



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS:

**LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA
PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: Derecho Constitucional

PRESENTADO POR: BACH. YREMY VANESSA
GALINDO LUQUE

ASESOR: DR. MIGUEL ANGEL ZUÑIGA MARINO

CUSCO – PERÚ

2023



LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

by Yremy Vanessa Galindo Luque



Submission date: 05-Sep-2023 02:57PM (UTC-0500)

Submission ID: 2158460776

File name: TESIS_CONCLUIDA_CORREGIDAS_OBSERVACIONES_1.pdf (688.2K)

Word count: 31562

Character count: 169861



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS:

LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA
PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO ⁸ EN DERECHO CONSTITUCIONAL

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: Derecho Constitucional

PRESENTADO POR: BACH. YREMY VANESSA

GALINDO LUQUE

¹ ASESOR: DR. MIGUEL ANGEL ZUÑIGA MARINO

CUSCO – PERÚ

2023



PERSPECTIVA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

ORIGINALITY REPORT

10%

SIMILARITY INDEX

13%

INTERNET SOURCES

4%

PUBLICATIONS

4%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	hdl.handle.net Internet Source	3%
2	qdoc.tips Internet Source	1%
3	www.lexsoluciones.com Internet Source	1%
4	repositorio.unasam.edu.pe Internet Source	1%
5	tesis.ucsm.edu.pe Internet Source	1%
6	ijj.ucr.ac.cr Internet Source	1%
7	dspace.unitru.edu.pe Internet Source	1%
8	www.pensamientopenal.com.ar Internet Source	1%



Exclude bibliography On



DEDICATORIA

A mis padres y familia, por ser mi pilar fundamental, por haber confiado en mí y haberme apoyado en los momentos más difíciles hasta el día de hoy.

A mi abuelito Antonio Luque, que, desde el cielo, sigue guiando mi camino e inspirándome con su gran ejemplo.

A mis amigos, por su incondicional apoyo durante cada trayecto de mi vida y a través del tiempo.

Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.



AGRADECIMIENTO

Gracias a Dios y a la vida por permitirme disfrutar de mi familia, padres y docentes, quienes me guiaron, apoyaron y brindaron todo lo necesario para poder conseguir mis metas, y entre ellas la culminación de la presente tesis.



RESUMEN

Esta tesis persiguió determinar los fines de la adopción regulados en nuestra legislación vigente, así como analizar la opinión de expertos en la materia respecto a la regulación de la licencia por adopción e identificar las repercusiones que trae consigo la aplicación de la Ley de licencia por adopción en el principio de interés superior del niño al poder ser otorgada únicamente a la madre y no al padre adoptante. Se buscó como objetivo general, identificar las razones que justifican una propuesta legislativa para conceder la licencia por adopción al padre adoptante de la misma manera que la Ley le concede a la madre desde la perspectiva del Interés Superior del Niño, siendo que dicha licencia debe ser otorgada de la misma manera al padre adoptante a fin de que pueda fortalecer el vínculo familiar con el menor en aras de dicho. El enfoque de investigación utilizado fue el cualitativo por ajustarse de mejor manera a la investigación de ciencias jurídicas, el tipo de estudio es dogmático propositivo, pues pretende realizar una propuesta para mitigar la problemática actual y superar las deficiencias encontradas en el ámbito de la legislación que regula la licencia por adopción. El hallazgo más destacable de esta investigación es que, existen diversos motivos para el otorgamiento de la licencia por adopción al padre adoptante, ya que, a través de la Ley N° 27409 se regula la misma con la finalidad de otorgar al trabajador un descanso, con goce de haber, de 30 días naturales para que ingrese en un proceso de familiarización con el niño recién adoptado y se desarrolle un contacto afectivo y parental con la persona que vendría a pertenecer a un nuevo seno familiar. Siendo así, debe derogarse el artículo 4°- que manifiesta que cuando los adoptantes sean cónyuges, la licencia se otorgará únicamente a la mujer, en razón a los principios consagrados respecto a la niñez tanto en el ámbito peruano como internacional; por todo ello se debe otorgar la licencia por adopción de la misma manera al padre adoptante a fin de que pueda fortalecer el vínculo familiar con el menor en aras del principio de interés superior del niño, en cumplimiento de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, nuestra Constitución y la Ley N° 30466 y su respectivo reglamento.

Palabras clave: Adopción – Licencia laboral por adopción – Principio de Interés Superior del Niño.



ABSTRACT

This thesis sought to determine the purposes of adoption regulated in our current legislation, as well as to analyze the opinion of experts in the field regarding the regulation of the license for adoption and to identify the repercussions that the application of the Law of license for adoption brings on the principle of the best interests of the child, as it can be granted only to the mother and not to the adopting father. The general objective was to identify the reasons that justify a legislative proposal to grant the license for adoption to the adopting father in the same way that the Law grants to the mother from the perspective of the Best Interest of the Child, being that said license must be granted in the same way to the adoptive parent so that he can strengthen the family bond with the minor in pursuit of this principle. The research approach used was qualitative because it was better adjusted to legal science research, the type of study is dogmatically proactive, since it intends to make a proposal to mitigate the current problem and overcome the deficiencies found in the field of legislation that regulates the license for adoption. The most notable finding of this research is that there are various reasons for granting the adoption leave to the adoptive parent, since, through Law No. 27409, it is regulated in order to grant the worker a break, with credit, 30 calendar days to enter a process of familiarization with the newly adopted child and develop an emotional and parental contact with the person who would come to belong to a new family. Thus, article 4 should be repealed - which states that when the adopters are spouses, the license will be granted only to the woman, due to the principles enshrined regarding childhood both in Peru and internationally; For all these reasons, the license for adoption must be granted in the same way to the adopting parent so that he can strengthen the family bond with the minor in pursuit of the principle of the best interests of the child, in compliance with the International Convention on the Rights of the Child, our Constitution and Law No. 30466 and its respective regulations.

Keywords: Adoption – Work license for adoption – Principle of the Best Interest of the Child.



INDICE GENERAL

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
LISTADO DE ABREVIATURAS	x
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	1
1.1 Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	4
1.2.1. Problema general	4
1.2.2. Problemas específicos	4
1.3. Justificación	5
1.3.1 Conveniencia	5
1.3.2 Relevancia social	5
1.3.3 Implicancias prácticas	5
1.3.4 Valor teórico	6
1.3.5 Utilidad metodológica	6
1.4. Objetivos de la investigación	6
1.4.1. Objetivo general	6
1.4.2. Objetivos específicos	6
1.5 Viabilidad	7
CAPITULO II. MARCO TEÓRICO	8



2.1. Antecedentes de estudio	8
2.1.1 Tesis internacionales.....	8
2.1.2 Tesis nacionales	11
2.2. Bases teóricas.....	13
2.2.1. Tratamiento jurídico doctrinal de la adopción en el desarrollo histórico social.....	13
2.2.2 Tratamiento jurídico de la licencia por adopción	33
2.2.3. Principio de interés superior del niño	39
2.3 Hipótesis de trabajo	53
2.4. Categorías de estudio	54
2.5. Definición de términos.....	54
2.5.1. Adolescencia.....	54
2.5.2. Adopción administrativa.....	55
2.5.3. Adopción judicial.....	55
2.5.4. Adopción notarial	55
2.5.5. Derechos del niño	55
2.3.6. Estado de abandono	55
2.5.7. Familia adoptiva	56
2.5.8. Filiación	56
2.5.9. Licencia laboral	56
2.5.10. Niño	56
CAPÍTULO III: MÉTODO	57



3.1. Diseño metodológico	57
3.1.1 Tipo de Investigación	57
3.1.2 Diseño de investigación	57
3.1.3. Línea de investigación	57
3.1.4. Nivel de investigación	57
3.2. Diseño contextual	57
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	58
3.3.1 Técnicas	58
3.3.2 Instrumentos	58
3.4. Tratamiento de la Información	58
3.5. Aspectos Éticos.....	59
CAPITULO IV RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS	60
4.1 Resultados respecto a objetivos específicos	60
4.1.1. Resultados respecto al primer objetivo específico.....	60
4.1.2. Resultados respecto al segundo objetivo específico	62
4.1.3. Resultados respecto al tercer objetivo específico	74
4.2. Resultados respecto al objetivo general.....	76
Convención Internacional sobre Derechos del niño y el derecho a la igualdad	77
Constitución política del Perú y Derecho a la igualdad (2.2 Constitución)	79
Constitución política del Perú y la protección de la familia.....	80



Ley N° 30466, Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP y el Principio de interés superior del niño	81
CAPÍTULO V DISCUSION	84
5.1. Descripción de los hallazgos más relevantes y significativos	84
5.2. Limitaciones del estudio	86
5.3. Comparación crítica con la literatura existente.....	87
5.4. Implicancias del estudio	88
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES.....	91
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92
ANEXOS	101
ANEXO N° 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA	101
ANEXO N° 2: INSTRUMENTOS	102
2.1.- GUIA DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA	102
2.2.- FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL	105
ANEXO N° 3: PROPUESTA LEGISLATIVA.....	106



INDICE DE TABLAS

Tabla 1 54



LISTADO DE ABREVIATURAS

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDN: Convención Internacional sobre los derechos del niño

CNA: Código de niños y adolescentes

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

MIMP: Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables

OIT: Organización internacional del trabajo

ONU: Organización de las Naciones Unidas

UGIT: Unidad Gerencial de Investigación Tutelar

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

SINAPLAN: Sistema Nacional de Planeamiento



CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1 Planteamiento del problema

En el Perú se reconoce constitucionalmente la protección de todas las clases de familia, siendo así se tiene un importante hito en este marco, contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional caso Shols Pérez contra el Centro Naval del Perú que estableció:

“ [...] 7.- Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional [...]”
(Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 09332-2006-PA/TC, 2007) (pp. 03)

Ello, en relación con el Principio de Interés Superior del Niño que se encuentra regulado en nuestro país en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes que indica: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que



adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.” (Ley N° 23337, 2000). Por supuesto, los alcances de este Principio también cubren a diferentes instituciones que buscan el bienestar del menor, como es la adopción.

De esta manera, la institución jurídica de la adopción ha pasado por diversos cambios, habiéndose concebido, inicialmente, como un negocio jurídico de carácter privado en el que preponderaba el interés de los adoptantes (padres) mientras que el interés del menor, junto con los intereses sociales, resultaban secundarios. Esta óptica varió para finalmente establecer que esta protección sería labor exclusiva del Estado.

Es en 1989 cuando, por primera vez, se manifiesta la Convención de los Derechos de los Niños (Convención sobre los derechos del niño, 2006) en su artículo 21, determinando el interés superior del niño como consideración primordial para los sistemas de adopción de los países parte. Es decir, a partir de ella, la institución jurídica de la adopción ya no tendría por objeto darle un hijo a una familia, sino la asunción de amor y compromiso materno y paterno con el menor, estableciendo así un vínculo que trascendería a lo legal, involucrando la formación de un nuevo lazo afectivo con el menor adoptado.

En Perú, a través de la Ley N° 27409 se regula la Licencia laboral por adopción de menores de edad con la finalidad de otorgar al trabajador un descanso, con goce de haber, de 30 días naturales para que ingrese en un proceso de familiarización con el niño recién adoptado y se desarrolle un contacto afectivo y parental con la persona que vendría a pertenecer a un nuevo seno familiar. Sin embargo, en el mismo cuerpo normativo -en su artículo 4°- se manifiesta que cuando los adoptantes sean cónyuges, la licencia se



otorgará únicamente a la mujer; no resultando ello congruente, pues el adoptado requiere la formación de lazos afectivos con ambos padres, sin discriminaciones de ningún tipo (Ley N° 27409, 2001).

Por otro lado, la Ley de licencia por paternidad N° 29409 otorga una licencia de diez días a los padres y constituye un gran avance del derecho de estos a gozar de una licencia de paternidad para, juntamente con la madre, poder asistir en el cuidado de los hijos en sus primeros días de nacido. En este entender, esta normativa busca fortalecer la relación paternofilial y normar casos especiales del nacimiento del hijo biológico, ello en concordancia con su exposición de motivos.

De lo anteriormente expuesto y, tomando en cuenta que el fin principal de la licencia por adopción es el mismo que de la licencia por paternidad, esto es, el fortalecimiento de la relación entre padres –adoptantes- e hijos –adoptivos-, consideramos que no existe motivo por el cual se deba limitar al padre adoptante a fortalecer dicho vínculo con el menor únicamente por tener calidad de cónyuge con la madre adoptante, más aún, tomando en cuenta que se trata este de un caso más especial en el cual hay que tener mayor cuidado, puesto que se busca el perfeccionamiento de la institución de la adopción y para los niños adoptados es más difícil crear nuevos lazos afectivos con la familia adoptante debido a los traumas y heridas psicológicas que presentan tras su abandono.

Más aún, si continuamos con la aplicación de esta Ley, se evidenciará la vulneración del Principio del interés superior del niño en los procesos de licencia laboral por adopción, así como el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de los niños adoptados, así como de los padres adoptivos, en concordancia con el reconocimiento de todas las clases de familia, establecido por el Tribunal Constitucional.



Es por estas razones que, el Estado debe brindar mayor protección a esta clase de familias en vista a la fragilidad del niño. En consecuencia, se debe promover la creación de dichos lazos no solo con la madre, sino también con el padre adoptante, para lo cual la licencia por adopción en nuestro país debe también incluir al padre en caso de ser cónyuges y no únicamente para la mujer, como se establece en la Ley N° 27409.

Tomando en cuenta además que desde el año 2013 al 2018 las estadísticas de la Dirección General de Adopciones nos indican que se han realizado 1027 adopciones de niños declarados en estado de abandono, siendo un total de 157 las llevadas a cabo en Cusco (MIMP, 2019), lo cual indica que esta institución jurídica es más frecuente con el pasar de los años; motivo por el cual, consideramos que deviene en un problema de relevancia social y jurídica.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Qué razones justifican una propuesta legislativa para conceder la licencia por adopción al padre adoptante de la misma manera que la Ley le concede a la madre desde la perspectiva del Interés Superior del Niño?

1.2.2. Problemas específicos

1° ¿Cuáles son los fines de la adopción regulados en nuestra legislación vigente?

2° ¿Cuál es la opinión de expertos en la materia respecto a la regulación de la licencia por adopción?

3° ¿Qué repercusiones trae consigo la aplicación de la Ley de licencia por adopción en el principio de interés superior del niño al poder ser otorgada únicamente a la madre y no al padre adoptante?



1.3. Justificación

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

1.3.1 Conveniencia

La conveniencia de realizar la presente investigación radica en evidenciar que la producción legislativa en atención a la licencia laboral por adopción genera un ambiente perjudicial que vulnera la defensa de los intereses de los niños adoptados, así como sus derechos fundamentales y se busca plantear argumentos que fundamenten la presente postura.

1.3.2 Relevancia social

Se aborda la adopción como institución que afecta directamente a los niños declarados en estado de abandono, así como a su nueva familia, y esta última como núcleo de la sociedad, por lo que los resultados obtenidos en la presente investigación tendrán importancia social. Debiendo recordar, además, el índice de adopciones en nuestro país, ya que es de advertir que dicha institución cada vez es más frecuente, por ende, relevante en nuestra sociedad.

1.3.3 Implicancias prácticas

Lo que se busca con la presente investigación es generar interés en los legisladores, operadores de justicia y la sociedad en general, acerca de la relevancia de tomar en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño en el marco de los procesos de



adopción, así como la ponderación de sus derechos; en ese sentido, se busca dar a conocer otro punto de vista en cuanto a la legislación que regula la licencia laboral por adopción.

1.3.4 Valor teórico

En el desarrollo de nuestra investigación, recogeremos conocimientos teóricos pertinentes a nuestro tema de estudio, en relación con la afectación del menor adoptado con la limitación de la licencia laboral por adopción cuando sus padres adoptantes son cónyuges. Dichos conocimientos serán sistematizados y ordenados, consolidando un aporte teórico para que los investigadores que se aproximen a nuestro tema encuentren información teórica pertinente y clara.

1.3.5 Utilidad metodológica

Las técnicas y métodos utilizados en la presente investigación pueden ser tomados en cuenta a fin de construir investigaciones posteriores referidas al tema o temas conexos.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Identificar las razones que justifican una propuesta legislativa para conceder la licencia por adopción al padre adoptante de la misma manera que la Ley le concede a la madre desde la perspectiva del Interés Superior del Niño.

1.4.2. Objetivos específicos

1° Determinar los fines de la adopción regulados en nuestra legislación vigente.



2° Analizar la opinión de expertos en la materia respecto a la regulación de la licencia por adopción.

3° Identificar las repercusiones que trae consigo la aplicación de la Ley de licencia por adopción en el principio de interés superior del niño al poder ser otorgada únicamente a la madre y no al padre adoptante.

1.5 Viabilidad

El presente trabajo de investigación fue viable debido a la presencia y disponibilidad de información sobre las categorías de estudio. Del mismo modo, se contó con plena colaboración por parte de los entrevistados para la recopilación de información. Finalmente, los recursos tanto humanos como económicos han sido usados eficientemente de acuerdo con lo presupuestado.



CAPITULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudio

2.1.1 Tesis internacionales

Antecedente 1°

Tobares (2019), realizó la siguiente investigación: “*Recepción e implementación de los derechos del niño en el régimen de licencias por adopción consagradas en la Ley Provincial N° 7.233*”. Dicho trabajo se presentó en la Universidad Siglo 21 de Argentina. Las principales conclusiones de la investigación son:

- i. Hubo un cambio significativo en el desplazamiento de los pretensos padres como principales beneficiarios del instituto de la adopción, convirtiendo a la niñez como centro de tutela y protección, garantizando el derecho al niño a formarse y crecer en el seno de una familia, cuando la suya no pudiera afrontar o responder a las necesidades básicas para su desarrollo, tanto emocional como físico. Asimismo, un aspecto a destacar es el reconocimiento legal de las nuevas formas de familia, como las monoparentales, homogéneas, heterogéneas, formadas a partir de un vínculo sanguíneo, por adopción o bien a partir de técnicas de reproducción humana asistida.
- ii. Igual de importantes son los principios por medio de los cuales se otorga un marco legal al que debe adecuarse toda decisión u acto que pudiere afectar en alguna medida el interés y derecho del niño, sobre todo en el proceso de adopción, ya que del mismo surge el



momento en el cual el niño comienza a convivir con su nueva familia, entabla y genera vínculos y lazos afectivos con un grupo de personas que hasta este tiempo eran desconocidos.

