

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**ANÁLISIS DEL PROCESO DE ABANDONO DE NIÑOS Y  
ADOLESCENTES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN  
INTEGRAL Y PROPUESTA DE REFORMA**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTORA**

**ADRIANA DEL ROSARIO RODRIGUEZ MONTENEGRO**

**ASESORA**

**Mgtr. DORA MARÍA OJEDA ARRIARÁN**

**Chiclayo, 2018**

**DEDICATORIA**

A mi madre por su amor, apoyo y ejemplo de superación. A mi familia, en especial a mi padre, abuelo y hermana.

### **AGRADECIMIENTO**

Gracias a Dios por haberme dado la vida, la voluntad y la oportunidad de estudiar, por darme la fuerza y fe para poder culminar la presente investigación. Gracias a la Dra. Paola Callacná Sencio y la Dra. Dora Ojeda Arriarán, quiénes me han orientado, apoyado y corregido desinteresadamente en mi labor científica a fin de poder culminar la presente investigación.

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación estudió el proceso de abandono de niños y adolescentes en nuestro país e identificó las principales incongruencias que presenta este proceso en relación a la doctrina de la protección integral. Para el desarrollo de la temática, se explicó el alcance de los principios rectores y el avance normativo nacional e internacional para la protección de los niños y adolescentes sin cuidados parentales; además, se analizó el procedimiento para la declaración de abandono de niños y adolescentes en el Perú con la finalidad de poder hacer un juicio crítico respecto al tratamiento jurídico que le ha dado nuestro país; asimismo, se comparó analíticamente la legislación sobre la protección del niño, niña y adolescente sin cuidados parentales en determinados países de América Latina a fin de presentar las diferencias y semejanzas más sustantivas entre ellos. Del análisis realizado se concluyó que el proceso de abandono de niños y adolescentes no se ajusta a la “doctrina de la protección integral”, pues, no se ha cumplido con desterrar todas aquellas prácticas propias de la denominada “doctrina de la situación irregular”, identificándose que las principales incongruencias que presenta este proceso se dan tanto en la etapa de investigación tutelar como en la etapa de declaratoria judicial de abandono, razón por la cual es necesaria una reforma legislativa que se convierta en un sistema de atención idónea para el niño, niña y adolescente en presunto estado de desamparo.

**Palabras clave: proceso de abandono de niños y adolescentes, doctrina de la protección integral, reforma legislativa, doctrina de la situación irregular.**

### **ABSTRACT**

The present research studied the process of abandonment of children and adolescents in our country and identified the main inconsistencies that this process presents in relation to the doctrine of integral protection. For the development of the theme, the scope of the guiding principles and the national and international normative advance for the protection of children without parental care were explained; in addition, the procedure for the declaration of abandonment of children and adolescents in Peru was analyzed in order to be able to make a critical judgment regarding the legal treatment given by our country; legislation on the protection of children without parental care in some Latin American countries was also analyzed analytically to present the most substantive differences and similarities between them. The analysis concluded that the process of abandonment of children and adolescents does not conform to the "doctrine of integral protection", since it has not been accomplished to banish all those practices of the so-called "doctrine of irregular status", Identifying that the main inconsistencies presented by this process occur both in the stage of tutelary investigation and in the stage of judicial declaration of abandonment, which is why a legislative reform is necessary that becomes a system of care suitable for the boy, girl and teenager in presumed helplessness.

**Keywords: Process of abandonment of children and adolescents, doctrine of integral protection, legislative reform, doctrine of the irregular situation.**

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>II</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>III</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>IV</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>V</b>
<b>TABLA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>X</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>XI</b>
 <b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>PRINCIPIOS RECTORES Y MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES.....</b>	<b>16</b>
1.1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA PARA LA PROTECCIÓN INFANTO-JUVENIL EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	17
1.1.1. El principio de igualdad y no discriminación.....	17
1.1.2. El interés superior del niño.....	20
1.1.3. La obligación de escucharlo en todas las decisiones que le afecten.....	22
1.1.4. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo.....	25
1.1.5. El principio de diligencia excepcional.....	25

1.2. MARCO NORMATIVO NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO.....	27
1.2.1. Reconocimiento constitucional de la obligación de protección de niños y adolescentes en situación de abandono.....	27
1.2.2. El Código de los niños, niñas y adolescentes.....	30
1.2.3. Otros Dispositivos legales.....	31
1.3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES.....	32
1.3.1. Declaración de los Derechos del Niño.....	34
1.3.2. Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales.....	35
1.3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	36
1.3.4. Convención Americana de Derechos Humanos.....	36
1.3.5. La Convención sobre los Derechos del Niño: Un cambio de paradigma.....	37
1.3.5.1. El modelo que se trata de superar con la Convención: La “situación irregular”.....	41
1.3.5.2. La doctrina instituida por la Convención: La “protección integral”.....	43
1.3.5.3. Cuadro comparativo entre el modelo de la situación irregular y el modelo de la protección integral.....	48
1.3.5.4. El Comité de los derechos del niño como “órgano de vigilancia”.....	51

**CAPÍTULO 2****ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DEL ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ.....54****2.1. LA DECLARACIÓN DE ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO.....57**

2.1.1. La noción de abandono.....57

2.1.2. Las causales del abandono.....59

2.1.3. Las medidas de protección.....68

2.1.3.1. Cuidado en el propio hogar.....69

2.1.3.2. Participación en el Programa Oficial o Comunitario con atención educativa, de salud y social.....72

2.1.3.3. Colocación familiar o familia sustituta.....72

2.1.3.4. Acogimiento residencial.....75

2.1.3.5. Adopción.....76

2.1.4. El procedimiento para la declaración de abandono del niño, niña y adolescente.....77

2.1.4.1. El procedimiento de investigación tutelar a cargo del MIMP.78

2.1.4.2. El procedimiento para la declaración de estado de abandono a cargo del Poder Judicial.....80

**2.2. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO EN EL PERÚ.....81**

2.2.1. Análisis estadísticos en relación a los motivos del abandono.....81

2.2.2. Análisis estadísticos respecto a la declaratoria de abandono.....89

2.2.3. Análisis estadísticos de la adopción a nivel nacional.....97

2.2.3.1. Análisis estadísticos de la adopción según grupo etario.....99

2.2.4. Análisis estadísticos de familias aptas para adoptar.....101

**CAPITULO 3****LA PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE SIN CUIDADOS PARENTALES EN EL DERECHO COMPARADO.....103****3.1. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA EN MATERIA DE PROTECCIÓN INFANTO-JUVENIL EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.....103**

3.1.1. Brasil.....103

3.1.2. Argentina.....105

3.1.3. Colombia.....108

3.1.4. Ecuador.....112

**3.2. CUADRO COMPARATIVO DE LA NORMATIVIDAD EN MATERIA DE PROTECCIÓN A NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES EN CINCO PAÍSES DE LATINOAMÉRICA.....116****CAPITULO 4****EL PROCESO DE ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL Y PROPUESTA DE REFORMA.....127****4.1. LAS PRINCIPALES INCONGRUENCIAS QUE PRESENTA EL PROCESO DE ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN RELACIÓN A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.....127**

4.1.2. Respecto a la investigación tutelar.....127

4.1.3. Respecto a la declaración de abandono.....130

**4.2. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA.....134**

4.2.1. Exposición de motivos.....139

**CONCLUSIONES.....156****BIBLIOGRAFÍA.....159**

**TABLA DE ABREVIATURAS**

<b><u>Abreviatura</u></b>	<b><u>Significado</u></b>
CNA	Código de los niños, niñas y adolescentes
CDN	Comité de los derechos del niño
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
DIT	Dirección de Investigación Tutelar
UGIT	Unidad Gerencial de Investigación Tutelar
DGA	Dirección General de Adopciones
CAR	Centro de Atención Residencial
INABIF	Instituto Nacional de Bienestar Familiar
ICBF	Instituto Colombiano del Bienestar Familiar

## **INTRODUCCIÓN**

El tratamiento jurídico referente a la infancia y la adolescencia ha evolucionado a razón de los distintos modelos ideológicos que han predominado a lo largo de la historia; es así que a mediados del siglo XIX hasta el surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 las legislaciones se inspiraban en la doctrina de la situación irregular, mientras que, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño hasta la actualidad los Estados firmantes asumieron la obligación de actuar sobre la base del modelo de la Protección Integral.

En efecto, la doctrina de la situación irregular también denominada modelo proteccionista o tutelar fue subrogada por la doctrina de la protección integral llamada también modelo de responsabilidad de conformidad con la incorporación de las nuevas ideas y un conjunto de cambios significativos que trajo consigo el surgimiento de la Convención sobre los derechos del niño. Al respecto, es necesario señalar que mientras, el modelo tutelar, consideraba al niño como un ser incapaz de ejercer sus derechos, motivo por el que era objeto de tutela, la doctrina de la protección integral, en cambio, reconoce que el niño es un sujeto pleno de derechos, con libertad de opinión, derecho a la participación y el derecho a no ser discriminado.

Ahora bien, respecto a la situación de abandono la doctrina de la situación irregular consideraba a los niños en situación de abandono como una categoría similar al comportamiento antisocial; es decir como potenciales infractores a la ley penal a los que se les debía institucionalizar; a diferencia de la doctrina de la protección integral que considera al abandono como una vulneración de derechos por parte

de las personas que ejercen la responsabilidad parental o la tutela; y por ende una situación muy distinta al comportamiento antisocial.

Dentro de este orden de ideas, el nuevo paradigma denominado doctrina de la protección integral “exige la necesidad de modificar las legislaciones sustentadas en la Doctrina de la Situación Irregular [lo que] ha provocado en el mundo, así como en nuestro país, cambios sustanciales en los aspectos normativos”<sup>1</sup>; sin embargo, no en todos los países firmantes se efectuó un adecuado cambio sustancial<sup>2</sup> en sus legislaciones pues, algunas modificaciones fueron notoriamente superficiales; sobre todo en lo que respecta al proceso de abandono de los niños y adolescentes en la que no se ha cumplido con desterrar aquellos conceptos y prácticas propias de la doctrina de la situación irregular.

Nuestro país no ha sido ajeno a esta problemática; pues, a pesar de haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño mediante la Ley N° 25278 en 1990, el proceso de abandono de niños y adolescentes regulado en el Libro Cuarto del Título II, Capítulo IX y X del Código de los niños y adolescentes no ha logrado adecuarse al nuevo paradigma de la protección integral, convirtiéndose en un modelo de atención poco idóneo para el niño, niña y adolescente que se encuentra en presunto estado de desamparo. La Defensoría del Pueblo, incluso ha recomendado rediseñar el marco normativo e institucional que sustenta el procedimiento de investigación tutelar.

Ante tal situación surge la interrogante ¿cuáles son las principales incongruencias que presenta el proceso de abandono de niños y adolescentes en relación a la doctrina de la protección integral?

---

<sup>1</sup> BARRERA DÁVILA, Soledad. *De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en el Perú. El caso de los Hogares del INABIF*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014, p. 07.

<sup>2</sup> Un estudio histórico sobre el significado y el alcance de la ratificación de la Convención Internacional sobre los derechos de la infancia en el contexto latinoamericano, con amplias referencias bibliográficas, se encuentra en BELOFF Mary. “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, *Revista Justicia y Derechos del niño*, N° 1, noviembre 1999, 9-22, p. 11.

La presente investigación plantea que el proceso de abandono de niños y adolescentes no se ajusta a la “doctrina de la protección integral” establecida por la Convención sobre los derechos del niño, pues, no se ha cumplido con desterrar todas aquellas prácticas propias de la denominada “doctrina de la situación irregular”, identificándose que las principales incongruencias que presenta este proceso se da tanto en la etapa de investigación tutelar a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables como en la declaratoria de abandono a cargo del Poder Judicial, razón por la cual es necesaria una reforma legislativa que se convierta en un sistema de atención idóneo a favor del niño, niña y adolescente en presunto estado de desamparo.

Sirva de ejemplo el extracto de una sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia<sup>3</sup>, el cual hace referencia al proceso de declaración de estado de abandono al que fue sometido un niño. Este caso se inició en sede administrativa, cuando el niño era apenas un neonato; y concluyó finalmente con la declaración judicial de estado de abandono, cuando este contaba con diez años de edad. Ante este panorama, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, especialmente el derecho a tener una familia, así como los principios del interés superior del niño y la tutela judicial efectiva.

Asimismo, de conformidad con las cifras y los datos estadísticos emitidos por el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) se advierte que sólo el 18% de los dos mil menores albergados en el INABIF cuenta con auto de abandono<sup>4</sup>, razón por la cual, no todos los niños y adolescentes que viven en los Centros de Atención Residencial (CAR), pueden ser adoptados, a pesar del abandono real en que se encuentran, luego de haber sido víctimas de violencia o de haberse determinado que su hogar resultaba un espacio inadecuado para su buen crecimiento y desarrollo.

---

<sup>3</sup> SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA DE LIMA. Expediente N° 77-08 emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima.

<sup>4</sup> INSTITUTO NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR. *Estadística*. [ubicado el 12.IV.2016].  
Obtenido en:  
[http://www.inabif.gob.pe/portalinabif/03\\_salaprensa/2011/220211\\_famacogedoras.html](http://www.inabif.gob.pe/portalinabif/03_salaprensa/2011/220211_famacogedoras.html)

Para los fines de la investigación se plantea como objetivo general identificar las principales incongruencias que presenta el proceso de abandono de niños y adolescentes en relación a la doctrina de la protección integral; y como objetivos específicos explicar el alcance de los principios rectores y el avance normativo nacional e internacional para la protección de los niños y adolescentes sin cuidados parentales.

Del mismo modo, se plantea analizar el procedimiento para la declaración de abandono de niños y adolescentes en el Perú con la finalidad de poder hacer un juicio crítico respecto al tratamiento jurídico que le ha dado nuestro país. Asimismo, comparar analíticamente la legislación sobre la protección del niño, niña y adolescente sin cuidados parentales en determinados países de América Latina a fin de presentar las diferencias y semejanzas más sustantivas entre ellos.

La presente investigación se estructura en cuatro capítulos; el primer capítulo está referido a los principios rectores y al marco normativo nacional e internacional para la protección de niños y adolescentes sin cuidados parentales, en el que se explica cada uno de los principios instituidos por la Convención sobre los derechos del niño, así como la evolución legislativa tanto a nivel nacional como internacional a través de las Constituciones, el Código Civil, las Declaraciones, los Pactos Internacionales y las Convenciones, haciendo especial referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, debido a que esta marca un hito en el tratamiento de los niños y adolescentes; dando lugar a necesarias reformas en las normas jurídicas y en las políticas públicas de una gran diversidad de países con el fin de orientar su intervención dentro del marco de la “protección integral”.

El segundo capítulo comprende el análisis socio-jurídico del abandono de niños y adolescentes en el Perú, en el que se explica la definición del abandono, sus causas, las medidas de protección y el procedimiento que nuestro Código del Niño, Niña y Adolescente otorga a dicha figura para con ello analizar los diversos datos estadísticos que abarca este tema; el tercer capítulo desarrolla lo concerniente a la protección del niño, niña y adolescente sin cuidados parentales en el derecho comparado. Los sistemas jurídicos abarcados son: Brasil, Argentina, Colombia y

Ecuador, los mismos que dan cuenta de la variedad de formas de sistematización legal en materia de protección del niño, niña y adolescente en desamparo.

El cuarto capítulo está referido al análisis del proceso de abandono de niños y adolescentes a la luz de la doctrina de la protección integral, en donde se identifica que las principales incongruencias que presenta este proceso surgen tanto en la investigación tutelar como en la declaración de abandono. De esta manera se propone una reforma legislativa más acorde con la doctrina de la protección integral, describiéndose por cada artículo su propia exposición de motivos.

La investigación se justifica en el sentido de que todo niño, niña y adolescente siendo personas con capacidad progresiva les asiste todo un conjunto de deberes y derechos reconocidos por nuestra Constitución y una variedad de instrumentos internacionales en los que nuestro país es parte, dicho reconocimiento se efectiviza de manera especial cuando aquél niño, niña o adolescente atraviesa una situación de desamparo familiar de conformidad con el artículo 4° de nuestra Constitución. Es por ello, que el proceso de abandono regulado en el Libro Cuarto del Título II, Capítulo IX y X del Código de los niños y adolescentes merece una adecuada protección que; no obstante se ha visto afectada por la presencia del viejo paradigma representado por la doctrina de la situación irregular que relativiza la vigencia de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Por ello, la importancia y utilidad de este tema radica, en que este atiende y refleja una realidad actual y palpable en nuestro país, que cada vez se vuelve más insostenible, debido al ineficiente e ineficaz proceso de abandono de niños y adolescentes. Asimismo, es un tema útil en el sentido que se propone un marco normativo que regule el sistema de atención para la protección de niños y adolescentes sin cuidados parentales en el Perú a fin de que sea un procedimiento idóneo a favor de la infancia y la adolescencia.

## **CAPÍTULO 1**

### **PRINCIPIOS RECTORES Y MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS PARENTALES**

El ser humano es la especie más compleja y desarrollada de la creación pero, durante los primeros años de su existencia es el ser más vulnerable y por lo tanto, para que pueda desenvolverse por sí mismo en todos los aspectos de su vida necesita de más tiempo y mayor atención. Esta advertencia; sin embargo, no ha sido pacífica; pues, en el pasado los niños y adolescentes vivieron una historia de continuas agresiones en donde se les excluía de sus derechos y libertades fundamentales.

En efecto, luego de una serie de reflexiones que se dieron a mediados del siglo pasado se logra reconocer que el infante y el adolescente a razón de su estado de vulnerabilidad merecen una especial protección. Este reconocimiento es el “(...) resultado de un proceso progresivo de largo aliento que se inició en 1924 con la aprobación de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, y que continúa hasta la actualidad con la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en los 193 países que la han ratificado”<sup>5</sup>.

En este sentido se comprende que la protección infanto-juvenil ha sido el resultado de un arduo esfuerzo que se ha avizorado a lo largo de la historia a través de los diversos instrumentos internacionales en los que los Estados asumen el

---

<sup>5</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *¡Fortalezcamos las Demunas! Defendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Informe Defensorial N° 164*, Lima, DP, 2013, p. 21.

compromiso de poner en marcha una serie de disposiciones que garanticen la efectiva realización de los derechos de los niños y adolescentes, brindando especial atención a quienes se encuentren en situación de desamparo. Dentro de esta singular exigencia los poderes públicos conducen su actuación al amparo de los siguientes principios rectores: el principio de igualdad y no discriminación, la supremacía del interés superior del niño, niña y adolescente, la obligación de escucharlo en todas las decisiones que le afecten; el principio de diligencia excepcional, entre otros.

A continuación, explicamos el alcance de los principios rectores que rigen la actuación pública; así como, la evolución del marco legal nacional e internacional para la protección de niños y adolescentes sin cuidados parentales con la finalidad de que se les proteja de modo especial garantizando la defensa y promoción de sus derechos.

### **1.1. Principios rectores de la actuación pública para la protección infanto-juvenil en situación de desamparo**

El deber que tiene el Estado de actuar en favor de los niños y adolescentes ya sea mediante, cualquier medida legislativa, administrativa o judicial guarda especial relación con la condición de vulnerabilidad en la que se sitúa el infante y el adolescente, lo que evidentemente está reconocido en los diferentes instrumentos internacionales, es más, cuando la actuación pública se dirige a proteger al infante y/o adolescente en situación de desamparo se han establecido singulares principios que rigen la intervención de los poderes públicos. Por consiguiente, consideramos, entonces conveniente explicar los alcances de estos principios:

#### **1.1.1. El principio de igualdad y no discriminación**

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra prescrito en el inciso 1° y 2° del artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual tiene como objetivo proteger la igualdad y prohibir la discriminación.

El primer inciso contiene el principio de igualdad, en los siguientes términos:

*“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el*

*color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.*

En efecto, los Estados que forman parte de este Convenio quedan obligados a que cada niño, niña y adolescente de su nación gocen efectivamente de los derechos establecidos tanto en los instrumentos internacionales como en su normativa interna, tratándolos con igualdad, pues, “las personas menores de edad no valen menos ni más, que las personas mayores de edad”<sup>6</sup>, es decir que, todas las personas poseen un valor intrínseco que las hace merecedoras de igual dignidad y respeto.

Asimismo, cabe advertir que la igualdad constituye a la vez un principio y un derecho constitucional. De esta manera, es un principio, pues el Estado tiene el deber de “garantizar y preservar por ser parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático”<sup>7</sup>. Por otro lado, es un derecho constitucional porque es exigible individualmente, “el cual confiere a toda persona el derecho de ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes”<sup>8</sup>.

Por su parte, el segundo inciso contiene el principio de “no discriminación”, en los siguientes términos:

*“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.*

---

<sup>6</sup> FUNDACIÓN PANIAMOR, CIPRODEMI & OTROS. Lucha contra todas las formas de discriminación en niños, niñas y adolescentes en Centroamérica, San José, Fisión Digital JLM, 2006.

<sup>7</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes. Documento N° 2*, Lima, DP, 2007, p. 33.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 33.

Esta disposición normativa, no define a la discriminación sólo se limita a regular la obligación que tienen los Estados de llevar a cabo una serie de medidas o mecanismos dirigidos a garantizar que el niño, niña o adolescente se vea protegido de cualquier forma de discriminación. En tal sentido, resulta necesario establecer que se entiende por discriminación.

La Organización No Gubernamental HUMANIUM sostiene que,

*“discriminación es el acto de tratar a un individuo o a un grupo de personas de una manera ilegal o desfavorable por motivos de raza, color, sexo, nacionalidad, idioma, religión u origen social”<sup>9</sup>.*

De la misma manera, LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ afirma que,

*“la discriminación es el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona o de un grupo de personas”<sup>10</sup>.*

En ese sentido, “todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación”<sup>11</sup>, pues, de lo contrario concurriría en una seria violación a los derechos humanos. Sin embargo, cabe anotar que la discriminación no solo tiene un significado negativo, pues en su vertiente positiva, se le ha denominado como aquel trato diferenciado justificado, el cual es necesario para “la restitución del balance entre las oportunidades, los derechos y la protección ofrecida a los niños”<sup>12</sup>.

Desde luego, resulta conveniente precisar que “no todo tratamiento desigual o diferenciado conlleva necesariamente la violación del derecho a la no discriminación”<sup>13</sup>, pues, “para que la conducta sea calificada como discriminatoria se debe cumplir con tres características concurrentes: (i) la existencia de un trato

---

<sup>9</sup> HUMANIUM. *No discriminación. El derecho de los niños a la no discriminación*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en <http://www.humanium.org/es/no-discriminacion/>

<sup>10</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes. Documento N° 2*, Óp. Cit., p. 27.

<sup>11</sup> UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. *Convención sobre los derechos del niño*, Madrid, UNICEF, 2006.

<sup>12</sup> HUMANIUM. Óp. cit.

<sup>13</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes. Documento N° 2*, Óp. Cit., p. 35.

diferenciado o desigual, (ii) fundado en un motivo o razón prohibida por el derecho y (iii) que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho”<sup>14</sup>.

En resumen, el principio de igualdad y no discriminación está orientado “a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad...”<sup>15</sup>. Por lo tanto, se tratan de dos conceptos que se encuentran estrechamente vinculados.

### **1.1.2. El interés superior del niño**

El interés superior del niño está prescrito en el artículo 3º, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual a la letra señala que:

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

En este sentido se comprende que la Convención sobre los Derechos del Niño “formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos (...)”<sup>16</sup>. Para tal efecto, los Estados están obligados a prevalecer los intereses de los niños y adolescentes sobre cualquier disposición que tengan que resolver, implementar, interpretar, entre otras cuestiones en los que ellos estén comprendidos.

Por su parte, según el estudio realizado por el Comité de los Derechos del Niño<sup>17</sup> mediante la Observación General N° 14 “sobre el derecho del niño a que su interés

---

<sup>14</sup> Ibid, p. 35.

<sup>15</sup> AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. “La protección a los niños y adolescentes desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad”, Reflexiones jurídicas, edición especial en honor al “Día del Juez”, agosto 2013, 93-99, p. 96.

<sup>16</sup> CANALES TORRES, Claudia. “Determinación de la patria potestad: desechando perjuicios frente al interés superior del niño”, Actualidad Jurídica, diciembre 2011, 89-96, p. 95.

<sup>17</sup> El Comité de los Derechos del Niño es un órgano internacional que tiene como labor vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, así como de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia.

superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”<sup>18</sup> señala que el interés superior del niño supone un triple concepto, esto es:

- o Un derecho sustantivo; pues, el interés superior se constituye como aquel derecho que tiene el niño a que su interés sea una consideración primordial en todo momento, obligando de esta manera, a que los Estados realicen una aplicación directa de este principio, lo que se le conoce como *aplicabilidad inmediata*, es decir, puede invocarse ante los tribunales. Por consiguiente, se entiende que el principio del interés superior del niño tiene presencia en todos los aspectos de la vida del menor, a manera de ejemplo, podemos mencionar el caso de la tenencia, régimen de visitas o petición de alimentos, o cuando se da una norma, por ejemplo, la Ley de protección frente a la violencia familiar o la Ley general de centros de atención residencial de niños y adolescentes.
  
- o Un principio jurídico interpretativo fundamental; ya que, si una norma jurídica admite más de un sentido interpretativo, se debe elegir la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. El marco interpretativo está dado por la Convención y sus Protocolos facultativos. En ese sentido, JUAREZ MUÑOZ, afirma que, el principio del interés superior del niño, *“más que un principio general regulador es una norma jurídica imperativa, por ello intransgredible, irrenunciabile e intransigible; aplicable en todos y cada uno de los casos que se relacionen con los derechos o libertades de los niños y adolescentes, aun en situaciones no conflictuales”*<sup>19</sup>.
  
- o Una norma de procedimiento cuando se tome una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños a todos los niños en general; puesto que, esa

---

<sup>18</sup> CFR. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, compilado por UNICEF MÉXICO & SISTEMA DIF NACIONAL, México, UNICEF MÉXICO, 2014, 258-277, p. 260.

<sup>19</sup> JUAREZ MUÑOZ, Carlos Alberto. “Dimensión del interés superior del niño”, *Revista Jurídica del Perú*, N° 117, noviembre 2010. 229-242, p. 233.

decisión necesariamente debe incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en el niño o los niños interesados.

Sobre la base de las ideas expuestas, se concluye que el principio del interés superior del niño hace posible que los derechos de los niños y adolescentes tengan “fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales”<sup>20</sup>.

### **1.1.3. La Obligación de escucharlo en todas las decisiones que le afecten**

La obligación que tiene el Estado de escuchar al infante y al adolescente se encuentra prescrito en el inciso 1° y 2° del artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño con el objetivo de proteger su capacidad progresiva, en cuanto al ejercicio del derecho a expresar libremente su opinión.

El primer inciso contiene este principio, en los siguientes términos:

*“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.*

En efecto, los Estados que forman parte de este convenio se encuentran obligados a respetar el proceso de formación del menor, específicamente en la manifestación de su voluntad, esto es, escuchar a los niños y adolescentes en todas las decisiones que los afecten.

Por su parte, el segundo inciso complementa al primero, asegurando que,

*“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

---

<sup>20</sup> CANALES TORRES, Claudia. Óp. Cit., p. 98.

Esta disposición nos permite inferir que el derecho del niño a ser escuchado consagra a su vez “el derecho a la defensa técnica por parte de los niños, lo que significa la necesidad de asignar al niño -en el proceso de participación en la construcción de las decisiones que los afecten- la asistencia jurídica necesaria para intervenir útilmente en el proceso”<sup>21</sup>.

No cabe duda, que este “es uno de los aspectos más importantes en los que se ha avanzado en la consideración de los menores de edad, el hecho de que su opinión cuente, de que sea escuchada, y la necesidad de otorgar al menor la autonomía más amplia acorde con su edad y grado de madurez”<sup>22</sup>, ello sobre la base de que el infante y el adolescente tienen autonomía progresiva.

Para lograr que este principio se efectivice en todos los Estados adheridos a la Convención, el Comité de los Derechos del Niño mediante la Observación General N° 12 denominado “el derecho del niño a ser escuchado”<sup>23</sup> señala cinco medidas para garantizar su observancia. Estas son:

- o Preparación: El niño debe estar informado a cerca de su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten, se le deberá explicar, además, que este derecho puede ejercerlo directamente o través de un representante advirtiéndole de las posibles consecuencias de esa elección. La situación antes descrita, es responsabilidad de quienes escucharán al niño posteriormente, por lo que, además, está encargado de explicarle al niño cómo, cuándo y dónde se le escuchará y, quienes serán los participantes.
- o Audiencia: Es importante que el niño ejerza su derecho a ser escuchado en un entorno apropiado el cual, le inspire confianza y pueda sentir que es parte de una conversación y no de un examen unilateral; además, se aconseja

---

<sup>21</sup> PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Revista Justicia y Derechos del niño*, N° 8, noviembre 2006, 250-275, p., 254.

<sup>22</sup> DURÁN RUIZ, Francisco Javier. *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Tesis para optar el grado de Doctorado, Italia, Universidad de Granada., 2008., p. 101.

<sup>23</sup> CFR. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, compilado por UNICEF MÉXICO & SISTEMA DIF NACIONAL, México, UNICEF MÉXICO, 2014, 202-226, pp. 210-211.

que esta se desarrolle en condiciones de confidencialidad y no en audiencia pública. Ahora bien, en cuanto a quién debe ser la persona encargada de escucharlo, estos pueden ser: 1) Aquél que intervenga en los asuntos que afectan al niño (un maestro, un trabajador social o un cuidador); 2) El encargado de adoptar decisiones en una institución (un director, un administrador o un juez); 3) Un especialista (un psicólogo o un médico).

