros de la familia que mayor protección merece, el artículo 4º de la Constitución Política consagra dos principios esenciales: Interés Superior del Niño y protección especial del niño, los cuales imponen al Estado la obligación de garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

2. La adopción es una institución tutelar del Derecho de Familia mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella. Es una medida definitiva de protección de niñas, niños y adolescentes, declarados judicialmente en estado de abandono. En ese sentido, la adopción permite construir una familia con los mismos derechos y obligaciones que aquellas constituidas con vínculos biológicos. Pero es de resaltar que, la adopción no se plantea ni se concibe desde la perspectiva de quienes pueden

adoptar, sino bajo el criterio de la mejor protección de los intereses de quien va a ser adoptado, ya que, considerar la adopción como un derecho de los solicitantes sería vulnerar esa premisa haciendo prevalecer el interés del adoptante por encima del interés del menor, que vendría reducido a un mero instrumento para la satisfacción del deseo de aquellos, lo que es inconcebible.

3. La filiación adoptiva permite la integración de un niño o adolescente en el seno de una familia para su desarrollo integral, el cual no pudo lograr en su familia de origen, pues esta no estaba en posibilidades de cumplir con sus fines; sin embargo, es de preferencia que esta familia que solicita al menor en adopción sea una familia nuclear y no una familia monoparental, independientemente del origen de ésta, pues es la unidad familiar tradicional, la que logra mejor el cumplimiento de todos los fines familiares, lo que conllevará a que ese menor logre un mejor desarrollo de su personalidad.

4. Dado que la familia que otorga al niño las mayores seguridades para su desarrollo es aquella conformada por un padre y una madre, esto convierte en incompatible la inclusión del artículo 2° de la Ley N° 26981, que permite la adopción por persona solteras. Esto no significa, que una persona soltera no pueda otorgarle el bienestar que requiere el niño para su desarrollo, lo que sucede es que la mayor garantía la otorga la familia nuclear, y si el Estado lo que busca es el interés superior del niño, entonces, siempre procurará aquella estructura familiar que le dote de mayores garantías para su desarrollo. De esta manera el citado artículo 2°, es incompatible con todo el ordenamiento jurídico que procura el interés superior del niño.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, 2ª reimpresión, Lima, Ediciones Legales, 2008.
2. BAQUEIRO ROJAS, Edgar & BUENROSTRO BÁEZ. *Derecho de Familia. Colección de textos universitarios*, 2ª ed., México, Editorial Exford, 2011.
3. BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004.
4. BENEDICTO XVI. *Caritas In Veritate*, Santa Sede-Roma, 29 de junio de 2009.
5. BOSSERT, Gustavo; ZANNONI, Eduardo. *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
6. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnósticos sobre la familia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.
7. CERDÁ GIMENO, José. *Costumbres jurídicas en las Pithiusas*, Madrid, Dykinson, 2011
8. CHÁVEZ ASECIO, Manuel. *La familia en el derecho (relaciones jurídicas paternos-filiales)*, México, Editorial Porrúa, 1985.
9. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
10. D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de la familia*, Madrid, Gráficas Rogar, 2006.
11. DONATI, Pierpaolo. *La política de la familia. Por un welfare relacional y subsidiario*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014.

12. ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría. “Es cristo que pasa”, en *La personalidad del Beato Josemaría Escrivá de Balaguer*, 2ª ed., Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 1994.
13. FERNANDEZ, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*, Lima, Grijley, 1997.
14. FLAQUER, L. *El destino de la familia*, Barcelona, Ariel, 1998.
15. FONTANA ABAD, Mónica. “Instrumentos de evaluación en la adopción”, en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Madrid, Ariel, 2001.
16. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 1985.
17. GARCÍA, Víctor. *Tratado de la educación personalizada. El concepto de persona*, Madrid, Ediciones Rialp, 1989.
18. GARRIGA GORINA, Margarita. *La adopción y el derecho a conocer la Filiación de Origen*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2000.
19. GIL, Andrés; FAMA, María & HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Buenos Aires, Ediar, 2006.
20. GÓMEZ PÉREZ, Rafael. *Deontología Jurídica*, 4ª ed., Navarra, Eunsa, 1999.
21. GUTIERRES CAMACHO, Walter. *Código Civil comentado, Tomo II, Derecho de Familia (primera parte)*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
22. HERVADA, Javier. *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, 4ª ed., Navarra, Eunsa, 1997.
23. HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000.
24. HERVADA, Javier. “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed. ampliada, Pamplona, Editorial EUNSA, 1993.
25. HOYOS, MYRIAM. “De la dignidad humana como excelencia del ser personal: el aporte de Javier Hervada”, en *Revista Persona y Derecho*, Vol. 52, Pamplona, Editorial EUNSA, 2005.
26. JUAN PABLO II. *El Evangelium Vitae*, carta encíclica, Santa Sede-Roma, 15 de marzo de 1992.
27. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1996.
28. KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.
29. LEONARDO, Cornelio. *Manual de Educación Moral y Cívica*, República Dominicana, Talleres Gráficos.
30. LIPOVESTSKY, Gilles. *EL crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 1994.
31. MÉNDEZ COSTA, María & D'ANTONIO, Daniel. *Derecho de familia*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal Culzini Editores, 2001.
32. PARISI MIRALLES, Ángela. *Ética y Deontología para Juristas*, México DF, Editorial Porrúa, 2009.
33. PARRA BENITEZ, Jorge. *Manuel de Derecho Civil*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2002.
34. ROBINSON URTECHO, Patricia. *Procedimientos de Adopción en el Perú*. Informe de investigación 98/2014-2015, Lima, 2014.

35. SAN JUAN PABLO II. *Familiaris consortio. El designio de Dios sobre el matrimonio y la familia*, Santa Sede-Roma, 22 de noviembre de 1981.
36. SENECA. *Tesoro de máximas, avisos y observaciones*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1998.
37. SERRANO GOMEZ, Eduardo. *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., Madrid, Edisofer, 2007.
38. TARAMONA HERNÁNDEZ, José. *Derecho de Familia*, Lima, Editora Triunfaremos, 1992.
39. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologica*, Cap. I-II, Cuestión 6, artículo 1, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
40. TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del derecho y del Estado. De los orígenes a la baja Edad media*, Alianza Editorial, 1982.
41. VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. “*Familia y democracia: el debate en torno a las políticas familiares en las elecciones presidenciales peruanas*”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional Matrimonio y Familia a la Luz del Sínodo 2015: Desafíos y Horizontes, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Mayo 2016.
42. VARSÍ RISPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I, Lima, Gaceta jurídica, 2011.
43. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas*, Tomo II, Derecho de Familia (primera parte), Lima, Gaceta Jurídica, 2003.

Libros Traducidos

44. FRIEDRICH, Hegel. *Principios de la Filosofía del Derecho*, traducido por Juan Luis Vermal. *Los libros de Sísifo*, Barcelona, Edhasa, 1999.
45. MESSNER, Johannes. *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, traducido por BARRIOS, J, y otros, Madrid, España, Rialp, 1967.

Libros Editados y Diccionarios

46. CARBALLENAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo VI, 12ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.
47. QUINTERO VELÁSQUEZ, Ángela María. *Diccionario especializado de familia y género*, Medellín, Universidad de Antioquia y Lumen Humanitas, 2007.

Obras Publicadas por una institución

48. ALDEAS INFANTILES y RELAF. *Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América Latina*, 2011.
49. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Naciones Unidas, Asamblea General, 11º periodo de sesiones, 2009.

50. COREIFAM. *Plan Regional de Fortalecimiento de las Familias 2017-2021*, Chiclayo, 2017.
51. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo*, Informe Defensorial N° 50, 2010.
52. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*, Informe Defensorial, N° 153, 2011.
53. INABIF. Instructivo Legal, Social, Psicológico, y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, 2011.
54. INSTITUTO PARA EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA. *IV Barómetro de la Familia. Estado de la Familia en Arequipa*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2017.
55. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. “La Adopción y el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia”, en *Cuadernos sobre Poblaciones Vulnerables N° 13*, Lima, 2013.
56. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias, 2014-2017*; [Ubicado el 04.VI.2018], Obtenido en: <https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>
57. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Plan Nacional de Familia*, Documento de trabajo, Lima, 2014.