- iii. La convención (y nuestro derecho interno) considera como niño a toda persona desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, por lo que todo infante que se encuentre en este rango de edades, es merecedor de tutela jurídica, consagrando el interés superior del niño como parámetro directriz; en concordancia con su artículo 4º, donde dispone que los Estados adopten todas las medidas necesarias tendientes a dar cumplimiento a lo que en ella se establece.
- iv. Es así que en el análisis realizado en dicha investigación se evidenció vulneración a los derechos del niño en la legislación que regula la licencia por adopción, para lo cual se dispusieron a modo detallado los vicios y lagunas legales a los que ha incurrido el legislador al otorgar dicho beneficio, ya que teniendo en cuenta el fundamento de esta licencia, y siguiendo la directriz del interés superior del niño, se entiende que el fin primero es otorgar la posibilidad al niño y al adoptante un periodo que resulta esencial para conocerse y generar vínculos.
- v. De esta manera, se concluyó que la Ley deviene obsoleta, toda vez que no comprende en su articulado y por posterior reglamentación una tutela integral del niño y sus derechos, por todo ello es que se formula como alternativa a esta imprevisión del legislador, una reforma de la ley de referencia, reconociendo y extendiendo el actual beneficio. Cabe aclarar que dicha reforma implicaría una verdadera consonancia con la constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en especial con la



Convención de los Derechos del Niño, como así también la correspondencia con la legislación local.

La diferencia con el estudio realizado está en la determinación de vulneración a los derechos del niño en la legislación que regula la licencia por adopción en Argentina; que es lo pretendido en la presente, acerca de la legislación que regula la licencia por adopción en Perú, contenida en la Ley N° 27409.

Antecedente 2°

Cordero de la Cruz y Yánez Jumbo (2013), realizaron la siguiente investigación: *“Estereotipos que amenazan la construcción de nuevas familias La adopción otra forma de nacer”*, en el Colegio de Comunicación y Artes Contemporáneas de la Universidad San Francisco de Quito, de Ecuador. Las principales conclusiones de su investigación son:

- i. La adopción tiene dos vías para la solución de problemas, el primero radica en la alternativa para el abandono y la otra para las personas que no pueden concebir tengan un hijo. El interés a nivel internacional sobre los derechos de los niños es altamente respetado, tanto la sociedad como el gobierno establecen varias regularizaciones y campañas constantes para no permitir que los niños crezcan sin un hogar
- ii. Si bien es cierto la adopción es un proceso mediante el cual se construye una familia, integrando a un hijo que no es biológico; dentro de la sociedad ecuatoriana todavía existen muchos estereotipos sociales que amenazan directamente este tema. Es necesario comprender las leyes dentro del país y las razones por las cuales los procesos de adopción son tan rigurosos, exigentes y largos.
- iii. De hecho no es un proceso fácil de seguir, tanto los niños, niñas y adolescentes que son adoptados como los padres 55 adoptivos son invadidos por diversas emociones que les puede llegar a afectar en



un sentido psicológico y mental. Las estadísticas demuestran que a lo largo del tiempo, la adopción ha ido teniendo mayor peso dentro del país, existen mayores solicitantes de la adopción que se atreven a ir por el proceso largo y legal; sin embargo existe otra gran mayoría que aún siente la necesidad de irse por adopciones simuladas o ilegales. Las leyes indican claramente que el proceso de adopción es muy estricto dentro del país; pero aún existen una gran cantidad de niños que no tienen un hogar y otra cantidad de solicitantes que no tienen un hijo.

- iv. La importancia del estudio nace a partir de los testimonios recopilados en la investigación inicial en los cuales los padres adoptivos recalcan que sus hijos no son diferentes a los hijos biológicos, es por eso que enfatizaron en que ellos son “sus hijos y PUNTO”.

La diferencia con el estudio realizado radica en que se pretende dilucidar algunos estereotipos que existen en cuanto a los procedimientos de adopción y se busca explicar que los hijos adoptivos no deberían ser considerados diferentes a los hijos biológicos.

2.1.2 Tesis nacionales

Antecedente 1°

García Mattos (2019), realizó la investigación: “*Adopción: Instrumento de protección de la integridad de los menores en aras del interés superior del niño*”, en la Escuela Universitaria de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villareal de Lima. Las principales conclusiones de la investigación son:

- i. La importancia de la adopción radica en determinar a favor del menor un vínculo paterno filial progresivamente, con personas con quienes no existe relación de consanguinidad, para que de este modo el menor forme una familia, tenga una formación de calidad y reciba el cuidado especial como únicamente lo puede realizar la misma familia.



- ii. La adopción se encuentra regulada por normas de carácter jurídico administrativo y debe cumplir el Principio del Interés Superior del Niño toda vez que, al ser un interés jurídicamente tutelado por la sociedad y el Estado, el menor debe ser protegido de las amenazas y peligros que le aquejan, sobre todo cuando se encuentra sin la patria potestad de sus padres.
- iii. El niño, como persona considerada en sí misma, es el fin supremo de las políticas nacionales orientadas a su tutela y a su guarda, por ello, las normas que regulan la protección del infante en abandono deben velar por su reincorporación a una familia que garantice su bienestar, felicidad y su adecuado desarrollo físico y moral, basándose en los principios de solidaridad familiar e igualdad entre los miembros que la componen, sin diferenciarlo de un hijo biológico.

La diferencia con el estudio realizado está en el propósito de establecer la importancia que tiene la consideración del Principio de Interés Superior del Niño para el cumplimiento efectivo de los fines de la institución de la adopción; mientras que en el presente determinaremos este principio justificaría la implementación de licencia por adopción al padre adoptante.

Antecedente 2°

Huerta Suárez (2018), realizó la investigación: *“Interés Superior del Niño en la Adopción Judicial de menores en abandono con acogimiento familiar”*, en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez De Mayolo de Huaraz. Las principales conclusiones de la investigación son:

- i. El Principio del Interés Superior del Niño, constituye un principio de carácter supranacional de defensa de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Y, en el Perú se encuentra regulado en el art IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, así como en la



Ley N° 30466 que fija parámetros para garantizar el Interés Superior del Niño.

- ii. El análisis de la Doctrina y jurisprudencia de nuestro país nos permiten manifestar que el interés superior del niño se define como un principio garantista. De modo que toda decisión judicial y administrativa que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

La diferencia con el estudio realizado está en el propósito de establecer la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño en la adopción judicial de menores en estado de abandono; mientras que en el presente determinaremos este principio justificaría la implementación de licencia por adopción al padre adoptante.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Tratamiento jurídico doctrinal de la adopción en el desarrollo histórico social

2.2.1.1 Antecedentes

Tal y como hemos señalado anteriormente, la institución jurídica de la adopción no siempre se ha enfocado en los intereses del menor, sino más bien en los de los padres adoptantes; tal y como también nos indica Treviño Pizarro (2017); quien manifestó que hubo una época en la que esta institución sirvió como medio para dotar de descendencia; creándose una diferenciación -que fue desvaneciéndose con el tiempo- respecto a los privilegios que gozarían los hijos consanguíneos, frente a la discriminación sufrida por los hijos adoptados.

Por otro lado, es necesario recalcar que según Treviño (2017) dicha realidad ha evolucionado con el pasar de los años y actualmente, la adopción se ha convertido en una institución jurídica con doble finalidad social: la atención del interés superior del menor



que fue abandonado, con el objeto de brindarle la posibilidad de desarrollarse dentro de un seno familiar; así como también se presentará como una opción para los matrimonios que deseen tener descendencia.

2.1.1.2 Definición de adopción

La adopción es aquella institución jurídica mediante la cual “[...] el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.”; conforme lo señala nuestro Código Civil vigente en su artículo 377° (Decreto Legislativo 295, 1984).

De esta manera, podemos inferir que se trata de un acto jurídico perteneciente a la rama del Derecho de Familia, donde se crea una relación análoga a la filiación entre dos personas; además tiene naturaleza mixta, debido a la participación de particulares (padres adoptantes) y estatal (declaración jurisdiccional).

También, debemos tomar en cuenta lo señalado por Guillermo Cabanellas (1997) en el sentido de que la adopción se trata de un acto mediante el cual se recibirá como hijo propio a quien no lo es por naturaleza; ya sea con autoridad judicial o política.

Asimismo, en el Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, se definió a la adopción como: “Una medida de protección e integración familiar, de carácter definitivo, garantista y excepcional, que tiene por objeto hacer efectivo el derecho a vivir en familia de la niña, niño o adolescente declarado en estado de desprotección familiar y con estado de adoptabilidad.” (Decreto Legislativo N° 1297, 2016).



De esta forma, se garantiza el derecho de los menores a desarrollarse dentro de una familia idónea y bajo la protección debida, así como amados y con las mejores circunstancias de crianza para su desarrollo íntegro.

2.1.1.3. Reseña histórica de la adopción

Conforme señala Salazar Blanco (2004), antiguamente en Roma, la adopción tenía como principal objetivo la pervivencia del culto doméstico y la perdurabilidad de la familia, ya que, frente a la inviabilidad de tener herederos, el padre de familia (*pater famili*) gozaba del derecho de permitir el ingreso de un ajeno a su familia con el objeto de supeditarlo a su patria potestad. Es entonces que se practicaban dos formas de adopción: la *adoptio* y la *abrogatio*.

a) **La *abrogatio***, que, conforme señala Salazar Blanco (2004), era un acto solemne, en el que un jefe de una *gens* en camino de extinguirse asignaba la cualidad de “hijo” a otro ciudadano que era jefe de otra *gens*. Es así como, el nuevo ingresante era un *sui iuri*, es decir, aquél que no gozaba de autoridad encima de él en su *gens*, y consecuentemente, se trataba de la adopción de toda una familia, incluyendo los bienes que en ella se hubieran constituido

b) **La *adoptio***, que según el mencionado autor (Salazar Blanco, 2004) era un acto de carácter privado con el objeto del ingreso de un *alieni iuris* varón, es decir aquel que tenía una autoridad por encima de él en su *gens* y que anteriormente haya sido emancipado.

Posteriormente, tenemos que en la edad del derecho moderno, durante el siglo XVI, en Francia se incorporó la figura de la adopción en la legislación, sin embargo, debemos precisar que en la misma se regulaba que el adoptado se retiraba indefectiblemente de su familia originaria, lo cual significaba una “ruptura” del vínculo



natural a raíz de un acto jurídico; siendo además que existían muchas cuestiones en torno a la adopción de menores, en tanto que los mismos no podían manifestar su voluntad de manera válida; por ende el CODE de 1804 únicamente permitió la adopción de mayores de edad (Código Civil Francés, 1804).

De esta manera, podemos concluir que, hasta entonces, en Roma y Francia la adopción ha respondido a cuestiones de índole política, social o religiosa (culto a antepasados, sucesión masculina, entre otros); dejando de lado cualquier fundamento que exprese el objetivo de la adopción en las necesidades de los niños y adolescentes por la falta de un medio familiar adecuado que promueva y garantice su crecimiento.

Dichos argumentos solo fueron reconocidos y observados posteriormente hacia el año 1923, a raíz de los huérfanos de las guerras mundiales en Europa, conforme también lo han manifestado Zanoni y Bosert (1996). Es así como, en Francia, en el año 1939, se consagró la institución de la "Legitimación Adoptiva", como parte del derecho público que tenía como objetivo principal conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes mediante sentencia, siendo ella irrevocable.

A raíz de esta institución fue que en otros países latinoamericanos y en Perú específicamente, se dictó el Decreto Ley N° 22209 (1978), donde se reconoció la irrevocabilidad del vínculo generado por la adopción, misma que contradecía lo establecido por el Código Civil de 1936, que permitía la revocatoria de este acto por causales establecidas en dicho cuerpo normativo¹ (Ley N° 8305, 1936), tanto más, es evidente que hasta entonces la finalidad de la adopción se encontraba centrada en los intereses de los adoptantes e ignoraba las necesidades del adoptado.

¹ El Código Civil de 1936 especifica que el juez anunciará la revocación de la adopción, a petición del adoptado si existen justificaciones, y a petición del adoptante si el adoptado ha dado muestras de ingratitud.



2.1.1.4. Características de la adopción

- a) De acuerdo con la ubicación que encuentra esta institución en nuestro Código Civil, podemos determinar que se trata de una perteneciente al Derecho de Familia, que tiene como principal objetivo el de generar un nuevo vínculo familiar (Decreto Legislativo 295, 1984).
- b) El artículo 380° de nuestro Código Civil nos expresa la característica de irrevocabilidad que posee la adopción, debido a que, una vez producida, los adoptantes no pueden retractarse (Decreto Legislativo 295, 1984).
- c) Tenemos también lo señalado por el artículo 381° del mismo cuerpo normativo, en el que se manifiesta que la adopción no se encuentra sujeta a ninguna modalidad (condición o plazo); lo que implica su carácter de acto puro (Decreto Legislativo 295, 1984).
- d) Nuestro Código Civil regula además la prohibición de pluralidad de adoptantes, excepto en el caso de adoptantes cónyuges, ya que estos formarán una nueva familia (Decreto Legislativo 295, 1984).
- e) La adopción consiste en un acto jurídico totalmente voluntario.
- f) Consiste, además, en un acto solemne, que cuenta con la participación del Estado, a través de funcionarios públicos.

2.1.1.5. Naturaleza jurídica de la adopción

Existen diversas teorías que buscan definir a la adopción, por lo que nos guiaremos de lo señalado por Salazar Blanco.



- a) **Teoría Contractual;** donde, según Salazar Blanco (2004) el espíritu romano – civilista es lo primordial y como su nombre lo indica, concibe a la adopción como un acto jurídico que tiene como fundamento la autonomía de la voluntad y privilegia a las manifestaciones de voluntad de las partes (adoptante y adoptado) durante el desarrollo de la adopción.

Según Colín y Capitán (1923) indican que la institución de la adopción consiste, mayormente, en un contrato, dándole un énfasis de acto jurídico que origina relaciones ficticias y civiles de filiación y parentesco entre dos personas.

En esta idea y punto de vista, no existe ni un estatus familiar real ni una relación paterno-filial específica; sin embargo, con ella vendrán derechos como la patria potestad, los derechos de alimentación y los derechos de herencia.

Por su parte, Cornejo Chávez (1957) ha determinado que se trataría de un contrato con formalidades, que abarca el derecho de familia, mediante el cual, una persona (adoptado) obtiene la calidad de hijo de otra persona (adoptante).

Esta teoría ha sido contradicha, en tanto que requiere intervención del Estado en las distintas etapas de la adopción, lo que no ocurre en los contratos privados.



b) **Teoría del Acto Condición;** que, conforme a Salazar Blanco (2004) , también otorga una posición privilegiada a la manifestación de voluntad de ambas partes; sin embargo, a diferencia de la anterior, esta añade determinadas condiciones y solemnidades para que se lleve a cabo la adopción, tal y como lo establece la ley.

Por su parte, Mejía Salas (2013) indica que la adopción viene a ser un acto jurídico formal (pues requiere solemnidades e intervención del gobierno a través de sus diversas entidades), voluntario (expresión desinteresada de adoptar y de ser adoptado), puro y simple, irrevocable y singular.

En este sentido, podemos advertir que, en Perú, el Código Civil se adapta a esta postura, pues la adopción está constituida por categorías propias del acto jurídico, conforme se señala dicho cuerpo normativo². Sin embargo, desde nuestro punto de vista, al definir la adopción como acto jurídico, se deja de lado la finalidad primordial de esta institución; misma que se encuentra consagrada en la Convención sobre los derechos del niño, conforme desarrollaremos en la siguiente teoría.

² El artículo 381 del Código Civil declara que las adopciones no pueden completarse por ningún método, mientras que el artículo 380 declara que las adopciones son definitivas. De forma similar, el artículo 140 del Código Civil establece que un acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a establecer, regir, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para que sea válido necesita lo siguiente 1.- Agente capaz 2.- Realizable tanto física como jurídicamente 3.- Objetivo genuino 4.- Adherencia a la forma requerida o será nulo.



c) **Teoría Institucional;** que, de acuerdo a Salazar Blanco (2004) , finalmente reconoce a la adopción como una institución perteneciente al derecho de los niños y adolescentes; entendiéndolo como un cuerpo normativo dotado de principios específicos y que tiene por fin principal la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes. Siendo que dicha autora, subdivide esta teoría en las siguientes posiciones:

c.1) Teoría Institucional desde la perspectiva de la Doctrina de la Situación Irregular

La autora nos indica que la institución de la adopción prioriza el interés del niño, enfocándose en el amparo de sus necesidades, como es la necesidad de un entorno familiar (Salazar Blanco, 2004).

En este mismo sentido, Sajón (1995) ha señalado que la institución jurídica de la adopción corresponde al derecho de menores y que recientemente se hizo renacer a la misma con una nueva naturaleza jurídica, enfocándose más en principios como la justicia, solidaridad y paz social; quitando el estigma de “otorgar un menor a una familia” y reemplazándolo con el fin de otorgar una familia al menor. Esta es la doctrina de la Situación Irregular la cual tiene como fundamento principal, el tratamiento del niño como un objeto de protección y de compasión.

Sin embargo, según señala Salazar Blanco (2004) es de precisar que, dicha protección radica en la prevención del delito que posteriormente



podría cometer el menor abandonado, por lo que se busca su bienestar material y desarrollo espiritual; por lo que, si bien existe un fin tuitivo, este se encuentra justificado en la corrección y prevención de peligrosidad y delincuencia en que podrían convertirse los menores abandonados, priorizando así la seguridad ciudadana o social.