- o Evaluación de la capacidad del niño: Cada Estado debe establecer un manual de buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño en cada caso en particular, después de esta evaluación se indicará si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio e independiente, de ser así el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión.
- o Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño): El encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. Esta comunicación constituye una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio; lo que, puede mover al niño a mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta. Por ejemplo, en el caso de un procedimiento judicial presentar una apelación.
- o Quejas, vías de recurso y desagravio: El Estado, a través de una legislación especial, debe informar a los niños cómo y a qué lugar recurrir ante alguna eventualidad que ponga en peligro sus derechos; asimismo, debe brindar a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sean vulnerados. Estos procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

#### **1.1.4. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo**

El principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo se encuentra establecido en el artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que a la letra señala, que:

*“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*

*2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.*

Este artículo indica que son los Estados parte los llamados a tomar acciones positivas para proteger el derecho a la vida de los niños y garantizar el derecho a su desarrollo, se debe agregar, además, que “el Comité [de los Derechos del Niño] espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño (...)”<sup>24</sup>, lo que contribuye a su madurez gradual o evolutiva.

Lo anterior guarda relación con lo regulado en el artículo 27° de la Convención, en el que se reconoce el derecho del infante y adolescente a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, lo que también involucra el derecho a la asistencia material; algo semejante ocurre con el artículo 19° el cual compromete a los Estados a tomar todas las medidas necesarias (legislativas, administrativas, sociales y educativas), para proteger a los niños y adolescentes de todo tipo de abuso, malos tratos, explotación, etc.

#### **1.1.5. El principio de diligencia excepcional**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que debido a la importancia que posee el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a niños y/o adolescentes sobre todo aquellos relacionados “con la adopción, la guarda y la custodia de niños y que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y

---

<sup>24</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Óp. Cit., p. 58.

celeridad excepcional por parte de las autoridades"<sup>25</sup>; pues, la falta de razonabilidad en el plazo constituye por sí misma, una violación de las garantías judiciales.

Los maestros ESPEJO & LATHROP en un reciente estudio señalan que este principio "consiste en que la autoridad pública y todo órgano, servicio e institución que conforme el sistema de protección especial de derechos de niños y adolescentes, debe actuar con un cuidado superior al ordinario al acometer las funciones que dicho sistema le confiere" <sup>26</sup>. Dicho de otro modo, las entidades que forman parte de ese sistema especial están obligados a actuar con eficacia y eficiencia, evitando con ello consecuencias negativas e irremediables en los niños y adolescentes.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera reiterativa ha señalado, en la sentencia de fecha 27 de abril de 2012 referida al caso Fornerón e hija Vs. Argentina<sup>27</sup> que los elementos para determinar la razonabilidad del plazo son: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del

---

<sup>25</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Medidas provisionales respecto a Paraguay* 2011 [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm\\_se\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_03.pdf).

<sup>26</sup> ESPEJO YAKSIC, Nicolás & LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2015, p. 49.

<sup>27</sup> Los hechos del presente caso son los siguientes: el 16 de junio de 2000 nace Milagros Fornerón, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo Aníbal Javier Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entrega su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal. Leonardo Aníbal Javier Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de Milagros Fornerón, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Leonardo Aníbal Javier Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Un mes después del nacimiento de Milagros Fornerón el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija. El 1 de agosto de 2000, el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de Milagros Fornerón. En el procedimiento judicial sobre la guarda, Leonardo Aníbal Javier Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, y manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad. El 17 de mayo de 2001, el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El señor Fornerón apeló la sentencia, y ésta fue revocada dos años después de la interposición del recurso. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de Milagros Fornerón al matrimonio B-Z. [CFR] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fornerón e hija v.s Argentina* 2012 [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

## **1.2. Marco normativo nacional para la protección de niños y adolescentes en situación de abandono**

### **1.2.1. Reconocimiento Constitucional de la obligación de protección a niños y adolescentes en situación de abandono**

La Constitución Política del Perú constituye el fundamento de todo el ordenamiento jurídico-político, y como tal, se ubica en la cúspide de todo el sistema jurídico peruano, sin embargo, esta norma suprema ha dejado de ser absoluta y exclusiva, pues, junto a los tratados internacionales, ha adquirido igual jerarquía. En ese sentido, el reconocimiento constitucional de la obligación de protección a los niños y adolescentes en situación de abandono, tiene como soporte y a la vez como complemento el derecho internacional.

De esta manera, “los tratados y convenios son parte del bloque de constitucionalidad, [y] sirven a su vez de parámetros de control de la constitucionalidad de las leyes. Por tanto, devienen inconstitucionales las leyes que contravienen los preceptos de dichos acuerdos internacionales”<sup>28</sup>. Entre aquellos instrumentos internacionales, podemos mencionar a la Declaración de Ginebra, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

El deber de protección que tiene el Estado peruano sobre los niños y adolescentes se plasmó por primera vez en la Constitución de 1920, esta norma señalaba que, “el Estado cuidará de la protección y auxilio de la infancia”. Cabe advertir que, dicha norma utilizaba el término “*cuidará*” para materializar la obligación del Estado peruano sobre la protección de la infancia y adolescencia.

Por otro lado, la Constitución de 1933 prescribía que “es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño (...) a la amplia asistencia cuando se halle en situación

---

<sup>28</sup> AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. Óp. Cit., p. 93.

de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados”.

Observamos que esta disposición normativa, más completa que la anterior, utiliza el término “*amplia asistencia*”, la cual precisa, el deber del Estado de amparar al menor de edad en determinadas circunstancias que atenten contra su integridad física, mental o moral. MONTOYA CHÁVEZ, asegura que esta terminología encarna no sólo la obligación estatal de socorrer cuando se encuentre la persona “en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia” sino que esta ayuda debe ser lo más profunda y completa posible<sup>29</sup>.

La Constitución de 1979, por su parte, reconocía la protección del menor de la siguiente forma: “(...) el niño, el adolescente (...) son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral”. Esta norma reconoce al Estado como el único obligado de brindar protección al infante y al adolescente en cuanto se encuentren en tres tipos de abandono: el económico, el corporal y el moral.

Finalmente, la Constitución Política de 1993, prescribe en su artículo 4° que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y, al adolescente (...) en situación de abandono”, es decir, dicha norma reconoce como sujetos obligados a proteger a la infancia y la adolescencia tanto al Estado como a la comunidad, sin explicar qué se entiende por abandono. A su vez, este artículo consagra dos principios esenciales en materia de niñez y adolescencia: el interés superior del niño y la 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 y adolescentes”<sup>30</sup>.

Conviene subrayar que esta norma se armoniza con el artículo 44° del mismo cuerpo supra legal, la cual, establece como uno de los deberes primordiales del Estado, el “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, “en este caso específico, los derechos de los niños y adolescentes”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo. *Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes. El interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución*. Lima, editorial Grijley, 2007, p. 17.

<sup>30</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: Aportes para un nuevo modelo de atención. Informe Defensorial N° 153, Lima, DP, 2011, p. 33.

<sup>31</sup> Ibid, p. 32.

Respecto a esta regulación podemos aseverar, de conformidad con VARSI y CANALES que los niños y adolescentes “son sujetos débiles jurídicos que, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad y dependencia necesitan de un tratamiento y regulación especial, lo que justifica el otorgamiento de un trato diferente, preferencial (...)”<sup>32</sup>. Dicha interpretación significa una clase de discriminación positiva<sup>33</sup>; pues, regula una condición o situación especial para la efectiva realización los derechos de la infancia y la adolescencia.

De acuerdo con ello, MONTOYA CHÁVEZ, afirma que;

“...la especial protección que les reconoce la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de niños y adolescentes y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. A tales derechos especiales les corresponden deberes específicos; vale decir, la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado”<sup>34</sup>.

Este autor asume que la protección especial responde a un carácter tuitivo, en virtud de la condición de vulnerabilidad de los niños y adolescentes, por lo que se impone a la familia, la sociedad y al Estado la obligación de proteger y asistir al infante y/o adolescente para garantizar su pleno desarrollo y bienestar.

En el mismo sentido, AMEGHINO BAUTISTA, sostiene que;

“...bajo este principio las leyes y en especial el CNA, tienen por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República peruana, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos

---

<sup>32</sup> VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique & CANALES TORRES, Claudia. “Protección del niño, de la madre, del anciano y de la familia. Promoción del matrimonio” en La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2015, 508-539., pp. 508-509.

<sup>33</sup> Discriminar positivamente es tratar de manera diferente a aquellos que son diferentes dando más a los que tienen menos. Se toma en consideración una desigualdad de situación o se intenta reducirla (...) Por definición, este tiene vocación a desaparecer cuando el grupo o los grupos concernidos habrán superado su deficiencia y recuperado su retraso con respecto al resto de la sociedad. EGUZKI URTEAGA. “Las políticas de discriminación positiva”, Revista de Estudios Políticos (nueva época), N° 146, octubre-diciembre, 2009, 181-213, pp. 182-183.

<sup>34</sup> MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, Óp. Cit., p. 17.

reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”<sup>35</sup>.

Del mismo modo, manifiesta que estos;

“...derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces”<sup>36</sup>.

En síntesis, el reconocimiento del deber de protección que tiene el Estado peruano respecto de la infancia y la adolescencia en situación de abandono ha ido evolucionando a través de las Constituciones, esto es; desde la Constitución de 1920 hasta la constitución de 1993.

### **1.2.2. El Código de los Niños y Adolescentes**

El deber de protección del Estado para con los niños y adolescentes se encuentra reconocido en el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual prescribe que, “el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica”, es decir, hace referencia a la protección especial a la que está sujeto el infante y el adolescente en virtud de su capacidad progresiva o madurez evolutiva.

Por su parte, el literal c) del artículo 33° del mismo cuerpo normativo dispone sobre el modelo de atención dirigido a los niños y adolescentes en presunto estado de desprotección, es decir, “programas de protección que aseguren la atención oportuna cuando enfrentan situaciones de riesgo”. Dichas situaciones de riesgo pueden ser: el maltrato, la violencia o explotación sexual, la discapacidad, así como el estado de abandono.

En relación al estado de abandono “es pertinente señalar que los Capítulos IX y X del Título II del Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes contemplan diversas normas respecto al establecimiento de medidas de protección para

---

<sup>35</sup> AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. Óp. Cit., p. 95.

<sup>36</sup> Ibid, p. 95.

aquellos niños y adolescentes en presunto estado de abandono, así como para la declaración judicial de abandono<sup>37</sup>.

De este modo, el artículo 245° del mismo cuerpo normativo, señala que las investigaciones tutelares están a cargo del MIMP por lo que en forma provisional dispondrá de las medidas de protección pertinentes. Asimismo, el artículo 248° prescribe que, la declaración de estado de abandono está a cargo del Poder Judicial.

### **1.2.3. Otros dispositivos legales**

El sistema normativo peruano también contiene otras normas vinculadas a la obligación de protección del Estado a los niños y adolescentes en estado de abandono. A continuación, hacemos una breve referencia:

- o **La Ley N° 29174. Ley General de Centros de Atención Residencial de Niños y Adolescentes:** El cual regula el funcionamiento de los Centros de Atención Residencial, independientemente de la denominación y modalidad que tengan las instituciones que brindan residencia a niños y adolescentes; sean éstas hogares, casas hogares, albergues, aldeas, villas, centros tutelares u otras denominaciones.
- o **La Ley 26260. Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar:** El cual, establece estrategias a fin de reducir o erradicar la violencia intrafamiliar, en este caso en agravio de los hijos menores de edad, definiéndola como toda acción u omisión provenientes de, o permitidas por, los padres de familia, tutores o responsables que signifiquen violencia, perjuicio o abuso físico, de modo que afecte su normal desarrollo físico, psicológico, sexual o moral.
- o **La Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad declarados judicialmente en abandono:** El cual, establece el trámite que se sigue ante el MINDES mediante la Oficina de Adopciones, para

---

<sup>37</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: Aportes para un nuevo modelo de atención. Informe Defensorial N° 153, Óp. Cit., p. 35.

disponer las adopciones de los niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono.

- o **La Ley N° 28330 que modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes (23 de junio de 2004):** Modificó diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes. En consecuencia, se estableció que el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) es el ente rector en materia de infancia y adolescencia, así como el órgano competente para realizar el procedimiento de investigación tutelar. La referida ley, en su quinta disposición transitoria y final, dispuso también que el MIMDES asumiría competencia en materia de investigación tutelar de manera progresiva a partir de los noventa días hábiles de entrada en vigencia del reglamento de la ley, en tanto, que el Poder Judicial continuaría asumiendo la competencia de las investigaciones tutelares respecto de los procesos que no sean transferidos.
  
- o **El Plan Nacional de Apoyo a la Familia, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2004-MIMDES:** De fecha 15 de setiembre de 2004, el cual consignó como acción estratégica promover la des-judicialización de la investigación tutelar y su trámite administrativo, fijando como meta que al año 2011 todos los distritos judiciales del país deberían haber transferido los procedimientos de investigaciones tutelares al MIMDES.

### **1.3. Marco normativo internacional para la protección de niños y adolescentes sin cuidados parentales.**

Los derechos de los niños y adolescentes están consagrados en diferentes instrumentos normativos internacionales, así tenemos: la Declaración de Ginebra (1924), La Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los derechos del Niño (1989) entre otros, los cuales, luego de haber sido ratificados por los Estados, éstos se encuentran obligados a que sus entidades gubernamentales deban poner

en marcha mecanismos necesarios para garantizar la efectiva realización de estos derechos, especialmente a quienes se encuentren en situación de abandono.

El deber específico que tienen los Estados de proteger especialmente a los niños y adolescentes en situación de abandono, se encuentra prescrito en el artículo 6° de la Declaración de los Derechos del Niño<sup>38</sup>, el artículo 10.3° del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales<sup>39</sup>, el artículo 24.1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>40</sup>, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>41</sup>, el artículo 16° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”<sup>42</sup>, y en los artículos 3.2° y 3.3°, 9°, 19° y 20° de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> “Principio VI: (...) La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia (...)”.

<sup>39</sup> “Artículo 10°: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (...)”.

<sup>40</sup> “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”.

<sup>41</sup> “Artículo 19°: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

<sup>42</sup> “Artículo 16°: Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”

<sup>43</sup> “Artículo 3°: 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)”

“Artículo 9°: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)”

“Artículo 19°: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (...)”

“Artículo 20°: 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 (...)”

De igual manera, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado respecto a la obligación que tienen los Estados en brindar protección especial a los niños y adolescentes que se encuentran en estado de abandono. “Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la obligación del Estado de brindar protección especial a los niños y adolescentes debido a su condición de vulnerabilidad, así como a aquellos que se encuentran en situación de riesgo como es el caso de los niños de la calle”<sup>44</sup>.

Comprendemos que, la obligación estatal de proteger a los niños y adolescentes especialmente a los que se encuentran en situación de abandono, está reconocido en diversos instrumentos internacionales. Aunque, la Convención sobre los Derechos del Niño ha significado una normativa internacional de gran envergadura, debido a que consagra, por primera vez en un mismo documento, todos los derechos de los niños y adolescentes; esto es los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, reconociendo que dichos derechos son esenciales y complementarios entre sí, ya que, todos son necesarios para el desarrollo del infante y adolescente.

### **1.3.1. Declaración de los Derechos del Niño**

La Declaración de los Derechos del Niño es un tratado internacional adoptado el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ésta norma está basada en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y consiste de sólo diez principios que son de suma importancia pues, tienen como fin último que el niño, niña y adolescente puedan tener una vida feliz y gozar de todos sus derechos y libertades.

Por otra parte, esta norma prescribe el deber específico que tienen los Estados de proteger especialmente a los niños y adolescentes en situación de desamparo en el artículo 6° de la Declaración de los Derechos del Niño, señalando que:

*“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un*

---

<sup>44</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: Aportes para un nuevo modelo de atención. Informe Defensorial N° 153, Óp. Cit., p. 29.

*ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”.*

Conviene subrayar, que este principio destaca la importancia de la unidad familiar; es decir, el derecho que tiene todo niño, niña y adolescente a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia; aunque también contempla la posibilidad de separarlo de su madre, pero sólo en situaciones excepcionales. Otro rasgo notable, que señala este principio, se refiere al deber de los padres de facilitar los medios adecuados para la subsistencia de sus hijos menores de edad, de no contar con esta forma de protección, la sociedad y las autoridades públicas asumen dicha obligación.

### **1.3.2. Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, prescribe, el deber específico que tienen los Estados de proteger especialmente a los niños y adolescentes en situación de abandono, en ese sentido, el artículo 10.3° del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, sostiene que,

*“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (...)”.*

Al respecto, se pone de manifiesto que este instrumento internacional invoca a los Estados parte que al momento de intervenir mediante algún servicio de atención a niños y adolescentes en situación de desprotección no se ha de incurrir en actos discriminatorios en contra de ellos.

### **1.3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un tratado multilateral que reconoce derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía, el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas

mediante la Resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966, sin embargo, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificada por 167 Estados.

Por otro lado, esta norma prescribe, el deber especial que tienen los Estados de proteger a los niños y adolescentes en situación de abandono, en ese sentido, el artículo 24.1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sostiene que:

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

De igual modo, que el artículo 10.3° del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, esta disposición normativa acoge el principio de igualdad y no discriminación en aras de salvaguardar los derechos e intereses de la infancia y la adolescencia.

#### **1.3.4. Convención Americana de Derechos Humanos**

La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte; también, prescribe el deber específico que tienen los Estados de proteger especialmente a los niños y adolescentes en situación de abandono en su artículo 19 señalando que:

*“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*

Evidentemente, la intervención del Estado es de carácter subsidiaria; es decir que, el Estado actúa sólo cuando “el niño no tiene una familia que lo cuide y lo proteja, por abandono de sus padres o cualquier [otra] causa y los otros familiares no cumplen con las condiciones necesarias para brindarles la protección necesaria y los cuidados que los mismos necesitan”<sup>45</sup>.

#### **1.3.5. La Convención sobre los Derechos del Niño: Un cambio de paradigma**

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 mediante la Resolución 44/25 en la cuadragésima cuarta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York y, entró en vigencia el

---

<sup>45</sup> DUQUE CAMACHO, Andrea Paola & RAMIREZ TORRES, Lina Margarita. *La adopción de una medida de protección, garantía y restablecimiento de derechos de las niñas y los niños en Colombia*, Tesis para optar el Título de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 33.

02 de setiembre de 1990 de conformidad con el artículo 49° de la Convención<sup>46</sup> al ser ratificado por 192 Estados. Por lo que se refiere a nuestro país, la Convención fue aprobada el 26 de enero de 1990 y ratificada mediante la Resolución Legislativa N° 25278, el 4 de agosto de ese mismo año.

El primer antecedente de la Convención sobre los derechos niño fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, mientras que el primer texto de carácter universal fue la Declaración sobre los derechos del niño, adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; sin embargo, al ser una declaración esta no tiene carácter vinculante; en otras palabras, no resulta de cumplimiento obligatorio para los Estados.

De manera que, la Convención es considerada el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional y, lo más importante es que este instrumento internacional reúne en un único texto los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los niños y adolescentes que requieren de protección especial.

Ahora bien, en cuanto al deber específico que tienen los Estados de proteger especialmente a los niños y adolescentes en situación de abandono, esta norma prescribe en los artículos 3.2°, 3.3°, 9°, 19° y 20° que:

*“Artículo 3°: (...)*

*2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

*3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia*

---

<sup>46</sup> Artículo 49°: 1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

*de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.*

Sobre la base de este artículo, merece recordar que hubo una época en que niños por motivos de orfandad u otra circunstancia eran institucionalizados. Allí “sufrían graves afrentas a su dignidad, inclusive en lugares de beneficencia, donde se aplicaban castigos físicos o se les hacía trabajar forzadamente, viviendo en hacinamiento y condiciones absolutamente insalubres”<sup>47</sup>. Por esta razón, el artículo bajo análisis, emplaza a los Estados parte a que en el momento de tomar cualquier determinación de índole legislativa y/o administrativa esta deba ser la más adecuada y en plena armonía con los derechos de los niños y adolescentes.

*“Artículo 9º: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)”*

Como se puede apreciar de la lectura de este artículo el Estado debe velar, en primer lugar, porque el niño o niña no sean separados de sus padres en contra de su voluntad, pero si tal separación ocurre, éste debe responder al interés superior del niño, por ejemplo, “en el caso de que sufran maltrato, pues la violencia intrafamiliar es uno de los hechos más graves que se dan en el seno del primer espacio donde un ser humano debería encontrar amor y protección, el primer espacio de socialización”<sup>48</sup>.

*“Artículo 19º: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de*

---

<sup>47</sup> COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *Convención Internacional sobre los derechos del niño. Versión comentada*, Guatemala, COPREDEH, 2011, p., 17.

<sup>48</sup> COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, Óp. Cit., p. 26.

*un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (...)*”

Sucede pues que, este artículo “prohíbe todas las formas de abuso, sin excepción, [en menoscabo de los niños y adolescentes] prohibición que debe ser respetada por todas las personas que estén encargadas de su cuidado, y establece la obligación de los Estados de crear medidas apropiadas para asegurar este derecho, lo que no puede quedar a su discreción”<sup>49</sup>; pues, el Comité de los derechos del niño, mediante la Observación General N° 13 denominado “derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”<sup>50</sup> establece que estas obligaciones especiales son las siguientes: actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables, y ofrecer vías de reparación de las violaciones de los derechos humanos.

*“Artículo 20°:*

*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 (...)*”

Las obligaciones jurídicas son de “carácter tanto negativo como positivo”<sup>51</sup>; pues, los Estados parte tienen el deber ante todo de abstenerse de medidas que infrinjan los derechos de los niños y adolescentes y, por otra parte, tomar las medidas necesarias para garantizar el disfrute de los derechos de estos sin discriminación. “Tales obligaciones no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores

---

<sup>49</sup> Ibid, p. 29.

<sup>50</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Óp. Cit., p. 230.

<sup>51</sup> COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, Óp. Cit., p. 31.

que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, sino también medidas preventivas de la separación”<sup>52</sup>.

En cuanto, a las medidas de protección en caso de infantes y adolescentes privados del cuidado parental, la Convención señala las siguientes: la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o como de última ratio, la colocación en instituciones adecuadas. A este respecto, la decisión de separar a un niño de su hogar “debe tomarse en conformidad con criterios y procedimientos establecidos por la ley y, en caso de que la decisión sea tomada por una autoridad administrativa, debe estar sujeta a revisión judicial, debiendo oírse a todas las partes interesadas”<sup>53</sup>.

Todas estas observaciones indican que la Convención tiene una nueva visión respecto de la protección especial que merecen los niños y adolescentes, de tal manera, que se consagra como un instrumento internacional con trascendencia jurídica, y por lo mismo “condiciona la actuación de las autoridades a generar procedimientos adecuados y respetuosos para el respeto de sus derechos fundamentales, es decir, intervenir en situaciones donde involucran a personas menores de 18 años de edad, resultando compatible con las disposiciones de esta Convención en el extremo que regula jurídicamente el interés superior del niño y el derecho de ser oído conforme a su madurez y desarrollo personal”<sup>54</sup>.

#### **1.3.5.1. El modelo que se trata de superar con la Convención: La “situación irregular”**

El modelo de la situación irregular estuvo presente en Latinoamérica durante todo el siglo XX hasta la entrada en vigencia de la Convención sobre los derechos del niño, el 02 de setiembre de 1990. Por lo que se refiere a esta doctrina su fundamento es el modelo tutelar, en donde su principal característica es la de

---

<sup>52</sup> Ibid, pp. 31-32.

<sup>53</sup> O'DONNELL, Daniel. *La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia*. [ubicado el 29 abril. III 2016] Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/\\$FILE/ProteccionIntegralO-Donnell.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/$FILE/ProteccionIntegralO-Donnell.pdf) p., 16.

<sup>54</sup> RÍOS MAYORRGA, Julio Trinidad. *Condiciones sociales, económicas y jurídicas de los niños y adolescentes en estado de abandono en el Hogar Transitorio Amantani – Cusco, 2012*, Tesis para optar el grado de Doctor, Arequipa, Universidad Católica de Santa María, 2013., p. 27.

considerar al niño, niña y adolescente como “objetos de derecho”. Así lo ha verificado MARY BELOFF; al señalar que “estas leyes conciben a los niños y jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales”<sup>55</sup>.

Dentro de este marco de ideas, resulta de gran importancia que mencionemos las características esenciales<sup>56</sup> de la doctrina de la situación irregular. A continuación, se resume las siguientes:

- o *Carácter enunciativo de las categorías definidas como menores en situación irregular.* El Instituto Interamericano del Niño define a la situación irregular como “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades”<sup>57</sup>. Dichas condiciones autorizan la intervención protectora-controladora del Estado a través de sus órganos administrativos y judiciales.
- o *Los menores son objeto de tutela por parte del Estado.* Este enunciado se vincula con el pensamiento de que el niño es un ser diferente al adulto debido a su incapacidad, a su falta de comprensión de las consecuencias de sus actos, razón por la cual es necesaria una tratativa adecuada donde el Estado lo proteja en determinados aspectos como su derecho al alimento, a la asistencia, su salud, educación, entre otros.
- o *Amplias facultades discrecionales del juez de menores.* El juez de menores o llamado también juez tutelar dispone de un poder absoluto, es decir tiene un marco de gran discrecionalidad en cuanto detectar y tratar a los menores a fin de evitar problemas mayores. Su ámbito de intervención se extiende a niveles preventivos, investigativos y decisorios.

---

<sup>55</sup> BELOFF, Mary. Óp. Cit., p., 9.

<sup>56</sup> CFR. PLÁCIDO V., Alex F. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Lima, Pacífico Editores, 2015, pp. 39-45.

<sup>57</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO citado por PLÁCIDO V., Alex F., Óp. Cit., p. 39.

- o *Los menores son inimputables y carentes de responsabilidad penal.* Los menores son considerados inimputables y al serlos no cometen delitos y por lo tanto, no son delincuentes; en consecuencia, no se le pueden aplicar penas sino medidas reeducativas. Dicho de otro modo, los menores son inimputables; ya que, no tienen plena conciencia de las consecuencias de su obrar y además, no poseen capacidad de derecho.
- o *El tratamiento reeducativo se manifiesta a través de medidas vinculadas a la personalidad individual de cada menor.* La medida reeducativa se define como el instrumento mediante el cual el Estado se vale para transformar al menor de 18 años que se encuentra en situación irregular en un ser útil a sí mismo y a la sociedad. Dichas medidas reeducativas son indeterminadas, pues son concebidas como tratamientos individualizados de acuerdo a la problemática de cada menor, y al ser esto así, la medida dependerá de la evolución del menor; en otras palabras, el parámetro para su duración lo establece la conducta del menor durante el tratamiento.
- o *Ausencia de garantías procesales en el procedimiento de los menores en situación irregular.* La función jurisdiccional tiene carácter inquisitivo, de tal manera que, no se admiten las instituciones procesales de la acusación y de la defensa, pues ambas se concentran en el juez. Asimismo, los procesos tutelares de menores son eminentemente confidenciales a fin de evitar estigmatizaciones en la vida futura del menor. Por otro lado, el juez no tiene directrices para la valoración de las pruebas lo que deviene en arbitrario.

En suma, la doctrina de la situación irregular comprende al niño-delincuente-abandonado como objeto de control social, siendo los jueces de menores los responsables de ejercer esa potestad protectora-controladora respecto de los potenciales infractores del orden.

No obstante, el sistema tutelar que había gobernado el mundo decae durante los años sesenta en Europa y Estados Unidos. En Europa con el surgimiento del

derecho penal juvenil el cual, separa las competencias asistenciales de las penales y en Estados Unidos a partir de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema que determinaron la inconstitucionalidad del sistema de juzgamiento aplicable a los menores y exigieron el cumplimiento de las garantías del debido proceso en los juicios seguidos contra adolescentes infractores del orden.

Aunque, es a partir de la década de los ochenta cuando se comienza a manifestar el fracaso de la doctrina de la situación irregular en América Latina y se hace más profunda la crisis entre el sector jurídico tradicional que la defiende y los movimientos sociales que comienzan a entender a la infancia como sujetos de derechos. A partir de ese decaimiento surge un nuevo paradigma, la doctrina de la protección integral, la cual es instituida por la Convención sobre los derechos del niño.

#### **1.3.5.2. La doctrina instituida por la Convención: La “protección integral”**

La Convención sobre los derechos del niño “introduce una nueva visión de la infancia que genera un cambio en su relación con los adultos y con el Estado”<sup>58</sup>. Esta nueva visión se conoce como la doctrina de la protección integral y es una teoría de gran envergadura, pues reemplaza y mejora la teoría de la situación irregular. Siendo su cualidad principal reconocer al infante y al adolescente como sujetos de derecho.

Los países que ratifican la Convención se convierten en Estados parte; por tanto, aceptan comprometerse legalmente a sus estipulaciones e informar regularmente a un Comité de derechos del niño sobre sus avances. De esta manera, “la gran mayoría de los países de América Latina, incluido el Perú, han adecuado su legislación interna o están inmersos en ese proceso evolutivo de cambio”<sup>59</sup> a fin de orientar sus actuaciones dentro del marco de la “protección integral”.

---

<sup>58</sup> CAMPOS GARCÍA, Shirley. “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”, *Revista IIDH*, Vol. 50, 2009, 351-377, p., 356.

<sup>59</sup> GARAY MOLINA, Ana Cecilia. *Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la convención internacional de los derechos del niño*. [ubicado el 29 abril. III 2016] Obtenido en [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del\\_mod\\_tutelar\\_a\\_mod\\_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be7](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be7)

Exploremos un poco la definición de la doctrina de la protección integral recurriendo a la Doctora TAPIA VIVAS, quien señala que esta teoría es

“...aquella obligación que tiene el Estado para con los niños, niñas y adolescentes a la satisfacción de las necesidades objetivas del menor, en su situación individual y concreta, para la actualización de todas las potencialidades propias de su condición de persona de ser dotado de capacidad virtual de autodeterminación; constituye desde el punto de vista ético<sup>60</sup>.

En otras palabras, la finalidad de esta doctrina es que el niño, niña y adolescente pueda satisfacer plenamente sus necesidades y lograr con ello su desarrollo integral, por tanto, reconoce un *numerus apertus* de derechos que le son inalienables, lo cual, obliga al estado y a la comunidad no sólo a satisfacer estas necesidades en forma urgente, sino a intervenir en todas las circunstancias en las que estos derechos estén siendo avasallados o vulnerados o en riesgo de serlo.