Tesis

58. ALIAGA GAMARRA, Jimena. “El Interés Superior del Niño y Adolescente en la Adopción Internacional en el Perú”. Tesis para Optar el Título de Abogado, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
59. LEYVA RAMIREZ, Cinthya. “Las declaraciones juradas de los demandados con régimen independiente frente al interés superior del niño en los procesos de alimentos”, Tesis para optar el grado de abogado, Trujillo, Universidad Privada Antenor Orrego, 2014.
60. MUÑOZ TAPIA, Alonso. “Análisis Crítico del Sistema de Adopción en Chile”, Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2016.
61. NAVARRETE RODRIGUEZ, Catherine. “La Representación de la Familia Nuclear y la Familia Extensa en seis Historias de Vida de Habitantes de la Calle en Bogotá”, Trabajo de grado para optar el título de Licenciada en Lenguas Modernas, Bogotá, Universidad Javeriana, 2010.
62. OJEDA SILVA, Joselyn. “Estudio sobre el funcionamiento familiar en familias nucleares biparentales y familias nucleares monoparentales”, Tesis para Optar el Título de Psicóloga, Chile, Universidad del Bío Bío, 2013.
63. TAMAYO MEGRET, Minervy. “Sistema de acciones de preparación a la familia para la estimulación del lenguaje a través de juegos verbales en niños de 5to año de vida”, Tesis de Maestría, Universidad Raúl Gómez, Guantánamo, 2012.

Artículos publicados en obras colectivas

64. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Madrid, Ariel, 2001.

Artículo de Revista

65. AGUDELO GIL, Luz. “Realidades familiares contemporáneas: A propósito de algunas contingencias en la estructura, vistas desde una investigación realizada en Medellín, 2012”, en *Katharsis*, N° 17, Medellín, 2014.
66. AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho”, en *Revista Gaceta Constitucional*, Tomo 35, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Noviembre, 2010.
67. ALVARADO TAPIA, Katherine. “Análisis Comparativo Sobre la Constitución y los Efectos de la Adopción de Menores en Perú y España”, en *Revista Ius*, Volumen V, Chiclayo, 2013.
68. ARIAS, Walter. Algunas consideraciones sobre la familia y la crianza desde un enfoque sistémico, en *Revista de Psicología*, 2012.
69. CAPPARELLI, Julio. “El Derecho del Niño a la Familia”, en *Revista Prudentia Iuris* N° 64/65, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica “Santa María de los Buenos Aires”, Diciembre, 2008.
70. GARATE, Rubén. “El Interés Superior del Niño en la Filiación por Adopción”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 13, N° 46, 2016.
71. GUERRA, ¿Familia o Familias? Familia Natural y Funcionalidad Social, Citado por ARIAS, Walter; QUISPE, Ana & CEBALLOS, Karla. “Estructura Familiar y nivel de logro en niños y niñas de escuelas públicas de Arequipa”, En *Revista Perspectiva de Familia*, volumen 1, Arequipa, ADRUS D&L Editores, 2016.
72. IGLESIAS DE USSEL, Julio. “Crisis y vitalidad de la familia”, en *Revista de Occidente*, N° 1999, Madrid, diciembre de 1997.
73. LAZARTE, O. *Desarrollo de los valores de la familia*. Revista Logo, 1995.
74. MARTIN CALA, Martín & TAMAYO, Minervy. “Funciones básicas de la familia. Reflexiones para la orientación psicológica educativa”, en *Revista EduSol*, Vol.13, N° 44, julio setiembre, Centro Universitario de Guantánamo, Cuba, 2013.
75. MEJÍA SALAS, Francisco. Institución Jurídica de la Adopción en el Perú, en *Revista Vox Juris*, N° 25, Lima, USMP, 2013.
76. OLIVA, Eduardo & VILLA, Vera. Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización, en *Revista Justicia Iuris*, N° 01, Volumen 10, enero-junio, 2014.

77. PLÁCIDO, Álex. “El Modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”, en *Revista de Derecho*, N° 71, Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre 2013.
78. RAMOS CABANELLAS, Beatriz. “Regulación legal de la denominada familia ensamblada”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, 2006.
79. RODRÍGUEZ SUMAZA, Carmen & LUENGO RODRÍGUEZ, Tomasa. “Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales”, en *Revista Papers*, N° 69, Valladolid, 2003.