Sin duda, al respecto, podemos advertir un gran avance en cuanto a la protección de las necesidades del menor, empero vemos que se continúa con el enfoque hacia las demandas de los adultos dentro de la sociedad, basando sus valores en cuestiones de estabilidad social y seguridad nacional, sin tomar en cuenta al niño por sí mismo.

c.2) Teoría institucional desde la Perspectiva del Niño como Sujeto de Derecho

Desde esta postura, señala Salazar Blanco (2004), se concibe al niño y adolescente como portadores de derechos recogidos de la Convención sobre los Derechos del Niño, convirtiéndose en sujeto de derechos humanos genéricos, y derechos humanos específicos, siendo además que, conforme a este cuerpo normativo el niño ya no será visto más, como objeto de compasión y protección, sino, se origina una obligación donde el Estado tendrá que otorgar medidas de protección a fin de respetar y garantizar los derechos de la infancia y adolescencia



Es así como, el niño adquiere el derecho a demandar y exigir el cumplimiento de sus derechos ante el Estado, la familia, y la sociedad civil.

En este mismo sentido, se ha pronunciado nuestro Código del Niño y del Adolescente (Ley N° 23337, 2000), que reconoce – entre otros- el Principio del Interés Superior del Niño que significa la ponderación de los niños y sus derechos, frente a terceros o intereses difusos de la sociedad, de la mano de la teoría del niño como sujeto de derecho, mediante el cual se reconoce a este como persona humana, capaz de exigir demandas sociales frente al Estado, la familia y la sociedad.

A su vez, debemos recalcar lo establecido en el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que manifiesta: "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado". Por otro lado, el artículo 20.2 señala que los Estados parte deben garantizar el cuidado de estos niños a través de sus legislaciones. (Convención sobre los derechos del niño, 2006).

En concordancia con el artículo 20.3 de dicho cuerpo normativo, que manifiesta: "Entre estos tipos de cuidado para esos niños figurarán entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala de derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en



instituciones adecuadas de protección de menores" (Convención sobre los derechos del niño, 2006)

De esta forma se determinó el derecho de asistencia estatal y protección especial a los menores; siendo que para garantizarlo, es necesario que el gobierno establezca un sistema de protección de la infancia que incluya la puesta en marcha de programas de visitas y la supervisión en el hogar de los niños sospechosos de abandono.

Empero, no basta con ello, pues hay que satisfacer las necesidades del niño que ha sido apartado de su contexto familiar, y éstas van más allá de la mera colocación en un hogar de acogida., sino de una protección idónea, garantizada por el Estado, a fin de otorgarle un ambiente familiar de amor y comprensión y coadyuvará al desarrollo armonioso de su personalidad, en busca de la satisfacción de sus necesidades como la salud, educación, nutrición, desarrollo espiritual, social y afectivo.

Es por esta razón, que los procedimientos de adopción de los países ya sean administrativos o judiciales deben atender y respetar los derechos de los niños, así como el enfoque hacia su bienestar y desarrollo integral en cada una de las etapas de dicho procedimiento.

A su vez, el rol estatal se verá limitado por el respeto a estos derechos, en tanto que, se debe tomar en cuenta su interés, su opinión, debiendo



salvaguardar su derecho a la identidad y nacionalidad en la medida de lo posible.

En resumen, podemos indicar que la institución de la adopción se basa en la integración familiar, tiene carácter público y sirve al interés social. Se crea a través de un proceso legal, judicial o administrativo, y el vínculo de filiación adoptiva se establece mediante sentencia judicial o resolución administrativa, como veremos a continuación.

2.1.1.6. Finalidad de la adopción

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2013) el principal fin de la adopción es otorgar al menor (niño, niña o adolescente) una familia, un espacio, un hogar que pueda llamar suyo, donde se respeten sus derechos; por ende, se deja de lado la idea de que la adopción busca primordialmente otorgarle un hijo a una familia.

Es así que, la adopción busca la unión entre el niño, niña o adolescente, en su necesidad y los padres, en su deseo de adoptarlo. Deja de existir una visión donde la adopción sea un derecho de los adultos de conseguir que se les otorgue un hijo. La adopción consistirá entonces en una medida de protección que busca y posibilita la convivencia familiar a niños, niñas y adolescentes que fueron declarados en abandono y, por ende, se encontraban en circunstancias de desprotección familiar.

Cabe resaltar, que en las últimas décadas se han evidenciado grandes variaciones en cuanto a la estructura familiar, lo cual ha provocado cambios sociales, jurídicos y culturales; mismos que han sido reconocidos también por el Tribunal Constitucional, en la medida que se han reconocido nuevos tipos de familia (reconstituidas, surgidas de



hecho, monoparentales, adoptivas), que cuentan con la misma o incluso mayor protección que las “tradicionales”.

Por otro lado, el artículo 377 del Código Civil señala lo siguiente:

“Artículo 377.- Noción de la adopción

Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea” (Decreto Legislativo 295, 1984).

Lo cual, concuerda con lo indicado por el Código de los niños y adolescentes en su artículo 115° que manifiesta:

“Artículo 115.- La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea” (Ley N° 23337, 2000)

2.1.1.7. Clases de adopción

Según lo ha manifestado el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2013), en Perú tenemos tres clases de adopción:

- a) La adopción administrativa, tramitada y a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables
- b) La adopción por excepción, que se realiza judicialmente
- c) La adopción de mayores de edad, tramitada judicial o notarialmente como un proceso no contencioso

2.1.1.7.1 Proceso administrativo de adopción de menores de edad

La Ley N° 26981 regula el proceso administrativo de adopción de menores declarados en estado de abandono, donde se advierte que inicialmente es necesaria la



declaración de aptitud para adoptar al menor. Así, nuestra ley especifica que pueden solicitar la adopción por vía administrativa los peruanos, los extranjeros residentes o aquellos que residan en naciones con las que el Perú haya suscrito convenio de adopción. (Ley N° 26981, 1998).

Asimismo, las parejas, casadas o no, pueden solicitar la adopción (preferiblemente menores de 55 años y al menos 18 años mayores que el niño o adolescente que desean adoptar).

Dichas solicitudes serán derivadas a la Secretaría Nacional de Adopciones, debiendo resaltar que las mismas son mayores al número de niños declarados en condición de ser adoptados. Es por estas razones que, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ha creado la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar³.

Ahora bien, el procedimiento administrativo de adopción consta de las siguientes etapas conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores declarados judicialmente en abandono, Ley N° 26981:

1. Etapa preadoptiva o evaluativa: Misma que consta de los siguientes pasos:

- Presentarse a la sesión informativa.
- Participación en los talleres de preparación para la adopción.
- Envío por parte de los solicitantes a Mesa de Partes del Formulario de Inscripción.
- Evaluación psicosocial.
- Entrega de una carpeta con documentos para su examen jurídico.

³ La entidad del INABIF conocida como UGIT es la encargada de llevar a cabo el procedimiento de Investigación Tutelar, el cual consiste en una serie de acciones y trámites administrativos para confirmar la situación ficticia de abandono en la que se encuentra un niño, niña o adolescente.



- Declaración de idoneidad (En caso contrario, se dictamina improcedente o desfavorable para la adopción).
- Inscripción en el Registro Nacional de Adoptantes.
- Propuesta de designación al Consejo de Adopción.

2. Etapa adoptiva: Donde se desarrolla lo siguiente:

- Se da a conocer la designación.
- Tienen siete días para entregar una carta de aceptación.
- Se informa al centro de acogida para que prepare al joven.
- Etapa de empatía: Se presenta al joven a su familia y dura de cuatro a siete días laborables.
- La externación.
- Etapa de colocación en familia para la adopción: dura siete días naturales y puede prorrogarse siete días más. En esta fase hay dos visitas: una inesperada y otra planificada.
- Firma de la Resolución de Adopción y compromiso de apoyo y seguimiento postadoptivo.
- Plazo de finalización de la resolución de adopción (1 día).
- Contacto con el RENIEC y obtención de la nueva partida de nacimiento del niño o adolescente adoptado.

3. Etapa de seguimiento y acompañamiento post adoptivo: Que consiste en visitas semestrales a las familias durante un periodo de tres años (en el caso de las adopciones nacionales), mientras que, por otro lado, las familias o instituciones autorizadas deben emitir informes semestrales durante un plazo de cuatro años (en el caso de las adopciones internacionales).



A) Requisitos para iniciar el procedimiento administrativo de adopción nacional

Las personas nacidas aquí o en el extranjero que puedan demostrar dos años de residencia, ya sean solteros, casados, viudos, divorciados o convivientes, y que reúnan los siguientes requisitos pueden optar al proceso administrativo de adopción nacional:

- Edad mínima 25 años y máxima 62 años.
- Estar en buenas condiciones físicas y mentales. Presentar certificados de buena salud física y mental, con una antigüedad máxima de seis meses, expedidos por profesionales cualificados de la salud pública (IPRESS). Estos certificados deben ir acompañados de los resultados de las pruebas diagnósticas, como mínimo los de las pruebas infecto-contagiosas, y en el caso del certificado de salud mental, una indicación de la presencia o ausencia de problemas psicopatológicos o trastornos mentales.
- Los ingresos familiares deben ser de al menos 2.700 soles. Presentar pruebas de la capacidad económica de la familia para satisfacer las necesidades del niño o adolescente adoptado.
- Copia de la inscripción registral, en su caso, de la declaración judicial (sentencia), o de la declaración notarial en vigor, reconociendo la unión de hecho, si conviven. certificado de matrimonio civil, si están casados, o copia de la inscripción registral, si conviven.
- No contar con sentencia condenatoria por violencia familiar.
- No estar inscrito en el registro de deudores alimentarios morosos.
- No contar con antecedentes penales y policiales, que puedan registrar, desde un análisis de competencias parentales y ejercicio de la patria potestad.



2.1.1.7.2 Procedimiento de adopción de menores sin previa declaración de menor en abandono

Debido a la existencia de una especie de relación adoptiva entre el niño que va a ser adoptado y el o los futuros adoptantes, así como en cumplimiento del artículo 128 del CNA, este tipo de adopción se tramita legalmente, incluso en ausencia de una certificación de que el niño o adolescente ha sido abandonado, esta acción legal debe ser presentada ante el Juez de Familia designado. (Convención sobre los derechos del niño, 2006), cuando el peticionario cumpla con los siguientes requisitos:

a) Quien esté casado con la madre o el padre biológicos del niño o adolescente que será adoptado. En este supuesto, el niño o adolescente conserva sus vínculos biológicos con su padre o madre biológicos;

b) Quien tenga con el niño o adolescente una relación de parentesco hasta el segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad; y

c) Quien haya acogido o compartido hogar con el niño o adolescente que va a ser adoptado durante un mínimo de dos años.

2.1.1.8. Dimensión jurídica y psicológica de la etapa de adaptación o integración del menor adoptado

Al respecto, Moliner Navarro (2012) nos indica que, en términos generales, el Estado debe garantizar normativamente el proceso de integración del niño, teniendo la responsabilidad de velar por los intereses de este, dentro del ámbito familiar (padres) y escolar (docente).

Por ende, en el caso de niños adoptados, sobre todo, aquellos que fueron declarados en estado de abandono, son quienes deberán considerarse como sujetos en el



proceso de integración, tras haber convivido con su familia biológica, de acogida o luego de haber pasado por un hogar o centro de menores.

Dicho lo anterior, es evidente que estos niños han establecido vínculos afectivos inestables, por ende, su adaptación al nuevo entorno requerirá atención y exigencias especiales y de mayor cuidado.

En efecto pues, Moliner nos indica que, haber generado sucesivas vinculaciones a distintos adultos que pasaron por la vida del niño, puede originar dificultad en su adaptación a la nueva familia; generando la necesidad de un especial cuidado en el ejercicio de la patria potestad, el cual debe ser garantizado por el Estado, a través de sus autoridades administrativas, en todas las etapas de la adopción (ex ante y ex post) (Moliner Navarro, 2012).

En esta línea, consideramos que, en cuanto a la protección de los intereses del menor y de la salvaguarda de su adaptación al nuevo entorno familiar, deben ser considerados tanto el ámbito psicológico como el jurídico para dicho fin.

2.1.1.8.1. Teoría del apego

John Bowlby (1993) analiza el fenómeno del apego como aquel núcleo central de la vida emocional del ser humano; constituyendo así un aspecto relevante para su desarrollo en base a las muestras de cariño y afecto para asegurarle un crecimiento óptimo y saludable; asimismo, este psicoanalista manifiesta que el vínculo de apego es un resultado de la necesidad del menor de estar en compañía de un corto número de adultos (figuras de apego) para asegurar su supervivencia.

Es así como, para dicho autor (Bowlby, 1993) el apego es un sistema conductual conformado por diversos elementos (conductas de apego, modelos de trabajo y



sentimientos) destinados a lograr cercanía con la figura de apego cuando el niño siente peligro, amenaza o malestar.

Por su parte, Ainsworth y otros colaboradores (1978) encontraron distintos tipos de vinculación de apego: seguro, inseguro evitativo e inseguro ambivalente:

En el primer caso (apego seguro), el desarrollo interactivo de los niños suele ser inicialmente de recelo y posterior adaptación gradual y conforme su crecimiento sus interacciones con la sociedad serán fluidas y sincrónicas, siendo el niño capaz de adaptarse a sus nuevas condiciones y capacidades; ello en parte de la constancia y seguridad hallada en sus figuras de apego.

En el segundo caso (apego inseguro evitativo), que son niños que no muestran enfado ni ansiedad ante la separación; no suelen dar muestras de recelo y sus reacciones son parecidas ante figuras de apego o con personas menos conocidas. Ello puede haber sido generado por los esfuerzos del niño para protegerse de la ansiedad que le genera el saber que la cercanía física o emocional de la figura de apego no le protegerá durante sus actividades. En la adultez, mantendrá una actitud fría, amable y educada, sin contacto físico, reduciendo sus contactos a compartir y desarrollar actividades en común.

En el tercer caso (apego inseguro ambivalente), así como los niños evitativos, tienen dificultad para ver a su figura de apego como base de seguridad, existe poca interacción con su figura de apego, misma que resulta contradictoria, mezclando la búsqueda de proximidad con rechazo. En cuanto a las dinámicas en su adultez, se van a caracterizar por un desequilibrio con inseguridad permanente.

Finalmente, se descubrió también un cuarto tipo por Main y Solomon (1990), al cual denominaron apego desorganizado; en el cual se mezclan las diversas conductas de apego, así como evitación e inmovilidad, malestar y enfado, búsqueda de proximidad.



Siendo así, según la psicóloga Beatriz Caballero (2018) el abandono social, los cambios constantes o privación de cuidadores o figuras de apego son algunas condiciones de riesgo que permiten el desarrollo de un apego desorganizado reactivo, el cual se presenta cuando los niños crecen con pocas oportunidades para vincularse afectivamente; por lo cual, consideramos que es evidente que los mismos requerirán mayores cuidados para el desarrollo de un vínculo de apego seguro, el cual estará a cargo de sus nuevas figuras de cuidado.

Es importante recalcar además que, conforme señalo Rosser, estos modelos de apego repercutirán en la vida emocional adulta del menor; por ejemplo, un menor que creció con un apego inicial inseguro y sin oportunidad de generar relaciones de apego sanas, corre mayor riesgo de repetir conductas disfuncionales al entrar en contacto o desarrollar intimidad con otros adultos; sin embargo, estos modelos pueden cambiar en función a nuevas experiencias y competencias que este menor adquiera, por lo que resulta posible la intervención de nuevas figuras de cuidado que puedan reestablecer la seguridad afectiva del menor y garanticen bases más sólidas sobre las cuales se construya el desarrollo psicológico de la persona (Rosser Limiñana, 2010).

2.1.1.9. Disposiciones legales concernientes a la adopción:

a) **La Convención sobre los Derechos del Niño**, instrumento internacional que fue aprobado en el año 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se reconocieron por primera vez los derechos de los niños y adolescentes, generando la transformación posterior de las normativas sobre infancia en el mundo. En Perú esta Convención entró en vigor en 1990 (Convención sobre los derechos del niño, 2006).

Asimismo, este cuerpo normativo ha determinado que el interés superior del niño es la consideración primordial en el sistema de adopción (Chunga Lamonja, 1995).



b) Constitución Política del Perú de 1993, que en su artículo 8 establece la obligación del Estado y la sociedad de proteger al niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono. En concordancia con el artículo 7 de dicho cuerpo, donde se regula -entre otros- la protección de la familia (Constitución Política del Peru, 1993).

c) Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, que fue aprobado en el año 2000 mediante la Ley N° 27337. Este organismo defiende los principios de la Convención de La Haya, nuestro extinto Código de la Niñez y la Adolescencia y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. También establece la desjudicialización parcial de las investigaciones de tutela al otorgar al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social la autoridad para llevar a cabo todas las investigaciones de tutela antes de que entre en vigor el Convenio de La Haya. (Ley N° 23337, 2000).

d) Ley que otorga la licencia laboral por adopción – Ley 27409, misma que establece que tratándose de hijos adoptivos mayores de edad, el trabajador proponente de la adopción tiene derecho a una licencia remunerada de treinta días naturales, contados a partir del día siguiente de emitida la Resolución Administrativa de Acogimiento Familiar. Siempre que el menor adoptado sea menor de doce años, el trabajador proponente de la adopción gozará de los mismos derechos establecidos en los incisos a) y b) del artículo 128 de la Ley N° 27337. En este supuesto, el plazo de treinta días empezará a correr a partir del día siguiente de aprobada o firme la resolución judicial de adopción. (Ley N° 27409, 2001)

2.2.2 Tratamiento jurídico de la licencia por adopción

2.2.2.1. Definición

La licencia laboral por adopción consiste en un permiso otorgado por el empleador al trabajador, basado en la suspensión temporal del contrato de trabajo, conforme indicó



Jorge Ágreda (2019). Esta licencia es otorgada a aquellos trabajadores que adopten a un niño y tiene un plazo total de treinta días naturales con goce de haber siempre que el adoptado no tenga más de doce (12) años de edad.

Ahora bien, conforme señala la Ley que regula la Licencia Laboral por Adopción N° 27409, se trata de un descanso con goce de haber, otorgado con la finalidad de que el menor adoptado ingrese en un proceso de familiarización y se genere un contacto afectivo y parental con la persona que pertenece a un nuevo seno familiar (Ley N° 27409, 2001).