Dentro de este marco de ideas, resulta de gran importancia que mencionemos las características esenciales<sup>61</sup> de la doctrina de la protección integral. A continuación, se resume las siguientes:

- o *La consolidación de la situación jurídica del niño, niña y adolescente como titular de derechos fundamentales.* Se reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derechos, lo que significa que ellos tienen derecho al respeto, la dignidad, la libertad, la protección y al desarrollo pleno. Esto en vista de que los niños y adolescentes en virtud de su condición humana gozan de todos los derechos humanos fundamentales y de las garantías reconocidas a los adultos en la Constitución y en las leyes. Hay que mencionar, además, que el infante y el adolescente son considerados como personas en condición peculiar de desarrollo, y por lo mismo, además de los derechos y garantías reconocidos a los adultos se les debe de reconocer derechos especiales donde reciban cuidados distintivos, porque dicha

---

<sup>60</sup> TAPIA VIVAS, Gianina. “El sistema de atención a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono en los centros de atención residencial” Actualidad Jurídica, N°263, octubre 2015, 41-53., p. 42.

<sup>61</sup> CFR. PLÁCIDO V., Alex F., Óp. cit., pp. 49-52.

condición particular los torna vulnerables en su desarrollo y en la defensa y ejercicio de sus derechos.

- o *La protección integral de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes a partir de la consideración de su superior interés.* Con el propósito de que la protección integral sea efectiva es necesaria la satisfacción, la garantía plena de todos los derechos reconocidos a los niños y adolescentes como personas con capacidad progresiva. De donde resulta que, el interés superior del niño se constituye en la herramienta eficaz para adjudicar un derecho cuando existe conflicto de intereses o discrepancia de derechos entre un niño/a y otra persona o institución.
  
- o *El reconocimiento de autonomía y participación del niño, niña y adolescente en el ejercicio de sus derechos fundamentales.* La Convención sobre los derechos del niño reconoce autonomía y participación al niño, niña y adolescente en el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo cual está relacionado con los siguientes derechos: a la libertad, a participar, a recibir y a buscar información, a ser escuchado y a emitir opinión, a que se les asigne un representante que hable en su nombre y no por él. Frente a esta situación resulta evidente la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en brindar un nivel de vida adecuado que promueva la protección y favorezca el desarrollo integral de los niños y adolescentes.

Se debe agregar que nuestro país también se ha ocupado de explicar en qué consiste la especial protección que merecen los niños y adolescentes mediante importantes sentencias del Tribunal Constitucional. Así tenemos:

- o **Expediente N° 04058-2012-PA/TC<sup>62</sup>.**

Establece con relación al principio de protección especial e interés superior de niño, en su fundamento sexto lo siguiente:

---

<sup>62</sup> STC del 30 de abril de 2014. {Expediente número 04058-2012-PA/TC}. Actualidad Jurídica, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.

*“Estos principios se encuentran reconocidos en diversas normas de carácter internacional, tal es el caso del principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y, finalmente, en el artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Con base en dicha normativa internacional, el artículo 4 de la Constitución Política reconoció que la “comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”, disposición en virtud de la cual este Tribunal en la STC Exp. N° 1817-2009-PHC/TC, estimó que “(...) el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral”.*

o **Expediente N° 01817-2009-PHC/TC<sup>63</sup>.**

En su fundamento séptimo establece que,

*“en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado”.*

o **Expediente N°3247-2008<sup>64</sup>.**

En su fundamento quinto, señala que el concepto de protección:

---

<sup>63</sup> STC del 7 de octubre de 2009. {Expediente número 01817-2009-PHC/TC}. Actualidad Jurídica, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.

<sup>64</sup> STC del 14 de agosto de 2008. {Expediente número 3247-2008}. Actualidad Jurídica, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.

*“comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente, sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos. De esta forma, en materia de infancia se debe entender por protección “el conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere de la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias mínimas para la construcción de su personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia”*

o **Expediente N° 3330-2004-AA<sup>65</sup>.**

*“Establece que el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”.*

De este modo, vemos como el Tribunal Constitucional ha puesto los matices y fundamentos respecto a la protección integral del niño, niña y adolescente, concluyendo que, el objetivo es lograr la plena satisfacción de las necesidades del infante y adolescente para el desarrollo de todas las potencialidades propias de su condición de persona.

**1.3.5.3. Cuadro comparativo entre el modelo de la situación irregular y el modelo de la protección integral**

Para comprender mejor los modelos estudiados, se sintetiza en un cuadro comparativo, las principales diferencias entre la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral.

Este cuadro es una referencia dinámica para introducirnos en el estudio de la legislación sobre la protección del niño, niña y adolescente en presunto estado de

---

<sup>65</sup> STC del 11 de julio de 2005. {Expediente número 3330-2004-AA}. Actualidad Jurídica, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.

abandono en el Perú y en los demás países que forman parte de América Latina, así como para proponer en nuestro país, una reforma legislativa referida a la protección de niños, y adolescentes sin cuidados parentales a la luz de la doctrina de la protección integral.

CUADRO N°01

Diferencias entre el modelo de la situación irregular y la doctrina de la protección integral

<b>Elementos</b>	<b>Doctrina de la situación irregular</b>	<b>Doctrina de la protección integral</b>
<b>Destinatario de las normas</b>	Niños y adolescentes vulnerables, con la etiqueta del término “menor”, intenta solucionar los problemas de los niños judicializándolos.	Los niños son iguales, su protección se expresa en la formulación de políticas básicas para el bienestar de todos.
<b>Características del destinatario de las normas</b>	El “menor” no es titular de derechos, sino objeto de abordaje por parte de la justicia.	El niño, niña y adolescente, sin importar sus circunstancias, es sujeto de derechos y el respeto de los mismos debe estar garantizado.
<b>Rol del juez</b>	El juez interviene siempre con potestades indeterminadas. Cuando considera que hay “peligro material o moral”, concepto que no tiene una definición legal.	El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; las medidas que aplique deben ser adecuadas, y determinadas.
<b>Intervención estatal</b>	El Estado interviene frente a los problemas económicos y sociales que atraviesa el niño por medio del sistema judicial. El menor en situación irregular.	El Estado es el promotor del bienestar de los niños. Interviene a través de las políticas sociales, ya sean básicas asistenciales o de protección.
<b>Tratamiento de los problemas de los niños</b>	El juez de menores es quien interviene, en nombre del sistema judicial, para tratar los problemas asistenciales y jurídicos, civiles o penales.	El sistema judicial trata los problemas jurídicos con jueces diferentes según el tema que se requiera. La sociedad es un participante importante, para la búsqueda de soluciones.

<b>Trato del niño con respecto a su familia</b>	Separa al niño de su familia, al considerar abandono no sólo la falta de padres, sino también situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar.	La separación del niño de su familia, es una medida utilizada en última instancia, la situación económico-social no puede dar lugar a la separación del niño de su familia.
<b>Derechos del niño</b>	El juez dentro de sus potestades tiene la de resolver el destino del niño en dificultades sin oírlo y sin tener en cuenta la voluntad de sus padres.	El juez se encuentra obligado a escuchar al niño en dificultades. Los organismos encargados de la protección especial están obligados a oír al niño y a buscar la solución ideal para el niño y su familia.
<b>La privación de la libertad como una medida de protección</b>	Se la utiliza como una forma de corregir las circunstancias de pobreza del niño. Es una medida indeterminada y restringe derechos, basándose en el “peligro material o moral”	Es la última posibilidad ante el hecho de que un adolescente infrinja, grave y reiteradamente la ley penal.
<b>Derecho del niño a un debido proceso</b>	El niño no tiene derecho a ser escuchado, tiene un proceso penal similar al de los adultos, en el cual la principal medida es la privación de la libertad. Un proceso que atenta contra sus derechos.	El niño tiene los mismos derechos que un adulto, más los derechos inherentes a su condición, el juez tiene la obligación de escucharlo. Tiene derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías y no puede ser privado de la libertad si no es culpable.
<b>Medidas de protección</b>	El juez es quien tiene la decisión final, sobre la aplicación de una medida, dentro de las cuales se prefería la privación de la libertad.	El juez puede aplicar medidas alternativas, de acuerdo a la gravedad del delito, teniendo como última alternativa la privación de la libertad.

Fuente: SANTILLÁN TORRES, María Fernanda. *Derechos que vulnera el trabajo infantil según la doctrina de protección integral y la normativa ecuatoriana*, Tesis para optar el título de Abogada, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2011, p. 25.

Fecha: Diciembre de 2016

- o La doctrina de la protección integral supone un cambio esencial respecto a la obligación de los Estados de proteger a los niños y adolescentes; ya que, la doctrina que le precedía, denominada doctrina de la situación irregular “consideraba a los niños y adolescentes como “objetos” de protección”<sup>66</sup>, lo cual significaba que la intervención del Estado estaba fundada en la incapacidad del infante y del adolescente, a diferencia de la doctrina de la protección integral que “reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, es decir, como titulares de derechos y obligaciones que, en razón de su situación de vulnerabilidad, deben ser protegidos”<sup>67</sup> dada su capacidad progresiva.
  
- o En otras palabras, mientras la doctrina de la situación irregular corresponde al modelo proteccionista o tutelar, la doctrina de la protección integral corresponde al modelo de responsabilidad.

---

<sup>66</sup> 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° 150, Lima, DP, 2013, p. 125.

<sup>67</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: Aportes para un nuevo modelo de atención. Informe Defensorial N° 153, Óp. Cit., p. 30.

#### **1.3.5.4. El Comité de los derechos del niño como “órgano de vigilancia”**

El Comité de los Derechos del Niño<sup>68</sup> fue creado el 27 de febrero de 1991 mediante el artículo 43° inciso 1 de la Convención sobre derechos del niño, el cual prescribe lo siguiente:

*“1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño (...)”*

Por consiguiente, el CDN es el órgano encargado de vigilar que los Estados parte supediten su actuación a las disposiciones establecidas por la Convención sobre los derechos del niño, por cuanto, es una ley internacional de carácter obligatorio para los Estados firmantes. De tal manera que, los países informan al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicar lo establecido en la Convención.

Este órgano está compuesto por dieciocho expertos internacionales independientes, elegidos por los Estados partes. Los informes presentados por los Estados son examinados por el Comité en reuniones públicas con la participación de los Estados. Una vez examinado el informe, el Comité adopta y hace públicas sus “observaciones finales” y “recomendaciones”.

El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño, en forma de “observaciones generales” en base a cuestiones temáticas y organizando días de debate general para su difusión. Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no explicita a cerca de las Observaciones Generales este si se pueden inferir del texto de su Art. 45. Inc. d) cuando señala que:

*“El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y*

---

<sup>68</sup> MORLACHETTI, Alejandro. *La Convención sobre los derechos del niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.21-42.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.21-42.pdf) p., 39.

*notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes”.*

En ese sentido, las Observaciones Generales “en su mayor parte son producto de la experiencia adquirida por el Comité de los Derechos del Niño en el monitoreo de los informes de los Estados Parte y en los aportes externos de las convocatorias. Otras veces son producto del trabajo conjunto con otros organismos de Derechos Humanos, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”<sup>69</sup>.

Actualmente, existen 20 observaciones generales, las cuales se detallan a continuación<sup>70</sup>:

- Observación General N° 1: *Propósitos de la Educación*. (2001).
- Observación General N° 2: *El papel de las instituciones nacionales independientes*. (2002).
- Observación General N° 3: *El VIH/SIDA y los derechos del niño*. (2003)
- Observación General N° 4: *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño*. (2003)
- Observación General N° 5: *Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño*. (2003)
- Observación General N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. (2005)
- Observación General N° 7: *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. (2005)
- Observación General N° 8: *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*. (2006).
- Observación General N° 9: *Los derechos de los niños con discapacidad*. (2006).
- Observación General N° 10: *Los derechos del niño en la Justicia de Menores*. (2007).

---

<sup>69</sup> CONSEJO DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. “*El Comité de los Derechos del Niño*”, Buenos Aires, Observatorio SIPROID, 2017, p., 12.

<sup>70</sup> *Ibid*, pp. 13-14.

- Observación General N° 11: *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.* (2009).
- Observación General N° 12: *El derecho del niño a ser escuchado.* (2009).
- Observación General N° 13: *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.* (2011).
- Observación General N° 14: *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.* (2013).
- Observación General N° 15: *El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.* (2013).
- Observación General N° 16: *Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.* (2013).
- Observación General N° 17: *El derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.* (2013).
- Recomendación General núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General N° 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta. (2014).
- Observación General N° 19: *Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño.* (2016).
- Observación General N° 20: *Sobre la aplicación de los derechos del niño durante la adolescencia.* (2016).

## **CAPÍTULO 2**

### **ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DEL ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ**

El presente acápite realiza un análisis desde el punto de vista socio-jurídico del abandono de los niños y adolescentes en el Perú en base al sistema estadístico de la Dirección General de Adopciones entre los años 2011 al 2016 así como, del procedimiento para la declaratoria de abandono de niños y adolescentes regulado en el Libro Cuarto del Título II, Capítulo IX y X del Código de los niños y adolescentes aprobado por la Ley 27337 y, modificado por la Ley N° 28330.

Visto desde la perspectiva social, la Dirección General de Adopciones a través de su sistema estadístico indica que, en esta última década, el índice de adopciones a nivel nacional ha decrecido y se prevé que esta tendencia siga en descenso, y si esto es así, dicho diagnóstico conlleva a cuestionarnos primero; si en nuestro país no existen niños o adolescentes en condición de abandono o segundo; si en nuestro país no hay familias que soliciten la adopción.

Con relación a la primera interrogante, el mismo sistema estadístico nos muestra que actualmente, existen 1,724 niños y adolescentes que han sido ingresados en los Centros de Atención Residencial por diversos motivos, esto es, violencia familiar, explotación laboral y sexual, entre otros de igual o mayor peligrosidad para su desarrollo personal; sin embargo muchos de ellos aún no tienen definida su situación legal; es decir que, no han regresado a vivir con sus familias ni se les ha declarado

judicialmente en estado de abandono<sup>71</sup>, condición *sine qua non* para que puedan ser adoptados.

Respecto a la segunda interrogante, es preciso señalar que actualmente existe un número considerable de familias aptas para adoptar; es decir cuentan con certificado de idoneidad otorgado por la autoridad competente; no obstante, muchos de los niños y adolescentes internados en los Centros de Atención Residencial no cuentan con resolución judicial de declaratoria de abandono, perdiendo de esta manera la oportunidad de volver a tener una familia, más aun teniendo en cuenta que, cuanto más larga sea la espera menos oportunidad tienen los niños y adolescentes de ser adoptados por una familia; esta afirmación se desprende de la estadística de la adopción según grupo etario que analizamos también en este acápite.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, conviene subrayar que el procedimiento regular para declarar a un niño o adolescente en estado de abandono, se encuentra normado en el Libro Cuarto del Título II, Capítulo IX y X del Código de los niños y adolescentes aprobado por la Ley 27337 y, modificado por la Ley N° 28330<sup>72</sup>, siendo el cambio legislativo más importante: la desjudicialización de la investigación tutelar, etapa previa a la declaración judicial de abandono<sup>73</sup>.

En consecuencia, el procedimiento para la declaratoria de abandono actualmente consiste en dos etapas: La investigación tutelar a cargo de la Dirección de investigación tutelar y, la declaración judicial de abandono a cargo del juzgado de familia. La primera etapa tiene como propósito realizar todas aquellas diligencias

---

<sup>71</sup> Según cifras del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) sólo el 18% de los dos mil menores albergados en el INABIF cuenta con auto de abandono, es por ello que no todos los niños y adolescentes que viven en los Centros de Atención Residencial (CAR), pueden ser adoptados, pues no todos ellos están declarados en estado de abandono. INSTITUTO NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR, Óp. Cit.

<sup>72</sup> LEY N° 28330 LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. Promulgada el 23 de junio de 2004.

<sup>73</sup> No obstante, ese modelo mixto para declarar a un niño en estado de abandono, progresivamente se ha ido instaurando en las ciudades de Lima, Junín, Cuzco, Arequipa y Piura pues, en el resto del país, tanto la investigación tutelar<sup>73</sup> como la declaración en estado de abandono aún sigue estando a cargo del Poder Judicial. En otras palabras, la desjudicialización antes referida no consigue consolidarse y más bien se ha convertido en un sistema de atención poco idóneo para el niño, niña o adolescente que se encuentra en presunta estado de abandono.

necesarias que permitan restituir el ejercicio de los derechos de una niña, niño o adolescente en presunto estado de abandono y, cuando se ha concluido las investigaciones, mediante una resolución administrativa debidamente sustentada se deriva a la segunda etapa, es decir se remite el expediente de investigación tutelar al juez especializado para que expida la resolución de declaración judicial de estado de abandono.

PLÁCIDO V., Alex F. critica este procedimiento, al señalar que “(...) el órgano jurisdiccional se convierte en una especie de entidad automática que se limita a declarar, sí o sí, el abandono; quedando en letra muerta, la disposición que exige que en la aplicación de las medidas de protección se priorice el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios”<sup>74</sup>, de manera que, se está olvidando el rol principal que debe llevar a cabo el Poder Judicial como órgano de control de la legalidad y justiciabilidad de los derechos de los niños y adolescentes en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado peruano al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Otra de las deficiencias de las que adolece este proceso de declaración de estado de abandono, es la falta de celeridad procesal transgrediendo los términos y plazos establecidos en el Código de los niños y adolescentes, lo cual me impulsa a realizar un estudio de los derechos vulnerados del infante y adolescente y a proponer que para este procedimiento se establezcan “plazos máximos”<sup>75</sup> a fin de que pueda considerarse un procedimiento respetuoso del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio del interés superior del niño, pues la prolongada e incierta situación del menor constituye una violación a sus derechos fundamentales que el Estado está obligado a proteger<sup>76</sup>.

Para ilustrar lo mencionado líneas arriba, podemos mencionar el extracto de una sentencia emitida por la Segunda Sala de Familia<sup>77</sup>, el cual hace referencia al proceso de declaración de estado de abandono al que fue sometido un niño. El

---

<sup>74</sup> PLÁCIDO V., Alex F., Óp. Cit., p. 462.

<sup>75</sup> AYVAR CHIU, Karina. “La declaración de estado de abandono en menores y la tutela judicial efectiva”, *Actualidad Jurídica*, N° 212, julio 2011, 121-127, p., 121.

<sup>76</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 4°: “La comunidad y el Estado, protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

<sup>77</sup> SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA DE LIMA. Expediente N° 77-08 emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima.

presente caso, se inició en sede administrativa, cuando el niño era apenas un neonato; y concluyó finalmente con la declaración de estado de abandono, cuando este contaba con diez años de edad.

Ante este panorama, cabe preguntarse si tal decisión judicial responde a los derechos y principios del interés superior del niño y a la tutela judicial efectiva o más bien se trata de una vulneración de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. Evidentemente, esta situación transgrede los derechos de la infancia y la adolescencia, especialmente el derecho a tener una familia, esto es, al desarrollo integral en un entorno familiar, social y comunitario. Así también, se vulneran principios como el interés superior del niño y la tutela judicial efectiva.

## **2.1. La declaración de abandono de niños y adolescentes en el ordenamiento peruano**

### **2.1.1. Noción de abandono**

La legislación nacional no ha establecido el concepto de abandono limitándose únicamente a regular las medidas de protección en el caso que un niño, niña o adolescente se encuentre en presunto estado de abandono; no obstante, la Defensoría del Pueblo propone una noción de dicha institución en su Informe Defensorial N° 150, definiéndola como:

*“el descuido, desatención o desamparo, negligente o no, del niño, niña o adolescente por parte de las personas responsables de su cuidado (madre, padre, tutores, etc.), 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 o adolescente y que, a partir de esta situación de desprotección, no permiten el goce y disfrute de sus derechos fundamentales”<sup>78</sup>.*

Esta noción de abandono enfatiza la situación de desprotección en el que se encuentra el niño, niña o adolescente producto de la omisión del deber de cuidado por parte de quienes tienen la responsabilidad de tutelarlos; lo cual, origina que el

---

<sup>78</sup> 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° 150, Óp. Cit., p. 39.

infante o el adolescente no pueda lograr el pleno desarrollo de todas sus potencialidades, propias de su condición de persona, constituyendo una vulneración a sus derechos fundamentales reconocidos tanto en normas nacionales como internacionales y, sustentados bajo la Doctrina de la Protección Integral.

En el mismo sentido, TAPIA VIVAS sostiene que el abandono consiste en:

*“el desamparo o desatención del niño, niña o adolescente por parte de las personas que están a su cargo y son responsables de su cuidado ya sea por carencia de soporte material o familiar que afectan el desarrollo integral del niño, niña o adolescente”<sup>79</sup>.*

Al respecto, es preciso señalar, que esta noción destaca dos tipos de abandono, uno de orden material y otro de orden moral. ELINOR BISIG, define al abandono material, como aquel “descuido del menor en la alimentación, higiene, vestuario y medicamentación por incumplimiento de los deberes asistenciales correspondientes a los padres, tutores o guardadores”<sup>80</sup>, mientras que al abandono moral lo define como aquellas “carencias en la educación, vigilancia o corrección del menor, suficientes para convertirlo en un ser inadaptado para la convivencia social por incumplimiento de los deberes correspondientes a los padres o a quien esté confiada su guarda”<sup>81</sup>.

Por su parte, ALVARADO PALACIOS, señala que el abandono es:

*“aquella situación anómala que permite que un menor de 18 años de edad, se encuentre en peligro de perder la vida, la integridad de su salud física o psicológica, porque no se le brindan las condiciones de un desarrollo bio-psicoespiritual adecuado, ya sea por intermedio de sus representantes legales, las personas que conforme a la ley son los encargados de su cuidado, en primer orden y/o por amparo supletorio; requiriéndose de que el Estado Peruano, disponga las medidas de*

---

<sup>79</sup> TAPIA VIVAS, Gianina. “El sistema de atención a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono en los centros de atención residencial”, Óp. Cit., p. 44.

<sup>80</sup> ELINOR BISIG en: ALVARADO PALACIOS, Edith Irma. *Algunos apuntes sobre el derecho tutelar de menores*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho\\_tutelar\\_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho_tutelar_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7) p., 3.

<sup>81</sup> Ibid, p. 3.

*protección más adecuadas, a fin de que la extensa normatividad vigente que declara y garantiza el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, no quede en letra muerta*<sup>82</sup>.

Esta noción de abandono va un poco más allá de solo definirla; pues, exhorta al Estado peruano de actuar subsidiariamente en favor del niño, niña y adolescente cuando los responsables de su cuidado no cumplen con tal obligación. Para ello, el Estado dispone de medidas de protección convenientes, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes.

### **2.1.2. Las causales del abandono**

Los motivos para la falta de cuidado parental son múltiples, variados y complejos, así como lo son las consecuencias de dicha conducta sobre la vida de los niños y adolescentes. Sin embargo, nuestra legislación concretiza ciertas circunstancias como causales de abandono y las enumera en el artículo 248° del Código del Niño y Adolescente.

La Ley estipula taxativamente las causales para reconocer que un niño, niña o adolescente se encuentra en estado de abandono para evitar que el juez actúe de forma arbitraria. “Esta característica se ve apoyada en el artículo 9 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual señala la protección que otorga la ley al niño, al protegerlo sobre las injerencias arbitrarias que puedan ocurrir”<sup>83</sup>.

A continuación, analizamos cada una de estas causales:

#### **a) Sea expósito**

La Real Academia de la Lengua Española define a este término como aquel “(...) recién nacido: Abandonado o expuesto, o confiado a un establecimiento benéfico”<sup>84</sup>, ya que, por su misma condición de recién nacido es un ser indefenso que, aunque requiere de la pronta atención de sus padres, estos no cumplen con el deber de protegerlos, pues, lo abandonan a su suerte. Al respecto, cabe anotar

<sup>82</sup> ALVARADO PALACIOS, Edith Irma. Óp. Cit., p. 3.

<sup>83</sup> MENDOZA GUERRA, Víctor Andrés. *Naturaleza jurídica del proceso de adopción en el Perú desde una perspectiva de la doctrina de protección integral*, Tesis para optar el Título de Abogado, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p., 147.

<sup>84</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 23ª ed., Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 2014.

que “cuando un neonato es entregado o abandonado, los padres implícitamente están negándose al cumplimiento de su deber de padres y por tanto el Estado señala que ello conlleva a la declaración de estado de abandono del recién nacido”<sup>85</sup>.

Es decir, el inciso a) del artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes realiza una presunción *iuris tantum*; pues asume que los padres están renunciando a la patria potestad, la cual consiste en aquella “regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil y/o familiar sobre los hijos y sus bienes”<sup>86</sup>, por consiguiente, frente a esta actitud de renuncia de los deberes propios de la patria potestad el Estado declara al neonato en estado de abandono.

**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**

Esta disposición normativa, nos permite inferir que, en el ejercicio de la patria potestad los padres tienen que cumplir con ciertos deberes en la crianza de sus hijos con la finalidad de garantizar el pleno desarrollo de estos. Entre tales deberes podemos mencionar: el deber de cuidado, el deber de alimentación, de vestimenta, educación, acompañamiento, vigilancia, consejo, entre otros de igual importancia; aunque, resulta necesario advertir que, para el ejercicio de la patria potestad y, por ende, el cumplimiento de dichos deberes los padres deben contar con plena capacidad<sup>87</sup>.

Esta capacidad plena se refiere tanto a la capacidad de goce como a la capacidad de ejercicio. La primera, pertenece a todo ser humano; solo excepcionalmente y por disposición de la ley, una determinada persona puede ser privada de

---

<sup>85</sup> AYVAR CHIU, Karina, Óp. Cit., p. 122.

<sup>86</sup> UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Derecho de Familia y Sucesiones*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/14.pdf>.

<sup>87</sup> CFR. AYVAR CHIU, Karina, Óp. Cit., p. 123.

determinados derechos civiles, mientras que la segunda; se refiere a aquella “aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ejercer personalmente sus derechos y asumir deberes”<sup>88</sup>; aludiendo a esta misma definición JUAN ESPINOZA dice que ésta es “la idoneidad o aptitud para ejercitar autónomamente sus derechos y cumplir sus deberes”<sup>89</sup>, sin embargo, existen situaciones que restringen esta capacidad de ejercicio, las cuales se encuentran prescritas en los artículos 43° y 44° del Código Civil peruano<sup>90</sup>.

Ahora bien, el inciso b) del artículo 248° del Código del Niño y Adolescente plantea tres supuestos para declarar a un niño en estado de abandono. El primer supuesto, cuando el recién nacido no tenga a sus padres o aquellas personas que conforme a ley tienen el deber de protegerlo; el segundo supuesto, cuando el recién nacido tenga a sus padres, pero estos no cumplan con sus deberes correspondientes; y el tercer supuesto, cuando el recién nacido tenga a sus padres, pero estos carezcan de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación de su hijo.

Por consiguiente, tales circunstancias conllevarían a que los padres no estén aptos para ejercer la patria potestad, pues originan el descuido, la exposición al peligro o el abandono; razones por las que el legislador peruano los ha configurado como causales de abandono.

Por otro lado, advierte la DEFENSORÍA DEL PUEBLO que, “la causal para iniciar la investigación tutelar referida a la “carencia de las calidades morales”, prevista en el inciso b) del artículo 248° del Código, no se puede determinar fácilmente en razón

---

<sup>88</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. 2ª ed., Lima, Editorial Temis, 2001, p. 389.

<sup>89</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 3ª ed., Lima, Editorial Huallaga, 2001, p. 328.

<sup>90</sup> Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

de su contenido moral<sup>91</sup>; dado que, es un juicio de conciencia que resulta difícil conceptualizar y mucho más difícil de acreditar.

Asimismo, sostiene que, con relación a la carencia de calidades mentales necesarias para asegurar la correcta formación, prevista en el mismo artículo 248° inciso b), “también podría ser cuestionada si no existe una prueba indubitable de que dicha discapacidad mental impediría cuidar de un niño, niña o adolescente y/o proteger sus derechos fundamentales”<sup>92</sup>, más aun, porque la aplicación de este inciso podría contraponerse con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el cual establece en el artículo 23° inciso 4, que:

*“Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”*

Esta normativa prescribe que, en ningún caso se podrá separar a un menor de sus padres, cuando el menor, los padres o uno de ellos tengan una discapacidad. Sin embargo, esta disposición puede ser motivo de debate, puesto que, se deberá analizar cada caso en concreto utilizando el principio de ponderación entre el derecho de los padres a ejercer la patria potestad y el derecho de los niños y adolescentes a vivir en un ambiente adecuado para su pleno desarrollo.

**c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran**

En primer lugar, debemos saber qué se entiende por maltrato; por tal motivo recurrimos a la Real Academia de la Lengua Española que define a este término

---

<sup>91</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: Aportes para un nuevo modelo de atención. Informe Defensorial N° 153, Óp. Cit., p. 113.

<sup>92</sup> Ibid, p. 113.

como aquel “trato vejatorio o que ocasiona daño o perjuicio”<sup>93</sup>. En el mismo sentido, la Ley N° 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños y adolescentes define al castigo físico como:

*“el uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituya un hecho punible”.*

Asimismo, define al castigo humillante como:

*“cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituya un hecho punible”.*

Por tal razón, el inciso c) del artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que el maltrato que sufre un infante o un adolescente es “un supuesto para que se declare al niño, niña y adolescente en presunto estado de abandono, dado que los padres estarían incumpliendo con su deber de brindarles protección ya sea permitiendo los maltratos o infringiéndolos”<sup>94</sup>.

Es decir, esta disposición normativa prescribe dos supuestos para declarar a un niño, niña o adolescente en estado de abandono. El primer supuesto, cuando los niños o adolescentes sean maltratados por parte de quienes tienen la obligación de su cuidado, mientras que el segundo supuesto, cuando quienes tienen la obligación del cuidado del menor consientan que otros maltraten a sus hijos.

---

<sup>93</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Óp. Cit.

<sup>94</sup> AYVAR CHIU, Karina, Óp. Cit., p. 122.