Recursos Electrónicos

80. CILLERO BRUNOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA*; [Ubicado el 27.V.2018], Obtenido en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf
81. DIARIO OFICIAL EL PERUANO. Judicatura seguirá a cargo de la investigación tutelar. Publicación del 2/10/2011, Obtenido en: <http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia.aspx?key=ELYSiAV/ltw=>
82. DONINI, Antonio. La Familia del Futuro, en *Revista Criterio*, Año 72, N° 2254, setiembre 2000, [Ubicado el 23.V.2018], Obtenido en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/curso-projur2003/Bibliograf%C3%ADa%20Mod.I/La_familia_del_futuro.pdf
83. GOÑI SEIN, José. *La Familia Monoparental: Ausencia de Atención Política y Legislativa y su Impacto sobre la Situación Sociolaboral de la Mujer*, p. 15, [Ubicado el 28.V.2018], Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1395100.pdf>
84. GRAU RUBIO, Claudia & FERNANDEZ HAWRYLAK, María. *Nuevas Estructuras Familiares: Implicaciones Para El Sistema Educativo*, 2015, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: https://www.researchgate.net/publication/317823549_NUEVAS_ESTRUCTURAS_FAMILIARES_IMPLICACIONES_PARA_EL_SISTEMA_EDUCATIVO_NEW_FAMILY_STRUCTURES_IMPLICATIONS_FOR_THE_EDUCATION_SYSTEM
85. GUTIERREZ TREJO, Antonio. *Adoptar no es un Derecho de los Adultos: CMDH*, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: <http://es.catholic.net/op/articulos/61401/adoptar-no-es-un-derecho-de-los-adultos-cmdh.html#>
86. INNATIA. *Qué es la familia monoparental o uniparental (definición y características)*, [Ubicado el 27.V.2018], Obtenido en: <http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-que-es-la-familia-monoparental.html>.
87. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Perú: Tipos y ciclos de vida de los hogares 2007*, marzo, Lima, 2010, p. 9; [Ubicado el 31.V.2018], Obtenido en:

- https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0870/libro.pdf
88. *La Adopción*, México, UNAM, [Ubicado el 06.V.2018], Obtenido en: www.juridicas.unam.mx
 89. LEZAMA, Carlos. *Hombres y mujeres solteros también pueden adoptar a un niño, niña o adolescente*, 2016, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: <http://andina.pe/agencia/noticia-hombres-y-mujeres-solteros-tambien-pueden-adoptar-a-un-nino-nina-o-adolescente-621792.aspx>
 90. *Listado de países en los que se permite la tramitación de solicitudes por parte de familias monoparentales*, marzo de 2013, [Ubicado el 16.V.2018], Obtenido en: http://www.juntaex.es/filescms/ddgg005/uploaded_files/adopcion/PROTOCOLO_PAISES_MONOPARENTALES.pdf
 91. LOSADA, Agustín. *El Derecho a tener Hijos*, Madrid, 2010, [Ubicado el 15.V.2018], Obtenido en: <https://www.religionenlibertad.com/derecho-a-tener-hijos-8427.htm>
 92. MIRO, Josep. La función económica y social de la familia, Institut del Capital Social, Barcelona, Universitat Abat Oliba, 2013, p. 13, [Ubicado el 04.VI.2018], Obtenido en: <http://ulia.org/ficv/wp-content/uploads/2016/02/La-funci%C3%B3n-econ%C3%B3mica-y-social.pdf>
 93. MUGA, Rossana. *La importancia de la protección de la familia y su relación con la protección de la persona*, Centro de Investigación Social Avanzada, enero de 2016, [Ubicado el 01.VII.2018], Obtenido en: <http://cisav.mx/la-importancia-de-la-proteccion-de-la-familia-y-su-relacion-con-la-proteccion-a-la-persona/>
 94. MOLINER NAVARRO, Rosa. Adopción, familia y Derecho, en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 14, Santa Cruz, 2012, [Ubicado el 15.V.2018], Obtenido en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000200007
 95. SUÁREZ, Odalys & MORENO, José. *La familia como eje fundamental en la formación de valores en el niño*, [Ubicado el 31.V.2018], Obtenido en: http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/puericultura/la_flia_como_eje_en_la_formacion_de_valores.pdf
 96. VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen. La familia: Concepto, cambios y nuevos modelos, en *Revista La Revue du REDIF*, Vol. 1, Universidad de Deusto, 2008, p. 20, [Ubicado el 31.V.2018], Obtenido en: <http://www.edumargen.org/docs/curso44-1/apunte04.pdf>

Jurisprudencia

97. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2273 – 2005-PHC/TC.
98. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, FJ. 7; [Ubicada el 03.VI.2018], Obtenida en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>