2.2.2.2. Objetivo

En el año 1999, la Organización Internacional del Trabajo trató sobre la licencia por adopción en su reunión N° 87, indicando -entre otras cosas- que esta serviría para ayudar a los padres a acoplarse a la llegada de un menor, permitiéndoles equilibrar de mejor manera sus responsabilidades, tanto en el ámbito familiar como profesional (Organización Internacional de Trabajo, 1998).

De esta misma manera, la OIT (1998) manifestó que los trabajadores que adopten un menor no podrán adecuarse a las licencias otorgadas a padres y madres biológicos; sin embargo, en diversos países se han establecido disposiciones que reconocen el derecho de licencia por la adopción de un niño, de manera similar a la regulada para padres y madres.

Por otro lado, la Ley N° 27409 que otorga licencia laboral por adopción en nuestro país, indica en su artículo 1° que el objeto de la misma es otorgar una licencia con goce de haber al empleado peticionario de adopción, por un plazo de 30 días naturales -que serán contados desde el día siguiente de la expedición de la Resolución Administrativa



de Colocación Familiar y suscrito el Acta de Entrega del niño, con la condición de que no sea mayor de doce años (Ley N° 27409, 2001).

Esta Ley refiere también los casos en que el adoptante tenga vínculo matrimonial con el padre o madre biológico del niño o adolescente a adoptar y aquellos casos en los que el adoptante tenga vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente adoptado; ello conforme lo ha señalado el Código de Niños y Adolescentes vigente en su artículo 128°, literal a) y b) respectivamente. En estos casos, el momento en que se producen los efectos de la licencia será a partir del día siguiente en que quede consentida o ejecutoriada la Resolución judicial de adopción.

En enero del año 2001, se llevó a cabo una sesión congresal, en la que se debatieron -entre otros- la referida norma, donde la entonces congresista Beatriz Alva Hart manifestó que el mismo periodo de licencia que corresponde a los padres que tuvieron hijos por la vía natural, corresponde a aquellos que decidieron adoptar a un menor, ya que la adopción supone un cambio en la vida familiar y psicológica de los padres y del hijo, y para que su inserción produzca los resultados deseados, los padres adoptantes necesitan tranquilidad emocional para lograr la empatía y afinidad necesarias con el hijo adoptado. Esto no podría lograrse si estuvieran trabajando, ya que necesitan disponer del tiempo suficiente para adaptar sus vidas a la nueva maternidad o paternidad que surgirá como consecuencia de la adopción.

Cabe resaltar además, que, en dicha sesión tomó la palabra el ex congresista Marcial Ayaipoma Alvarado manifestó su preocupación frente al artículo 4° de dicho proyecto de ley, donde se indica textualmente: "Si los trabajadores peticionarios son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer", indicando que no debería ser la mujer,



sino tanto por el padre como madre adoptantes y no establecer de llano el beneficio hacia la mujer. (Congreso de la República del Perú, 2001).

2.2.2.3. Derecho Comparado

La licencia por adopción conforme señaló la OIT, se encuentra regulada en diferentes países del mundo; teniendo por ejemplo los siguientes (Organización Internacional de Trabajo, 1998):

- a. En Dinamarca, la duración de la licencia por adopción es de cuatro semanas menos que para las parejas que tienen sus propios hijos biológicos; asimismo, en Finlandia son 41 días menos.
- b. En Francia, la trabajadora que cuide un menor con el objetivo de adoptarlo tendrá derecho a licencia por adopción de diez semanas máximo, veintidós semanas cuando se trate de adopciones múltiples y dieciocho semanas cuando la adopción ocasione que el número de niños en la familia suba a tres.
- c. Por otro lado, en países como Australia, Finlandia, Nueva Zelanda, Islandia y en la exrepública Yugoslava de Macedonia, los trabajadores adoptantes gozan del derecho a licencia de la misma forma a la licencia que corresponde cuando un hijo nace.

En el Código de Trabajo de Chile, su artículo 200° señala:

“La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620, tendrá derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas.” (Código de trabajo de Chile, 2022).



Es así que la legislación laboral chilena, establece a favor de la mujer y el hombre que manifieste ante un tribunal la voluntad de adoptar un menor.

Por su parte, el Código sustantivo del trabajo de Colombia, en su artículo 236° reconoce el derecho al descanso remunerado de la madre en época de parto; siendo que en su inciso 4° se hace extensivos los derechos de la madre biológica a la madre adoptiva, en los mismos términos de ser posible. Además, en esta situación se asimila la fecha de parto con la de entrega oficial del menor a los padres. Dichos lineamientos y derechos se extienden a los trabajadores varones que adoptan a un menor y carecen de cónyuge o compañera permanente (en caso contrario la licencia será de 4 días por adopción). (Código sustantivo del trabajo de Colombia, 1950).

En México este derecho está regulado por la Ley Federal del Trabajo, que en su artículo 170° inciso II Bis, reconoce la licencia laboral por adopción para la madre adoptante, por un plazo de seis semanas, que correrán desde el momento en que se reciba al menor y con goce de remuneración; mientras que el padre, contará con esta licencia por el plazo de cinco días corridos y remunerados. (Ley Federal del trabajo, 1970).

Por su parte, Uruguay regula la licencia por adopción en la Ley N° 17292, donde en su artículo 33° reconoce el derecho de todo trabajador dependiente afiliado al Banco de Previsión Social que reciba uno o varios niños en adopción una licencia de 6 semanas corridas. Hay que resaltar además que esta licencia es con goce de remuneración y se extiende además a aquellos trabajadores que por sentencia judicial se les otorgó la tenencia de un menor con fines de adopción conforme el artículo 34° de dicha Ley. Asimismo, es de recalcar que conforme al artículo 35 de esta Ley (modificada en el año 2020), se establece que:



“Cuando ambos padres adoptivos sean beneficiarios de la licencia especial prevista en el inciso primero del artículo 33 de esta ley, los primeros diez días hábiles serán usufructuados en forma simultánea por los dos y el resto por uno u otro integrante, indistintamente y en forma alternada.” (Ley N° 17292 , 2001)

2.2.2.4. Perú

En Perú, como ya hemos explicado, en el año 2001 se dictó la Ley N° 27409 sobre licencia laboral por adopción, que manifiesta que todo trabajador que solicite la adopción de un menor tendrá derecho a una licencia con goce de haberes de 30 días naturales, conforme se advierte en el artículo 1° de dicho cuerpo normativo; en tanto que, dicho plazo comenzará a contarse desde el día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del niño, debiendo ser el niño menor de 12 años (Convención sobre los derechos del niño, 2006).

Para dicho efecto, la norma prevé en su artículo 2° la obligación del trabajador de notificar con 15 días de anticipación al empleador de su voluntad de acogerse a la licencia; siendo que en caso el empleador se negase a otorgar este beneficio, será considerada dicha acción como hostilidad equiparable al despido conforme el artículo 7° de la Ley.

Asimismo, como hemos señalado, en caso de que ambos padres adoptivos sean trabajadores, la licencia le corresponderá a la mujer, conforme lo señalado en su artículo 4° ; en concordancia con el artículo 128° de la ley N° 27337 (Ley N° 23337, 2000), donde se reconoce este derecho en caso de adopción del hijo del cónyuge y en aquellos casos en que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente susceptible de ser adoptado.



2.2.3. Principio de interés superior del niño

2.3.1. Origen

Según Bofill et al., la Declaración de Ginebra de 1924 sirvió de base para el desarrollo de los derechos del niño. Este cuerpo normativo allanó el camino para la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue el primer tratado internacional en proteger específicamente los derechos de los niños y, lo que es más importante, en dar a los menores acceso a la protección jurídica, revirtiendo la negligencia anterior ante las violaciones de los derechos de los niños. (Bofill & Cots, 1999).

Asimismo, en la Declaración de Ginebra insinúa que:

“[...] los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.” (Bofill & Cots, 1999).

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño hace hincapié en que los niños deben crecer en un entorno familiar que los proteja, alimente y promueva su pleno desarrollo. También reconoce que los niños tienen derecho a estar con sus padres, a menos que su ausencia sea requerida por su interés superior, como se establece en el artículo 9, y es responsabilidad de cada Estado garantizar su cumplimiento.

Es importante señalar además que dicha Convención (Convención sobre los derechos del niño, 2006) instauró cuatro de sus artículos como principios esenciales:

1. “Derecho de los niños a ser protegidos contra toda forma de discriminación (artículo 2°)
2. Interés superior del niño (artículo 3°)
3. Derecho a la supervivencia y el desarrollo (artículo 6°)



4. Derecho a formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión y ser tenidos en cuenta (artículo 12°)”

2.3.2. Definición

Al realizar una búsqueda del concepto gramatical del Principio de Interés Superior del Niño, podemos advertir los siguientes conceptos:

- a) Interés: que según refiere el Diccionario de la Real Academia Española, es la conveniencia o beneficio en el orden moral o material (Real Academia Española, 2020).
- b) Superior: se refiere a algo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otro objeto (Real Academia Española, 2020).
- c) Niño: persona que tiene pocos años (Real Academia Española, 2020).

La noción de interés superior del niño, se encuentra precisada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención sobre los derechos del niño, 2006), que señala:

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

Por su parte, Miguel Cillero Bruñol (2002) indica que a razón de que la cláusula del interés superior del niño se encuentra en un tratado de Derechos Humanos (CIDN) y, a su vez, estos componen preceptos valorativos especiales, corresponde atribuir el contenido de los derechos mismos que se encuentran nombrados en la Convención.

De esta forma, al realizar un análisis de lo que señalamos anteriormente, podemos inferir la intención de este Principio de proteger a los menores de edad en diferentes



situaciones de adversidad, debiendo tomarse como punto primordial la protección de su bienestar; es por esto que la Convención ha impuesto el deber a cada Estado de asegurar adecuada protección y cuidado a los niños cuando los padres o personas responsables de estos, no tengan capacidad para realizarlo; todo ello se basará en la especial circunstancia de vulnerabilidad del niño.

Por ende, el principio del interés superior del menor puede definirse como una obligación moral que nuestras leyes han reconocido a la jerarquía de norma jurídica, buscando su óptima eficacia y protección. De ahí que, a la hora de adoptar políticas relativas a los menores, las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, los organismos administrativos, los órganos legislativos y otras entidades deban tener en cuenta este principio.

En palabras elementales, conforme también ha manifestado Garrido Álvarez (2021), el Principio de interés superior del niño, consiste en la más extensa complacencia de los derechos a los que la Convención hace referencia en su cuerpo normativo.

2.3.3. Aplicación

La CIDN, al establecer el principio del interés superior del niño, lo hizo obligatorio para los Estados que ratifican su contenido, ya que en su artículo 2° estableció lo siguiente:

“Los Estados parte 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. (...)”

(Convención sobre los derechos del niño, 2006)

De esta forma, a raíz del constante sufrimiento de los niños, a causa de la discriminación, maltrato, abandono, abuso, contiendas judiciales, entre otros; se vio necesario el establecimiento de un cuerpo normativo que obligue la aplicación de este principio, buscando la efectividad de este sistema protector integral.

Es así que, en nuestro país, contamos con el Reglamento de la Ley N° 30466, que establece parámetros y Garantías Procesales para la consideración primordial del Interés Superior Del Niño; donde se determinaron cuáles son los elementos que se deben tomar en cuenta a fin de aplicar y determinar el interés superior del menor. En este sentido, se han establecido los siguientes elementos en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, 2018):

- “a) La opinión de la niña, niño o adolescente
- b) Identidad de la niña, niño o adolescente
- c) Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- d) Cuidado, protección, desarrollo y seguridad de la niña, niño o adolescente
- e) Situación de vulnerabilidad”

Ahora bien, frente a la pregunta de cómo aplicar este principio, veremos que este implica la vigencia y satisfacción simultánea de todos los derechos del niño, aludiendo a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" del niño (art.27.1 de la Convención).



Por su parte, es de precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplica este principio en un ámbito casuístico, debiendo resaltar el caso “Atala”⁴ la CIDH indica que la precisión del interés superior se deberá realizar a partir de la valoración de las situaciones alrededor del caso en concreto, tales como las particularidades del niño, su red de apoyo, riesgos posibles, entre otros; y así proceder con la evaluación del impacto de estos en su desarrollo. El Tribunal llegó a la conclusión de que, si bien el concepto del interés superior del menor es un objetivo permisible en teoría, no lo es su mera mención sin demostrar cómo afectará el acuerdo al menor en la práctica. (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, 2012).

2.3.3.1. Ley N° 30466

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Observación General 14, así como el Artículo IX del Título Preliminar del Código de la Niñez y la Adolescencia son tomados en consideración en esta ley, que tiene por objeto establecer las directrices y garantías procesales para la aplicación del principio del interés superior del niño. (2016)

Asimismo, cabe resaltar que esta Ley, considera los parámetros y garantías desarrollados en la Observación 14 de las Naciones Unidas, señalando así lo siguiente (Naciones Unidas, 2013):

“Artículo 3.- Parámetros de aplicación del interés superior del niño

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.

⁴ CIDH: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr. 109



2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.”

“Artículo 4.- Garantías procesales

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales (Naciones Unidas, 2013):

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.



8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.”

2.3.3.2. Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP

Con esta normativa se aprueba el Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño y fue promulgada en el año 2018.

Este reglamento, en su artículo 3°, desarrolla principios que deberán ser aplicados, dentro de los cuales se determina el de igualdad y no discriminación; señalando lo siguiente:

“Todas las niñas, niños o adolescentes ejercen sus derechos en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna por motivo de identidad étnica, cultural, sexo, género, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, origen, contexto social o económico, discapacidad o cualquier otra condición de la niña, niño, adolescente o de su madre, padre, familiares o representantes legales.”

(Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, 2018).

Por su parte, es de resaltar que en el artículo 4° de dicha normativa se determinan los enfoques que guiarán la aplicación de dicho reglamento, resaltando los siguientes:

“c) Derechos: El Estado, la familia y la comunidad reconocen a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos y garantizan el ejercicio pleno de sus derechos para posibilitar el incremento de sus capacidades, garantizar su protección, ampliar sus opciones y, por lo tanto, su libertad de elegir. Establece que los derechos humanos se centran en la dignidad y el valor igual de todos los seres humanos. Y que son inalienables, irrenunciables, interdependientes e intransferibles, y deben ser ejercidos sin discriminación. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes se encuentran



desarrollados en la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante la Convención, y en sus Protocolos Facultativos, así como en la normatividad nacional y demás instrumentos internacionales. (...) e) Equidad: Promueve la justicia en el abordaje diferenciado de niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a sus respectivas necesidades, en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna en razón del artículo 3 inciso c) del presente Reglamento. Implica el trato diferencial para corregir desigualdades de origen, a través de medidas conducentes a la igualdad en términos de derechos, obligaciones, beneficios y oportunidades.” (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, 2018).

Asimismo, tenemos el artículo 9.3 de dicho Reglamento, donde se desarrolla la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, que señala:

“La familia es la institución fundamental de la sociedad y el medio idóneo para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de las niñas, niños y adolescentes. Las familias tienen la responsabilidad de generar un entorno que garantice su desarrollo integral y el ejercicio efectivo de sus derechos; y es deber del Estado brindar asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones.

El Estado debe proporcionar apoyo a la madre, el padre o a la persona que asume el cuidado de la niña, niño o adolescente para que cumpla con sus responsabilidades y fortalecer sus capacidades para asumir su rol parental, con especial atención a madres y padres adolescentes.

Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres o con la persona que asume su cuidado de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Esta regla se aplica a cualquier persona que asuma su cuidado y las personas con las que la niña, niño o adolescente tenga una relación personal estrecha. (...) En el ejercicio del derecho a mantener relaciones



personales, la autoridad competente debe tener en cuenta la opinión de la niña, niño o adolescente, la calidad de las relaciones intrafamiliares, la necesidad de conservarlas, garantizando con ello su derecho a tener contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que afecte su desarrollo integral o bienestar.” (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, 2018).

Se debe agregar, que dichas disposiciones, son de carácter obligatorio, en tanto que, establece que las autoridades competentes de las entidades públicas de los tres niveles de gobierno son responsables de acordar el proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y lineamientos que involucren los derechos de la niñez. Esto en concordancia con el artículo 11.2 del Reglamento, que desarrolla la obligatoriedad de los parámetros en las medidas relacionadas con políticas y lineamientos que afecten a niñas, niños y adolescentes.

2.3.4. Valor constitucional del interés superior del niño

A fin de establecer el rango que tiene este principio en nuestra legislación, debemos tomar en cuenta nuestra Constitución, que específicamente, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria señala lo siguiente:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” (Constitución Política del Peru, 1993)

Es decir, al ser un tratado internacional que fue aprobado y promulgado en nuestro país, la Convención sobre Derechos del Niño tiene dentro del ordenamiento jurídico



peruano su reconocimiento constitucional, en aras a dicho artículo, debiendo ser interpretado, además, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asimismo, los derechos que restringen la soberanía del Perú son los derechos esenciales (humanos) protegidos por nuestra Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Perú que se encuentran vigentes; siendo así, al verse limitada dicha soberanía, el Estado debe considerarlos por encima de sus decisiones.

Consecuentemente, es posible sostener que los tratados internacionales en materia de derechos humanos -dentro de los cuales se encuentra la Convención sobre los derechos del niño, que reconoce el Principio de interés superior del niño- adquieren una posición preferente respecto a las demás normas, gozando de protección constitucional.

2.3.5. Interés superior del niño como principio garantista

Además, cabe señalar que, de acuerdo con Bruñol (2002), la Convención se compone de "principios estructurantes", como la no discriminación (art. 2), la efectividad (art. 4), la autonomía y la participación (arts. 5 y 12), y la protección (art. 3), que se traducen en derechos, como la igualdad, la protección efectiva, la autonomía y la libertad de expresión, cuya observancia es obligatoria. En consecuencia, el interés superior del menor establece una restricción, un deber y un mandato hacia las autoridades.