No obstante, cabe mencionar que, el artículo 423° inciso 3° del Código Civil de 1984 prescribía como uno de los derechos propios del ejercicio de la patria potestad:

*“corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores”.*

Sin embargo, este numeral ha sido recientemente derogado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30403, publicada el 30 diciembre 2015, debido al reconocimiento del derecho al buen trato del que son titulares los niños y adolescentes lo cual implica, “recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona”<sup>95</sup>.

**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**

El inciso d) del artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que para estar inmerso en esta causal que declara el estado de abandono de un niño, niña o adolescente, se requiere cumplir con dos exigencias. La primera, “haber dejado expuesto al niño, acto que implica la desatención por parte de los padres o la falta de capacidad de ellos de asumir sus responsabilidades”<sup>96</sup>, y la segunda, que esa desatención sea por un plazo de seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo, de modo injustificado.

---

<sup>95</sup> Artículo 3-A del Código de los Niños y Adolescentes.

<sup>96</sup> AYVAR CHIU, Karina, Óp. Cit., p. 123.

**e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo**

Esta disposición normativa señala como causal de abandono y la consiguiente extinción de la patria potestad en el caso que un niño, niña o adolescente haya sido dejado en hospitales, clínicas u otras instituciones similares con la clara intención de abandonarlo.

Esta circunstancia suele presentarse comúnmente en recién nacidos o infantes cuando son llevados “por presentar algún cuadro clínico grave o no, por sus propios padres u otras personas que, al dejarlos internados, no proporcionan sus verdaderos datos de identidad, no pagan los derechos respectivos, no compran los medicamentos indicados y por último no asisten a la fecha del alta, con el evidente propósito de desatenderse de sus hijos”<sup>97</sup>.

**f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción**

Este supuesto de la norma señala que un niño, niña o adolescente será declarado en estado de abandono cuando “el padre o madre expresa su voluntad de que su hijo sea sometido a un proceso de adopción”<sup>98</sup>, entregándolo a alguna institución ya sea de naturaleza pública o privada.

En este sentido, debido a que son los mismos padres los que renuncian a la patria potestad; esto los libera de posibles sanciones penales, civiles o administrativas, ya que, al promover y posteriormente realizarse la adopción se rompe el vínculo paterno-filial, incluyendo deberes y derechos. Sin embargo, si el padre o madre solo se desatiende del menor sin la intención de promover su adopción, puede extinguirse la patria potestad, pero requerírsele el pago de alimentos, tal como dispone el artículo 80 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> ALVARADO PALACIOS, Edith Irma. Óp. Cit., p. 8.

<sup>98</sup> AYVAR CHIU, Karina, Óp. Cit., p. 123.

<sup>99</sup> Artículo 80: El Juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad,

**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**

Este supuesto normativo regula como causal para declarar a un niño, niña o adolescente en estado de abandono cuando estos son obligados ya sea por sus padres o quienes tengan la responsabilidad de su cuidado, a realizar actividades que bien son contrarias a la ley o a las buenas costumbres.

De acuerdo con ello, la Ley N° 28190 - Ley que protege a los menores de la mendicidad, tiene por finalidad proteger a los niños y a los adolescentes que practiquen la mendicidad, ya sea porque se encuentren en estado de necesidad material o moral o por ser obligados o inducidos por sus padres, tutores, curadores u otros terceros responsables de su cuidado y protección.

Establece que se considera mendicidad la práctica que consiste en obtener dinero y recursos materiales a través de la caridad pública, la cual causa en los niños y adolescentes daños irreparables en su identidad e integridad, afecta sus derechos fundamentales y los coloca en situación de vulnerabilidad y riesgo. Modifica el artículo 40 del Código de los Niños y Adolescentes en lo relativo a los programas para niños y adolescentes que trabajan y viven en la calle y el artículo 128 del Código Penal.

**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**

Este supuesto de hecho regulado en el inciso h) del artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que será declarado en estado de abandono aquel niño, niña o adolescente que sea entregado por sus progenitores o por los

---

si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público. El Juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado (...).

responsables de su cuidado a un tercero con el fin de que realice trabajos no acordes con su edad, ya sea remunerado o no.

**i) Se encuentre en total desamparo**

La causal denominada “se encuentre en total desamparo” es una causal abierta que permite, en atención a la discrecionalidad del Juez y de los demás operadores de justicia e instituciones públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos del niño y adolescente, disponer de una medida de protección frente a una situación de desamparo proveniente de circunstancias no detalladas en los anteriores ítems. Podría tratarse de situaciones de violencia, de guerra, de alguna calamidad natural, etc.

Con respecto a esta causal, la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, advierte que:

*“El establecimiento de una causal residual tan genérica como la de “total desamparo,” dentro de la cual se podrían incorporar cualesquiera de las citadas causales e inclusive otras distintas, puede ocasionar problemas que deben necesariamente ser solucionados a partir de una adecuada interpretación al momento de resolver cada caso concreto, a fin de no afectar el derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes a vivir en el seno de sus familias”<sup>100</sup>.*

En efecto, la causal de “total desamparo” implica una interpretación amplia en el cual las causales antes señaladas quedan absorbidas en esta, así también, da la posibilidad de que otras circunstancias puedan ser consideradas como total desamparo. No obstante, hubiera sido conveniente que, conjuntamente con las citadas causales, el legislador hubiese establecido los elementos centrales que configuran la situación de abandono, a fin de establecer los límites de interpretación para el operador jurídico, sea éste judicial o administrativo.

---

<sup>100</sup> 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° 150, Óp. Cit., p. 148.

### **2.1.3. Las medidas de protección**

La Defensoría del Pueblo a través del Informe Defensorial N° 150 define a las medidas de protección como aquellas “acciones estatales llevadas a cabo mediante servicios especializados, orientadas a compensar carencias materiales y afectivas que afectan a los niños y adolescentes, con el objetivo fundamental de revertir su desprotección o vulneración de derechos, generada ya sea por una situación de grave desestructuración o conflicto familiar o por la inexistencia de familia”<sup>101</sup>. En consecuencia, las medidas de protección a favor de los niños y adolescentes son mecanismos que sirven para garantizar y restablecer aquellos derechos que les han sido vulnerados.

Nuestra legislación enumera en el artículo 243° del Código de los niños, niñas y adolescentes las medidas de protección lo que significa que estas tienen carácter taxativo.

*“Artículo 243°.- El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección:*

*a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;*

*b) La 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 debidamente acreditado; y,*

*e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado”.*

---

<sup>101</sup> 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° 150, Óp. Cit., p. 153.

A continuación, estudiamos cada una de las medidas de protección que regula nuestra legislación a fin de evaluar, según nuestro criterio, el orden de prelación de cada una de ellas. Para tal efecto, estas deben ser valoradas de conformidad con el interés superior del niño y el derecho de este a vivir en una familia. Dentro de esa perspectiva, siempre se deberá elegir la medida que resulte más adecuada para los niños o adolescentes que presuntamente estén atravesando una situación de desamparo; esto es, que los responsables de su cuidado no cumplan con dicha obligación. Hay que mencionar, además, que se debe estimar cada caso en particular.

### **2.1.3.1. Cuidado en el propio hogar**

El Reglamento del Servicio de Investigación Tutelar mediante Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP en su artículo 55° indica que,

*“Mediante la medida de protección de cuidado en el propio hogar, se dispone que la niña, niño o adolescente, permanezca bajo el cuidado y protección de su madre, padre, tutora, tutor o familia extensa con los que ha convivido, siempre que cuente con evaluación favorable del equipo interdisciplinario de evaluación o de desarrollo a cargo del procedimiento de investigación tutelar y no se ponga en riesgo su integridad personal (...).”*

Por su parte, el Instructivo Legal, Social, Psicológico y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar<sup>102</sup> en su numeral 4.1.3 desarrolla el contenido y el alcance de la medida de protección denominada “cuidado en el propio hogar” señalando que, para que un Niño, Niña o Adolescente sea puesto físicamente a disposición de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar del INABIF, previamente debe haber pasado por el siguiente procedimiento:

- o La Policía recibe la denuncia sobre el presunto estado de abandono del niño, niña o adolescente, posteriormente se lo comunica al Fiscal de Familia y en presencia de éste, toma las declaraciones correspondientes. De ser el caso, mediante acta

---

<sup>102</sup> UNIDAD GERENCIAL DE INVESTIGACIÓN TUTELAR. *Protocolos de Intervención. Instructivo Legal, Social, Psicológico y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar*. 2011. [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en <http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/22.pdf>.

fiscal, el niño, niña o adolescente previamente examinado será puesto físicamente a disposición de la UGIT, una vez ahí será derivado a un Equipo Multidisciplinario quienes proceden a evaluar al NNA y a tomar sus declaraciones, luego se emite una resolución de inicio de investigación tutelar dictándose la medida de protección correspondiente, hasta que se resuelva la situación jurídica del NNA.

- o La Fiscalía de Familia de Turno recibe la denuncia sobre el presunto estado de abandono de un NNA, posteriormente, ordena que se realicen las investigaciones que considere pertinentes y mediante resolución debidamente motivada o acta fiscal, dispone poner físicamente a disposición de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar al niño, niña o adolescente previamente examinado, una vez ahí será derivado a un Equipo Multidisciplinario quienes proceden a evaluar al NNA y a tomar sus declaraciones, luego se emite una resolución de inicio de investigación tutelar dictándose la medida de protección correspondiente, hasta que se resuelva la situación jurídica del NNA.
  
- o Una persona mayor de edad puede apersonarse directamente a las instalaciones de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar para indicar el presunto estado de abandono de un NNA, el caso será derivado a un Equipo Multidisciplinario quienes proceden a calificarlo, tomar declaraciones y solicitar se practiquen los exámenes correspondientes en el Instituto de Medicina Legal. Después, la UGIT procede a emitir una resolución de inicio de investigación tutelar dictándose la medida de protección correspondiente, hasta que se resuelva la situación jurídica del NNA.

Ahora bien, antes de otorgar la medida provisional de cuidado en el propio hogar la UGIT debe verificar que la persona o familia que asuma el cuidado de una niña, niño o adolescente, debe cumplir con todos los requisitos establecidos en el artículo 56° del Reglamento del Servicio de Investigación Tutelar<sup>103</sup>; pues, recién ahí se dispondrá la aplicación de la medida denominada cuidado en el propio hogar, a través de una resolución administrativa que se emite dentro del plazo de dos (02) días hábiles.

Las Unidades de Investigación Tutelar, pueden solicitar el apoyo de las Defensorías Municipales del Niño y Adolescente, así como de otros organismos o instituciones para el seguimiento de esta medida de protección, de acuerdo a lo señalado en el Plan de Trabajo Individual<sup>104</sup>.

Por último, es conveniente anotar que esta medida de protección debe ser la primera alternativa que oriente la intervención de la UGIT ante una presunta situación de abandono del niño, niña y adolescente a fin de prevalecer el derecho

---

<sup>103</sup> Artículo 56.- Requisitos Para disponer la medida de protección provisional de cuidado en el propio hogar, la madre, padre, tutora, tutor o familia extensa, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Manifestar la voluntad de asumir el cuidado de la niña, niño o adolescente.
- b) Tener mayoría de edad.
- c) Presentar declaración jurada de no contar con antecedentes penales.
- d) Evaluaciones favorables del equipo interdisciplinario de evaluación o de desarrollo a cargo del procedimiento de investigación tutelar, que recomiende la aplicación de esta medida. El informe del equipo interdisciplinario debe señalar si se ha verificado que la persona o familia ha convivido en algún momento con la niña, niño o adolescente y que existe afectividad entre ellos.
- e) Contar con opinión favorable de la niña, niño o adolescente de acuerdo a su edad y grado de madurez.
- f) Aceptación de la o el cónyuge o conviviente de la persona que solicita el cuidado en el propio hogar.
- g) Cuando se trate de convivientes, presentar certificado de convivencia o declaración jurada de dicha condición.
- h) Comprobar mediante la consulta en línea al RENIEC y/o mediante actas de nacimiento, el vínculo de parentesco de la niña, niño o adolescente con la persona o familia que solicita la medida de protección.
- i) Ser residentes en el Perú y de preferencia cerca al lugar de residencia habitual y/o comunidad de origen de la niña, niño o adolescente. Excepcionalmente, se puede aplicar la medida de protección provisional de cuidado en el propio hogar con familias extensas que residan en países de la Comunidad Andina y aquellos que hayan suscrito convenios con el Perú de libre tránsito, previa evaluación favorable de las autoridades competentes en materia de niñez o adolescencia en abandono donde se encuentre la/ el solicitante. Ejecutada la medida de protección provisional, la niña, niño o adolescente queda bajo la supervisión de la autoridad competente del país donde resida por declinación de competencia.

<sup>104</sup> Es un instrumento técnico que tiene como objeto organizar la intervención de la Unidad de Investigación Tutelar para restablecer o fortalecer a las familias, a fin que asuman el cuidado y protección de los niños o adolescentes. Establece metas, plazos, actividades y estrategias con programas y servicios sociales del ámbito local o nacional, público o privado, con dicho fin.

del niño a vivir en una familia y, siempre que se efectúe conforme al principio del interés superior del niño. Si por el contrario, en base a ese mismo interés es necesario adoptar otra medida se deberá elegir la más apropiada tomando en consideración el orden sistemático de las medidas de protección establecidas en el artículo 243° del Código de los niños y adolescentes.

### **2.1.3.2. Participación en el Programa Oficial o Comunitario con atención educativa, de salud y social**

El Reglamento del Servicio de Investigación Tutelar mediante Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP señala que esta medida de protección prevista en su artículo 72° está a cargo de las Unidades de Investigación Tutelar y se disponen de manera provisional como única medida o complementaria a otra que se haya aplicado. También puede aplicarse fuera del procedimiento de Investigación tutelar, cuando se determine que la niña, niño o adolescente no se encuentra en estado de abandono; pero necesita del apoyo de estos servicios o programas especializados para la atención integral de la niña, niño o adolescente y así prevenir situaciones de vulnerabilidad de sus derechos.

Para tal efecto, el artículo 73° del mismo cuerpo legal prevé el siguiente procedimiento:

*Esta medida de protección provisional, puede dictarse al inicio o durante el procedimiento de Investigación tutelar, en función a lo que señale el Plan de Trabajo Individual, elaborado para cada niña, niño o adolescente.*

*Los programas o servicios cumplen con informar los avances en la atención de la niña, niño o adolescente cada dos (02) meses o a solicitud de la Unidad de Investigación Tutelar. Recibido el informe se procede a evaluar el Plan de Trabajo Individual, para determinar su continuidad o conclusión.*

Observamos que, esta medida de protección provisional busca fortalecer los vínculos con la familia, la escuela, la comunidad a fin de prevenir posibles transgresiones a los derechos de los niños o adolescentes o en todo caso, restituir dichos derechos.

### **2.1.3.3. Colocación familiar o familia sustituta**

La medida de protección denominada “colocación familiar o familia sustituta” se sustenta en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño el cual señala: “(...) que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (...)”. Ahora bien, “cuando la familia no pueda responsabilizarse del cuidado y protección de su hijo, el Estado deberá garantizar un ambiente afectivo y seguro para el NNA”<sup>105</sup> tal y como ordena la Convención; siendo el acogimiento familiar la medida más idónea cuando no es posible el cuidado en el propio hogar; puesto que, garantiza el derecho del niño o niña a vivir en una familia.

Esta medida de protección está regulada por la Ley de Acogimiento Familiar, la Ley N° 30162 la misma que la define en su artículo 2° como aquella

*“medida de protección temporal que se aplica a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o desprotección familiar con la finalidad de ser integrados a su familia extensa o a una familia no consanguínea previamente evaluada o seleccionada. Los integrantes de la familia extensa o terceros con vínculos afectivos o de afinidad podrán solicitar directamente a la autoridad competente el acogimiento familiar, en los casos en que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de desprotección familiar o riesgo, por la amenaza o violación de sus derechos o cuando los progenitores no puedan cumplir con sus obligaciones parentales por circunstancias graves o excepcionales (...)”.*

En este sentido se comprende, que la institución jurídica del acogimiento familiar distingue dos tipos:

- *El acogimiento en familia extensa:* Se dispone el acogimiento del niño, niña y adolescente en su familia extensa; es decir, se considera a los parientes

---

<sup>105</sup> PROGRAMA INTEGRAL NACIONAL PARA EL BIENESTAR FAMILIAR & BUCKNER. *Acogimiento familiar. Experiencia desarrollada por INABIF y BUCKNER PERÚ para garantizar el derecho de vivir en familia de los niños, niñas y adolescentes. Informe de sistematización Lima - 2012, Lima, INABIF, 2013, p., 16.*

hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con la finalidad de sustituir temporalmente su núcleo familiar.

- o *El acogimiento en familia no consanguínea:* Se dispone el acogimiento del niño, niña y adolescente por personas idóneas que sin tener parentesco alguno constituyen un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida. El acogimiento familiar será otorgado teniendo en cuenta la relación de afinidad o afectividad con el niño, niña o adolescente que se pretende asumir su acogimiento; y, asimismo, las familias acogedoras deberán ser capacitadas y evaluadas previamente.

Evidentemente, en ambas formas de acogimiento familiar, la familia acogedora deberá asumir las responsabilidades de la tutela conforme a lo prescrito en los artículos 526°, 527° y 528° del Código Civil.

Asimismo, como se puede apreciar de la lectura de los artículos 9° y 10° de la Ley de Acogimiento Familiar nuestro país contempla dos formas de solicitar esta medida de protección, siendo estas:

- o *El acogimiento familiar administrativo:* Se formaliza en vía administrativa presentando una solicitud ante el INABIF, debiendo acompañar los requisitos que disponga el Reglamento. Esta solicitud deberá ser presentada adjuntando la opinión favorable del INABIF y de tratarse de un NNA declarado en abandono, se deberá adjuntar la opinión favorable de la DGA. Posteriormente, la Dirección de Investigación Tutelar otorgará el acogimiento familiar, previa evaluación social, psicológica y constatación domiciliaria, entre otros requisitos establecidos en su reglamento.
- o *El acogimiento familiar judicial:* Se solicita mediante solicitud al juez que conoce la investigación tutelar del niño, niña y adolescente o directamente al juez de familia o al juez mixto y se tramitará en cuaderno aparte siempre que exista un proceso de investigación tutelar abierto. El órgano jurisdiccional a cargo de la respectiva investigación tutelar otorgará el acogimiento familiar de un niño, niña y adolescente previo dictamen

favorable del Fiscal competente y el informe positivo del equipo técnico multidisciplinario de la respectiva Corte Superior. En este caso, la solicitud debe cumplir con presentar los documentos que señala el artículo 10° de la Ley de Acogimiento Familiar.

Cabe considerar, por otra parte que de acuerdo al orden sistemático en cómo se ha establecido la figura del acogimiento familiar (colocación familiar o familia sustituta) en el artículo 243° del Código de los niños y adolescentes, éste “debería aplicarse antes que la institucionalización del niño o niña en un Centro de Atención Residencial; sin embargo, el acogimiento residencial en nuestro país ha sido la respuesta permanente y casi exclusiva ante las situaciones de desprotección familiar”<sup>106</sup>. Lo cual indica una frecuencia indiscriminada del acogimiento residencial en el que no se garantizan los derechos fundamentales de los niños y adolescentes ni mucho menos se hacen prevalecer sus intereses.

#### **2.1.3.4. Acogimiento residencial**

La medida de acogimiento residencial llamada también acogimiento fuera del hogar o internación, puede definirse como aquella “medida de protección destinada a aquellos niños y adolescentes que no pueden permanecer en sus hogares, y mediante la cual se les proporciona un lugar de residencia y convivencia que cumpla con el cometido de una adecuada satisfacción de las necesidades de protección, educación y desarrollo”<sup>107</sup>.

Como se puede observar esta medida de protección implica que el NNA sea separado de su familia de origen, motivo por el cual se le considera una medida de protección de *última ratio*; pues, se dispone sólo cuando las otras medidas de protección no resulten idóneas para superar la trasgresión de los derechos de los niños y adolescentes.

---

<sup>106</sup> CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima Rosalina. *El acogimiento familiar frente a la desprotección familiar*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1829/3/CEFAM-castro.pdf> p., 6.

<sup>107</sup> SERVICIO DE ATENCIÓN A LA INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANTABRIA. *Manual Cantabria, Modelo de Intervención en Acogimiento Residencial*, Cantabria, Dirección General de Políticas Sociales, 2008, p. 11.

La Ley general de centros de atención residencial de niños y adolescentes, la Ley N° 29174, regula "el funcionamiento de los Centros de Atención Residencial, independientemente de la denominación y modalidad que tengan las instituciones que brindan residencia a niños y adolescentes; sean éstas hogares, casas hogar, albergues, aldeas, villas, centros tutelares u otras denominaciones" (*Artículo I*). El propósito de esta ley es brindar a la población albergada "la protección y atención integral que requieren, de acuerdo con su particular situación, en un ambiente de buen trato y seguridad, con el objetivo principal de propiciar su reinserción familiar y social, o bien, promover su adopción". (*Artículo II*).

En consonancia con lo anterior, esta disposición normativa establece los principios rectores que deben orientar la gestión de los Centro de Atención Residencial; siendo estos: "el fortalecimiento de los vínculos familiares que deben tener los albergados; la *subsidiaridad* que consiste en que la internación de un menor ha de considerarse como última medida; la participación en la sociedad como medio de interactuar con su entorno social fuera y dentro de la institución, y por último, la *transitoriedad*, en donde la medida de internamiento debe ser de carácter transitorio, priorizando el vivir con la familia, para lo cual las instituciones tienen que desarrollar acciones que viabilicen este principio"<sup>108</sup>.

#### **2.1.3.5. Adopción**

La adopción es una medida de protección permanente e irrevocable que permite devolver o restituir el derecho que tiene todo niño, niña y adolescente a vivir en una familia a fin que desarrolle todas sus potencialidades en un ambiente adecuado con soporte afectivo y económico. En palabras de PONTES DE MIRANDA la adopción es aquel

*“acto solemne por el cual se crea entre el adoptante y el adoptado una relación de paternidad y filiación, atribuyéndose al segundo la condición de hijo con los mimos derechos y deberes de cualquier hijo, incluyendo*

---

<sup>108</sup> LANAWAY, Samantha & REISS, Luiz Antonio. *La vida institucional de adolescentes en estado de abandono: Estrategias para la reducción de los costos y la promoción de la resiliencia. Un estudio de caso de la Fundación Santa Martha*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 25.

*los sucesorios; se desliga el hijo de su familia biológica salvo los impedimentos matrimoniales (...)*<sup>109</sup>.

Por su parte, VARSI nos señala que la adopción,

*“brinda protección a la niñez en abandono por lo que representa brindar una familia al adoptado o adoptada estableciendo lazos o vínculos que pretenden ser iguales a los que se establecen entre padres e hijos (...)*<sup>110</sup>.

En nuestro país, para que un NNA pueda ser adoptado debe previamente haber sido declarado en estado de abandono por el juez de familia. Esta declaración judicial produce automáticamente que el niño o adolescente ya no esté bajo la patria potestad ni otra institución de amparo familiar y, en consecuencia, pueda ser privilegiado con esta medida de protección.

Al respecto, O'DONNELL considera que, “la adopción ocupa un lugar especial dentro de la gama de soluciones previstas, pues es la solución ideal para niños privados de los cuidados de su familia biológica en forma permanente”<sup>111</sup>. A diferencia del hogar sustituto, cuya solución es ideal para niños privados de los cuidados de su familia biológica en forma transitoria, y la institucionalización, cuyo acogimiento se da fuera del hogar por lo que es reconocida como de último recurso.

#### **2.1.4. El procedimiento para la declaración de abandono del niño, niña y adolescente**

En el Perú se ha regulado un modelo mixto para declarar a un niño en estado de abandono. La primera etapa es la investigación tutelar a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) y, la segunda; la declaración de estado de abandono a cargo del Poder Judicial.

No obstante, este modelo mixto para declarar a un niño en estado de abandono, sólo se cumple en Lima; ya que, en el resto del país, tanto la investigación tutelar como la declaración de estado de abandono sigue estando a cargo del Poder

<sup>109</sup> SOTOMARINO CÁCERES, Silvia Roxana y HUAMÁN AVENDAÑO, Nancy Juvisa. “La adopción. Entre la realidad y la ficción”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 200, mayo 2015, 60-71, p. 63.

<sup>110</sup> Ibid, p. 65.

<sup>111</sup> O'DONNELL, Daniel. La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia.

Judicial, a pesar, de la entrada en vigencia de la Ley N° 28330 que modifica diversos artículos del Código del niño y adolescente, específicamente sobre la desjudicialización de la investigación tutelar<sup>112</sup>.

#### **2.1.4.1. El Procedimiento de Investigación Tutelar a cargo del MIMP**

El artículo 2° del Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES, Reglamento de los capítulos IX y X del título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por Ley N° 28330, define a esta etapa como:

*“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, según las causales establecidas en el artículo 248 del Código, a efecto de dictarse las medidas de protección pertinentes”.*

En consecuencia, el MIMP asume la investigación tutelar, pudiendo delegar esta atribución a instituciones públicas o privadas, cada vez que sea comunicado de la existencia de una posible causal de abandono prescritas en el artículo 248° del CNA.

##### **a) Inicio de la Investigación Tutelar**

El artículo 6° del Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES, Reglamento de los capítulos IX y X del título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por Ley N° 28330, señala que el INABIF inicia el Procedimiento de Investigación Tutelar mediante Resolución, a mérito de la denuncia de parte o informe policial sobre el presunto estado de abandono de un niño o adolescente.

Dicha Resolución, será expedida dentro del día hábil siguiente de recibida la denuncia o informe y será notificada al Ministerio Público. Por otro lado, si el INABIF determina que no hay mérito para abrir Investigación Tutelar, ésta

---

<sup>112</sup> LEY N° 28330 LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES: la quinta disposición transitoria y final de esta ley, prescribe que: “El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES asumirá competencia en materia de investigación tutelar de manera progresiva a partir de los noventa (90) días hábiles de entrada en vigencia del reglamento de la presente Ley y de acuerdo con sus disposiciones. El Poder Judicial continuará asumiendo la competencia de las investigaciones tutelares, respecto de los procesos que no sean transferidos, de acuerdo a lo que establezca el reglamento de la presente Ley.”

emitirá una Resolución debidamente sustentada y se canalizará el apoyo o asesoría más conveniente a través de las redes de apoyo<sup>113</sup>.

#### **b) Diligencias e informes**

El INABIF tiene encomendada las siguientes diligencias, las cuales están prescritas en el Art. 246º del CNA y su respectivo reglamento, esto es, recibir la declaración del niño o adolescente; ordenar un examen psicosomático al menor, para determinar su edad y su estado de salud físico, mental y sexual con intervención del Médico Legista; disponer una pericia pelmatoscópica cuando no se haya identificado al menor y si se logra su identificación se recabará su partida de nacimiento; disponer de un informe multidisciplinario para establecer las circunstancias en que se produce la causal de abandono; además deberá recabar un informe de la Policía respecto a la existencia de alguna denuncia sobre desaparición del menor; además podrá realizar las demás investigaciones que tiendan a acreditar en el proceso la causal de abandono.

Asimismo, si se ha identificado a los padres, familiares u otros responsables del menor investigado, se les citará mediante notificación policial o por edictos y radiodifusión local o nacional y de no comparecer al proceso, se remitirá todo el expediente al Juzgado de Familia, para la declaración de abandono.

#### **c) Conclusión del procedimiento administrativo de investigación tutelar**

Una vez que se han finalizado las diligencias e informes, el INABIF emitirá un Informe Final con las conclusiones de la Investigación Tutelar, en un plazo que no excederá de tres días hábiles, y remitir el expediente al juez competente, en un plazo no mayor a un día hábil<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> La Red de Apoyo en materia tutelar está a cargo del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) y está conformada por las instituciones públicas o privadas vinculadas con el Procedimiento de la Investigación Tutelar. Su eje de acción es la temática de la niñez y adolescencia en situación de abandono, así como el fortalecimiento de los vínculos familiares, para contribuir a la eficacia del Procedimiento de Investigación Tutelar. Inciso c) del artículo 2º del D.S. N° 011-2005-MIMDES que aprobó el Reglamento de los Capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley N° 28330

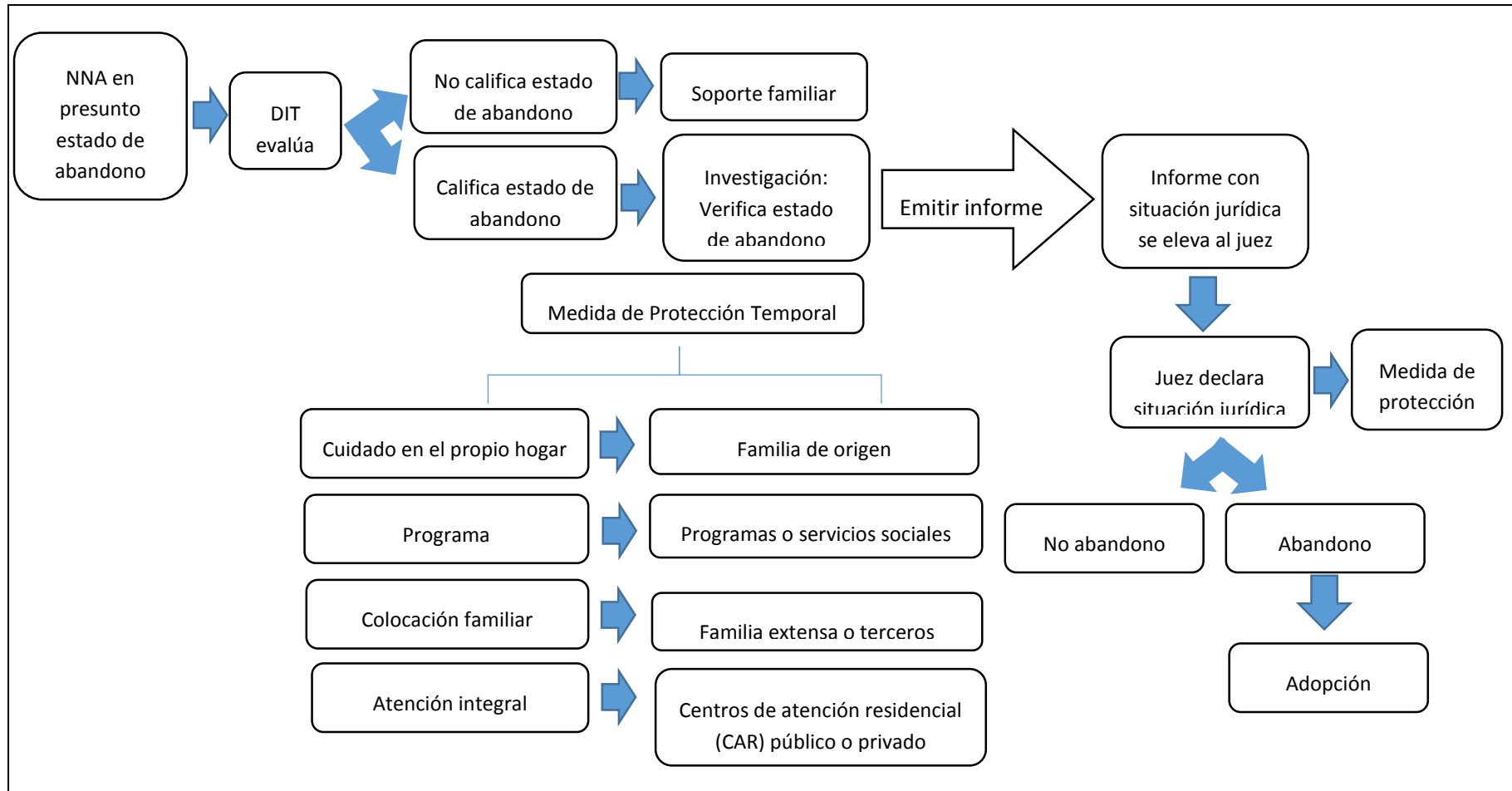
<sup>114</sup> CFR. AYVAR CHIU, Karina, Óp. Cit., p. 124.

#### **2.1.4.2. El procedimiento para la declaración de estado de abandono a cargo del Poder Judicial**

El artículo 249° del CNA, prevé que, recibido el Informe remitido por el INABIF, dentro del plazo de cinco días procederá a evaluar si cumple con todos los requisitos previstos por la Ley, y concluido el plazo si la evaluación favorable se remitirá al Fiscal a efectos de que emita dictamen dentro del plazo de cinco días y con el Dictamen fiscal procederá a resolver respecto a la declaración de estado de abandono dentro de los quince días.

**FIGURA N°01**

Esquema del proceso para la declaratoria de abandono del niño, niña y/o adolescente



Fuente: Dirección General de Niños, Niñas y Adolescentes

Fecha: Octubre de 2016

## **2.2. Análisis de la situación de los niños y adolescentes en estado de abandono en el Perú**

### **2.2.1. Análisis estadísticos en relación a los motivos del abandono**

En el Perú existe aproximadamente 1,724 niños y adolescentes en condición de abandono que se encuentran albergados en los Centros de Atención Residencial (CAR)<sup>115</sup> con el objetivo principal, según sea el caso en concreto, de propiciar la reinserción familiar y social del niño o adolescente, o bien de promover la adopción.

El ingreso a los CAR se produce por la inexistencia de un núcleo familiar o por la presencia de situaciones en conflicto familiar que afectan o amenazan gravemente los derechos de la infancia y la adolescencia, ante este fenómeno, estos niños y adolescentes reciben atención integral especializada de sus necesidades básicas como: vivienda, alimentación, vestido, apoyo espiritual, atención en salud, psicológica, educativa formativa y capacitadora, y social, entre otras.

A continuación, presentamos el siguiente cuadro el cual hace referencia a la población atendida según el perfil de ingreso a los Centros de Atención Residencial<sup>116</sup>, documento emitido por la Unidad de Servicios de Protección de niños y adolescentes (USPNNA) y, que está especificado según el motivo de ingreso esto es, conducta disocial, consumidores de sustancias psicoactivas, experiencia de vida en la calle, víctimas de explotación sexual, víctimas de trata con fines de explotación sexual, infractores, víctimas de abuso sexual, los extraviados, madre adolescentes, adolescentes gestantes, víctimas de maltrato físico y psicológico, orfandad, por discapacidad, violencia familiar, víctimas de explotación laboral, por el abandono de sus padres o responsables del menor o cuyos padres están cumpliendo una pena en un centro penitenciario, otros.

---

<sup>115</sup> El Centro de Atención Residencial es aquella entidad pública, privada, mixta o comunal encargada de brindar atención integral especializada a niños y adolescentes en situación de abandono material y moral, y aquellas que son víctimas de violencia familiar, por un periodo temporal. Estas instituciones están reguladas mediante la Ley N° 29174, Ley General de Centros de Atención Residencial y, reglamentada a través del Decreto Supremo N° 008-2009 asimismo, a través de la Resolución Ministerial N° 081-2012-MIMP se aprueba el “Manual de acreditación y supervisión de programas para niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en el Perú”.

<sup>116</sup> Existen trece Centros de Atención Residencial en la ciudad de Lima, mientras que en el resto del país, veintiocho.





13	CAR VIDAS LIMA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	34	0
	<b>PROVINCIA</b>	<b>53</b>	<b>3</b>	<b>139</b>	<b>6</b>	<b>19</b>	<b>16</b>	<b>116</b>	<b>5</b>	<b>6</b>	<b>8</b>	<b>198</b>	<b>20</b>	<b>33</b>	<b>70</b>	<b>10</b>	<b>288</b>	<b>73</b>
1	CAR SAN PEDRITO	5	0	2	1	0	0	10	0	1	2	39	0	4	3	0	0	6
2	CAR SAN LUIS GONZAGA	0	0	0	0	0	6	0	0	0	0	0	0	4	0	0	36	0
3	CAR SAN JOSE – AREQUIPA	9	0	0	0	2	0	13	0	0	0	0	1	2	2	0	12	1
4	CAR URPI	2	0	6	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	3	0	5	3
5	CAR BUEN PASTOR	0	0	6	5	0	0	7	0	0	1	4	0	0	6	2	0	10
6	CAR ESPERANZA DE PICHARI	1	0	3	0	0	0	0	0	0	1	2	5	0	0	0	21	1
7	CAR JESUS MI LUZ	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	1	19	0	22	0
8	CAR SANTA TERESITA DEL NIÑO JESUS	0	0	23	0	0	1	5	1	0	1	2	1	5	10	0	13	1

9	CAR PILLCO MOZO	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	6	1	0	0	0	19	2
10	CAR SEÑOR DE LUREN	2	0	12	0	0	1	2	0	0	0	17	1	4	1	0	3	1
11	CAR PAUL HARRIS	4	0	0	0	0	1	22	0	0	0	3	1	1	5	0	28	4
12	CAR ANDRES AVELINO CACERES	0	2	8	0	0	0	1	0	0	0	24	0	0	0	0	6	0
13	CAR LA NIÑA	0	0	10	0	0	0	7	0	0	0	22	0	3	0	0	0	0
14	CAR SAN JOSE – TRUJILLO	6	0	10	0	0	0	4	3	0	0	3	0	1	0	2	1	2
15	CAR ROSA MARIA CHECA	0	0	12	0	0	0	3	0	0	0	5	0	1	6	0	15	0
16	CAR SAN VICENTE DE PAUL	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	17	0	0	0	0	0	5
17	CAR SAN JUAN BOSCO	1	1	6	0	0	2	0	0	0	0	2	1	0	0	0	20	1

18	CAR PADRE ANGEL RODRIGUEZ GAMONEDA	0	0	5	0	0	3	0	0	0	0	6	0	0	5	0	17	0
19	CAR VIRGEN DE FATIMA	0	0	16	0	2	0	11	0	1	0	27	3	2	1	1	1	2
20	CAR SAN MARTIN DE PORRES	2	0	9	0	0	0	0	0	0	0	2	2	3	0	0	7	5
21	CAR SAGRADO CORAZON DE JESUS – JULIACA	0	0	2	0	0	0	1	0	0	0	1	0	0	3	0	11	0
22	CAR SANTO DOMINGO SAVIO	21	0	0	0	0	1	6	0	0	0	2	0	0	0	0	13	0
23	CAR SANTA LORENA	0	0	7	0	1	0	14	0	0	0	2	1	1	1	0	10	20
24	CAR MEDALLA MILAGROSA	0	0	1	0	0	0	4	0	0	0	2	0	1	3	5	7	1
25	CAR SANTA FORTUNATA	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	8	0	0	2	0	0	3

26	CAR VIDAS JUNIN	0	0	0	0	0	0	0	0	4	3	0	0	0	0	0	0	5
27	CAR VIDAS LORETO	0	0	0	0	0	1	4	0	0	0	1	0	0	0	0	21	0
28	CAR FLORECER	0	0	0	0	13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Fuente: Reportes de los Centros de Atención Residencial

Fecha: Diciembre de 2016

- o Mediante este gráfico se observa que aproximadamente (558) niños y adolescentes atendidos en los Centros de Atención Residencial son a causa del abandono material sufrido por parte de sus progenitores o por aquellas personas responsables del menor, o porque sus padres están reclusos en un establecimiento penitenciario.
- o Se observa también, que otro de los motivos por los que un menor de edad es atendido en un CAR se da a raíz de los maltratos físicos y psicológicos sufridos en el interior de su hogar, en ese sentido, según la estadística, existe un número aproximado de (267) niños y adolescentes que han ingresado a un CAR por violencia familiar, siendo esta considerada una de las peores formas de maltrato contra niños y adolescentes.
- o Por su parte, los niños de la calle constituye otra de las causas por las que un infante o adolescente es cuidado en un CAR y, según su reporte por este motivo existe un aproximado de (177) niños y adolescentes; en cuanto al motivo denominado “otros” este alcanza un aproximado de (174) niños y adolescentes, lo cual posiblemente se trataría por “la falta de recursos económicos de las familias; a pesar de que, la pobreza no debe considerarse como una condición que genere la separación del ambiente familiar”<sup>117</sup>.
- o De acuerdo con los reportes emitidos por los CAR, el abuso sexual constituye uno de los problemas con mayor índice de víctimas, en ese sentido, aproximadamente (145) infantes y adolescentes son víctimas de este delito. Por otro lado, un total de (86) niños y adolescentes son víctimas de violencia familiar, mientras que, unos (62) niños y adolescentes presentan conducta disocial. Un cierto número de (50) infantes y adolescentes han sido víctimas de trata con fines de explotación sexual. Así también, otra forma de ingreso a los CAR es por discapacidad, en efecto (46) niños y adolescentes han sido reclusos por este motivo.

---

<sup>117</sup> UNICEF. *“Estado de la niñez en el Perú”*, Lima, 2011, p. 123.

- Por otra parte, un total de (35) niños y adolescentes tienen la condición de extraviados, mientras que, (31) niños y adolescentes han sido víctimas de explotación sexual, debe señalarse que; (24) niños y adolescentes están en situación de orfandad, ahora bien, (18) son adolescentes gestantes; y, (17) niños y adolescentes han quebrantado una norma social.
- Por último, (16) niños y adolescentes han sido víctimas de explotación laboral; mientras que, (14) son madre adolescentes, y, (4) niños y adolescentes son consumidores de sustancias psicoactivas.
- Frente a esta situación real que nos muestra el cuadro estadístico, podemos vislumbrar que cerca de la mitad de los niños y adolescentes albergados en los CAR (825 de 1724 niños y adolescentes) son a causa del abandono material por parte de sus padres o porque estos purgan condena en un penal o bien son víctimas de violencia física o psicológica en sus hogares lo cual origina un daño irreparable en los niños y adolescentes que lo han padecido.
- Eventualmente, los niños y adolescentes se ven inmersos en procesos de investigación tutelar a fin de brindarles atención inmediata, así como determinar y supervisar las medidas de protección provisionales que correspondan. Cabe anotar que, para cumplir con dichos fines, es necesario que el proceso administrativo se realice en el menor tiempo posible, pues de lo contrario sería irrazonable la actuación de la entidad administrativa, toda vez que los niños serían doblemente víctimas. En primera instancia, por sus padres, quienes son los primeros llamados a brindar protección a sus hijos, y en segunda instancia, por el Estado, quien a falta de los primeros tiene la obligación de velar por el cuidado de estos.

### **2.2.2. Análisis estadísticos respecto a la declaratoria de abandono**

En el Perú se ha regulado un modelo mixto para declarar a un niño en estado de abandono. La primera etapa es la investigación tutelar a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) y, la segunda; la declaración de estado de abandono a cargo del Poder Judicial.

El artículo 249° del CNA, prevé que, recibido el Informe remitido por el INABIF, dentro del plazo de cinco días procederá a evaluar si cumple con todos los requisitos previstos por la Ley, y concluido el plazo si la evaluación favorable se remitirá al Fiscal a efectos de que emita dictamen dentro del plazo de cinco días y con el Dictamen fiscal procederá a resolver respecto a la declaración de estado de abandono dentro de los quince días.

No obstante, el proceso de declaración de estado de abandono, pese a su regulación, aun adolece de la celeridad requerida, por carecer de plazos máximos necesarios para considerarse un procedimiento compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio interés superior del niño<sup>118</sup>.

A continuación, presentamos el siguiente cuadro estadístico referida a la población atendida según la condición de ingreso a los Centros de Atención Residencial, emitido por la Unidad de Servicios de Protección de niños y adolescentes (USPNNA) y, que está especificado: primero, por los residentes NN; segundo, por los que cuentan con resolución de abandono; tercero, los presuntamente abandonados; cuarto, el tipo de ingreso; es decir, si la investigación tutelar está a cargo del Juzgado, de la DIT, u otra entidad y; quinto, la situación familiar, sea que el niño, niña o adolescente tenga o no soporte familiar.

---

<sup>118</sup> AYVAR CHIU, Karina, Óp. Cit., p. 121.

TABLA N°02

Población atendida según condición de ingreso de los Centros de Atención Residencial – CAR (2011 - julio 2016)

N°	CENTROS DE ATENCIÓN RESIDENCIAL	Población Atendida	Residente NN	Cuenta con Resolución de Auto de Abandono	Presunto Estado de Abandono	Tipo de Ingreso	Por Juzgado	Por DIT	Otros	Situación Familiar	Con soporte familiar	Sin soporte familiar
	<b>TOTAL</b>	<b>1,724</b>	<b>2</b>	<b>235</b>	<b>1,487</b>	<b>1,724</b>	<b>1,080</b>	<b>616</b>	<b>28</b>	<b>1,724</b>	<b>949</b>	<b>775</b>
	<b>LIMA</b>	<b>661</b>	<b>2</b>	<b>53</b>	<b>606</b>	<b>661</b>	<b>143</b>	<b>516</b>	<b>2</b>	<b>661</b>	<b>307</b>	<b>354</b>
1	CAR SAN ANTONIO	71	0	16	55	71	24	47	0	71	14	57
2	CAR ERMELINDA CARRERA	157	0	19	138	157	39	118	0	157	69	88
3	CAR HOGAR DIVINO JESÚS	68	0	0	68	68	23	43	2	68	15	53
4	CAR ARCO IRIS	30	0	4	26	30	7	23	0	30	7	23

5	CAR SAN MIGUEL ARCANGEL	67	0	6	61	67	7	60	0	67	35	32
6	CAR SANTA ROSA	46	0	2	44	46	4	42	0	46	43	3
7	CAR SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS	38	1	1	36	38	8	30	0	38	23	15
8	CAR SAN RICARDO	49	0	5	44	49	17	32	0	49	14	35
9	CAR DOMI	30	1	0	29	30	10	20	0	30	25	5
10	CAR NIÑO JESÚS DE PRAGA DE CHORRILLOS	26	0	0	26	26	0	26	0	26	9	17
11	CAR GRACIA	14	0	0	14	14	1	13	0	14	13	1
12	CAR LAZOS DE AMOR	31	0	0	31	31	3	28	0	31	21	10
13	CAR VIDAS LIMA	34	0	0	34	34	0	34	0	34	19	15

	<b>PROVINCIA</b>	<b>1,063</b>	<b>0</b>	<b>182</b>	<b>881</b>	<b>1,063</b>	<b>937</b>	<b>100</b>	<b>26</b>	<b>1,063</b>	<b>642</b>	<b>421</b>
1	CAR SAN PEDRITO	73	0	15	58	73	73	0	0	73	43	30
2	CAR SAN LUIS GONZAGA	46	0	0	46	46	26	20	0	46	28	18
3	CAR SAN JOSE – AREQUIPA	42	0	5	37	42	23	19	0	42	27	15
4	CAR URPI	20	0	2	18	20	20	0	0	20	17	3
5	CAR BUEN PASTOR	41	0	5	36	41	26	15	0	41	31	10
6	CAR ESPERANZA DE PICHARI	34	0	0	34	34	32	0	2	34	7	27
7	CAR JESUS MI LUZ	45	0	0	45	45	31	14	0	45	39	6
8	CAR SANTA TERESITA DEL NIÑO JESUS	63	0	2	61	63	63	0	0	63	34	29
9	CAR PILLCO MOZO	30	0	12	18	30	30	0	0	30	19	11

10	CAR SEÑOR DE LUREN	44	0	1	43	44	43	1	0	44	33	11
11	CAR PAUL HARRIS	69	0	15	54	69	69	0	0	69	59	10
12	CAR ANDRES AVELINO CACERES	41	0	8	33	41	16	23	2	41	24	17
13	CAR LA NIÑA	42	0	8	34	42	42	0	0	42	27	15
14	CAR SAN JOSE – TRUJILLO	32	0	11	21	32	32	0	0	32	18	14
15	CAR ROSA MARIA CHECA	42	0	12	30	42	42	0	0	42	11	31
16	CAR SAN VICENTE DE PAUL	24	0	0	24	24	24	0	0	24	7	17
17	CAR SAN JUAN BOSCO	34	0	21	13	34	30	0	4	34	11	23
18	CAR PADRE ANGEL	36	0	4	32	36	36	0	0	36	16	20

	RODRIGUEZ GAMONEDA											
19	CAR VIRGEN DE FATIMA	67	0	17	50	67	66	0	1	67	46	21
20	CAR SAN MARTIN DE PORRES	30	0	7	23	30	30	0	0	30	24	6
21	CAR SAGRADO CORAZON DE JESUS – JULIACA	18	0	2	16	18	18	0	0	18	14	4
22	CAR SANTO DOMINGO SAVIO	43	0	24	19	43	43	0	0	43	35	8
23	CAR SANTA LORENA	57	0	2	55	57	57	0	0	57	31	26
24	CAR MEDALLA MILAGROSA	24	0	7	17	24	21	0	3	24	16	8
25	CAR SANTA FORTUNATA	14	0	0	14	14	14	0	0	14	7	7
26	CAR VIDAS JUNIN	12	0	0	12	12	4	8	0	12	5	7

27	CAR VIDAS LORETO	27	0	2	25	27	26	0	1	27	6	21
28	CAR FLORECER	13	0	0	13	13	0	0	13	13	7	6

Fuente: Reportes de los Centros de Atención Residencial

Fecha: Diciembre de 2016

- o Tal como lo ilustra el presente gráfico, actualmente existe un aproximado de 1,724 niños y adolescentes que viven en los Centros de Atención Residencial, de dicha cantidad sólo (235) niños y adolescentes se les ha declarado judicialmente en estado de abandono, mientras que los demás, un total de (1,487) aún están inmersos en un proceso mixto (administrativo-judicial) para esclarecer su situación legal. Cabe considerar además que, de los 1,724 niños y adolescentes que viven en los Centros de Atención Residencial sólo (949) tienen soporte familiar, mientras que el resto; es decir (775) niños y adolescentes no la tienen.
- o Todo esto parece confirmar que, la falta de celeridad en el procedimiento para esclarecer la situación legal del niño y adolescente ocasiona que no todos ellos puedan ser adoptados, pues la mayoría no están declarados judicialmente en abandono, aunque un gran número de ellos no tienen soporte familiar y otros que, teniéndola, sus miembros afectan o amenazan gravemente los derechos de la infancia y la adolescencia.
- o En resumen, a pesar del abandono real en que se encuentran estos niños y adolescentes, ellos no pueden ser dados en adopción porque el Poder Judicial aún no ha declarado oficialmente ese abandono, pese a que algunos menores han sido víctimas de violencia o se ha determinado que su hogar resultaba un espacio inadecuado para su buen crecimiento y desarrollo.
- o Evidentemente, todo Estado que tenga una regulación que impida que los niños o adolescentes pasibles de ser adoptados puedan acceder a esta medida debido a fallas estructurales o dilaciones indebidas es violatoria de los derechos humanos de los niños y adolescentes sin cuidado parental al fomentar el hacinamiento en instituciones de aquellos que bien pudieran beneficiarse con la adopción.

### **2.2.3. Análisis estadísticos de la adopción a nivel nacional**

La adopción en nuestro país se da mediante un proceso administrativo que está a cargo de la Dirección General de Adopciones, una institución adscrita al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Esta entidad ha emitido su informe

estadístico de niños y adolescentes adoptados a nivel nacional entre los años 2011 al 2016, la cual presentamos a continuación:

**TABLA N°03**

Niños y adolescentes (NNA) adoptados a nivel nacional

<b>TIPO DE ADOPCIÓN</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>
<b>Regular</b>	153	141	140	130	124
<b>Prioritaria</b>	51	62	41	64	52
<b>TOTAL</b>	<b>204</b>	<b>203</b>	<b>181</b>	<b>194</b>	<b>176</b>

Fuente: Dirección General de Adopciones - MIMP

Fecha: Agosto de 2016

- El presente cuadro estadístico muestra un déficit en la adopción de lo que va del año 2011 al 2015, siendo que en el año 2011 acontecieron (204) adopciones de las cuales (153) fueron niños y adolescentes de situación regular, mientras que (51) en situación prioritaria.
- En el año 2012 el número total de adopciones fue (203), de los cuales, (141) fueron niños y adolescentes en situación regular y (62) niños y adolescentes de condición prioritaria.
- En el año 2013 se produjeron (181) adopciones de los que (140) fueron niños de estado regular y (41) niños de carácter prioritario. En el año 2014 sucedieron un total de (194) adopciones, (130) de esas adopciones fueron de niños y adolescentes en condición regular y (64) niños y adolescentes de condición prioritaria.
- En el año 2015 acontecieron (176) adopciones de dicha cifra (124) fueron adopciones de niños y adolescentes en condición regular mientras que (52) fueron adopciones de niños y adolescentes en condición prioritaria.

- Estos resultados revelan una disminución de la tasa de adopciones de niños y adolescentes de lo que va del año 2011 al 2015 y, según especialistas en la materia se espera que la tendencia siga en descenso.
- Observamos también, una diferencia en los datos estadísticos entre la adopción regular y la adopción prioritaria.
- Al respecto, es importante señalar que la adopción regular y la adopción prioritaria aluden a situaciones con características especiales, de esta manera la primera, se refiere a aquellos niños y adolescentes menores de 9 años de edad, mientras que la segunda, representa a aquellos niños y adolescentes a partir de los 9 años de edad en condiciones especiales.
- En efecto, la adopción prioritaria está agrupada de la siguiente manera: 1) Grupo de Mayores (M), es decir niños entre 9 y 12 años de edad; 2) Grupo de Necesidades Especiales (NE), es decir niños y adolescentes que presentan discapacidad física, cognitiva, motora o aquellos con multidiscapacidad; 3) Grupos de hermanos (H), en este grupo se encuentran hermanos de 2 o más miembros; 4) Grupos de salud, en este grupo se encuentran registrados NNA que presentan enfermedades físicas u orgánicas (S); 4) Grupos de Adolescentes (A), en este grupo se encuentran registrados adolescentes entre los 12 a los 18 años de edad cumplidos<sup>119</sup>.

### **2.2.3.1. Análisis estadísticos de la adopción según grupo etario**

Examinaremos ahora, los datos estadísticos de la adopción según la edad de los adoptados, al respecto es importante subrayar que el gran número de adopciones que acontecen en nuestro país se hacen a niños pequeños, esto es, bebés o infantes que atraviesan los primeros años de su vida, mientras que los niños mayores de 5 años tienen mininas posibilidades para consagrar su derecho a vivir en una familia.

---

<sup>119</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. *Nota informativa N°001-2013-MIMP/DGA. Sobre la adopción de niñas, niños y adolescentes peruanos* [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nota-informativa-001-2013-mimp-dga.pdf>

El siguiente cuadro estadístico muestra lo antes comentado en cuanto al bajo índice de adopciones a nivel nacional de niños mayores de 5 años desde el año 2011 al 2015.

**TABLA N°04**

Niños y adolescentes (NNA) adoptados según grupo etario

<b>GRUPO ETARIO</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>
<b>De 0 a 11 m</b>	7	5	3	6	5
<b>De 1 a 5 años</b>	138	115	124	105	93
<b>De 6 a 12 años</b>	55	77	53	73	72
<b>De 13 a 17 años</b>	4	6	1	10	6
<b>TOTAL</b>	<b>204</b>	<b>203</b>	<b>181</b>	<b>194</b>	<b>176</b>

Fuente: Dirección General de Adopciones - MIMP  
Fecha: Agosto de 2016

- o En el año 2011 sucedieron (204) adopciones de los cuales (145) fueron niños y adolescentes entre 0 a 5 años de edad y sólo (59) fueron niños y adolescentes entre 6 a 17 años de edad.
- o En el año 2012 ocurrieron (203) adopciones, de esa cifra (120) fueron niños y adolescentes entre 0 a 5 años de edad y sólo (83) fueron niños y adolescentes entre 6 a 17 años de edad.
- o En el año 2013 se produjeron (181) adopciones de esa cifra (127) fueron niños y adolescentes entre 0 a 5 años de edad y sólo (54) fueron niños y adolescentes entre 6 a 17 años de edad.
- o En el año 2014 acontecieron un total de (194) adopciones de ese número (111) fueron niños y adolescentes entre 0 a 5 años de edad y sólo (83) fueron niños y adolescentes entre 6 a 17 años de edad.

- o En el 2015 se produjeron (176) adopciones de los cuales (98) fueron niños y adolescentes entre 0 a 5 años de edad y sólo (78) fueron niños y adolescentes entre 6 a 17 años de edad.

#### **2.2.4. Análisis estadísticos de familias aptas para adoptar**

Avanzando con nuestro razonamiento, corresponde ahora referirnos a las familias aptas para adoptar en nuestro país, puesto que se ha suscitado en los últimos seis años un crecimiento del número de familias tanto peruanas como extranjeras a quienes se les ha otorgado el certificado de idoneidad, sin embargo todavía no se han convertido en padres adoptivos. A continuación, el cuadro estadístico del número de familias aptas para adoptar que se encuentran en lista de espera hasta el mes de agosto del año 2016:

**TABLA N°05**

Número de familias aptas que se encuentran en lista de espera según tipo de familia, hasta agosto de 2016

<b>TIPO DE FAMILIA</b>	<b>CASADOS</b>	<b>SOLTERAS/OS</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Familias Peruanas<sup>120</sup></b>	138	56	194
<b>Familias Extranjeras</b>	87	6	93
<b>TOTAL</b>	<b>225</b>	<b>62</b>	<b>287</b>

Fuente: Dirección General de Adopciones - MIMP

Fecha: Setiembre de 2016

- o El número de familias aptas que se encuentran en lista de espera hasta el mes de agosto del año 2016 son un total de (287) familias de las cuales (194) son familias peruanas y sólo (93) son familias extranjeras. Por otra parte, del número total de familias peruanas (194) aptas para adoptar y que se encuentran en lista de espera (138) son de estado civil casado y (56) son de estado civil soltero. Del mismo modo, del número total de familias extranjeras

<sup>120</sup> Se considera a aquellas familias, donde por lo menos uno de los integrantes es peruano o peruana, independientemente de su país de residencia.

(93) aptas para adoptar y que se encuentran en lista de espera (87) son de estado civil casado y (6) son de estado civil soltero.

- o Es necesario recalcar, que ante este panorama la Dirección General de Adopciones a fines del año 2012 realizó un análisis estadístico respecto al número de niños y adolescentes declarados judicialmente en estado de abandono en relación al número de solicitantes de adopción (nacionales y extranjeros) que en el sistema peruano se encontraban aptos y en lista de espera; siendo que “el número de NNA adoptados en el año, [fue] menor al número de familias aptas para la adopción (En el año 2012 fueron adoptados 203 niños y se encontraba más de 300 familias aptas en espera aún de una adopción)”<sup>121</sup>.
  
- o En otras palabras, “las solicitudes de adopción que llegan a la Dirección General de Adopciones son más numerosas que los niños que han sido declarados en condición de ser adoptados/as. Por esa razón, el MIMP cuenta con la Dirección de Investigación Tutelar - DIT encargada de llevar a cabo el procedimiento de Investigación Tutelar, que es el conjunto de actos y diligencias tramitados administrativamente que están destinados a verificar el presunto estado de abandono en que se encuentra un niño, niña o adolescente”<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. Óp. Cit. p. 1.

<sup>122</sup> MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *¿Qué es la adopción?* 2016 [ubicado el 25.X 2016]. Obtenido en <http://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/que-es-adopcion-dga.php>

## **CAPÍTULO 3**

### **LA PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE SIN CUIDADOS PARENTALES EN EL DERECHO COMPARADO**

La Convención sobre los derechos del niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas es el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional que marca un hito en el tratamiento de los niños y adolescentes; y que ha dado lugar a necesarias reformas en las normas jurídicas y en las políticas públicas de una gran diversidad de países a fin de orientar su intervención dentro del marco de la “protección integral”.

En ese sentido, este capítulo efectúa un análisis comparativo de la normativa jurídica respecto a la protección infanto-juvenil en situación de desamparo existente en cuatro ordenamientos jurídicos de América Latina. Los sistemas jurídicos abarcados en este estudio son los siguientes: Brasil, Argentina, Colombia y Ecuador, los mismos que dan cuenta de la variedad de formas de sistematización legal en materia de protección del niño, niña y adolescente sin cuidados parentales.