Asimismo, según Román Riquelme se trataría de un principio jurídico garantista que tiene por objeto solucionar dificultades que involucren a los niños, y por ende, todas las lecturas del mismo, tanto en el aspecto jurídico como social, tiene que protegerlos en su calidad de sujetos de derechos humanos (ámbito general) y derechos del niño (ámbito especial) (Román Riquelme, 2018)

En esta línea de ideas, vemos que el interés superior del niño, no debe ser considerado como una concepción de bienestar social o de bondad, sino como un derecho



de estos a ser respetados, en tanto que cualquier medida que se tome y los afecte, considere la protección de sus intereses y no los perjudique.

Ahora bien, siguiendo este camino, vemos que este principio actúa además como una garantía, misma que, Ferrajoli (1995) denominó como aquellos “vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”. Consecuentemente, el interés superior del niño, en el marco de la Convención sobre los derechos del niño es un principio jurídico garantista (Bruñol, 2002).

2.3.5.1. Derecho a la igualdad

2.3.5.1.1 Antecedentes

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, y debido a la necesidad de una sistematización normativa, la comunidad internacional tomó la decisión de ordenar las actuaciones de los Estados y amparar los derechos de los ciudadanos. Es así que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos - DUDH (1948), significó el inicio de una secuencia de choques y controversias que condujeron a la celebración de convenios sobre la protección de la población, así como el reconocimiento de derechos, como es el de igualdad y no discriminación.

De esta forma, advertimos que el artículo 1° de la DUDH ha declarado que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, asimismo, el principio de igualdad se encuentra escudriñado en los artículos 23° y 74° de dicho cuerpo normativo; por lo que internacionalmente, se ha demostrado siempre la atención al derecho a la igualdad y a la no discriminación, cuya definición primigenia la podemos encontrar en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (1958), sobre la discriminación; misma que fue considerada en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (1960).



Dicho concepto prosperó en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Por su parte, sabemos que en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también se incluyó expresamente el Principio de igualdad y, del mismo modo, la prohibición de la discriminación.

Igualmente, este principio consta en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, así como en la Declaración de Filadelfia (1944), donde se manifiesta lo siguiente:

“a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a buscar su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (Organización Internacional del Trabajo, 1944).

2.3.5.1.2 Definición

En primer lugar, es necesaria la aproximación al concepto de este derecho, el cual vendría a ser el derecho de todas las personas a ser tratadas igualmente en dignidad y con respeto y consideración. Por su parte, Rodríguez Zepeda (2004) manifiesta que se trata del derecho de todo ser humano a ser tratado de forma homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, con el objetivo de que este sea apto para disfrutar plenamente de sus derechos y libertades constitucionales, así como la libertad en el acceso a oportunidades que se encuentren disponibles en la sociedad.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF, ha determinado la importancia de la protección de los derechos de la infancia, tales como la salud,



educación, protección e igualdad. Asimismo, ha manifestado que el principio de no discriminación para el acceso y goce de derechos de los niños, implica una doble acción gubernamental: realizar acciones imprescindibles para impedir cualquier tipo o manifestación discriminatoria y subsanar circunstancias de desigualdad a través de acciones efectivas. (Convención sobre los derechos del niño, 2006)

Asimismo, la Convención establece en su artículo 2° lo siguiente:

“1. Los Estados parte 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. 2. Los Estados parte 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.” (Convención sobre los derechos del niño, 2006).

Así, Bayefsky (1990) ha señalado que el derecho internacional contiene diversas interpretaciones de este Principio, resumiendo el concepto de igualdad o no discriminación tomando en cuenta -entre otros- los siguientes puntos:

1. Un trato diferencial será discriminatorio en las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando no tenga una justificación razonable y objetiva o en caso no persiga un objetivo legítimo; o b) Cuando no exista una vinculación justa y proporcional entre el objetivo y los medios usados para alcanzarlo.



2. Los pensamientos tradicionales y prejuicios no justifican el trato diferenciado
3. El objeto discriminatorio no es condición para la discriminación
4. Las acciones preferenciales o medidas positivas ejercidas por el gobierno, en algunas ocasiones serán necesarias para el respeto de la igualdad y estas pueden ser ampliadas a fin de proteger a las personas que fueron impedidas de igualdad por terceros particulares

2.3.5.1.3. Alcances

Según Abramson (2008), la discriminación se define en el artículo 2 de la Convención como "cualquier tipo de diferenciación impuesta por motivos de [raza, sexo o color, entre otros] que atente contra el disfrute de los derechos enunciados en la Convención". Esta definición sugiere tres elementos:

- La incapacidad del Estado para separar a los titulares de derechos de la Convención en función de factores como la propiedad, la discapacidad, el nacimiento, el sexo, la lengua, la religión, el punto de vista político u otra condición.
- El daño ocasionado por el acto discriminatorio, debe evaluarse desde el punto de vista del titular del derecho (en este caso, el niño que está siendo discriminado)
- La prohibición de que cualquier diferenciación vulnere el respeto y aplicación de los derechos establecidos en favor de los niños por la Convención

Es importante señalar además que el motivo por el cual se otorga esta protección especial, es la condición especial de vulnerabilidad de los niños y adolescentes, resultando insuficientes las normas de carácter general, pues se busca su protección integral, frente



a posibles actos de discriminación por distintas causas, dentro de las cuales podemos encontrar el origen social de los mismos; por ende, como hemos señalado anteriormente, la Convención establece un deber de cada Estado de tomar medidas positivas para la protección efectiva de este derecho.

2.3.5.2. Derecho a la protección efectiva

El artículo 4° de la Convención sobre los Derechos del niño establece lo siguiente:

“Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Convención sobre los derechos del niño, 2006).

Si bien este tratado, no refiere a la obligación de los Estados parte de crear una Defensoría Especializada, sin embargo, dicho artículo determina el deber de los Estados parte de adoptar medidas normativas a fin de otorgar efectividad a los derechos reconocidos en los mismos; por lo cual, Perú aprobó el Código de Niños y adolescentes, donde se otorgó al Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH) la función de promover la difusión de los derechos del niño y el adolescente, así como la ejecución de planes, programas y medidas de protección o atención a los mismos (artículos 26° y 28) (Ley N° 23337, 2000).

Asimismo, el artículo 43° de la Convención, ha resaltado la función trascendental que tienen los defensores del niño, en el seguimiento, promoción y protección de sus derechos.

2.3 Hipótesis de trabajo

Dado que actualmente se otorga la licencia por adopción a la madre adoptante y ello se encuentra regulado en la ley, es probable que se deba otorgar dicha licencia de la



misma manera al padre adoptante a fin de que pueda fortalecer el vínculo familiar con el menor en aras del principio de interés superior del niño.

2.4. Categorías de estudio

El estudio pertenece a la investigación jurídica dogmática, por tanto, las categorías de estudio quedan definidas de la siguiente manera:

Categorías de estudio	Subcategorías
Categoría 1°: Adopción	<ul style="list-style-type: none">○ Antecedentes○ Definición○ Características○ Naturaleza jurídica○ Clases
Categoría 2°: Licencia laboral por adopción	<ul style="list-style-type: none">○ Definición○ Objetivo○ Derecho Comparado
Categoría 3°: Principio de interés superior del niño	<ul style="list-style-type: none">○ Origen○ Definición○ Aplicación

Tabla 1

2.5. Definición de términos

2.5.1. Adolescencia

Según Pineda Pérez y Aliño Santiago (s.f.), la adolescencia se refiere a aquella etapa cronológica donde se producen cambios biológicos, psicológicos y sociales, que se caracteriza por la inclinación hacia la independencia psicológica y social.

Ahora bien, para la Organización Mundial de la Salud, la adolescencia es aquella etapa que ocurre entre los 10 y 19 años de edad (OMS, 2020).



2.5.2. Adopción administrativa

Se refiere a aquel tipo de adopción que se encuentra a cargo de la Dirección General de Adopciones, a través de un procedimiento administrativo donde un niño o niña recibe la calidad de hijo o hija de una nueva familia adoptiva, dejando de formar parte de su familia consanguínea (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, s.f.).

2.5.3. Adopción judicial

Es aquel tipo de adopción realizada a través de un proceso judicial de adopción, ante un Juez Especializado de Familia o Mixto; incluso se puede llevar a cabo sin la mediación de la declaración de estado de abandono de la persona adoptada; con la finalidad de crear una relación paterno-filial entre personas que no la poseen naturalmente (Abogados Calificados, s.f.).

2.5.4. Adopción notarial

Este tipo de adopción se encuentra reconocido en la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos N° 26662; donde se expresa que para realizar la adopción de personas capaces, los adoptantes pueden recurrir ante un Notario, reconocido en el artículo 1° de dicho cuerpo normativo

2.5.5. Derechos del niño

Los derechos de los niños vienen a ser un conjunto de normas jurídicas que tienen por finalidad proteger a personas hasta determinada edad. Tienen el carácter de irrenunciables e inalienables, por lo que se encuentran proscritos de ser vulnerados o desconocidos en cualquier contexto (Wikipedia Enciclopedia Libre).

2.3.6. Estado de abandono

El abandono de un menor es aquella circunstancia en la que este se encuentra descuidado, desatendido o desamparado por actos de negligencia y falta de respeto al niño, niña o adolescente; por parte de aquellas personas que se encuentran a cargo de su cuidado; es decir, sus padres, tutores u otros (Villalba Hualla, 2017).



2.5.7. Familia adoptiva

Según manifiesta Medina (s.f.), la familia adoptiva es aquella que se origina mediante un acto jurídico (adopción) que crea un nuevo vínculo de parentesco, donde se establecerá entre ambas partes una relación de paternidad o maternidad, según sea el caso. Empero, señala además que se trata de algo más que un acto jurídico, ya que implica una vinculación afectiva y la suplencia de carencias emocionales por ambas partes.

2.5.8. Filiación

Jaime Sanz-Diez (2006) define a la filiación como aquella relación o vínculo establecido entre una persona y sus progenitores; basándose inicialmente en un mero suceso biológico que tiene por centro el vínculo sanguíneo que se origina cuando una persona fue procreada por otra; siendo que, el sistema jurídico reconoce esta relación en el Derecho y la convierte además en una relación jurídica.

2.5.9. Licencia laboral

La licencia laboral se refiere a un permiso que otorga la ley en favor del trabajador y es brindada por el empleador, que tiene por efecto la suspensión del contrato de trabajo (Vélez Villegas, s.f.)

2.5.10. Niño

Conforme lo señala la Convención sobre los derechos del niño, se reconoce como tal a todas las personas menores de dieciocho años (Convención sobre los derechos del niño, 1909). Por otro lado, la Real Academia Española reconoce a niño como una persona que tiene pocos años (2020).



CAPÍTULO III: MÉTODO

3.1. Diseño metodológico

El siguiente cuadro ilustra la metodología del estudio, tomando como modelo la Guía para la Elaboración de Tesis en Derecho de la Universidad Andina de Cusco.

3.1.1 Tipo de investigación

Aplicada: Pues busca dar solución a situaciones o problemas concretos e identificables, como es en el presente caso la aplicación del principio del interés superior del niño en la ley de licencia por adopción.

3.1.2 Tipo de Investigación jurídica

Dogmático propositivo: Ya que se pretende realizar una propuesta para mitigar la problemática actual y superar las deficiencias encontradas.

3.1.3 Diseño de investigación

Cualitativo: Puesto que el estudio se basa en la recopilación de datos para abordar los objetivos de la investigación, así como en el análisis y la interpretación de materiales normativos nacionales e internacionales..

3.1.4. Línea de investigación

La presente investigación se desarrolla en la línea del derecho constitucional.

3.1.5. Nivel de investigación

La presente investigación tiene nivel explicativo, en tanto que busca explicar el comportamiento de la licencia laboral por adopción en función del Principio de interés superior del niño

3.2. Diseño contextual

- **Escenario espacio temporal:** El presente trabajo de investigación se centra en la legislación sobre licencia por adopción en el Perú, misma que



sigue vigente hasta hoy en día, tomando en consideración el derecho constitucional, y más específicamente el Principio del Interés superior del niño.

- **Unidades de estudio:** La presente investigación enfoca su análisis en el tema de la protección a la familia en la actualidad, ya que hay distintos tipos de familia, dentro de las cuales se encuentran las familias adoptivas, en relación con la licencia por adopción en el Perú, desde la perspectiva del Principio de Interés Superior del Niño.

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.3.1 Técnicas

- 1) **Documental:** Pues para recopilar información cualitativa se utilizarán documentos escritos contenidos en normas, cartillas, programas, legislación, sentencias, informes, denuncias registradas, sentencias, discursos, observaciones, mensajes, recortes de prensa, folletos, etc.
- 2) **Entrevista:** Ya que se recopilará información, a través de preguntas y respuestas se logrará una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto del tema.

3.3.2 Instrumentos

- 1) **Fichas de análisis documental:** La que elabora el autor para llevar adelante el análisis documental requerido en nuestro trabajo.
- 2) **Cédula de entrevista estructurada:** Este instrumento nos permitirá recoger opiniones especializadas respecto del tema de investigación.

3.4. Tratamiento de la Información

Inicialmente, para obtener la información necesaria para el desarrollo del presente trabajo, se llevó a cabo la profundización en normativa nacional e internacional vigente



y pasada, así como sus fundamentos, mediante la búsqueda de legislación relacionada a la licencia por adopción y doctrina sobre la misma. Una vez identificadas las normas, se realizó el correspondiente análisis e interpretación. Posteriormente, inició con la búsqueda de contacto con especialistas en el tema, programándose las respectivas reuniones con cada uno de ellos para efectos de su entrevista personal. Cabe recalcar que, cada entrevista se llevó en un tiempo aproximado de entre 20 a 50 minutos por persona aproximadamente, mismas que fueron transcritas posteriormente, para finalmente dar inicio a su análisis correspondiente.

3.5. Aspectos Éticos

En el presente trabajo de investigación se dio prioridad a la originalidad, así como se tomaron en cuenta los derechos de autor en todo momento. Asimismo, se utilizó el sistema de citado APA séptima edición. Por otro lado, es importante señalar que no se coaccionó ni obligó a ningún entrevistado a fin de brindar información durante sus entrevistas y estas fueron llevadas a cabo confidencialmente, en mérito a sus derechos fundamentales y la ética profesional.



CAPITULO IV RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

4.1 Resultados respecto a objetivos específicos

4.1.1. Resultados respecto al primer objetivo específico

La presente investigación tuvo por objetivo determinar los fines de la adopción regulados en nuestra legislación vigente, teniendo los siguientes hallazgos:

Inicialmente, según el artículo 377 del Código Civil, el adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia de sangre como consecuencia de la adopción. Dejando claro que esta institución consiste en un acto jurídico específico en el que el adoptante manifiesta su voluntad de unir a su familia de sangre a un tercero que asumirá el rol de hijo y el adoptado manifiesta su voluntad de dejar su familia de sangre y unirse a la familia del adoptante. (Decreto Legislativo 295, 1984)

Es claro que dicha interpretación debe realizarse en concordancia con lo señalado por el Código de los niños y adolescentes, siendo que en dicho cuerpo normativo se señala expresamente en su artículo 115° lo siguiente:

“La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno - filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el



adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.” (Ley N° 23337, 2000)

Esto significa que, para el Código de niños y adolescentes, la adopción consiste en una medida que busca proteger al adoptado hasta que cumpla su mayoría de edad y consiste en aquella decisión por la cual el adoptante – voluntariamente- incorpora a un tercero a su familia consanguínea y se otorga a este último la calidad de hijo.

Es evidente que nuestra legislación nacional, se inclina hacia que el objeto y la naturaleza de la adopción es otorgar al menor (niño, niña o adolescente) una familia con la que pueda desarrollarse en un ambiente de respeto integral de sus derechos y desarrollo emocional; dejando de lado un concepto por el cual la adopción pueda considerarse como un medio de los adultos para conseguir la tenencia de un menor.

De esta forma, advertimos que la adopción de menores tiene como finalidad generar un vínculo entre el menor adoptado y sus padres adoptantes, tomando en cuenta el especial apoyo que deben recibir los primeros, tomando en cuenta su vulnerabilidad al haber sido declarados en abandono por las circunstancias que atravesaron.

Tanto más, tomando en consideración la naturaleza jurídica de esta institución, según la teoría institucional desde la Perspectiva del Niño como Sujeto de Derecho avalada por la Convención de los derechos del niño, podemos manifestar que la adopción es una institución de derecho del niño y adolescente y se basa en la integración familiar, es de carácter público e interés social y se constituye en un proceso jurídico judicial o administrativo, que tiene por principal objetivo la creación de un vínculo de filiación adoptiva a través de una Sentencia Judicial o Resolución Administrativa, priorizando, en todos los aspectos, el bienestar del menor y la protección de la familia, en concordancia con el artículo 4° de nuestra Constitución, que señala:



“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)” (Constitución Política del Peru, 1993)

4.1.2. Resultados respecto al segundo objetivo específico

La presente investigación tuvo por objetivo analizar la opinión de expertos en la materia respecto a la regulación de la licencia por adopción, teniendo los siguientes hallazgos:

3.1.2.1 Entrevista a Dr. Mauro Mendoza Delgado

Datos generales:

Nombre completo: Dr. Mauro Mendoza Delgado

Cargo actual: Abogado especializado en Derecho de Familia

ESTIMADO ENTREVISTADO:

Le invito a responder el presente cuestionario. Sus respuestas, tienen por objeto recoger su valiosa opinión sobre: LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

INDICACIONES:

Al responder cada una de las preguntas según su percepción u opinión sobre los temas.

No existe respuesta correcta o incorrecta. Tómese su tiempo.

1.- ¿Cuál es su opinión respecto a las políticas de adopción en nuestro país?



Yo estoy personalmente de acuerdo con la adopción, porque es una forma de consolidar la familia ante la imposibilidad de tener hijos biológicos, entonces la Ley ayuda en este caso, ya que la adopción es por mandato legal, por ende, permite y con ello se forma la familia.

2.- ¿Según su experiencia, considera que se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de adopción?

Claro que sí, el principio del interés superior del niño previsto en el artículo 9 del CNA es como un norte que señala que en cualquier decisión que se adopte y en la que esté involucrado un niño(a) o adolescente, se deben privilegiar sus derechos, entonces si la adopción va a privilegiar los derechos del niño, niña o adolescente; obviamente va a ser compatible con ese principio del interés superior del niño, pero para eso intervienen psicólogos, sociólogos, profesores a través de informes psicológicos, educativos, sociales donde se determina cuál es la perspectiva o estado de ánimo del niño o niña para con el adoptante. Entonces, sí se cumple, ya que es un norte o un parámetro importante.