#### **3.1. Alcances y limitaciones de la legislación comparada en materia de protección infanto-juvenil en situación de desamparo**

##### **3.1.1. Brasil**

El proceso de reforma legal comenzó en América Latina con la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente, mediante la Ley N° 8.069 el 14 de octubre de 1990 en Brasil, el mismo año en que este país había ratificado la Convención sobre los derechos del niño. Es importante señalar que el Estatuto “ha servido de modelo a otros países de la región para la elaboración de una nueva normativa para la

infancia basada en la protección integral”<sup>123</sup>, ya que es “una de las leyes más avanzadas del mundo en materia de protección de los menores, [que] reemplazó al anterior y correccional Código de Menores, y a la igualmente represiva Política Nacional de Bienestar del Menor”<sup>124</sup>.

Dentro del conjunto de innovaciones que introduce el Estatuto de derechos del niño y del adolescente sobre políticas de promoción y defensa de los derechos de los NNA en todas sus dimensiones (físico, intelectual, emocional, moral, espiritual y social) hacemos singular referencia al Libro II denominado Parte Especial. En ese sentido, el artículo 86° establece que la política de atención a los derechos del niño y del adolescente se realiza a través del conjunto articulado de acciones gubernamentales y no gubernamentales del Distrito Federal y los municipios.

Por su parte, el artículo 98° regula las medidas de protección al niño y al adolescente las cuales, son aplicadas por el Consejo Tutelar<sup>125</sup> cuando los derechos reconocidos por el Estatuto estén amenazados o violados, por acción u omisión de la sociedad o del Estado, por falta, omisión o abuso de los padres o responsables o en razón de la propia conducta del niño o del joven. “Hay que tener mucho cuidado en no confundir la propia conducta del niño o del joven que amenaza los propios derechos con la que amenaza los derechos de terceros”<sup>126</sup>.

En consonancia con lo anterior, el artículo 101° enumera las medidas de protección destinadas a restaurar derechos amenazados o violados. Estas son: I. Encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de

<sup>123</sup> FUENZALIDA FUENZALIDA, Daniela Cecilia. *La protección jurídica y social de la infancia: Situación actual en Chile desde la perspectiva del derecho público*, Tesis para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile., 2014, p. 46.

<sup>124</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Capítulo V. Violencia contra los menores. El derecho de los niños a la no discriminación*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en [http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo\\_5.htm#N\\_7\\_](http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo_5.htm#N_7_)

<sup>125</sup> El Estatuto prevé que habrá, como mínimo, un Consejo Tutelar en cada municipio (son más de 4.500 en todo el país), compuesto de cinco miembros (remunerados, elegidos por la comunidad para un mandato de tres años, permitida una reconducción), con la incumbencia de velar por el cumplimiento de los derechos del niño y del adolescente, definidos en la ley. Es importante subrayar que el Consejo Tutelar, uno de los símbolos mayores de la participación de la sociedad y de la municipalización de la atención, no ejecuta las medidas protectivas, que están insertas en programas cuya responsabilidad de ejecución compete a las entidades de atención de BARROS LEAL, César. *Experiencias exitosas en relación al sistema de menores infractores en Brasil* [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/menores%20infractores.pdf> p., 5.

<sup>126</sup> SEDA, Edson. *Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en [http://iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Comentario\\_al\\_proceso\\_de\\_reforma.pdf](http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Comentario_al_proceso_de_reforma.pdf)

responsabilidad; II. Orientación, apoyo y seguimiento temporarios; III. Matricula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV. Inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; V. Solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento en ambulatorio; VI. Inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; VII. Abrigo en entidad<sup>127</sup>; VIII. Colocación en familia sustituta (bajo las formas de la guarda, la tutela o la adopción). Las cuales, según el artículo 99° se aplican por separado o conjuntamente y pueden ser reemplazadas en cualquier momento.

### **3.1.2. Argentina**

La República Argentina “ha sido uno de los últimos países de Latinoamérica en dictar una Ley integral de alcance nacional”<sup>128</sup> en materia de infancia y adolescencia la cual se ha dado a través de la Ley N° 26.061 para la protección integral de derechos de niños y adolescentes promulgada el 21 de octubre de 2005, la misma que está inspirada en los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por este país en 1990.

En este acápite hacemos especial referencia a aquellos artículos referentes a la declaración judicial de desamparo familiar y la adoptabilidad de un niño, niña y adolescente en la Ley Nacional N° 26.061.

A este respecto, el artículo 27° dispone que cuando un niño, niña y adolescente este inmerso en un proceso judicial o administrativo se deben adoptar ciertas garantías mínimas que a continuación se señalan: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado

---

<sup>127</sup> El Estatuto expresamente prevé que el abrigo es una medida provisoria y excepcional que funciona como transición para la colocación en familia sustituta y que no implica privación de libertad.

<sup>128</sup> MEZA, Miguel. “La intervención con menores en desprotección y conflicto con la ley. Argentina” en *La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países*, Madrid, Dykinson S.L, 2016, pp., 26-52, p., 27.

deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Por su parte el artículo 33° señala que las medidas de protección son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local<sup>129</sup> ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niños o adolescentes individualmente considerados<sup>130</sup>. A su vez, el artículo 34° determina que las medidas de protección tienen como finalidad la preservación o restitución a los niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. De allí, pues que, el artículo 35° ordene la aplicación prioritaria de aquellas medidas de protección que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a los niños y adolescentes.

Asimismo, la nueva Ley Nacional N° 26.061 estipula dos tipos de medidas:

- o *Las medidas de “protección integral de derechos”*: Están reguladas en el artículo 37° y tienen por finalidad restituir los derechos vulnerados de los niños y fortalecer sus vínculos familiares, estas son: a) Aquellas tendientes a que los niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; solicitud de becas de estudio o para jardines maternas o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; asistencia integral a la embarazada; d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un

---

<sup>129</sup> La nueva norma nacional sustrajo de la esfera judicial la facultad de adoptar medidas de protección de derechos y encomendó esta tarea a organismos administrativos, Procurando promover así la denominada “desjudicialización de la pobreza” VILLALTA, Carla & LLOBET, Valeria. “Resignificando la protección. Los sistemas de protección de derechos de niños y niñas en Argentina”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 13, N° 1 enero-junio 2015, 167-180., p. 170.

<sup>130</sup> La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

programa; f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) Asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa.

- o *Las medidas “excepcionales de protección de derechos”*: Están reguladas en el artículo 39° y son aquellas que se adoptan una vez que se hayan agotado las anteriores e implican la separación de los niños de su hogar cuando están temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

Por su parte, el artículo 41° determina los criterios de aplicación de las medidas excepcionales establecidas en el artículo 39°:

- a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de los niños y adolescentes;
- b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de los niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de los niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;
- c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de los niños y adolescentes;

- d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;
- e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;
- f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.

Ante esas situaciones, el artículo 40° sitúa al juez en un contralor de la legalidad de las medidas dispuestas por la autoridad administrativa local de cada jurisdicción; ya que, “el órgano administrativo, una vez dispuestas debe remitírselas a las 72 horas de notificadas a los interesados. Allí el juez citará a audiencia a los representantes legales y resolverá acerca de la legalidad de las medidas. Posteriormente el magistrado debe derivar el caso a la autoridad local de aplicación para que implemente las medidas pertinentes. Y a partir de allí para la Ley Nacional N° 26.061, el órgano judicial desaparece de la escena”<sup>131</sup>.

### **3.1.3. Colombia**

En Colombia, el Código del menor fue modificado por el nuevo Código de la infancia y la adolescencia, la Ley N° 1098, la misma que en su Título II aborda el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, concebido “como un proceso especial, ágil y expedito, que sirve a los intereses y derechos de los niños y adolescentes, los cuales en todos los casos siempre prevalecerán frente a los de los adultos involucrados en el mismo asunto”<sup>132</sup>.

En ese sentido, el artículo 92 del Código del menor sufrió ciertas modificaciones, las cuales fueron recogidas por el artículo 63 de la Ley 1098 de 2006 donde “el nuevo artículo no menciona la declaración de abandono sino la declaración de adoptabilidad”<sup>133</sup>. En este nuevo entendido “es el Defensor de Familia el

---

<sup>131</sup> CARRANZA, Jorge Luis. *Desamparo Familiar y Adoptabilidad*. Córdoba, Alveroni Ediciones, 2010, p., 99.

<sup>132</sup> ALIANZA POR LA NIÑEZ COLOMBIANA. *Proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Código de la infancia y la adolescencia, Ley 1098 de 2006*. [ubicado el 12.IV.2016]. Obtenido en: <http://www.alianzaporlaninez.org.co/wp-content/uploads/2013/05/MEG.ULTIMO.DIC272012.DOCUMENTO-PROPUESTA-PARD.pdf>

<sup>133</sup> DUQUE CAMACHO, Andrea Paola & RAMIREZ TORRES, Lina Margarita, Óp. Cit., p. 52.

competente para abrir la Historia de atención, frente aquellos niños o adolescentes que se encuentren presuntamente en situación de inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos”<sup>134</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 50° de la Ley de Infancia y Adolescencia el proceso administrativo de restablecimiento de derechos es la restauración de la dignidad e integridad de los niños y adolescentes como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados, siendo responsabilidad del Estado, a través de sus autoridades, informar; oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, ante los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños y adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad donde se procederá a tomar las medidas pertinentes. (Artículos 51°, 52°, 53° del Código de la Infancia y la Adolescencia).

En consecuencia, “el Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos de los niños y los adolescentes es el conjunto de actuaciones administrativas y judiciales que la autoridad administrativa debe desarrollar para la restauración de los derechos de los menores de edad que han sido vulnerados; y debe ser resuelto dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o de la apertura oficiosa de la investigación, término prorrogable por dos (2) meses más”<sup>135</sup>.

En ese trámite administrativo el Defensor de Familia goza de una evidente discrecionalidad para efectos de verificar la situación real del niño, niña o adolescente. “Sin embargo, esa discrecionalidad no puede significar arbitrariedad, y su aplicación debe obedecer a criterios objetivos, máxime cuando uno de los derechos del niño, de rango constitucional (Art. 44 C.P.), es el de tener una familia y no ser separado de ella, estableciéndose una presunción a favor de la familia

---

<sup>134</sup> Ibid, p. 52.

<sup>135</sup> VALDERRAMA BELTRÁN, Jorge Eduardo. *Consulta sobre el Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de niños, niñas, adolescentes o mayores de 18 años con discapacidad.* [ubicado el 12.VI 2017]. Obtenido en: [http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000035\\_2013.htm](http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000035_2013.htm)

biológica, tal como ha reiterado nuestra Corte Constitucional en las sentencias T-510 de 2003<sup>136</sup>, T-934 de 2007 y T-844 de 2011”<sup>137</sup>.

Por el contrario, cuando la familia no está en plenas condiciones de garantizar la efectiva protección de los demás derechos fundamentales de los niños contemplados en la Constitución y los tratados internacionales, el Estado a través del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF) está en la obligación de intervenir a fin de proteger los derechos y hacer cumplir las obligaciones que surgen de la relación recíproca entre los padres y los hijos. Siendo así, el ICBF tiene importantes atribuciones en materia de protección de derechos de niños y adolescentes, y actúa de manera coordinada con otras instancias públicas y privadas, así como con los órganos jurisdiccionales, cuando corresponde.

De esta manera, la resolución que declara la situación de adoptabilidad o de vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, de acuerdo con el artículo 107° del Código de la Infancia y la Adolescencia, se ordenará una o varias de las medidas de restablecimiento consagradas en ése Código. Asimismo, se indicará la cuota mensual que deberán suministrar los padres o las personas de quienes dependa el niño, la niña o el adolescente, para su sostenimiento mientras se encuentre bajo una medida de restablecimiento.

---

<sup>136</sup> “Existe tanto en el derecho constitucional como en el internacional, y en sus desarrollos legales, una presunción a favor de la familia biológica, en el sentido de que ésta se encuentra, en principio, mejor situada para brindar al niño el cuidado y afecto que necesita. Esta presunción, que se deduce del mandato del artículo 44 Superior según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia, y forma parte de los criterios jurídicos existentes para determinar el interés superior de menores en casos concretos, no obedece a un “privilegio” de la familia natural sobre otras formas de familia - ya que todas las distintas formas de organización familiar son merecedoras de la misma protección -, sino al simple reconocimiento de un hecho físico: los niños nacen dentro de una determinada familia biológica, y sólo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes. El derecho constitucional de los niños a estar con una familia y no ser separados de ella, se materializa prima facie, y como consecuencia del hecho biológico del nacimiento, en el seno de la familia constituida por sus progenitores; por ello, cuando los padres sean conocidos y no estén en circunstancias que hagan prever que el niño no se desarrollará integralmente ni recibirá el amor y cuidado necesarios con ellos, el interés prevaleciente del menor es estar con ellos, salvo que en cada caso se demuestre lo contrario”. CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-510/03* [ubicado el 12.VI 2017]. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>

<sup>137</sup> FLÓREZ SAMUDIO, Martha Teresa. *La resolución de declaratoria de adoptabilidad y el debido proceso: aplicación del principio del interés superior del niño y la presunción a favor de la familia biológica*. [ubicado el 18.VI 2017]. Obtenido en: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2281/ART%C3%8DCULO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Posteriormente, se podrán oponer dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la Resolución que declara la adoptabilidad aquellas personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportarlas pruebas que sustentan la oposición. Dicha oposición trae como consecuencia, según el artículo 108 del mismo cuerpo legal que, “el Defensor de Familia debe remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación<sup>138</sup>. En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil”<sup>139</sup>.

Al respecto, la Jueza del Circuito de Medellín, MARTHA FLÓREZ “propone una reforma a la Ley de Infancia y Adolescencia en el sentido que la homologación judicial de la resolución referida sea obligatoria, no solo cuando hay oposición como indica la Ley, en atención a las consecuencias jurídicas que esa decisión tiene, principalmente la adopción, con la consecuente separación del niño de su familia biológica, así como los derechos fundamentales del niño y de su familia allí involucrados”<sup>140</sup>.

Por último, es conveniente señalar aquellas medidas de restablecimiento de derechos que regula la legislación colombiana en el artículo 53° de la Ley 1098 de 2006, las mismas que tienen naturaleza administrativa y pueden ser provisionales o definitivas, estas son: 1) Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; 2) Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda

---

<sup>138</sup> La homologación es una herramienta que permite al Estado a través de los jueces de familia ejercer un control sobre las decisiones de autoridades administrativas sobre la declaratoria de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes en aquellos eventos de oposición por alguna de las partes, y por su parte le garantiza a éstas la revisión de una decisión considerada por las mismas contraria a sus intereses o que vulnera sus derechos. OSORIO MONTROYA, Andrea Johana & CAICEDO DIAZ, Juan Carlos. *El papel que cumple la figura de homologación de la declaratoria de adoptabilidad consagrada en el código de infancia y adolescencia y su aplicación en la ciudad de Pereira Risaralda 2011 – 2013*, Tesis para optar el Título de Especialistas en Derecho de Familia, Pereira, Universidad Libre Seccional Pereira, 2014, p., 6.

<sup>139</sup> QUINTERO GÓMEZ, Juan Camilo. *Adopción homoparental en Colombia*, Tesis para optar el Título de Abogado, Medellín, Universidad de Medellín, 2015, p., 42.

<sup>140</sup> FLÓREZ SAMUDIO, Martha Teresa, Óp. Cit.

encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; 3) Ubicación inmediata en medio familiar; 4) Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; 5) La adopción y; 6) Cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños adolescentes.

Estas medidas de restablecimiento “deberán estar en concordancia con el derecho amenazado o vulnerado, garantizándose en primer término el derecho del niño, niña o adolescente, a permanecer en el medio familiar, de ser posible”<sup>141</sup>. Así lo ha establecido Corte Constitucional mediante la Sentencia T-572/09, como mandato a las autoridades administrativas competentes que, “para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente (...)”<sup>142</sup>.

#### **3.1.4. Ecuador**

La declaratoria de adoptabilidad en Ecuador es un proceso judicial que se tramita en base a tres cuerpos legales:

- o El Código de la Niñez y la Adolescencia: Específicamente las normas especiales para la investigación de la Policía y de la Oficina Técnica, contenidas en los artículos 268° al 270°.
- o El Instructivo que regula el proceso para el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

---

<sup>141</sup> AGUDELO GÓMEZ, María Alexandra & VELÁSQUEZ SÁNCHEZ, Sonia Irlanda. *La declaratoria de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes, en el centro zonal II ICBF de la ciudad de Manizales, y su homologación, frente al derecho a tener una familia*, Tesis para optar el Título de Abogada, Manizales, Universidad de Manizales, 2012, p., 31.

<sup>142</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-572/09* [ubicado el 12.VI 2017]. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-572-09.htm>

- o El Instructivo para regular el procedimiento de esclarecimiento de la situación socio-legal y psicológica de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en entidades de atención de acogimiento pública y privada.

Este proceso se tramita ante el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y tiene por finalidad garantizar el restablecimiento de los derechos de los niños y adolescentes cuando no ha sido posible realizar la reinserción en su familia biológica o ampliada, por lo que es considerada “como la consecuencia fallida y no deseada de la aplicación de una medida de protección en la que no se permitió ubicar a los padres o parientes de un niño, niña adolescente, y/o donde se agotaron las medidas de apoyo a la familia y de reinserción familiar”<sup>143</sup>.

Las medidas de protección están enumeradas en el artículo 217° del Código de la Niñez y Adolescencia, estas son:

1. Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente;
2. La orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar;
3. La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;
4. La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o

---

<sup>143</sup> ALMEIDA ALBUJA, María Alejandra. *Implicaciones jurídicas del apremio en la declaratoria de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes*, Tesis para optar el Título de Anogada, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, p., 45.

disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.;

5. El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y,

6. La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.

Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 158° del Código de la niñez y adolescencia, el Juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado, cuando de las investigaciones realizadas se establezca que este se encuentra en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Orfandad respecto de ambos progenitores;
2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad;
3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y,
4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.

En los casos de los numerales 1, 3 y 4 el Juez declarará la adoptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección.

Al respecto, SILVA SALAZAR sostiene que es necesario incorporar un numeral al artículo 158° al Código de la Niñez y Adolescencia que establezca “el abandono del niño, niña y adolescente por más de seis meses como una causal para poder ser declarados judicialmente en aptitud legal para ser adoptados, y poder asignarle una familia que supla sus necesidades y pueda desarrollarse en un entorno afectivo,

familiar, sin que sigan vulnerándose el derecho primordial de tener un hogar con vínculos afectivos parentales”<sup>144</sup>. (El subrayado es nuestro)

Cabe considerar, por otra parte que el *“Instructivo que regula el proceso para el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente”* mediante la Resolución N° 006-2013 establece en el Capítulo IV las prohibiciones y sanciones a los jueces, juezas y servidores judiciales o administrativos cuando suspendan o dilaten el proceso de declaratoria de adoptabilidad. Así tenemos:

**“Artículo 21.- Prohibición de dilatar el proceso de investigación.-** *Las juezas y jueces, servidoras y servidores judiciales o administrativa, quedan prohibidos de alegar falta de norma o procedimiento para suspender o dilatar el trámite de investigación, que de oficio debe proseguirse, como forma de justificar la violación de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 14 del Código de la Niñez y Adolescencia”.*

Esta normativa muestra que los procesos de declaratoria de adoptabilidad y adopción “se encuentran claramente normados y regulados, por lo que no cabe que los funcionarios judiciales y administrativos aleguen falta de norma o procedimiento en la dilación del proceso, debiendo cumplir con los principios constitucionales, especialmente el de Economía Procesal a través de la Celeridad<sup>145</sup>.

**“Artículo 22.- Sanciones a las autoridades administrativas y judiciales.-** *Las juezas y jueces, servidores y servidoras judiciales y administrativos que no cumplan con los términos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia y en este*

---

<sup>144</sup> SILVA SALAZAR, Néstor Daniel. *Proyecto de ley reformativa del artículo 158 del código de la niñez y adolescencia, en el que se incorpore al abandono por un tiempo superior a los seis meses, como causal para declaratorias de aptitud legal de adoptabilidad del niño, niña o adolescente a celeridad en los trámites administrativos y judiciales en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes y los derechos de reparación de los solicitantes*, Tesis para optar el Título de Abogado, Santo Domingo, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2012, p., 32.

<sup>145</sup> ORTEGA FIGUEROA, Yenny María. *La celeridad en los trámites administrativos y judiciales en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes y los derechos de reparación de los solicitantes*, Tesis para optar el grado de Magister, Babahoyo, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2015, p., 38.

*instructivo o que de alguna forma retarden el proceso de la causa, serán sancionados de conformidad a lo establecido en el Art. 104 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial, y la inobservancia de este instructivo se tomará en cuenta como parámetro, para evaluar al funcionario correspondiente, en su proceder institucional”.*

La normativa invocada es de suma importancia; pues no sólo se prohíbe alegar falta de norma o procedimiento para suspender o dilatar el trámite de investigación, sino que también se sanciona a quien incumpla este mandato. Estas “sanciones son de carácter administrativo, las mismas que deben tramitarse dentro de la Institución en la que laboran los funcionarios, y van desde amonestación escrita hasta destitución; y, la denuncia puede ser presentada por cualquier persona que tenga interés directo en el juicio o servicio público”<sup>146</sup>.

### **3.2. Cuadro comparativo de la normatividad en materia de protección a niños y adolescentes sin cuidados parentales en cinco países de Latinoamérica**

La Convención de los Derechos del Niño tuvo un importante efecto movilizador y reformador en todas las legislaciones abordadas a fin de lograr la institucionalidad de la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes y el ejercicio efectivo de los mismos. En Brasil se trata del Estatuto del niño y del adolescente, Ley N° 8069 de 1990; en Argentina la Ley de protección integral de los derechos de los niños y adolescentes, Ley 26.061 de 2005; en Colombia la Ley de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1.098 de 2006; y en Ecuador el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 100 de 2003.

Estas legislaciones de protección de los niños y adolescentes figuran en este panorama como las más garantistas y con enfoque de derechos, estableciendo para ello, importantes funciones para los Estados. Lamentablemente, como puede suponerse y al igual que en otras materias, entre la consagración legal y su ejecución hay una distancia considerable, una brecha entre la estipulación de jure y la situación de facto.

---

<sup>146</sup> Ibid, p. 39.

CUADRO N°02

Cuadro comparativo de la normatividad de los países estudiados en materia de protección a niños y adolescentes sin cuidados parentales.

País / Norma legal	Naturaleza de la autoridad competente para adoptar medidas de protección	Causales que determinan la situación de desamparo	Medidas de protección	Criterio de aplicación para las medidas de protección
<p style="text-align: center;"><b><u>Brasil</u></b> <b>El Estatuto del niño y del adolescente, Ley N° 8069</b></p>	<p><b>Entidad de Naturaleza Administrativa:</b> Consejo Tutelar (artículos 131° y 136°)</p>	<p><b>No hay causales expresas;</b> pero, las medidas de protección al niño y al adolescente son aplicables siempre que los derechos reconocidos en esta Ley sean amenazados o violados:</p> <p>I - Por acción u omisión de la sociedad o del Estado;</p> <p>II - Por falta, omisión o abuso de los padres o responsable;</p> <p>III - en razón de su conducta. (Artículo 98°)</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad;</li> <li>2. Orientación, apoyo y seguimiento temporarios;</li> <li>3. Matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental;</li> <li>4. Inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente;</li> <li>5. Solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento en ambulatorio;</li> <li>6. Inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos;</li> <li>7. Abrigo en entidad; (<i>medida provisoria, excepcional, y de</i></li> </ol>	<p>En la aplicación de las medidas se tendrán en cuenta las necesidades pedagógicas, prefiriendo aquellas que tengan por objeto el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios. (Artículo 100°)</p>

			<p><i>transición para la colocación en familia sustituta, no implicando privación de la libertad)</i></p> <p>8. Colocación en familia sustituta. (Artículo 101°)</p>	
<p><b>Argentina</b> <b>Ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, Ley N° 26061</b></p>	<p><b>Entidad de Naturaleza Administrativa:</b> Órgano Administrativo Local (Artículo 33°)</p>	<p><b>No hay causales expresas;</b> pero, las medidas de protección son adoptadas ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niños o adolescentes por la acción u omisión de:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El Estado;</li> <li>2. La Sociedad;</li> <li>3. Los particulares;</li> <li>4. Los padres;</li> <li>5. La familia;</li> <li>6. Los representantes Legales;</li> <li>7. Los responsables;</li> <li>8. La propia conducta del niño, niña o adolescente. (Artículo 33°)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;</li> <li>2. Solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;</li> <li>3. Asistencia integral a la embarazada;</li> <li>4. Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;</li> <li>5. Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o</li> </ol>	<p>Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a los niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos</p>

			<p>adolescente a través de un programa;</p> <p>6. Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;</p> <p>7. Asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa. (Artículo 37°)</p>	<p>a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares. (Artículo 35°)</p>
<p><b>Colombia</b></p> <p><b>Código de la infancia y la adolescencia, Ley N° 1098</b></p>	<p><b>Entidad de Naturaleza Administrativa:</b> Defensoría de Familia y Comisaría de Familia e Inspectoría de la Policía (Artículos 79°, 83°, 96° y 98°)</p>	<p><b>No hay causales expresas;</b> pero, las medidas de protección se aplican para restablecer los derechos consagrados en el Código de la Infancia y la Adolescencia. (Artículos 20° y 52°)</p>	<p>1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.</p> <p>2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.</p> <p>3. Ubicación inmediata en medio familiar.</p> <p>4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.</p> <p>5. La adopción.</p>	<p>La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera. (Parágrafo 1° del artículo 53°)</p>

			<p>6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.</p> <p>7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar. (Artículo 53°)</p>	
<p><b>Ecuador</b> <b>Código de la niñez y la adolescencia, Ley N° 100</b></p>	<p><b>Entidad de Naturaleza Administrativa y Judicial:</b> Juntas Cantonales de Protección de derechos y Juez Especializado en Niñez y Adolescencia (Artículo 192°, numeral 2 incisos a) y b); y Artículo 215°)</p>	<p><b>No hay causales expresas;</b> pero, existen medidas de protección específicas en contra del:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes. (Artículo 79°)</li> <li>2. Trabajo de niños, niñas y adolescentes. (Artículo 94°)</li> </ol> <p>Además, existen medidas generales que se aplican cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente;</li> <li>2. La orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar;</li> <li>3. La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;</li> <li>4. La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometida en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema (...);</li> </ol>	<p>En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios. (Artículo 215°)</p>

		<p>por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. (Artículos 215° y 217°)</p>	<p>5. El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y,</p> <p>6. La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda. Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción. (Artículo 217°)</p>	
<p><b>Perú</b> <b>Código del niño, niña y adolescente, Ley N° 27337</b></p>	<p><b>Entidad de Naturaleza Administrativa:</b> El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, ahora llamado, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (Artículo 243° - Decreto Legislativo N° 1098, respectivamente)</p>	<p><b>Si hay causales expresas.</b> a) Expósito; b) Falta de las personas que deben cuidarlo o si los hubiera, incumplan sus obligaciones; o carezcan de calidad moral o mental; c) Sufre maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran; d) Es entregado por sus padres</p>	<p>1. El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables del cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;</p> <p>2. La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;</p>	<p>Las medidas de protección de carácter provisional son dispuestas por el INABIF con el fin de garantizar el derecho del niño o adolescente tutelado a desarrollarse integralmente en el seno de su familia biológica y en defecto de ello, en un ambiente familiar</p>

		<p>a un establecimiento de asistencia social público o privado por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo; e) Es dejado en instituciones hospitalarias con el propósito de abandonarlo; f) Es entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción; g) Es explotado o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables. h) Realice trabajos no acordes con su edad; y i) Total desamparo. (Artículo 248°)</p>	<p>3. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;  4. Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y  5. Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedita por el juez especializado. (Artículo 243°)</p>	<p>adecuado, debiendo tenerse presente para su aplicación, la prioridad del fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios así como el tratamiento de los casos como problemas humanos. (Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2006-MIMDES, publicado 18 marzo 2006)</p>
--	--	---	--	--

Fuente: Elaborado por Adriana del Rosario Rodríguez Montenegro

Fecha: Junio de 2017

- o Desde que entró en vigencia la Convención sobre los derechos del niño en 1989, esta comenzó a alterar visiblemente el panorama legislativo latinoamericano, dando origen a diversos cambios legislativos inspiradas en la doctrina de la protección integral; siendo el texto legal más significativo el Estatuto del niño y del adolescente de Brasil del año 1990. Aunque, no en todos los países firmantes se efectuó un adecuado cambio sustancial en sus legislaciones pues, algunas modificaciones fueron notoriamente superficiales<sup>147</sup>.
- o Las demás reformas legislativas post convención sucedieron paulatinamente seguida de una constante serie de modificaciones a fin de ajustarse efectivamente a la doctrina de la protección integral. Así tenemos, por ejemplo, Colombia con el Código del Menor de 1989, siendo modificada por la Ley de la Infancia y la Adolescencia, la Ley 1.098 de 2006; el Perú con el Código del niño y adolescente de 1992 siendo reformada por el Código del niño, niña y adolescente, la Ley N° 27337 del año 2000 con modificaciones hasta el 2013.
- o Ahora bien, en cuanto al proceso de declaratoria de adoptabilidad puede observarse que en la mayoría de los países estudiados, la autoridad competente para adoptar las medidas de protección es de naturaleza administrativa, esto es así, porque los problemas sociales como la investigación tutelar para determinar si un niño se encuentra en estado de desamparo o para establecer una o varias medidas de protección de ser el caso, han sido objeto de desjudicialización pasando de este modo, al ámbito administrativo. No obstante, cuando se trata de medidas definitivas como la adopción en países como Ecuador, la autoridad competente es el órgano judicial.

---

<sup>147</sup> Un estudio histórico sobre el significado y el alcance de la ratificación de la Convención Internacional sobre los derechos de la infancia en el contexto latinoamericano, con amplias referencias bibliográficas, se encuentra en BELOFF, Mary. Óp. Cit., p. 11.

- o En cuanto a las medidas de protección, podemos observar que nuestro país establece medidas mucho más rígidas que implican la separación del niño, niña o adolescente de su familia biológica a pesar de que nuestra legislación exige que se debe tener presente para la aplicación de las medidas de protección la prioridad del fortalecimiento de los vínculos familiares, mientras tanto, las medidas de protección en los países que hemos abordado son más específicas y tienen como finalidad tratar de restaurar, por todos los medios, el lazo paterno-filial a través de los programas y servicios sociales.
- o Por otra parte, el proceso de desprotección infantil en los países estudiados coincide en que este proceso adolece de falta de celeridad procesal transgrediendo los términos y plazos establecidos en sus respectivas normas, lo cual vulnera los derechos del infante y adolescente a fin de que pueda considerarse un procedimiento respetuoso del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio del interés superior del niño, pues la prolongada e incierta situación del menor constituye una violación a sus derechos fundamentales que el Estado está obligado a proteger. Por tal motivo, el país ecuatoriano ha tomado como medida imperativa la prohibición de dilatar el proceso de investigación y cuando se incumpla dicha prohibición se sanciona a las autoridades administrativas y judiciales.
- o En países como el nuestro y el de Colombia se ha olvidado el rol principal que debe llevar a cabo el Poder Judicial como órgano de control de la legalidad y justiciabilidad de los derechos de los niños y adolescentes en cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. En nuestro país, por ejemplo, el procedimiento para la declaratoria de abandono consiste en dos etapas: La investigación tutelar a cargo de la Dirección de investigación tutelar y, la declaración judicial de abandono a cargo del juzgado de familia. En donde la función del órgano judicial se torna poco dinámica y hasta automática, pues en base al expediente que eleva la administración determina su decisión, esto es, declara o no el abandono. En el caso colombiano, tanto la investigación como la declaración de adoptabilidad está a cargo de una

entidad administrativa, reservando la actuación judicial sólo cuando hay oposición, lo que hace necesario recién ahí la participación de la autoridad judicial para el proceso de homologación.

- o Lo dicho hasta aquí supone coincidir con el pensamiento de GARCÍA MENDEZ cuando sostiene que “el proceso de reformas legislativas desencadenado por la Convención Internacional es y debería permanecer como un proceso altamente dinámico. No existen y no deberían existir modelos rígidos de adecuación. Doctrinas y paradigmas deben interpretarse a la luz de las condiciones reales, pero mucho más de las condiciones deseadas para nuestra infancia latinoamericana”<sup>148</sup>. En otras palabras, conforme va cambiando o evolucionando las sociedades las legislaciones deben ir ajustándose a los requerimientos actuales. Ello, sin embargo, no ha sucedido con el proceso de declaratoria de abandono en nuestro país, pues, aún se conservan elementos de la denominada doctrina de la situación irregular.

---

<sup>148</sup> GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Infancia. De los derechos y de la justicia*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p., 16.

## **CAPÍTULO 4**

### **EL PROCESO DE ABANDONO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL Y PROPUESTA DE REFORMA**

En este capítulo se identifica las razones por las que la legislación sobre el proceso de abandono de niños y adolescentes no se adecúa a la “doctrina de la protección integral” y, más bien conserva un enfoque propio de la “doctrina de la situación irregular” lo que implica que este proceso es en un sistema de atención poco idóneo para el niño, niña y adolescente en presunto estado de desamparo; motivo por el cual, es necesaria una reforma legislativa que oriente la intervención del Estado conforme a los parámetros establecidos por la Convención sobre los derechos del niño y su máxima obra, la protección integral.

#### **4.1. Las principales incongruencias que presenta el proceso de abandono de niños y adolescentes en relación a la doctrina de la protección integral**

##### **4.1.2. Respecto a la investigación tutelar**

- o *El procedimiento de investigación tutelar en la práctica no tiene un único órgano competente; pues, en algunas ciudades se tramita en sede administrativa y en otras en sedes judiciales; ello a pesar de haberse establecido en el Código de los niños y adolescentes que este procedimiento se debe llevar a cabo en la vía administrativa. Esta falta de uniformidad “origina que algunos jueces tramiten los casos de presunto estado de abandono en la vía especial y otros en la vía del proceso único. Siendo*

necesario, un procedimiento único e integral dirigido a la atención de niños y adolescentes en presunto estado de abandono”<sup>149</sup>.

- o *Las causales de inicio de procedimiento son imprecisas:* a) La causal de “total desamparo” es un término genérico que permite iniciar investigación tutelar en los casos en que la situación de desprotección se origine por otro tipo de circunstancias que no estarían asociadas a conductas dolosas. Lo que “ocasiona problemas de aplicación arbitraria de esta norma, los cuales, a su vez, terminarían afectando el derecho constitucional de los niños y adolescentes a vivir en el seno de su familia”<sup>150</sup>; b) La causal referida a la “carencia de las calidades morales”, en las que “no se puede determinar fácilmente en razón de su contenido moral”.
- o *Deficiente marco regulatorio de las medidas de protección.* Nuestra legislación enumera taxativamente en el artículo 243° del Código de los niños y adolescentes las medidas de protección<sup>151</sup> sin establecer una lista de criterios o principios generales para la aplicación de estas. El artículo 22° del D.S. N° 011-2005-MIMDES solo ha precisado que en la aplicación de estas medidas se priorizará “el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios, así como el tratamiento de los casos como problemas humanos”. Por otro lado, estas medidas de protección carecen de una verdadera naturaleza preventiva e integral y, además, de supuestos de procedencia imprecisas. Incluso, la Defensoría del Pueblo ha planteado que dichas medidas “deberían incluir servicios de apoyo o asesoría a los integrantes de la familia para evitar que se refuercen las circunstancias que

---

<sup>149</sup> ALVARADO REYES, Juana Elvira. “La intervención con menores en desprotección y conflicto con la ley. Perú” en *La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países*, Madrid, Dykinson S.L, 2016, pp. 292-322, p. 301.

<sup>150</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: Aportes para un nuevo modelo de atención. Informe Defensorial N° 153, Óp. Cit., p. 112.

<sup>151</sup> Artículo 243°: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa; b) La 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 debidamente acreditado; y, e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

amenacen o vulneren sus derechos, en virtud de lo sostenido por la Doctrina de la Protección Integral, que reconoce al niño, niña y adolescente como sujetos de derechos y, a sabiendas de esta condición, exige la protección de sus derechos, incluso dentro de la propia familia”<sup>152</sup>.

- o *Falta promover y adecuar la correcta atención de niños y adolescentes en presunta situación de desamparo*, dado que estos “casos no son aceptados directamente por el INABIF para su investigación tutelar administrativa, sino que son aceptados previa denuncia ante la Fiscalía Provincial de Familia y/o Comisarías, entidades que tienen que ordenar se les practiquen los peritajes correspondientes y asimismo tienen que poner a disposición física del menor de edad en el horario de atención de la administración pública y sólo de lunes a viernes”<sup>153</sup>. Además, la Fiscalía de Familia no tiene Centros de Internados Preventivos para niños y adolescentes por lo que son puestos a disposición de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar del INABIF en el mismo día, lo que no sucede con la Policía, (siendo la que reporta más casos de abandono), pues, opta por internar a los menores de edad en presunto estado de abandono en los Centros Preventivos de la Policía hasta culminar con recabar todos los exámenes médicos y efectuar el informe policial correspondiente. A pesar de ello, cuando los menores de edad son puestos a disposición física de la UGIT-INABIF, ésta unidad solicita se le practiquen nuevamente los exámenes correspondientes (integridad física, sexual, etc.), situación que también ocasiona revictimización.
  
- o *El número de niños institucionalizados a partir del nuevo paradigma no ha disminuido*, vulnerando de esta manera, el “principio fundamental de la protección integral en cuanto a evitar victimización institucional o

---

<sup>152</sup> 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° 150, Óp. Cit., pp. 153-154.

<sup>153</sup> GONZALES BARBADILLO, Miguel Ángel. *El uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil. La entrevista única y la sala de entrevista – Cámara de Gesell en el distrito judicial de Lima Norte 2008-2009*, Tesis para optar el grado de Doctor, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011, pp., 53.

internamiento por causas sociales. Además del marco normativo nacional e internacional que obliga al Estado a proteger y prestar asistencia a la familia<sup>154</sup>. Así, lo ha observado, también, el Comité de los Derechos del Niño al señalar que “el internamiento en instituciones, pese a que se ha reducido considerablemente, sigue siendo la medida aplicada con más frecuencia a los niños privados de un entorno familiar”<sup>155</sup>.

- o *Falta de celeridad en el proceso de investigación tutelar*: Uno de los mayores problemas es la duración del proceso de investigación tutelar, y cómo una dinámica más fluida entre las instituciones a cargo de los menores y los juzgados de familia tutelar pueden contribuir a proteger el interés superior del niño. De igual forma, una posible solución la encontraríamos en un método de seguimiento a los menores más eficaz del actual, teniendo una nueva dinámica al alcance de los juzgados de familia por medio de auditorías o programas establecidos con intervalos de tiempo menos extensos fomentaría a que los procesos de investigación tutelar tengan un alcance real en el ámbito no solo jurídico, sino a los programas psicológicos aplicados, ambos, con seguimiento por parte del juzgado sin necesidad de requerirlos para tener cercanía a los avances alcanzados por dichos programas aplicados a los menores mientras dure la investigación y antes de declarar el estado de abandono<sup>156</sup>.

#### **4.1.3. Respetto a la declaración de abandono**

- o *La denominación “niño abandonado” promueve la estigmatización y la discriminación*: Nuestro sistema de protección infanto-juvenil sigue tratando a los niños y adolescentes como “objetos” de protección, es decir que sigue subsistiendo la doctrina de la situación irregular. Una muestra de esta visión se advierte en la persistente costumbre de utilizar el vocablo “abandono”

<sup>154</sup> BARRERA DÁVILA, Soledad, Óp. Cit., pp. 94-95.

<sup>155</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. Aprobadas por el Comité en su 71er periodo de sesiones (11 a 29 de enero de 2016)*, traducido por UNICEF PERÚ/Fassio. A., Lima, UNICEF, 2016, p., 26.

<sup>156</sup> ORMEÑO APAZA, Rosa Alicia. *La declaración de abandono. La problemática jurídica y psicológica de los menores durante el procedimiento de investigación tutelar peruano*. [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Athina/article/viewFile/1158/1112>

para aludir a lo que en realidad es “una situación de negación de derechos y de problemas ciertamente estructurales. No se trata de una simple modificación de palabras, de un cambio de etiquetas, sino de un cambio de visiones y paradigmas, orientados a la modificación de prácticas institucionales que permitan concretar el derecho de niños y adolescentes a vivir en una familia<sup>157</sup>. A su vez, ÁLEX PLÁCIDO, señala que también “la denominación “tutelar” debe cambiarse por el de “promoción de derechos”, por ser más adecuado al “modelo de la protección integral”<sup>158</sup>.

- o *No existe distinción entre abandono y adoptabilidad*: La falta de diferenciación entre abandono y adoptabilidad en nuestro país, ha sido observado por el Comité de los Derechos del Niño recomendando que “el Estado parte debe ofrecer un mínimo de garantías procesales, distinguir entre los conceptos de abandono y adoptabilidad y garantizar que el procedimiento no tenga exclusivamente carácter administrativo”<sup>159</sup>.
- o *Se olvida del rol principal del Poder Judicial como órgano de control de la legalidad y justiciabilidad de los derechos de la infancia*, debido a que “(...) el órgano jurisdiccional se convierte en una especie de entidad automática que se limita a declarar, sí o sí, el abandono; quedando en letra muerta, la disposición que exige que en la aplicación de las medidas de protección se priorice el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios” <sup>160</sup>.
- o *Incumplimiento de los plazos regulados en el artículo 249° para la declaración de “abandono”*: El proceso para la declaración de abandono del niño, niña o adolescente adolece de un procedimiento célere a pesar de que se trata de una situación especial que requiere una pronta atención. Al respecto, podemos mencionar el extracto de una sentencia emitida por la

---

<sup>157</sup> BARRERA DÁVILA, Soledad, Óp. Cit., p. 98.

<sup>158</sup> PLÁCIDO V., Alex F., Óp. Cit., pp. 454-455.

<sup>159</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Óp. Cit., p. 27.

<sup>160</sup> PLÁCIDO V., Alex F., Óp. Cit., p. 462.

Segunda Sala de Familia<sup>161</sup>, el cual hace referencia al proceso de declaración de estado de abandono al que fue sometido un niño. El caso se inició en sede administrativa, cuando el niño era apenas un neonato; y concluyó finalmente con la declaración de estado de abandono, cuando este contaba con diez años de edad. Una solución sería establecer “plazos máximos” a fin de que sea un procedimiento compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio interés superior del niño; y, además “implementar nuevos órganos jurisdiccionales debido a la sobrecarga procesal, para dar cumplimiento a los plazos CNA”<sup>162</sup>.

- o *Vulneración del principio de escuchar al niño, niña y adolescente en todas las decisiones que le afecten:* El Comité de los Derechos del Niño ha observado recientemente que “los niños son rara vez consultados en los procedimientos administrativos o judiciales pertinentes (...)”<sup>163</sup>. Por lo tanto recomienda que el Estado debe velar “por la aplicación efectiva de la legislación que reconoce el derecho del niño a ser escuchado en las actuaciones judiciales pertinentes, lo que incluye el establecimiento de sistemas o procedimientos para que los trabajadores sociales y los tribunales se ajusten a ese principio”<sup>164</sup>.
- o *Inexistencia del establecimiento de una audiencia única a fin que se garanticen los derechos del niño, niña y adolescente:* Cabe resaltar que cuando el niño ejerza su derecho a ser escuchado este debe ser en un entorno apropiado el cual, le inspire confianza y pueda sentir que es parte de una conversación y no de un examen unilateral.
- o *Vulneración del derecho a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia:* Es un deber del Estado y un derecho del niño, niña y

---

<sup>161</sup> SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA DE LIMA. Expediente N° 77-08 emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima.

<sup>162</sup> MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Encuentro Jurisdiccional. Desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes*. 2017 [Ubicado el 16. III 2016]. Obtenido en <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c96f0c804145f137ad52ffa3f62e6f78/merged.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c96f0c804145f137ad52ffa3f62e6f78>

<sup>163</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Óp. Cit., p. 18.

<sup>164</sup> Ibid, p. 19.

adolescente a la asistencia legal con la finalidad de efectivizar los derechos de este, dada su condición de vulnerabilidad. En ese sentido, un defensor de oficio deberá asumir la defensa, para salvaguardar los derechos de los niños en el proceso ante el juzgado especializado de familia y en todas las instancias judiciales.

#### **4.2. Propuesta de reforma legislativa**

La presente propuesta de reforma legislativa concerniente a la protección del niño, niña y adolescente en presunto estado de desamparo, por cuestión de técnica legislativa debe consignarse en el Capítulo II del Título II en el cual se regula la adopción.

En ese sentido, quedaría derogado el Capítulo IX que alude a las Medidas de Protección al Niño y Adolescente en Presunto Estado de Abandono (Artículo 243 al 247) así como, el Capítulo X sobre la Declaración Judicial del Estado de Abandono (Artículo 248 al 252).

### **CAPÍTULO II**

#### **PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE EN PRESUNTO ESTADO DE DESAMPARO**

##### ***Artículo 119º.- Desamparo infanto-juvenil:***

Es la situación que se produce por el incumplimiento, el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección correspondiente a los padres o responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.

##### ***Artículo 120º.- Autoridades competentes:***

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables es competente para iniciar la investigación especial, brindar atención inmediata a los niños y adolescentes puestos a su disposición, determinar y supervisar las medidas de protección que correspondan.

El Juez Especializado es competente para disponer la ampliación de la investigación especial, declarar o denegar el Estado de adoptabilidad y, de ser el caso, modificar las medidas de protección recomendadas.

##### ***Artículo 121º.- 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 especiales del MIMP sobre los niños y/o adolescentes que se encuentran en presunto estado de desprotección en un plazo máximo de setenta y dos horas de tener conocimiento del hecho.

**Artículo 122º.- Asistencia legal:**

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos designa obligatoriamente defensores públicos especializados para que asuman la defensa legal de los niños y adolescentes en el proceso de desamparo y declaratoria de adoptabilidad.

**Artículo 123º.- Sujetos procesales:**

Son partes en el proceso de desamparo y declaratoria de adoptabilidad, la niña, niño o adolescente, la familia de origen, el representante del Ministerio Público y los terceros con legítimo interés.

**Artículo 124º.- La investigación especial:**

La investigación especial es un procedimiento que tiene por objeto verificar la situación de desamparo en que se encuentra un niño, niña o adolescente a efectos de dictar las medidas de protección, orientadas a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos priorizando el de vivir y desarrollarse en el seno de una familia.

**Artículo 125º.- Individualidad del niño o adolescente:**

Durante la investigación especial se dispone la actuación de los medios probatorios que permita verificar.

- a) El estado de salud física y psicológica.
- b) La identidad.
- c) La Matrícula escolar y asistencia continua a su centro de estudios.
- d) La ubicación de la familia y su funcionalidad.
- e) La identificación de elementos protectores y los indicadores de riesgo para la vigencia de derechos.
- f) Los demás hechos que resulten pertinentes.

Concluidas las diligencias, la instancia competente puede disponer la admisión de la denuncia o el archivamiento de la misma.

**Artículo 126º.- Medidas de protección:**

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y/o el juez especializado competente podrá aplicar, según corresponda, las siguientes medidas de protección:

- a) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones;
- b) Solicitud de becas de estudio, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la niña o adolescente embarazada;

- d) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- e) El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado;
- f) Inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos;
- g) La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;
- h) El acogimiento en familia ampliada residente en el Perú, y de preferencia en su propia comunidad;
- i) La incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; donde sin tener parentesco alguno, sea un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida;
- j) Acogimiento residencial; la misma que es provisoria y excepcional hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda;
- k) La adopción.

***Artículo 127º.- Plazos de la investigación especial:***

Los plazos máximos aplicables al Procedimiento de Investigación Especial son los siguientes:

- a) Conocido el caso la autoridad administrativa apertura la investigación especial con conocimiento del Fiscal de Familia y dicta en el mismo acto, la medida de protección correspondiente.
- b) El plazo de la investigación especial es de (60) sesenta días hábiles. Se podrá solicitar al Juez especializado la ampliación de la investigación especial por única vez hasta por un máximo de (20) veinte días hábiles, en los casos referidos a niños y adolescentes cuyo origen corresponda a otras circunscripciones territoriales o se desconozca su ciudad de origen.
- d) Concluida la investigación especial, en un plazo de (05) cinco días hábiles, la autoridad administrativa resolverá la situación de desamparo familiar, reinsertando al niño, niña o adolescente en su hogar o derivando el expediente al Poder Judicial.
- e) El plazo para la interposición de recursos administrativos es de (03) tres días.

***Artículo 128º.- Conclusión de la Investigación Especial:***

Realizadas las diligencias dispuestas, la autoridad puede:

- a) Declarar concluida la investigación especial, ordenando la reinserción familiar; dejando sin efecto las medidas de protección que se hubieren dictado.

b) Derivar el expediente al Poder Judicial con el respectivo informe final, proponiendo la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña y adolescente.

**Artículo 129º.- Declaratoria de adoptabilidad:**

El juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado cuando de la investigación especial se haya determinado sin lugar a dudas, que el niño, niña o adolescente vive en situación de desamparo aún después de que se han agotado todas aquellas medidas de protección de apoyo a la familia y de reinserción familiar. En ningún caso la situación de pobreza da lugar a la declaración de adoptabilidad.

**Artículo 130º.- Causales para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente:**

El Juez podrá declarar a un niño, niña o adolescente en estado de adoptabilidad, cuando de las investigaciones realizadas se determine, además de la situación regulada en el artículo 129º, cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) El desamparo por un periodo de (06) seis meses ininterrumpidos o cuando la duración sumada exceda este plazo.
- b) Orfandad respecto a ambos progenitores.
- c) Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores.
- d) Sea objeto de violencia psicológica, física, sexual, económica, explotación laboral o de otra índole por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieren.
- d) Consentimiento por parte de sus padres que no hubieren sido privados de la patria potestad.

El Juez declarará la adoptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección.

**Artículo 131º.- Audiencia:**

Recibido el dictamen fiscal o transcurrido el término para su opinión, el Juez fija fecha de audiencia para el quinto día hábil a fin que las partes expongan los alegatos que estimen pertinentes. El defensor público del niño, niña o adolescente presenta alegatos en representación de éste.

**Artículo 132º.- Audiencia especial:**

Dentro del tercer día hábil de concluida la audiencia, el niño, niña o adolescente ejercerá su derecho a ser escuchado en una audiencia especial, la misma que debe realizarse en un entorno apropiado, en condiciones de confidencialidad, y mediante el auxilio de un psicólogo, psiquiatra o personal especializado. Es obligación del

juzgador asegurarse que el niño, niña o adolescente esté debidamente informado, previa evaluación de su capacidad. Las opiniones del niño es un factor destacado en la resolución de la cuestión.

**Artículo 133º.- Plazos para la Declaración Judicial de adoptabilidad del niño, niña y adolescente:**

Recibido el expediente administrativo de Investigación Especial, el Juez especializado evaluará lo actuado, pudiendo:

1. Dentro del plazo de (72) setenta y dos horas disponer la ampliación de la investigación especial; en el caso del artículo 123, inciso b).
2. En el plazo de (15) quince días hábiles expedirá resolución judicial debidamente motivada en el que se pronuncie sobre la declaratoria o denegatoria de adoptabilidad del niño o adolescente, según corresponda; previo dictamen fiscal cuya opinión se remitirá al juzgado en el término de (03) tres días hábiles.

Con el pronunciamiento sobre el estado de adoptabilidad, el expediente administrativo debe ser devuelto al órgano competente de la investigación especial para su archivamiento.

**Artículo 134º.- Apelación de la Declaración Judicial de adoptabilidad:**

La resolución que declara al niño, niña o adolescente en estado de adoptabilidad puede ser apelada en el término de (03) tres días hábiles.

**Artículo 135º.- Denuncia:**

Si en cualquier etapa de la investigación especial o la etapa judicial se advierten indicios de la comisión de un delito en agravio del niño, niña o adolescente, se remite copia de lo actuado al Fiscal Penal.

**Artículo 136º.- Prohibición de dilatar el proceso de investigación especial y la declaratoria de adoptabilidad:**

Los funcionarios, servidores públicos, jueces y servidores judiciales están prohibidos de alegar vacíos en la ley para suspender o dilatar el trámite de investigación especial y la declaratoria de adoptabilidad.

**Artículo 137º.- Sanciones a las Autoridades administrativas y judiciales:**

Los funcionarios, servidores públicos, jueces y servidores judiciales que retardaren el proceso de la causa, serán sancionados administrativamente, de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes y reglamentos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal si lo hubiere.

#### 4.2.1. Exposición de Motivos.

##### **Desamparo infanto-juvenil**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
No hay norma.	<b>Artículo 119º.- Desamparo infanto-juvenil:</b> Es la situación que se produce por el incumplimiento, el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección correspondiente a los padres o responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.

#### o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un cambio fundamental respecto a la percepción que se tiene de la infancia y la adolescencia; en ese sentido, dicho instrumento internacional, desplaza el “*modelo de la situación irregular*” por la “*doctrina de la protección integral*”, con el objeto de generar un sistema de protección integral de los derechos de los niños, respetando su calidad de ciudadanos plenos.

De acuerdo con ello, la denominación “abandono” debe cambiarse por el de “desamparo” a fin de que los niños y adolescentes no sean vistos como objetos de compasión sino como sujetos plenos de derechos y con capacidad progresiva de ejercicio.

**Asistencia legal**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<b>No hay norma.</b>	<b>Artículo 122º.- Asistencia legal:</b> El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos designa obligatoriamente defensores públicos especializados para que asuman la defensa legal de los niños y adolescentes en el proceso de desamparo y declaratoria de adoptabilidad.

- o **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Se incorpora al capítulo II sobre la declaratoria de adoptabilidad, este artículo referido a la asistencia legal con la finalidad de efectivizar los derechos de los niños y adolescentes, dada su condición de vulnerabilidad. En ese sentido un defensor de oficio deberá asumir la defensa, para salvaguardar los derechos de los niños en el proceso ante el juzgado especializado de familia y en todas las instancias judiciales.

**Medidas de protección**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<p><b>Artículo 243º.-</b> El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección:</p> <p>a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;</p> <p>b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;</p> <p>c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;</p> <p>d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y,</p> <p>e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.</p>	<p><b>Artículo 126º.- <i>Medidas de protección:</i></b> El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y/o el juez especializado competente podrá aplicar, según corresponda, las siguientes medidas de protección:</p> <p>a) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones;</p> <p>b) Solicitud de becas de estudio, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;</p> <p>c) Asistencia integral a la niña o adolescente embarazada;</p> <p>d) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;</p> <p>e) El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado;</p> <p>f) Inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos;</p> <p>g) La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;</p> <p>h) El acogimiento en familia ampliada residente en el Perú, y de preferencia en su propia comunidad;</p>

	<p>i) La incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; donde sin tener parentesco alguno, sea un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida;</p> <p>j) Acogimiento residencial; la misma que es provisoria y excepcional hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda;</p> <p>k) La adopción.</p>
--	--

o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las medidas de protección reguladas en el artículo 243° del Código de los niños y adolescentes son muy severas, pues, en la práctica se alejan del objetivo principal: el fortalecimiento de los vínculos familiares. De hecho se olvida que todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, que salvo circunstancias excepcionales el niño puede ser separado de su familia, a reserva de revisión judicial.

Por tanto, las medidas de protección que nuestro país debe procurar, *prima facie*, son todas aquellas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En ese sentido, sólo después que se han agotado todas aquellas medidas tendientes a restaurar los derechos de los niños y adolescentes se evaluará si es pertinente o no separar al niño de su hogar. La aplicación de esta medida no será en contra de la voluntad de los niños y adolescentes, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en pro del interés superior del niño.

**Plazos de la investigación especial**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<p><b>Artículo 246.- Informes:</b> En la resolución de inicio de la investigación tutelar el MIMP dispondrá las siguientes diligencias:</p> <p>a) Declaración del niño o adolescente, o la descripción de sus características físicas, así como la toma de huellas palmares y plantares;</p> <p>b) Examen psicosomático para determinar su edad, su estado de salud y desarrollo psicológico. Éste será realizado por la oficina médico-legal especializada y sus resultados se comunican en el plazo de dos (2) días; de no existir unidad de medicina legal se dispondrá la práctica de dicha pericia en los establecimientos del Ministerio de Salud, por un profesional médico;</p> <p>c) Pericia Pelmatoscópica para establecer la identidad del niño o adolescente. Conocida ésta, se adjuntará la partida de nacimiento y la copia del examen psicosomático, y deberá emitirse la pericia en el término de dos (2) días. Si se trata de un niño o adolescente de quien se desconoce su identidad, la pericia se emitirá en el término de diez (10) días calendario, para lo cual deberá adjuntarse al oficio copia del examen psicosomático;</p> <p>d) Informe del equipo multidisciplinario o el que haga sus veces, para establecer los factores que han determinado la situación del niño o adolescente;</p> <p>e) Los informes técnicos multidisciplinarios, realizados por profesionales de las instituciones que</p>	<p><b>Artículo 127º.- Plazos de la investigación especial:</b></p> <p>Los plazos máximos aplicables al Procedimiento de Investigación Especial son los siguientes:</p> <p>a) Conocido el caso la autoridad administrativa apertura la investigación especial con conocimiento del Fiscal de Familia y dicta en el mismo acto, la medida de protección correspondiente.</p> <p>b) El plazo de la investigación especial es de (60) sesenta días hábiles. Se podrá solicitar al Juez especializado la ampliación de la investigación especial por única vez hasta por un máximo de (20) veinte días hábiles, en los casos referidos a niños y adolescentes cuyo origen corresponda a otras circunscripciones territoriales o se desconozca su ciudad de origen.</p> <p>d) Concluida la investigación especial, en un plazo de (05) cinco días hábiles, la autoridad administrativa resolverá la situación de desamparo familiar, reinsertando al niño, niña o adolescente en su hogar o derivando el expediente al Poder Judicial.</p> <p>e) El plazo para la interposición de recursos administrativos es de (03) tres días.</p>

<p>alberguen a los tutelados; además de los que se remitirán en forma periódica cada tres (3) meses;</p> <p>f) Informe de la División de Personas Desaparecidas, el que se solicitará exponiendo en forma detallada las circunstancias en que se encontró al tutelado, a fin de que indique si existe denuncia por la desaparición o secuestro del niño o adolescente. El MIMP adjuntará a su solicitud, copia de la partida de nacimiento o, en su defecto, copia del examen de edad aproximada o de la pericia pelmatoscópica. El informe se emitirá en el término de tres (3) días</p>	
---	--

o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Un elemento relevante de la norma que se incorpora en el capítulo II sobre la declaratoria de adoptabilidad, es el establecimiento de plazos máximos en función de los cuales se provea el cumplimiento del objeto de la Ley, en acato a los mandatos fundamentales de procurar el interés superior del niño, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que, la prolongada e incierta situación del menor constituye una violación a sus derechos fundamentales.

Cabe señalar que, los plazos establecidos en el artículo 246° del Código de los niños y adolescentes referido a los informes que el MIMP dispone en el inicio de la investigación tutelar no se respetan en la práctica; vulnerando de esta manera, el principio de celeridad y los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente a tener una familia, un nombre y apellido; y, hasta en ciertos casos hasta el derecho a la salud física y psicológica.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha sostenido que “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye,

en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”<sup>165</sup>. Por tal razón, es oportuno señalar plazos máximos aplicables al Procedimiento de Investigación Especial, esto es noventa días naturales y una ampliación única hasta por un máximo de 30 días naturales, en los casos referidos a niños y adolescentes cuyo origen corresponda a otras circunscripciones territoriales o se desconozca su ciudad de origen.