3.- ¿Cuál es su opinión sobre la regulación de la licencia por adopción en nuestro país?

Este tema de la licencia por adopción en el Perú no ha sido un tema bien difundido, pero es un derecho laboral, porque por ejemplo, nuestro Código Civil reconoce 3 clases de hijos: biológicos, matrimoniales, extramatrimoniales y por adopción; entonces si de la adopción proviene un tipo de parentesco y es parecida a las demás relaciones paterno-filiales, ¿Por qué uno no puede tener la licencia cuando hay adoptado? Debería ser ello lo correcto y es compatible con el artículo 2.2 de la Constitución: derecho a la igualdad.

4.- Además, hay una Sentencia del Tribunal Constitucional donde reconoce que todos los tipos de familia tienen que ser considerados de la misma manera ¿no?



Claro, además el artículo 4 de la Constitución ha sido desarrollado a través de las sentencias de Yanet Rosas Dominguez, Leniela Cruz, Armando Shols Perez y en estas sentencias el TC ha desarrollado que lo que el estado y la sociedad debe proteger es la familia sin hacer distinción entre estructuras familiares, por ello se habla de familias monoparentales, ensambladas y además de eso el caso de Armando Shols Perez específicamente toca el derecho de fundar una familia y cuando uno funda una familia no necesariamente va a ser una tradicional o consanguínea. Hoy en día un elemento importante para constituir una familia es el afecto como hecho jurídico que genera efectos jurídicos y el afecto determina los lazos filiales y allí se considera también a la adopción.

5.- ¿Según su experiencia profesional, considera Ud. que se deba otorgar esta licencia al padre adoptante?

En mi opinión sí, ya que, de alguna manera, la adopción de un hijo y que el padre pueda tener este beneficio y pueda formar su familia, por supuesto que sí.

6.- ¿Cree Ud. que sea beneficioso para el menor pasar mayor tiempo con su padre adoptante?

Claro que sí, lo que pasa es que el niño adoptado se incorpora a una familia y para que pueda generar afecto tiene que haber mayor interrelación o una interrelación más continua y permanente y en ella se generará afecto y si se genera afecto, prácticamente ya se constituye la familia y se cierra el círculo, al margen de que no sea una familia biológica y al margen de que la ley lo impone, se cierra el círculo.

7.- ¿Cuál es su opinión sobre la Ley de licencia por adopción que se otorga a la madre mas no al padre adoptante y que repercusiones considera que tendría ella?

Es una Ley que colisiona con el derecho a la igualdad establecido en el artículo 2.2 de la Constitución ya que se está efectuando un trato diferenciado y privilegiado para la madre



que tendrá derecho a esta licencia por adopción en cambio el padre no. Entonces hay un trato diferenciado que tendría que superarse, tal vez con la modificación de esta Ley.

8.- ¿Recomendaría Ud. que la licencia por adopción sea otorgada de la misma forma para el padre que para la madre adoptante?

Sí, tendría que ser un trato igualitario ya que todos somos iguales ante la Ley en derechos, tanto varón y mujer, no debiendo haber este trato diferenciado, por ende con una modificación de la norma se podría superar esta distinción, que tiene que haber un trato igualitario en este caso, tanto para varón como para mujer.

¡Gracias por su colaboración!

Análisis:

En lo que respecta a la licencia por adopción, el entrevistado manifestó la importancia de considerar el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 2.2 de la Constitución, así como los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que protegen a todas las clases de familias no consanguíneas. Es así que el entrevistado indicó la importancia de que esta licencia sea otorgada tanto al padre como a la madre adoptante, en aras de favorecer el fortalecimiento del nuevo vínculo que se va a crear mediante la adopción, denominando a este proceso como “cerrar el círculo” a través de la interrelación continua y permanente, para el cual resulta trascendente el afecto – mismo que se traduce en un hecho jurídico que generará efectos jurídicos.

Asimismo, señaló que la Ley de licencia por adopción colisiona el derecho a la igualdad, regulado en el artículo 2.2 de la Constitución, generando una diferenciación entre el padre y la madre adoptante, al promover un trato diferenciado entre los mismos, perjudicando



así el desarrollo del vínculo al que se hizo referencia anteriormente; añadiendo además que dicha diferencia podría ser superada con una modificación de esta Ley.



3.1.2.2 Entrevista a Celinda Enriquez Huamani

Datos generales:

Nombre completo: Celinda Enríquez Huamani

Cargo actual: Personal de apoyo en la Casa de Acogida de Amantani - Ccorca

ESTIMADO ENTREVISTADO:

Le invito a responder el presente cuestionario. Sus respuestas, tienen por objeto recoger su valiosa opinión sobre: LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

INDICACIONES:

Al responder cada una de las preguntas según su percepción u opinión sobre los temas.

No existe respuesta correcta o incorrecta. Tómese su tiempo.

1.- ¿Cuál es su opinión respecto a las políticas de adopción en nuestro país?

Hay poca concientización y difusión sobre los requisitos para adoptar, lo cual considero es una limitante para que se pueda dar a conocer que hay infantes que necesitan un hogar donde sean prioridad. Asimismo, hay una limitante económica, que, si bien se encuentra amparada legalmente, sin embargo también puede ser una limitante para personas que desean adoptar un menor ya que existe un ingreso mínimo por niño o niña. Por otro lado, existen trabas que alargan el proceso de adopción, que ocasionan que estos sean largos y muchas veces no son a causa de la Casa Hogar, sino provienen de las instituciones administrativas. Estas trabas causan frustración en los menores, sobre todo en los mayores de 9 años, quienes ya imaginan sus vidas en la casa de acogimiento hasta cumplir su mayoría de edad. Por ello, considero que se requiere mayor difusión por parte del MIMP tanto de los procedimientos como de la realidad de los niños que se encuentran en el



hogar, quienes muchas veces no reciben el afecto y atenciones integrales que necesitan para su desarrollo emocional en la institución en la que se encuentran.

2.- ¿Según su experiencia, considera que se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de adopción?

Si bien es cierto, la ley toma en cuenta el bienestar de los menores, por ejemplo mediante la implementación de exámenes psicológicos a los padres, asimismo, el proceso de adaptación e integración ayuda a que los menores puedan conocer a los padres consistente en visitas, los requerimientos para saber sobre procesos de violencia familiar; sin embargo, se requiere un proceso de integración emocional y psicológica que colabore al entendimiento entre padres y niños adoptados ya que existen menores que han pasado por situaciones complicadas que han generado secuelas en estos niños; lo cual no existe, quizás por temas presupuestales, sin embargo, considero es una parte fundamental

3.- ¿Cuál es su opinión sobre la regulación de la licencia por adopción en nuestro país?

Considero que el tiempo de licencia por adopción debería ser incluso mayor al de licencia por hijos biológicos, ya que la integración al tener un hijo biológico se produce de manera natural, empero en el caso de un niño adoptado, existen cuidados básicos que se deben realizar, pero además se debe tener en cuenta que en muchos casos ellos ya tienen un pensamiento y su propia idea de la realidad, ya existen ideas en ellos y se perciben como personas pensantes; el niño adoptado ya cuenta con una base y con ideas diferentes a las de su nuevo entorno a diferencia de un bebé recién nacido que se adaptará naturalmente; por lo que considero que las familias adoptivas incluso necesitan mayor tiempo para su integración.



4.- ¿Según su experiencia profesional, considera Ud. que se deba otorgar esta licencia al padre adoptante?

Definitivamente. Considero que se discrimina a los varones en muchos aspectos, tales como este; que si bien es cierto, puede verse como algo pequeño pero también genera que muchos padres no se complementen con la familia por las mismas limitantes que las leyes ponen; la ley no ayuda a que la paternidad sea responsable

5.- ¿Cree Ud. que sea beneficioso para el menor pasar mayor tiempo con su padre adoptante?

El proceso de paternidad y maternidad debería ser el mismo, en la medida de lo posible ya que ambos son los interesados

6.- ¿Cuál es su opinión sobre la Ley de licencia por adopción que se otorga a la madre mas no al padre adoptante y que repercusiones considera que tendría ella?

Puede generar desconocimiento del menor respecto a su figura paterna, quien se vinculará más fácilmente con la madre y no así con su papá; por ende el vinculo generado con su padre adoptante será más difícil y más lento, lo cual puede generar frustración también para el padre.

7.- ¿Recomendaría Ud. que la licencia por adopción sea otorgada de la misma forma para el padre que para la madre adoptante?

Totalmente, ya que si el proceso de adaptación del niño con sus padres no es equitativo es posible que desarrolle su vínculo afectivo con la madre y no con el padre; lo cual coadyuva con el circulo vicioso de otorgar más trabajo a la madre dentro del círculo familiar y deja de lado al padre que busca ejercer una paternidad responsable y se ve limitado por la propia legislación.



¡Gracias por su colaboración!

Análisis:

Con respecto a la ley de licencia por adopción, la entrevistada indicó que el tiempo debería ser incluso mayor al de licencia por hijos biológicos, ya que la integración al tener un hijo biológico se produce de manera natural, no siendo así en el caso de un menor adoptado, ya que estos últimos cuentan con bases de su personalidad, lo que dificulta una integración sencilla al nuevo ambiente familiar.

Por otro lado, señaló que en el presente caso, la Ley estaría generando discriminación al no otorgar la licencia al padre adoptante de la misma manera que a la madre; provocando así una brecha en la que al padre adoptante se le dificultará la complementación al momento de formar la familia, limitando así además las ganas de esta persona a ejercer una paternidad responsable, lo cual generará frustración en este y dificultades en el menor adoptado, quien podría sentirse más alejado de su figura paterna.



3.1.2.3. Entrevista a Sara Rivera Almeyda

Datos generales:

Nombre completo: Sara Rivera Almeyda

Cargo actual: Fiscal en la Fiscalía especializada de familia

ESTIMADO ENTREVISTADO:

Le invito a responder el presente cuestionario. Sus respuestas, tienen por objeto recoger su valiosa opinión sobre: LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

INDICACIONES:

Al responder cada una de las preguntas según su percepción u opinión sobre los temas.

No existe respuesta correcta o incorrecta. Tómese su tiempo.

1.- ¿Cuál es su opinión respecto a las políticas de adopción en nuestro país?

Si bien es cierto, ha evolucionado, considero que aún los procesos permiten que se dilate demasiado el tiempo de trámite, son exigentes y con ello impiden que muchos niños sean adoptados ya que estos pierden la posibilidad del tiempo pues van creciendo y en su mayoría quienes adoptan prefieren a niños menores de 5 años; es decir, al pasar de dicha edad las posibilidades de adopción son muy pequeñas y ello en la mayoría de casos es generado por el Estado. El proceso de adopción ha mejorado bastante a diferencia de antes, sin embargo es necesario que se agilice más, de lo contrario se impide que se produzca en el desarrollo de su procedimiento; ello muchas veces ocurre por políticas administrativas y no necesariamente por la legislación; solo por nombrar un ejemplo, la carga en este despacho fiscal se ha visto muy afectada negativamente por la reducción de personal y de Despachos fiscales; lo cual ha originado retraso en algunos casos de abandono; y es por este tipo de cosas que se puede alargar el caso; si bien es cierto, se



pretende aplicar el interés superior del niño, empero resulta difícil establecer aquellos casos a los que se dará prioridad por encima de otros. Este es un ejemplo de políticas que impiden el funcionamiento correcto de instituciones, en tanto que los equipos encargados de las adopciones, son pequeños y tienen reuniones muy esporádicamente para evaluar los expedientes de adopción; esta situación es una traba que genera problemas para los menores, quienes crecen en los albergues con falta de afecto o cariño, y con mucha suerte llegarán a ser adoptados, pero los otros niños, no. Si vamos en esa ruta, un menor adoptado necesitará atención intensa y los padres necesitarán capacitaciones interales para saber como criar a sus hijos y ello implica tiempo y dedicación y si el Estado no provee de tiempo a esos padres cómo lo van a adoptar? Y si queremos tener un mundo mejor, sería fundamental que el Estado otorgue las facilidades a aquellos que tienen esa generosidad en el espíritu para llevar a una persona y mejorar su calidad de vida, debería ser premiado con mayores facilidades y podríamos crear así una mejor sociedad. Se deben evaluar esas etapas que obstruyen los procedimientos de adopción.

2.- ¿Según su experiencia, considera que se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de adopción?

Creo que existe una intención, pero no se pueden hacer las cosas porque antes se hacían así, creo que esos patrones deben cambiarse. Si bien se puede ver cómo funcionan las legislaciones en otros lugares, pero debe haber siempre una mejoría en la ley.

3.- ¿Cuál es su opinión sobre la regulación de la licencia por adopción en nuestro país?

Considero que esa licencia debería ser mucho más amplia, y debería ser igual para el varón y para la mujer, ya que si en una pareja deciden ser padres, es una decisión de ambos y el niño que adoptaran, no está dentro del vientre de la madre, por lo que es



beneficioso el tiempo donde ellos aprendan a interactuar con sus padres, conocerlos, vincularse; hasta la gestualidad del ser humano es una forma de comunicación fundamental y todos los niños deben conocer eso de sus padres, qué siente, que no sienten, si están molestos o no lo están.

Si no le damos la oportunidad a padres e hijos de generar esos conocimientos, estamos privando a esos niños de su derecho a que tengan más probabilidad de conocer a sus padres y generar vínculos afectivos con ellos

4.- ¿Recomendaría Ud. que la licencia por adopción sea otorgada de la misma forma para el padre que para la madre adoptante?

Claro que sí, es más, considero que en el caso de padres adoptantes la licencia debería ser más extensa que la de padres biológicos, para que exista una mayor vinculación en la familia

¡Gracias por su colaboración!

Análisis:

Con respecto al tema de licencia por adopción, la entrevistada señaló que el tiempo debería ser mucho más amplio del que se regula actualmente, además, debería ser tratado de igual manera tanto para el varón como para la mujer, tomando en cuenta que la adopción fue decisión de ambos y el niño a adoptar requerirá tiempo de interacción con ellos a fin de conocerlos y vincularse con ellos.

Señaló además que el no otorgar esta oportunidad a los padres e hijos se estaría privando a estos menores de su derecho y se está limitando la posibilidad de que estos puedan conocer mejor a sus padres y generar vínculos afectivos con ellos.

Finalmente, reiteró la idea de que la licencia por adopción debería ser más extensa para facilitar y permitir una mayor vinculación en la nueva familia formada.



4.1.3. Resultados respecto al tercer objetivo específico

La presente investigación tuvo por objetivo identificar las repercusiones que trae consigo la aplicación de la Ley de licencia por adopción en el principio de interés superior del niño al poder ser otorgada únicamente a la madre y no al padre adoptante, teniendo los siguientes hallazgos:

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Observación 14 realizada por las Naciones Unidas, que si bien son tratados internacionales ratificados por nuestro país que regulan los derechos de los niños, también sirvieron de inspiración para la incorporación legislativa de este principio en el Perú, es necesario precisar previamente su carácter obligatorio.

Con su correspondiente reglamentación incluida en el Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, la Ley N° 30466, que define lineamientos y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, ha subrayado y ampliado aún más la aplicación de este principio en nuestra nación.

Para empezar, tomemos en cuenta, que uno de los elementos a considerar, según esta Ley, es la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones del menor (conforme lo establece el artículo 9.3° del reglamento de la Ley); esto significa que se reconoce a la familia como aquella institución indispensable de la sociedad, así como el medio de crecimiento, tanto del menor, como de los miembros en general; determinando así la obligación de la familia de crear un entorno que proteja el desarrollo integral y ejercicio efectivo de derechos del niño(a) o adolescente; poniendo énfasis especial en que el gobierno, debe otorgar asistencia requerida para el desarrollo de sus funciones (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, 2018).



De la misma forma, este mismo artículo determina el derecho que tienen los niños y adolescentes de mantener vínculos personales y contacto directo con ambos padres o con la persona encargada de su cuidado (salvo que dicha situación lo ponga en peligro); y de esta manera, la autoridad competente deberá considerar la opinión del niño(a) o adolescente, la calidad de sus relaciones intrafamiliares, entre otros, protegiendo este derecho.

Ahora bien, consideraremos el artículo 4° del Reglamento donde se indican los enfoques para la aplicación de este principio, dentro de los cuales, se encuentra el reconocimiento de los niños (as) y adolescentes como sujetos de derecho, teniendo la facultad de ejercerlos de manera plena a fin de permitir el crecimiento de sus capacidades, garantizar su protección, otorgarles la libertad de elegir, entre otros; dando relevancia además a la equidad, igualdad y no discriminación -en concordancia con lo señalado por la Convención; señalando además que debe existir justicia en el trato diferenciado de niños(as) y adolescentes, tomando en cuenta sus necesidades; es decir, el trato diferenciado solo estará justificado para corregir desigualdades de origen, a través de medidas conducentes a la igualdad, en lo que respecta a beneficios, obligaciones, derechos y oportunidades (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, 2018).

Todo lo cual, concuerda específicamente con el artículo 3° del D.S N° 002-2018-MIMP (2018), que desarrolla el principio de igualdad y no discriminación -concordante con el artículo 2° la Convención; indicando que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ejercerlo sin impedimentos basados en su identidad étnica o cultural, sexo, género, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, origen, condición social o económica, discapacidad o cualquier otra condición del niño, su madre, padre, familiares o representantes legales. Este derecho debe ser ejercido por igual por todos los niños, niñas y adolescentes.



Por su parte, es de precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplica este principio en un ámbito casuístico, debiendo resaltar el caso “Atala”⁵ la CIDH indica que la precisión del interés superior se deberá realizar a partir de la valoración de las situaciones alrededor del caso en concreto, tales como las particularidades del niño, su red de apoyo, riesgos posibles, entre otros; y así proceder con la evaluación del impacto de estos en su desarrollo.