Por otro lado, concluida la investigación especial, en un plazo de diez días naturales, la autoridad administrativa resolverá la situación de desprotección familiar, reinsertando al niño, niña o adolescente en su hogar o derivando el expediente al Poder Judicial.

En cuanto a la interposición de recursos administrativos se señala que el plazo es de tres días.

---

<sup>165</sup> En el caso Fornerón e Hija Vs. Argentina sobre la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija M.

**Declaración de abandono**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<b>No hay norma.</b>	<b>Artículo 129º.- Declaratoria de adoptabilidad:</b> El juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado cuando de la investigación especial se haya determinado sin lugar a dudas, que el niño, niña o adolescente vive en situación de desamparo aún después de que se han agotado todas aquellas medidas de protección de apoyo a la familia y de reinserción familiar. En ningún caso la situación de pobreza da lugar a la declaración de adoptabilidad.

o **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un cambio fundamental respecto a la percepción que se tiene de la infancia y la adolescencia; en ese sentido, dicho instrumento internacional, desplaza el “*modelo de la situación irregular*” por la “*doctrina de la protección integral*”, con el objeto de generar un sistema de protección integral de los derechos de los niños, respetando su calidad de ciudadanos plenos.

De acuerdo con ello, la denominación “declaración de abandono” debe cambiarse por el de “declaratoria de adoptabilidad” a fin de que los niños y adolescentes no sean vistos como objetos de compasión sino como sujetos plenos de derechos y con capacidad progresiva de ejercicio.

**Causales**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<p><b>Artículo 248.- Casos.</b></p> <p>El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:</p> <p>a) Sea expósito;</p> <p>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;</p> <p>c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;</p> <p>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;</p> <p>e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;</p> <p>f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;</p> <p>g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la</p>	<p><b>Artículo 130°.- Causales para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente:</b> El Juez podrá declarar a un niño, niña o adolescente en estado de adoptabilidad, cuando de las investigaciones realizadas se determine, además de la situación regulada en el artículo 129°, cualquiera de las siguientes circunstancias:</p> <p>a) El desamparo por un periodo de (06) seis meses ininterrumpidos o cuando la duración sumada exceda este plazo.</p> <p>b) Orfandad respecto a ambos progenitores.</p> <p>c) Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores.</p> <p>d) Sea objeto de violencia psicológica, física, sexual, económica, explotación laboral o de otra índole por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran.</p> <p>d) Consentimiento por parte de sus padres que no hubieren sido privados de la patria potestad.</p> <p>El Juez declarará la adoptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección.</p>

<p>ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.</p> <p>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</p> <p>i) Se encuentre en total desamparo.</p> <p>La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.</p>	
--	--

o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En primer lugar, proponemos modificar por completo las causales para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente con el fin de establecer los elementos centrales que configuran la declaratoria de adoptabilidad, así como para dar a la norma una mejor y más fluida lectura y comprensión.

En ese sentido, las causales descritas en el artículo 248° del Código de los niños y adolescentes resultan conceptos ambiguos y no constituyen directrices generales para comprender cuándo un niño, niña o adolescente se encuentra en estado de desprotección familiar, así por ejemplo el literal a), referido al *expósito*; sólo hace alusión al recién nacido abandonado, sin tener en cuenta otras consideraciones por las que un neonato podría encontrarse desprotegido, por tal motivo, eliminamos este literal, más aun teniendo en consideración que, esta causal, está implícito en las demás causales.

De otro lado, se modifica el literal b), dándole mayor precisión, pero eliminamos la frase “*carencia de las calidades morales*”; pues su determinación no es fácil en razón de su contenido moral, así también eliminamos la frase “*carencia de las calidades mentales*”; pues su aplicación podría ser arbitraria, ya que vulneraría el artículo 23°, numeral 4) de la Convención sobre los derechos de las personas con

discapacidad que establece que “En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”.

En cuanto a los literales c), g) y h) resulta más sistemático que se regule en un solo literal como una causal para la declaratoria de adoptabilidad. Con ello, aparte de hacer más uniforme y entendible la norma, se eliminarán duplicidades innecesarias en el texto legal.

De igual manera, los literales d) y e), se regulan en una sola causal de declaratoria de adoptabilidad. Eliminandose del literal e), la frase “con el evidente propósito de abandonarlo”, dado que los elementos configuradores del estado de adoptabilidad deben ser objetivos y no simples conjeturas, por consiguiente se indica que el desamparo debe ser por el plazo de seis meses o cuando la duración sumada exceda a este plazo. Esta medida resulta viable, pues brinda un gran aporte a los menores en estado de desprotección que requieren una familia.

Respecto al literal f) postulamos cambiar la redacción para dar a la norma una mejor y más fluida lectura.

Finalmente, el literal i) referida al “total desamparo”, queda eliminado pues, esta permite 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, como la pobreza, por citar un ejemplo.

Es conveniente anotar que, además de las circunstancias descritas en los literales a), b), c), d) y e), el Juez debe, antes de declarar la adoptabilidad, verificar que el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o que éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección.

Por último, se conserva el enunciado normativo referido a que la falta o carencia de recursos materiales en ningún caso dará lugar a la declaración de estado de adoptabilidad.

**Audiencia**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<b>No hay norma.</b>	<p><b>Artículo 131º.- Audiencia:</b></p> <p>Recibido el dictamen fiscal o transcurrido el término para su opinión, el Juez fija fecha de audiencia para el quinto día hábil a fin que las partes expongan los alegatos que estimen pertinentes. El defensor público del niño, niña o adolescente presenta alegatos en representación de éste.</p>

o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se establece la celebración de una audiencia en el cual intervengan las partes del proceso por desamparo y declaración de adoptabilidad con la finalidad de que este sea un procedimiento garantista, no sólo para el niño, niña y adolescente, sino también para la familia de origen e inclusive para el tercero con legítimo interés a quién se le da participación activa.

**Audiencia especial**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<b>No hay norma.</b>	<p><b>Artículo 132º.- Audiencia especial:</b></p> <p>Dentro del tercer día hábil de concluida la audiencia, el niño, niña o adolescente ejercerá su derecho a ser escuchado en una audiencia especial, la misma que debe realizarse en un entorno apropiado, en condiciones de confidencialidad, y mediante el auxilio de un psicólogo, psiquiatra o personal especializado. Es obligación del juzgador asegurarse que el niño, niña o adolescente esté debidamente informado, previa evaluación de su capacidad. Las opiniones del niño es un factor destacado en la resolución de la cuestión.</p>

o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Tomando en cuenta que el Estado tiene la obligación de escuchar al infante y al adolescente de conformidad con lo prescrito en el inciso 1º y 2º del artículo 12º de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece la obligación de celebrar una audiencia especial en donde el niño, niña o adolescente ejerza su derecho a expresar libremente su opinión en función de su edad y madurez.

Para la realización de esta audiencia, el niño debe estar informado a cerca de su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten. Se le deberá explicar, además, cómo, cuándo y dónde se le escuchará y, quiénes serán los participantes. Asimismo, es importante que el niño ejerza su derecho a ser escuchado en un entorno apropiado el cual, le inspire confianza y pueda sentir que es parte de una conversación y no de un examen unilateral; además, se aconseja que esta se desarrolle en condiciones de confidencialidad y no en audiencia pública. Esta audiencia especial tendrá un valor significativo en la fundamentación

de la sentencia que pone fin al proceso de desamparo y declaratoria de adoptabilidad.

**Plazos de la declaratoria de adoptabilidad**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<p><b>No hay norma.</b></p>	<p><b>Artículo 133º.- Plazos para la Declaración Judicial de adoptabilidad del niño, niña y adolescente:</b> Recibido el expediente administrativo de Investigación Especial, el Juez especializado evaluará lo actuado, pudiendo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Dentro del plazo de (72) setenta y dos horas disponer la ampliación de la investigación especial; en el caso del artículo 123, inciso b).</li> <li>2. En el plazo de (15) quince días hábiles expedirá resolución judicial debidamente motivada en el que se pronuncie sobre la declaratoria o denegatoria de adoptabilidad del niño o adolescente, según corresponda; previo dictamen fiscal cuya opinión se remitirá al juzgado en el término de (03) tres días hábiles.</li> </ol> <p>Con el pronunciamiento sobre el estado de adoptabilidad, el expediente administrativo debe ser devuelto al órgano competente de la investigación especial para su archivamiento.</p>

o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con respecto, a la declaratoria de adoptabilidad resulta sumamente imprescindible establecer plazos máximos para este proceso, pues confluye la necesidad de una pronta resolución de la situación del niño así como el respeto irrestricto del principio de celeridad, en ese sentido se establece el plazo de quince días naturales, previo dictamen fiscal, para que el Juez expida resolución judicial donde se pronuncie sobre la declaratoria o denegatoria de adoptabilidad del niño o adolescente, según corresponda.

**Prohibición de dilatar el proceso de investigación especial y la declaratoria de adoptabilidad**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<b>No hay norma.</b>	<p><b>Artículo 136º.- <i>Prohibición de dilatar el proceso de investigación especial y la declaratoria de adoptabilidad:</i></b></p> <p>Los funcionarios, servidores públicos, jueces y servidores judiciales están prohibidos de alegar vacíos en la ley para suspender o dilatar el trámite de investigación especial y la declaratoria de adoptabilidad.</p>

o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La incorporación de este artículo señala la prohibición que tienen los funcionarios públicos de retardar o negar injustificadamente el trámite eficaz de los procesos y del servicio que les competen de acuerdo al cargo que desempeñan, con el fundamento de que estos procesos tienen como objetivo esclarecer la situación social, familiar y legal del niño, niña y adolescente, así como la declaratoria de adoptabilidad constituye un requisito para el proceso de Adopción.

Además, las normas para la declaratoria de adoptabilidad se encuentran claramente normados y regulados, por lo que no cabe que los funcionarios judiciales y administrativos aleguen falta de norma o procedimiento en la dilación del proceso, debiendo cumplir con los principios constitucionales, especialmente el de Economía Procesal a través de la Celeridad.

En ese sentido, los funcionarios públicos que incumplan sus obligaciones y las leyes, incurrirán en responsabilidad administrativa, la misma que será sancionada, de acuerdo a la gravedad, que va desde amonestación verbal hasta destitución.

### **Sanciones a las Autoridades administrativas y judiciales**

<u>ARTÍCULO VIGENTE</u>	<u>PROPUESTA DE REFORMA</u>
<b>No hay norma.</b>	<p><b>Artículo 137º.- Sanciones a las Autoridades administrativas y judiciales:</b></p> <p>Los funcionarios, servidores públicos, jueces y servidores judiciales que retardaren el proceso de la causa, serán sancionados administrativamente, de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes y reglamentos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal si lo hubiere.</p>

#### o EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El tema de la aplicación de sanciones correspondientes a los funcionarios públicos que entorpezcan el normal desarrollo del proceso y prolonguen los tiempos establecidos es de suma importancia; pues de esta manera se busca evitar que los funcionarios públicos dilaten el proceso de declaratoria de adoptabilidad de niños y adolescentes que por sí mismos tienen condición de vulnerabilidad. En ese sentido, El funcionario público, tanto judicial como administrativo, tienen la obligación de

adherirse al Principio de Celeridad, para obtener la orientación general y necesaria para proceder en los casos que tramita, sin dilaciones, con la finalidad de garantizar a los niños el acceso a la justicia y una sentencia en el menor tiempo posible, lo cual dará la certeza de la aplicación correcta de las normas jurídicas.

Por otro lado, se trata de incentivar a los adoptantes a que se inscriban en el proceso de adopción con la seguridad y confianza plena de que los plazos van a ser respetados, sin que tengan que desistir del proceso de adopción y más bien se culmine con éxito.

## **CONCLUSIONES**

- o Los principios rectores son de vital importancia, en tanto rigen la intervención de los poderes públicos que se dirigen a proteger al infante y/o adolescente, sobre todo cuando a este le sobreviene una situación de desamparo familiar, cuya finalidad es garantizarle todos los derechos necesarios para asegurar al máximo su supervivencia y desarrollo. Sin embargo, la institucionalidad de estos paradigmas no ha sido pacífica; pues, en el pasado todos los niños y adolescentes vivieron una historia de continuas agresiones en donde se les excluía de sus derechos y libertades fundamentales, lográndose a la postre una evolución legislativa tanto a nivel internacional como nacional. A nivel internacional a través de las Declaraciones, los Pactos Internacionales y las Convenciones, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que marca un hito en el tratamiento de los niños y adolescentes; dando lugar a necesarias reformas en las normas jurídicas y en las políticas públicas de una gran diversidad de países con el fin de orientar su intervención dentro del marco de la “protección integral” y, a nivel nacional a través de las Constituciones, el Código Civil y el Código de los niños y adolescentes y sus continuas modificaciones.

- o El proceso de abandono de niños y adolescentes en nuestro país regulado en el Libro Cuarto del Título II, Capítulo IX y X del Código de los niños y adolescentes no ha logrado adecuarse al nuevo paradigma de la protección integral instituida por la Convención sobre los derechos del niño; pues, no se ha cumplido con desterrar todas aquellas prácticas propias de la denominada doctrina de la situación irregular, convirtiéndose, de este modo, en un modelo de atención poco idóneo para el niño, niña y adolescente que se encuentre en presunto estado de desamparo.
  
- o Al comparar el marco normativo para la protección de la infancia y la adolescencia sin cuidados parentales en los países estudiados (Brasil, Argentina, Colombia, Ecuador y Perú) advertimos las siguientes similitudes: Estas legislaciones están constantemente innovando con la finalidad de adecuar su normativa interna a la doctrina de la protección integral instituida por la Convención sobre los derechos del niño en 1989. Visto desde esta perspectiva, la autoridad competente para adoptar las medidas de protección en la mayoría de los países es de naturaleza administrativa, esto es así, porque los problemas sociales han sido desjudicializados. Por otra parte, este proceso en los países estudiados adolecen de falta de celeridad procesal, lo cual vulnera los derechos del infante y adolescente. En cuanto a las diferencias podemos mencionar que, las medidas de protección en nuestro país son mucho más rígidas en relación a las medidas de protección de los países estudiados, pues el fin último, en la práctica no es el fortalecimiento de los vínculos familiares. Por último, nuestro país y Colombia ha olvidado el rol principal que debe llevar a cabo el Poder Judicial como órgano de control sobre las decisiones de la autoridad administrativa, ya que ahí se encuentran involucrados los derechos fundamentales del niño y su familia.

- o Se ha identificado que las principales incongruencias que presenta el proceso de abandono de niños y adolescentes en relación a la doctrina de la protección integral surgen tanto en la etapa de investigación tutelar como en la etapa de declaratoria judicial de abandono, razón por la cual es necesaria una reforma legislativa que se convierta en un sistema de atención idóneo para el niño, niña y adolescente en presunto estado de desamparo. Está claro que el Código del niño, niña y adolescente busca superar a la doctrina de la situación irregular y se encuentra inspirado en los principios de la doctrina de la protección integral. Sin embargo, en cuanto al proceso de abandono se ha generado dificultades que va desde el uso de conceptos jurídicos en desuso hasta el desarrollo normativo del proceso, tales como la falta de asistencia legal, la demora en las investigaciones tutelares y en los procesos de declaratoria judicial de abandono, el uso inadecuado de la figura del acogimiento residencial, entre otros.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros:**

1. CARRANZA, Jorge Luis. *Desamparo Familiar y Adoptabilidad*. Córdoba, Alveroni Ediciones, 2010.
2. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, México, UNICEF MÉXICO, 2014.
3. ESPEJO YAKSIC, Nicolás & LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, 2015.
4. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 3ª ed., Lima, Editorial Huallaga, 2001.
5. GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Infancia. De los derechos y de la justicia*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
6. MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo. *Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes. El interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución*, Lima, editorial Grijley, 2007.
7. PLÁCIDO V., Alex F. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Lima, Pacífico Editores, 2015.
8. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. 2ª ed., Lima, Editorial Temis, 2001.

### **Libros Traducidos:**

9. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. Aprobadas por el Comité en su 71<sup>er</sup> periodo de sesiones (11 a 29 de enero de 2016)*, traducido por UNICEF PERÚ/Fassio. A., Lima, UNICEF, 2016.

**Diccionarios:**

10. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 23ª ed., Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 2014.

**Obras Publicadas por una Institución:**

11. COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *Convención Internacional sobre los derechos del niño. Versión comentada*, Guatemala, COPREDEH, 2011.
12. CONSEJO DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. *El Comité de los Derechos del Niño*, Buenos Aires, Observatorio SIPROID, 2017.
13. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *¡Fortalezcamos las Demunas! Defendiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Informe Defensorial N° 164*, Lima, DP, 2013.
14. 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° 150*, Lima, DP, 2013.
15. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Niños, Niñas y Adolescentes en abandono: Aportes para un nuevo modelo de atención. Informe Defensorial N° 153*, Lima, DP, 2011.
16. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes. Documento N° 2*, Lima, DP, 2007.
17. FUNDACIÓN PANIAMOR, CIPRODEMI & OTROS. *Lucha contra todas las formas de discriminación en niños, niñas y adolescentes en Centroamérica*, San José, Fisión Digital JLM, 2006.
18. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN & FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). *Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. relevamiento nacional y propuestas para la promoción y el Fortalecimiento Del Derecho a la convivencia Familiar y comunitaria*, Argentina, UNICEF, 2012.
19. PROGRAMA INTEGRAL NACIONAL PARA EL BIENESTAR FAMILIAR & BUCKNER. *Acogimiento familiar. Experiencia desarrollada por INABIF y BUCKNER PERÚ para garantizar el derecho de vivir en familia de los niños, niñas y adolescentes. Informe de sistematización Lima - 2012*, Lima, INABIF, 2013.
20. SERVICIO DE ATENCIÓN A LA INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANTABRIA. *Manual Cantabria, Modelo de Intervención en Acogimiento Residencial*, Cantabria, Dirección General de Políticas Sociales, 2008.

21. UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. *Convención sobre los derechos del niño*, Madrid, UNICEF, 2006.
22. UNICEF. *Estado de la niñez en el Perú*, Lima, UNICEF, 2011.

**Tesis:**

23. AGUDELO GÓMEZ, María Alexandra & VELÁSQUEZ SÁNCHEZ, Sonia Irlanda. *La declaratoria de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes, en el centro zonal II ICBF de la ciudad de Manizales, y su homologación, frente al derecho a tener una familia*, Tesis para optar el Título de Abogada, Manizales, Universidad de Manizales, 2012.
24. ALMEIDA ALBUJA, María Alejandra. *Implicaciones jurídicas del apremio en la declaratoria de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes*, Tesis para optar el Título de Abogada, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.
25. BARRERA DÁVILA, Soledad. *De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en el Perú. El caso de los Hogares del INABIF*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014.
26. DUQUE CAMACHO, Andrea Paola & RAMIREZ TORRES, Lina Margarita. *La adopción de una medida de protección, garantía y restablecimiento de derechos de las niñas y los niños en Colombia*, Tesis para optar el Título de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana., 2010.
27. DURÁN RUIZ, Francisco Javier. *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Tesis para optar el grado de Doctorado, Italia, Universidad de Granada., 2008.
28. FUENZALIDA FUENZALIDA, Daniela Cecilia. *La protección jurídica y social de la infancia: Situación actual en Chile desde la perspectiva del derecho público*, Tesis para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile., 2014.
29. GONZALES BARBADILLO, Miguel Ángel. *El uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil. La entrevista única y la sala de entrevista – Cámara de Gesell en el distrito judicial de Lima Norte 2008-2009*, Tesis para optar el grado de Doctor, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011.
30. LANAWAY, Samantha & REISS, Luiz Antonio. *La vida institucional de adolescentes en estado de abandono: Estrategias para la reducción de los costos y la promoción de la resiliencia. Un estudio de caso de la Fundación Santa Martha*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
31. MENDOZA GUERRA, Víctor Andrés. *Naturaleza jurídica del proceso de adopción en el Perú desde una perspectiva de la doctrina de protección integral*, Tesis para optar el Título de Abogado, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

32. ORTEGA FIGUEROA, Yenny María. *La celeridad en los trámites administrativos y judiciales en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes y los derechos de reparación de los solicitantes*, Tesis para optar el grado de Magister, Babahoyo, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2015.
33. OSORIO MONTOYA, Andrea Johana & CAICEDO DIAZ, Juan Carlos. *El papel que cumple la figura de homologación de la declaratoria de adoptabilidad consagrada en el código de infancia y adolescencia y su aplicación en la ciudad de Pereira Risaralda 2011 – 2013*, Tesis para optar el Título de Especialistas en Derecho de Familia, Pereira, Universidad Libre Seccional Pereira, 2014.
34. QUINTERO GÓMEZ, Juan Camilo. *Adopción homoparental en Colombia*, Tesis para optar el Título de Abogado, Medellín, Universidad de Medellín, 2015.
35. RÍOS MAYORRGA, Julio Trinidad. *Condiciones sociales, económicas y jurídicas de los niños y adolescentes en estado de abandono en el Hogar Transitorio Amantaní – Cusco, 2012*, Tesis para optar el grado de Doctor, Arequipa, Universidad Católica de Santa María, 2013.
36. SILVA SALAZAR, Néstor Daniel. *Proyecto de ley reformativa del artículo 158 del código de la niñez y adolescencia, en el que se incorpore al abandono por un tiempo superior a los seis meses, como causal para declaratorias de aptitud legal de adoptabilidad del niño, niña o adolescente a celeridad en los trámites administrativos y judiciales en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes y los derechos de reparación de los solicitantes*, Tesis para optar el Título de Abogado, Santo Domingo, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2012.

#### **Artículos Publicados en Obras Colectivas:**

37. ALVARADO REYES, Juana Elvira. “La intervención con menores en desprotección y conflicto con la ley. Perú” en *La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países*, Madrid, Dykinson S.L, 2016, 292-322.
38. MEZA, Miguel. “La intervención con menores en desprotección y conflicto con la ley. Argentina” en *La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países*, Madrid, Dykinson S.L, 2016, 26-52.
39. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique & CANALES TORRES, Claudia. “Protección del niño, de la madre, del anciano y de la familia. Promoción del matrimonio” en *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2015, 508-539.

**Artículo de Revistas:**

40. AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. “La protección a los niños y adolescentes desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad”, *Reflexiones jurídicas*, edición especial en honor al “Día del Juez”, agosto 2013, 93-99.
41. AYVAR CHIU, Karina. “La declaración de estado de abandono en menores y la tutela judicial efectiva”, *Actualidad Jurídica*, N° 212, julio 2011, 121-127.
42. BELOFF, Mary. “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, *Revista Justicia y Derechos del niño*, N° 1, noviembre 1999, 9-22.
43. CAMPOS GARCÍA, Shirley. “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”, *Revista IIDH*, Vol. 50, 2009, 351-377.
44. CANALES TORRES, Claudia. “Determinación de la patria potestad: desechando prejuicios frente al interés superior del niño”, *Actualidad Jurídica*, diciembre 2011, 89-96.
45. EGUZKI URTEAGA. “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, N° 146, octubre-diciembre, 2009, 181-213.
46. JUAREZ MUÑOZ, Carlos Alberto. “Dimensión del interés superior del niño”, *Revista Jurídica del Perú*, N° 117, noviembre 2010, 229-242.
47. PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Revista Justicia y Derechos del niño*, N° 8, noviembre 2006, 250-275.
48. SOTOMARINO CÁCERES, Silvia Roxana y HUAMÁN AVENDAÑO, Nancy Juvisa. “La adopción. Entre la realidad y la ficción”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 200, mayo 2015, 60-71.
49. TAPIA VIVAS, Gianina. “El sistema de atención a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono en los centros de atención residencial”, *Actualidad Jurídica*, N°263, octubre 2015, 41-53.
50. VILLALTA, Carla & LLOBET, Valeria. “Resignificando la protección. Los sistemas de protección de derechos de niños y niñas en Argentina”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 13, N° 1 enero-junio 2015, 167-180.

**Normatividad Nacional:**

51. Constitución Política del Perú, 1ª ed., Lima, Congreso de la República, 2015.
52. El Plan Nacional de Apoyo a la Familia, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2004-MIMDES.
53. La Ley 26260 - Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar.
54. La Ley N° 26981 – Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad declarados judicialmente en abandono.
55. La Ley N° 27337 – Reforma del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes promulgada el 02 de agosto y publicada el 07 de agosto del 2000.

56. La Ley N° 28330 – Ley que modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes publicado el 23 de junio de 2004.

57. La Ley N° 29174 - Ley General de Centros de Atención Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes.

### **Normatividad Internacional:**

58. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

59. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966.

60. La Convención Americana de Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica.

61. La Convención sobre los derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

62. La Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño adoptada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

63. La Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

64. Ley 1.098 - Ley de la Infancia y la Adolescencia publicada en el Diario Oficial el 08 de Noviembre de 2006. (Colombia)

65. Ley 26.061 - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Boletín Oficial el 26 de Octubre de 2005. (Argentina)

66. Ley N° 100 - Código de la Niñez y la Adolescencia publicada en el Registro Oficial 737 el 03 de enero de 2003. (Ecuador)

67. Ley N° 8.069 - Estatuto del Niño y del Adolescente aprobada el 13 de julio de 1990. (Brasil)

### **Recursos Electrónicos:**

68. ALIANZA POR LA NIÑEZ COLOMBIANA. *Proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Código de la infancia y la adolescencia, Ley 1098 de 2006.* [ubicado el 12.IV 2016]. Obtenido en: <http://www.alianzaporlaninez.org.co/wp-content/uploads/2013/05/MEG.ULTIMO.DIC272012.DOCUMENTO-PROPUESTA-PARD.pdf>

69. ALVARADO PALACIOS, Edith Irma. *Algunos apuntes sobre el derecho tutelar de menores.* [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho\\_tutelar\\_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho_tutelar_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7) p., 3.

70. BARROS LEAL, César. *Experiencias exitosas en relación al sistema de menores infractores en Brasil* [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en <http://www.derechocambiosocial.com/revista019/menores%20infractores.pdf>
71. CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima Rosalina. *El acogimiento familiar frente a la desprotección familiar*. [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1829/3/CEFAM-castro.pdf>
72. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Capítulo V. Violencia contra los menores. El derecho de los niños a la no discriminación*. [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en [http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo\\_5.htm#N\\_7\\_](http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo_5.htm#N_7_)
73. CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-510/03* [ubicado el 12.VI 2017]. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>
74. CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-572/09* [ubicado el 12.VI 2017]. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-572-09.htm>
75. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fornerón e hija v.s Argentina* 2012 [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)
76. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Medidas provisionales respecto a Paraguay* 2011 [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm\\_se\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_03.pdf).
77. DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. *Nota informativa N°001-2013-MIMP/DGA. Sobre la adopción de niñas, niños y adolescentes peruanos* [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nota-informativa-001-2013-mimp-dga.pdf>
78. FLÓREZ SAMUDIO, Martha Teresa. *La resolución de declaratoria de adoptabilidad y el debido proceso: aplicación del principio del interés superior del niño y la presunción a favor de la familia biológica*. [ubicado el 18.VI 2017]. Obtenido en: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2281/ART%C3%8DCULO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
79. GARAY MOLINA, Ana Cecilia. *Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la convención internacional de los derechos del niño*. [ubicado el 29.III 2016] Obtenido en [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del\\_mod\\_tutelar\\_a\\_mod\\_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be7](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be7)
80. HUMANIUM. *No discriminación. El derecho de los niños a la no discriminación*. [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en <http://www.humanium.org/es/no-discriminacion/>

81. INSTITUTO NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR. *Estadística*. [ubicado el 12.IV 2016]. Obtenido en: [http://www.inabif.gob.pe/portalinabif/03\\_salaprensa/2011/220211\\_famacogedoras.html](http://www.inabif.gob.pe/portalinabif/03_salaprensa/2011/220211_famacogedoras.html)
82. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *¿Qué es la adopción?* 2016 [ubicado el 25.X 2016]. Obtenido en <http://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/que-es-adopcion-dga.php>
83. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Encuentro Jurisdiccional. Desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes*. 2017 [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c96f0c804145f137ad52ffa3f62e6f78/merged.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c96f0c804145f137ad52ffa3f62e6f78>
84. MORLACHETTI, Alejandro. *La Convención sobre los derechos del niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos*. [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.21-42.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.21-42.pdf)
85. O'DONNELL, Daniel. *La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia*. [ubicado el 29.III 2016] Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/\\$FILE/ProteccionIntegralO-Donnell.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F9DF672E706E0CC505257460007E6F98/$FILE/ProteccionIntegralO-Donnell.pdf)
86. ORMEÑO APAZA, Rosa Alicia. *La declaración de abandono. La problemática jurídica y psicológica de los menores durante el procedimiento de investigación tutelar peruano*. [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Athina/article/viewFile/1158/1112>
87. SEDA, Edson. *Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil*. [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en [http://iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Comentario\\_al\\_proceso\\_de\\_reforma.pdf](http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Comentario_al_proceso_de_reforma.pdf)
88. UNIDAD GERENCIAL DE INVESTIGACIÓN TUTELAR. *Protocolos de Intervención. Instructivo Legal, Social, Psicológico y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar*. 2011. [ubicado el 12.V 2016]. Obtenido en <http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/22.pdf>.
89. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Derecho de Familia y Sucesiones*. [Ubicado el 16.III 2016]. Obtenido en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/14.pdf>.
90. VALDERRAMA BELTRÁN, Jorge Eduardo. *Consulta sobre el Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de niños, niñas, adolescentes o mayores de 18 años con discapacidad*. [ubicado el 12.VI 2017]. Obtenido en: [http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000035\\_2013.htm](http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000035_2013.htm)

**Referencias Jurisprudenciales**

91. STC del 11 de julio de 2005. {Expediente número 3330-2004-AA}. *Actualidad Jurídica*, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.
92. STC del 14 de agosto de 2008. {Expediente número 3247-2008}. *Actualidad Jurídica*, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.
93. STC del 30 de abril de 2014. {Expediente número 04058-2012-PA/TC}. *Actualidad Jurídica*, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.
94. STC del 7 de octubre de 2009. {Expediente número 01817-2009-PHC/TC}. *Actualidad Jurídica*, edición número 263, Lima. Gaceta Jurídica, 2015.