De esta manera, al realizar un análisis del artículo 4° de la Ley N° 27409, que señala que en caso los trabajadores peticionarios de adopción sean cónyuges, la licencia será tomada por la mujer; observamos que a todas luces se está vulnerando el Principio del Interés superior del niño, en tanto que, se está limitando el derecho del menor de generar y desarrollar un vínculo afectivo con el padre adoptante; asimismo, se está realizando una diferenciación injustificada entre el menor adoptado y el hijo biológico, pues este último sí goza del derecho de crear este vínculo con su padre biológico; por ende advertimos la vulneración de la Ley N° 30466, su respectivo reglamento (más específicamente el artículo 9.3), así como el derecho a la igualdad, regulado en el artículo 2.2 de nuestra Constitución y que se encuentra en concordancia con el artículo 2° de la Convención sobre los derechos del niño y adolescente.

4.2. Resultados respecto al objetivo general

La presente investigación tuvo por objetivo identificar las razones que justifican una propuesta legislativa para conceder la licencia por adopción al padre adoptante de la misma manera que la Ley le concede a la madre desde la perspectiva del Interés Superior del Niño, teniendo los siguientes hallazgos:

⁵ CIDH: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr. 109



Convención Internacional sobre Derechos del niño y el derecho a la igualdad

Para empezar, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se reconoce el rango supra constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; siendo parte de ellos la Convención sobre los derechos del niño, ya que el mismo fue aprobado y promulgado en nuestro país – recalcando así la obligatoriedad de cumplimiento de esta Convención realizada por las Naciones Unidas, que, además ha servido como inspiración para la incorporación legislativa de este principio en el Perú; debiendo ser interpretado, además, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos; que en su artículo 1° ha señalado lo siguiente:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

La Convención establece en su artículo 2°:

“1. Los Estados parte 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. 2. Los Estados parte 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.” (Convención sobre los derechos del niño, 2006).

A su vez, el principio de igualdad se encuentra escudriñado en los artículos 23° y 74° de dicho cuerpo normativo; por lo que internacionalmente, se ha demostrado siempre



la atención al derecho a la igualdad y a la no discriminación, cuya definición primigenia la podemos encontrar en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (1958), sobre la discriminación.

Por su parte, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF, ha determinado la importancia de la protección de los derechos de la infancia, tales como la salud, educación, protección e igualdad. Asimismo, ha manifestado que el principio de no discriminación para el acceso y goce de derechos de los niños, implica una doble acción gubernamental: realizar acciones imprescindibles para impedir cualquier tipo o manifestación discriminatoria y subsanar circunstancias de desigualdad a través de acciones efectivas. (Convención sobre los derechos del niño, 2006)

Hablamos así del derecho a la igualdad; que se ve vulnerado por la Ley N° 27409; en el extremo que impide al padre adoptante gozar de la licencia por adopción, cuando ambos adoptantes son cónyuges; generando una diferenciación entre hijos adoptados e hijos biológicos, creando un escenario en el que estos últimos sí pueden gozar de un tiempo de interacción y generación del vínculo familiar; mientras los primeros no podrán gozar de dicha interacción con su padre adoptante; pese a que tanto la Convención como los demás instrumentos normativos internacionales mencionados, refieren que no se puede realizar distinción alguna entre niños por su origen.

Asimismo, se hace una diferenciación injustificada entre madre y padre adoptante, otorgando a la primera un rol trascendental en la creación y perfeccionamiento del vínculo afectivo en la familia adoptiva, pero poniendo una limitante para el padre, limitando que el mismo pueda generar y desarrollar su vínculo afectivo con el menor, a diferencia de la madre adoptante.



De esta forma, los instrumentos normativos internacionales desarrollados, amparan el derecho a la igualdad que alcanza a todos los hombres y niños, sin distinción alguna; por lo que, es necesario que la licencia por adopción sea otorgada de la misma manera tanto para el padre, como la madre adoptante; ello en vista de que al no hacerlo se genera discriminación al menor adoptado frente a un hijo biológico, que sí gozará del tiempo con ambos padres; así como la discriminación al padre adoptante, que ve limitada su posibilidad de ejercer una paternidad responsable e implicada en la crianza del menor adoptado.

Constitución política del Perú y Derecho a la igualdad (2.2 Constitución)

Nuestra Constitución regula lo siguiente en su artículo 2° inciso 2:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.” (Constitución Política del Peru, 1993)

Queda claro que el derecho a la igualdad ante la ley se encuentra amparado constitucionalmente y tiene carácter de derecho fundamental. Este derecho constituye una de las bases primordiales de la democracia en un país, ya que refiere que todos tenemos los mismos derechos y somos iguales ante la ley, sin abrir paso a ninguna forma de discriminación por condiciones de diversas índoles, como son la raza, sexo, idioma, entre otros.

Respecto a la licencia por adopción, es claro que el artículo 4° realiza una diferenciación entre la madre y el padre adoptante, otorgando este derecho únicamente a la madre cuando ambos son cónyuges. En este caso, concordamos con la opinión del primer entrevistado (Dr. Mauro Mendoza), quien señaló la vulneración del derecho a la



igualdad por parte de esta normativa, así como de los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que protegen a todas las clases de familias no consanguíneas; indicando la importancia de que esta licencia sea otorgada tanto al padre como a la madre adoptante, en aras de favorecer el fortalecimiento del nuevo vínculo que se va a crear mediante la adopción.

Es así, que advertimos que la Ley de licencia por adopción, en su artículo 4°, colisiona el derecho a la igualdad, regulado en el artículo 2.2 de la Constitución, generando una diferenciación entre el padre y la madre adoptante, al promover un trato diferenciado entre los mismos, perjudicando además el desarrollo del vínculo afectivo entre padre e hijo; lo cual justifica totalmente, una modificación en esta Ley.

Constitución política del Perú y la protección de la familia

El artículo 4° de nuestra Constitución señala lo siguiente:

“**Artículo 4.-** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)” (Constitución Política del Peru, 1993).

Tanto más, que el Tribunal Constitucional ha reconocido la protección integral que se debe otorgar a todos los tipos de familia -esto incluye familias adoptivas, ensambladas, monoparentales, entre otros- observamos que la Ley, sin embargo, otorga un menor beneficio a una familia formada por la institución de la adopción; poniendo límites a la generación de un vínculo afectivo por ambos padres adoptantes.

Es así, que nos encontramos de acuerdo con la segunda persona entrevistada (Celinda Enriquez Huamani), quien manifestó que la integración al tener un hijo biológico



se produce de naturalmente, lo que no ocurre con un menor adoptado, quien ya cuenta con las bases de su personalidad formados y además ha tenido que pasar por diversas circunstancias negativas que lo llevaron a ser declarado en abandono, siendo estos los retos a los que tendrá que enfrentarse la nueva familia formada por el padre, la madre y el menor.

Asimismo, se está creando una brecha en la que al padre adoptante se le dificultará la complementación al momento de formar la familia, limitando así además las ganas de esta persona a ejercer una paternidad responsable, lo cual generará frustración en este y dificultades en el menor adoptado, quien podría sentirse más alejado de su figura paterna.

Por su parte, la tercera persona entrevistada (Sara Rivera Almeyda), recalcó además que el no otorgar esta oportunidad a los padres e hijos se estaría privando a estos menores de su derecho y se está limitando la posibilidad de que estos puedan conocer mejor a sus padres y generar vínculos afectivos con ellos, con lo cual estamos de acuerdo a fin de permitir una mayor integración en la nueva familia formada.

Por estos motivos, se produce una afectación en la institución de la familia adoptiva, al verse ella limitada en su posibilidad de crear y desarrollar el vínculo afectivo entre el padre adoptante y el menor adoptado; distinción que debe ser corregida con la modificación de la norma, a fin de que se otorgue la licencia a ambos padres adoptantes por igual, ya que ambos padres tomaron la decisión de conformar esta nueva familia.

Ley N° 30466, Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP y el Principio de interés superior del niño

Conforme Román Riquelme, (2018) hay que recalcar y considerar el principio de interés superior del niño, no debe ser considerado como una concepción de bienestar social o de bondad, sino como un derecho de estos a ser respetados, en tanto que cualquier



medida que se tome y afecte a los niños, considere la protección de sus intereses y no los perjudique.

Así, se publicó la Ley N° 30466 basada en las conclusiones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual, junto con su reglamento contenido en el D.S. N° 002-2018-MIMP, establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, enfatizando y avanzando en la utilización de este principio en nuestra nación.

Debido a que el artículo 4 de la Ley N° 27409 vulnera el artículo 9.3 del Reglamento de la Ley N° 30466, que reconoce a la familia como una institución crucial de la sociedad y un medio de desarrollo tanto para el menor como para sus miembros en general, y que establece los derechos de los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones estrechas y contacto directo con ambos progenitores o la persona a cargo, concluimos que el artículo 4 de la Ley N° 27409 vulnera el principio del interés superior del niño.

Es así que, respecto a este punto, la legislación no está considerando este elemento, ya que ha descartado totalmente el derecho del menor a gozar del tiempo con su padre adoptante al igual que su madre adoptante; vulnerando y limitando la calidad de su relación intrafamiliar con este.

Por su parte, advertimos también la vulneración al artículo 4° del Reglamento donde se otorga relevancia además a la equidad, igualdad y no discriminación -en concordancia con lo señalado por la Convención; señalando que, en otras palabras, el trato diferenciado sólo se justificará para corregir las desigualdades subyacentes mediante acciones que promuevan la igualdad en términos de recompensas, obligaciones, derechos



y oportunidades. La justicia debe estar presente en el tratamiento diferenciado de los niños y adolescentes, teniendo en cuenta sus necesidades.

Es decir, únicamente cabría una distinción entre familias consanguíneas y adoptivas, en tanto que se busque la equidad entre ambas; sin embargo, en el presente caso, la Ley N° 27409, en su artículo 4° surge de una situación de especial vulnerabilidad ya existente en la familia adoptiva, y aun a pesar de ello, hace una diferenciación quitando un beneficio a dicha familia, que sí le es otorgado a la familia consanguínea; por ende vemos que dicha diferenciación no se encuentra justificada y peor aún, constituye una vulneración directa al principio de interés superior del niño, generando una situación de desigualdad, lo que también vulnera el artículo 3° del Reglamento, que regula el principio de equidad y no discriminación.

Por ende, es evidente la vulneración que efectúa el artículo 4° de la Ley de Licencia por adopción, ya que está limitando el derecho del menor de generar y desarrollar un vínculo afectivo con el padre adoptante; asimismo, se está realizando una diferenciación injustificada entre el menor adoptado y el hijo biológico, pues este último sí goza del derecho de crear este vínculo con su padre biológico; por ende advertimos la vulneración de la Ley N° 30466, su respectivo reglamento, razones por las cuales, debe modificarse la referida Ley y otorgarse dicha licencia tanto al padre como a la madre adoptante.



CAPÍTULO V DISCUSION

5.1. Descripción de los hallazgos más relevantes y significativos

En la presente investigación se realizaron entrevistas y se analizaron normas con relación a la licencia por adopción y a su vez, los datos recolectados hicieron posible identificar aspectos relevantes y fundamentales que deben ser desarrollados. Así, por ejemplo, es importante conocer que la adopción es una medida que tiene como finalidad generar un vínculo entre el menor adoptado y sus padres adoptantes, tomando en cuenta el especial apoyo que deben recibir los primeros y su especial vulnerabilidad al haber sido declarados en abandono por las circunstancias que atravesaron.

Asimismo, desde la Perspectiva del Niño como Sujeto de Derecho avalada por la Convención de los derechos del niño, evidenciamos que la adopción es una institución de derecho del niño y adolescente y se basa en la integración familiar, teniendo por principal objetivo la creación de un vínculo de filiación y debiendo priorizar el bienestar del menor y la protección de la familia, tal y como se determina en nuestra Constitución.

Del mismo modo, conforme a la teoría institucional, que es imperante en nuestro país, se reconoce a la adopción como una institución perteneciente al derecho de los niños y adolescentes; entendiéndolo como un cuerpo normativo dotado de principios específicos y que tiene por fin principal la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes, lo que también ha sido señalado por Salazar Blanco (2004).



Por su parte, también resaltamos lo señalado por el especialista en Derecho de Familia, Dr. Mauro Mendoza Delgado, quien en nuestra entrevista manifestó que la adopción es una forma de consolidar a la familia; consecuentemente verificamos que la finalidad de la adopción gira principalmente entorno a la protección de los menores y su bienestar, lo que, a su vez concuerda con el estudio de Garcia Mattos (2019), donde se concluyó que el niño es el fin supremo de las políticas nacionales orientadas a su tutela y a su guarda, por ello, las normas que regulan la protección del infante en abandono deben velar por su reincorporación a una familia que garantice su bienestar, felicidad y su adecuado desarrollo físico y moral, basándose en los principios de solidaridad familiar e igualdad entre los miembros que la componen, sin diferenciarlo de un hijo biológico.

A partir de la investigación realizada, resaltamos además que corresponde la licencia igualmente para familias adoptivas, de acuerdo con el artículo 2.2 de la Constitución que regula el derecho a la igualdad y debe ser otorgada de la misma manera, tanto para el padre como para la madre adoptante.

Asimismo, es evidente que toda decisión u acto que pudiere afectar en alguna medida el interés y derecho del niño debe adecuarse a los principios que protejan al menor; sobre todo en el proceso de adopción, ya que del mismo surge el momento en el cual el niño comienza a convivir con su nueva familia, entabla y generar vínculos y lazos afectivos con un grupo de personas que hasta este tiempo eran desconocidos, de acuerdo al estudio realizado por Tobares (2019).

Ahora bien, respecto a las repercusiones de la ley de licencia laboral por adopción vigente, concordamos también con lo señalado por los tres expertos entrevistados, quienes manifestaron que la Ley vulnera el derecho a la igualdad de los menores, así como también dificulta la vinculación familiar, dificultando así el perfeccionamiento de la institución de la adopción y excluyendo al padre adoptante, pese a que este debe ejercer



su paternidad en la misma medida que la madre; contradiciendo además la Ley N° 30466 que establece parámetros y Garantías Procesales para la consideración primordial del Interés Superior Del Niño y el artículo 9.3° de su reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° N° 002-2018-MIMP.

Finalmente, a partir de los hallazgos encontrados en el análisis de nuestra legislación nacional e internacional, se ha demostrado nuestra hipótesis general, en tanto que es evidente que se debe otorgar la licencia por adopción de la misma manera al padre adoptante a fin de que pueda fortalecer el vínculo familiar con el menor en aras del principio de interés superior del niño. Ello guarda relación con la Convención Internacional sobre los derechos del niño, nuestra Constitución y la Ley N° 30466 y su respectivo reglamento.

Finalmente, a partir de los hallazgos encontrados en el análisis de nuestra legislación nacional e internacional, se ha demostrado nuestra hipótesis general, en tanto que es evidente que se debe otorgar la licencia por adopción de la misma manera al padre adoptante a fin de que pueda fortalecer el vínculo familiar con el menor en aras del principio de interés superior del niño. Ello guarda relación con la Convención Internacional sobre los derechos del niño, nuestra Constitución y la Ley N° 30466 y su respectivo reglamento.

5.2. Limitaciones del estudio

Una de las dificultades presentadas para el desarrollo de esta investigación es la reserva de los casos de niños en estado de abandono y de los casos de adopción como tales, datos que deben ser obtenidos de la base de datos e información otorgada por el Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, debido a la delicadeza de los mismos. Asimismo, otra dificultad fue superar la discriminación de género existente al momento de otorgar licencia por menor tiempo a los padres, causando distanciamiento en la familia.



5.3.Comparación crítica con la literatura existente

La presente investigación gira en torno a la situación de la regulación de la licencia por adopción en nuestro país. Con relación a ello, encontramos la investigación de Garcia Mattos (2019), quien concluyó que el niño es el fin supremo de las políticas nacionales orientadas a su tutela y a su guarda, por ello, las normas que regulan la protección del infante en abandono deben velar por su reincorporación a una familia que garantice su bienestar, felicidad y su adecuado desarrollo físico y moral, basándose en los principios de solidaridad familiar e igualdad entre los miembros que la componen, sin diferenciarlo de un hijo biológico. De la misma manera, en este trabajo de investigación, hemos verificado que la finalidad de la adopción gira principalmente entorno a la protección de los menores y su bienestar.

Similares resultados fueron hallados por Yanina Paola Tobares, quien concluyó que toda decisión u acto que pudiere afectar en alguna medida el interés y derecho del niño debe adecuarse a los principios que protejan al menor; sobre todo en el proceso de adopción, ya que del mismo surge el momento en el cual el niño comienza a convivir con su nueva familia, entabla y generar vínculos y lazos afectivos con un grupo de personas que hasta este tiempo eran desconocidos (2019). De lo anterior, podemos indicar que es imprescindible que cualquier normativa o disposición emanada del Estado, debe considerar el principio de interés superior del niño, tal es el caso de la licencia por adopción de menores; en tanto que actualmente, dicho principio no es tomado en cuenta.

De igual manera, los resultados de Huerta Suárez (2018) refuerzan lo señalado, manifestando que el Principio del Interés Superior del Niño, constituye un principio de carácter supranacional de defensa de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Y, en el Perú se encuentra regulado en el art IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, así como en la Ley N° 30466 que fija parámetros



para garantizar el Interés Superior del Niño y que el análisis de la Doctrina y jurisprudencia de nuestro país nos permiten manifestar que el interés superior del niño se define como un principio garantista. De modo que toda decisión judicial y administrativa que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos. En un sentido similar, nuestra investigación halló la necesidad de involucrar de manera más eficiente este principio a nuestra legislación, en especial a la ley que regula la licencia por adopción de menores.

Del mismo modo, los resultados de **Cordero de la Cruz y Yáñez Jumbo (2013)**, concluyeron que si bien es cierto la adopción es un proceso mediante el cual se construye una familia, integrando a un hijo que no es biológico; dentro de la sociedad ecuatoriana todavía existen muchos estereotipos sociales que amenazan directamente este tema. En este sentido, en el presente estudio se pretende erradicar dichos estereotipos, puesto que los hijos y familias adoptivas no deberían ser consideradas diferentes a las biológicas.

5.4. Implicancias del estudio

A partir del presente trabajo otros investigadores podrían iniciar estudios tomando en cuenta los otros elementos necesarios para garantizar el principio de interés superior del niño. Ello, debido a que los resultados nos permiten observar que el menor adoptado, requiere un tratamiento igualitario al de un hijo biológico, en base al derecho a la protección familiar la integración de ellos, se asegura la verdadera calidad de la educación. De igual forma, los resultados obtenidos y el análisis efectuado de normas e información vertida por estudiantes y especialistas pueden servir de guía para la mejora de políticas existentes en torno a igualdad de derechos y el respeto de todas las clases de familia; así como para la licencia por adopción.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- De acuerdo a la finalidad de la adopción (primer objetivo específico), concluimos que, esta es una institución de derecho del niño y adolescente y se basa en la integración familiar, teniendo por principal objetivo la creación de un vínculo de filiación y debiendo priorizar el bienestar del menor y la protección de la familia; siendo la teoría institucional la imperante en nuestro país, que reconoce a la adopción como una institución perteneciente al derecho de los niños y adolescentes; entendiéndolo como un cuerpo normativo dotado de principios específicos y que tiene por fin principal la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes. Podemos considerarla también como una manera de consolidar a la familia; consecuentemente verificamos que la finalidad de la adopción gira principalmente entorno a la protección de los menores y su bienestar.

SEGUNDA.- Respecto a la opinión de expertos sobre la regulación de la licencia por adopción (segundo objetivo específico), esta ha sido unánime al manifestar que ella corresponde igualmente para familias adoptivas, de acuerdo al artículo 2.2 de la Constitución que regula el derecho a la igualdad, tanto para el padre como para la madre adoptante, ya que del proceso de adopción surge el momento en el cual el niño comienza a convivir con su nueva familia, entablar y generar vínculos y lazos afectivos con un grupo de personas que hasta este tiempo eran desconocidos, asimismo, de acuerdo con lo señalado por la Ley que desarrolla los lineamientos del Principio de interés superior del niño y tratados internacionales, con lo cual nos encontramos totalmente de acuerdo.



TERCERA.- Sobre las repercusiones que tiene la aplicación de la ley de licencia laboral por adopción vigente (tercer objetivo específico), es la vulneración el derecho a la igualdad de los menores, generando dificultad en la vinculación familiar, obstaculizando así el perfeccionamiento de la institución de la adopción y excluyendo al padre adoptante; contradiciendo además la Ley N° 30466 que establece parámetros y Garantías Procesales para la consideración primordial del Interés Superior Del Niño y el artículo 9.3° de su reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° N° 002-2018-MIMP.

CUARTA.- Finalmente, en relación a nuestro objetivo general, concluimos que existen diversos motivos para el otorgamiento de la licencia por adopción al padre adoptante, ya que, a través de la Ley N° 27409 se regula la misma con la finalidad de otorgar al trabajador un descanso, con goce de haber, de 30 días naturales para que ingrese en un proceso de familiarización con el niño recién adoptado y se desarrolle un contacto afectivo y parental con la persona que vendría a pertenecer a un nuevo seno familiar. Siendo así, debe derogarse el artículo 4°- que manifiesta que cuando los adoptantes sean cónyuges, la licencia se otorgará únicamente a la mujer, en razón a los principios consagrados respecto a la niñez tanto en el ámbito peruano como internacional; por todo ello se debe otorgar la licencia por adopción de la misma manera al padre adoptante a fin de que pueda fortalecer el vínculo familiar con el menor en aras del principio de interés superior del niño, en cumplimiento de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, nuestra Constitución y la Ley N° 30466 y su respectivo reglamento. Consecuentemente, se concluye la validez de la hipótesis planteada.



RECOMENDACIONES

PRIMERA.- En relación a la finalidad de la institución de la adopción, consideramos que nuestro marco normativo debe encontrarse direccionado hacia la promoción de la unidad y el desarrollo familiar, fomentando la paternidad responsable y el involucramiento de estos en la familia, a fin de establecer vínculos familiares más sólidos y equilibrados; donde se otorgue prioridad a los intereses del menor adoptado y el respeto de sus derechos.

SEGUNDA.- En concordancia con la opinión de expertos, es necesario que el legislador tome en cuenta los presupuestos constitucionales como el artículo 2.2 de la Constitución y más específicamente el derecho a la igualdad para la creación y promulgación de leyes o procedimientos que afecten el interés de los menores.

TERCERA.- Para no generar repercusiones negativas por la aplicación de la ley de licencia por adopción, es necesario que el legislador tome en cuenta la Ley N° 30466 que establece parámetros y Garantías Procesales para la consideración primordial del Interés Superior Del Niño y su reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° N° 002-2018-MIMP para la creación y promulgación de leyes o procedimientos que afecten el interés de los menores y más específicamente, para la aplicación de la Ley de licencia por adopción.

CUARTA.- La licencia por adopción regulada por la Ley N° 27409 debe ser otorgada de la misma manera para el padre adoptante como para la madre adoptante, sin distinción alguna, ya que ello permitirá que el padre adoptante ingrese en un proceso de familiarización con el niño recién adoptado y se desarrolle un contacto afectivo y parental con la persona que vendría a pertenecer a un nuevo seno familiar, en aras del principio de interés superior del niño, en cumplimiento de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, nuestra Constitución y la Ley N° 30466 y su respectivo reglamento.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abogados Calificados. (s.f.). *Adopciones a nivel judicial*. Recuperado el 19 de diciembre de 2020, de <https://www.abogadoscalificados.com.pe/adopcionesj.html>
- Abramson, B. (2008). *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 2: The Right of Non-Discrimination*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Ágreda, J. (05 de febrero de 2019). *Licencias laborales: Qué son y cuáles existen en la legislación peruana*. (D. E. Comercio, Ed.) Recuperado el 14 de diciembre de 2020, de <https://elcomercio.pe/economia/personal/licencias-laborales-son-existen-legislacion-peruana-noticia-587008-noticia/?ref=ecr>
- Ainsworth, M., Blehar, M., Waters, E., & Wall, S. (1978). *Patterns of attachment. A Psychological Study of the Strange Situation*. Nueva York: Psychology Press. Recuperado el 17 de marzo de 2022, de <https://mindsplain.com/wp-content/uploads/2021/01/Ainsworth-Patterns-of-Attachment.pdf>
- Bayefsky, A. F. (1990). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. Estados Unidos: Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2.
- Bofill, A., & Cots, J. (1999). *La Declaración de Ginebra*. Recuperado el 19 de diciembre de 2020, de PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf
- Bosert, G., & Zanoni, E. (1996). *Manual de Derecho de Familia 2da edición*. Buenos Aires: Astrea.



Bowlby, J. (1993). *El vínculo afectivo*. Barcelona: Paidós.

Bruñol, M. C. (2002). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO*.

Obtenido de http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). (25 de junio de 1958). Obtenido de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111

Caballero, B. (2018). *El niño abandonado: el apego desorganizado reactivo*. Recuperado el 17 de marzo de 2022, de <https://lamenteesmaravillosa.com/el-nino-abandonado-el-trastorno-reactivo-de-apego-tra/>

Cabanelas de Torres, G. (1997). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta S.R.L. doi:ISBN 950-9065-98-6

CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. (24 de febrero de 2012). *de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Chunga Lamonja, F. (1995). *Derecho de menores*. Lima: Editorial Grijley.

Código Civil Francés. (21 de marzo de 1804). Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_Francia

Código de trabajo de Chile. (31 de julio de 2022). *D.F.L. Núm. 1*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436&idParte=0>



Código sustantivo del trabajo de Colombia. (05 de agosto de 1950). Obtenido de <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1539/CodigoSustantivodelTrabajoColombia.pdf>

Colin, A., & Capitant, H. (1923). *Curso de Derecho Civil Francés tomo I*. Madrid: Reus.
Congreso de la República del Perú. (2001). *14° sesión matinal*. Lima.

Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993). Obtenido de <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>

Convencion sobre los derechos del niño. (20 de noviembre de 1909). Obtenido de https://www.eird.org/cd/toolkit08/material/otros/derechos_de_los_ninos/articulos.pdf

Convención sobre los derechos del niño. (junio de 2006). Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Cornejo Chavez, H. (1957). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Derecho PUCP.

Declaracion Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Decreto Legislativo 295. (24 de julio de 1984). *Código civil*. Obtenido de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682684>

Decreto Legislativo N° 1297. (29 de diciembre de 2016). *Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos*. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-para-la-proteccion-de-ninas-ninos-y-ado-decreto-legislativo-n-1297-1468962-4/>



Decreto Ley N° 22209. (13 de junio de 1978). *Modificatoria del Código de menores.*

Obtenido de <https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/22209-jun-13-1978.pdf>

Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP. (30 de mayo de 2018). *Reglamento de la Ley N°*

30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Obtenido de <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/ds-002-2018-mimp.pdf>

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.* Madrid: Trotta.

García Mattos, M. G. (2019). *Adopción: instrumento de protección de la integridad de los menores en aras del interés superior del niño.* Lima.

Garrido Álvarez, R. (2021). *El interés superior del niño y el razonamiento jurídico.*

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho. Recuperado el 30 de marzo de 2022, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/download/8151/10094>

Ley Federal del trabajo. (01 de abril de 1970). Obtenido de

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_de_l_Trabajo.pdf

Ley N° 17292 . (25 de enero de 2001). *LEY DE URGENCIA. ADMINISTRACION*

PUBLICA. FOMENTO Y MEJORAS DEL EMPLEO. Obtenido de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17292-2001>

Ley N° 23337. (07 de agosto de 2000). *Código de los niños y adolescentes.* . Obtenido de

<https://lpderecho.pe/codigo-ninos-adolescentes-ley-27337-actualizado/>



- Ley N° 30466. (17 de junio de 2016). *LEY QUE ESTABLECE PARÁMETROS Y GARANTÍAS PROCESALES PARA LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/nueva-ley-no-30466-fija-parametros-para-garantizar-el-interes-superior-del-nino-legis-pe/>
- Ley N° 8305. (30 de agosto de 1936). *Código Civil de 1936*. Obtenido de http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf
- Ley N° 26981. (01 de octubre de 1998). *Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad declarados judicialmente en abandono*. Obtenido de http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad_nacional_adoptaciones/1_Ley_26981.pdf
- Ley N° 27409. (25 de enero de 2001). *Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción*. Obtenido de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H801102>
- Main, M., & Solomon, G. (1990). *Procedures for identifying infants as disorganized/disoriented during The Ainsworth Strange Situation*. Chicago: Chicago University Press.
- Medina, E. (s.f.). *Familia adoptiva. definición*. Recuperado el 19 de diciembre de 2020, de <https://www.tucaminodelbienestar.com/familia-adoptiva/#:~:text=Familia%20adoptiva%20es%2C%20juridicamente%2C%20cuando,relaci%C3%B3n%20de%20paternidad%20o%20maternidad.&text=En%20este%20post%20te%20vamos,familia%20adoptiva%20y%20a%20donde%20acudir>.
- Mejia Salas, P. (2013). *La adopción en el Perú*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.



MIMP. (28 de febrero de 2019). *Estadísticas - 2019*. Obtenido de Estadísticas - 2019:

https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/estadisticas/Estadisticas_DGA_al_2019-02-28_v2.pdf

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2013). *Cuadernos sobre poblaciones vulnerables N° 3. Adopción y el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia*. (Vol. 03). Lima, Perú. Recuperado el 18 de diciembre de 2020, de

https://www.mimp.gob.pe/files/mimp/especializados/boletines_dvmpv/cuaderno_3_dvmpv.pdf

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (s.f.). *¿Qué es la adopción?* Obtenido de

<https://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/que-es-adopcion.php#:~:text=La%20adopci%C3%B3n%20ante%20la%20Direcci%C3%B3n,pertenecer%20a%20su%20familia%20consangu%C3%ADnea.>

Moliner Navarro, R. (2012). *Adopción, familia y derecho*. Bolivia: Revista boliviana de

derecho. Recuperado el 11 de marzo de 2022, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539911007>

Naciones Unidas. (2013). *Observación N° 14*. Obtenido de

https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

OMS. (2020). *Desarrollo de la adolescencia*. Obtenido de

https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/

Organización Internacional de Trabajo. (23 de marzo de 1998). *Conferencia Internacional del Trabajo 87.a reunión 1999*. Recuperado el 19 de diciembre de

2020, de Informe V (1) La protección de la maternidad en el trabajo: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-v-1.htm>



Organización Internacional del Trabajo. (1944). *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)*. Obtenido de <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>

Pérez, S. P., & Santiago, M. A. (s.f.). *El concepto de adolescencia*. Obtenido de http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/prevemi/capitulo_i_el_concepto_de_adolescencia.pdf

Real Academia Española. (2020). *DRAE*. Obtenido de <https://dle.rae.es/inter%C3%A9s?m=form>

Real Academia Española. (2020). *DRAE*. Obtenido de <https://dle.rae.es/superior?m=form>

Real Academia Española. (2020). *DRAE*. Obtenido de <https://dle.rae.es/ni%C3%B1o?m=form>

Rodríguez Zepeda, J. (2004). , *¿Qué es la discriminación y como combatirla?*, *Colección Cuadernos de la Igualdad*. México: CONAPRED.

Román Riquelme, J. (2018). *El interés superior del niño, niña y adolescente a la vista de*. Obtenido de <http://abogacia.maimonides.edu/%E2%80%9C%26%20interes-superior-del-nino-nina-y-adolescente-a-la-vista-de-los-jueces-sus-fallos-einterpretacion-del-principio-garantista%E2%80%9D/>

Rosser Limiñana, A. (2010). *Evolución del proceso de adopción y satisfacción percibida por las familias adoptivas*. Valencia: Cortes Valencianas.

Sajón, R. (1995). *Derecho de menores*. Buenos Aires: Valencia.

Salazar Blanco, G. (2004). *La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño*.



Lima: Foro Jurídico PUCP. Obtenido de
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18359/18602>

Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, J. (2006). *La filiación: contenido y determinación*. Madrid, España. Recuperado el 19 de diciembre de 2020, de
[https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf)

Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 09332-2006-PA/TC. (30 de noviembre de 2007). Obtenido de
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>

Tobares, Y. P. (2019). *RECEPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL RÉGIMEN DE LICENCIAS POR ADOPCIÓN CONSAGRADAS EN LA LEY PROVINCIAL N° 7.233*. Argentina.

Treviño Pizarro, M. C. (2017). *Derecho Familiar*. México: IURE Editores. doi:ISBN 978-607-616-084-8

Vélez Villegas, J. D. (s.f.). *Licencias laborales*. Obtenido de
<http://m.smshungama.in/bitstream/10946/3102/1/22-Licencias%20Laborales.pdf>

Villalba Hualla, M. H. (2017). *MENORES EN ESTADO DE ABANDONO COMO FACTOR CAUSAL DE TRATA DE PERSONAS EN EL DISTRITO DE TAMBOPATA, PROVINCIA DE TAMBOPATA, DEPARTAMENTO DE MADRE DE DIOS*. Obtenido de <http://repositorio.uandina.edu.pe/handle/UAC/1010>

Wikipedia Enciclopedia Libre. (s.f.). Recuperado el 15 de octubre de 2022, de Derechos del niño:



https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_del_ni%C3%B1o#Derechos_de_los_ni%C3%B1os



ANEXOS

ANEXO N° 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS DE TRABAJO	MÉTODO
¿Qué razones justifican una propuesta legislativa para conceder la licencia por adopción al padre adoptante de la misma manera que la Ley le concede a la madre desde la perspectiva del Interés Superior del Niño?	Identificar las razones que justifican una propuesta legislativa para conceder la licencia por adopción al padre adoptante de la misma manera que la Ley le concede a la madre desde la perspectiva del Interés Superior del Niño.	<i>Dado que actualmente se otorga la licencia por adopción a la madre adoptante y ello se encuentra regulado en la ley, es probable que se deba otorgar dicha licencia de la misma manera al padre adoptante a fin de que pueda fortalecer el vínculo familiar con el menor en aras del principio de interés superior del niño.</i>	<p><u>Enfoque de Investigación:</u> Cualitativo: Puesto que el estudio se basa en el análisis y la interpretación de documentos normativos nacionales e internacionales, así como la recolección de datos para responder las preguntas de la investigación.</p> <p><u>Tipo de Investigación jurídica:</u> Dogmático propositivo: Ya que se pretende realizar una propuesta para mitigar la problemática actual y superar las deficiencias encontradas.</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORIAS DE ESTUDIO	UNIDAD DE ANALISIS
<p>1° ¿Cuáles son los fines de la adopción regulados en nuestra legislación vigente?</p> <p>2° ¿Cuál es la opinión de expertos en la materia respecto a la regulación de la licencia por adopción?</p> <p>3° ¿Qué repercusiones trae consigo la aplicación de la Ley de licencia por adopción en el principio de interés superior del niño al poder ser otorgada únicamente a la madre y no al padre adoptante?</p>	<p>1° Determinar los fines de la adopción regulados en nuestra legislación vigente.</p> <p>2° Analizar la opinión de expertos en la materia respecto a la regulación de la licencia por adopción.</p> <p>3° Identificar las repercusiones que trae consigo la aplicación de la Ley de licencia por adopción en el principio de interés superior del niño al poder ser otorgada únicamente a la madre y no al padre adoptante.</p>	<p>1°.(Categoría Temática) Adopción</p> <p>2°.(Categoría Temática) Licencia laboral por adopción</p> <p>3°.(Categoría Temática) Principio de interés superior del niño</p>	<p>La presente investigación enfoca su análisis en el tema de la protección a la familia en la actualidad, ya que hay distintos tipos de familia, dentro de las cuales se encuentran las familias adoptivas, en relación con la licencia por adopción en el Perú, desde la perspectiva del Principio de Interés Superior del Niño.</p>



ANEXO N° 2: INSTRUMENTOS

2.1.- GUIA DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA

Datos generales:

Nombre completo:

Cargo actual:

ESTIMADO ENTREVISTADO:

Le invito a responder el presente cuestionario. Sus respuestas, tienen por objeto recoger su valiosa opinión sobre: LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

INDICACIONES:

Al responder cada una de las preguntas según su percepción u opinión sobre los temas. No existe respuesta correcta o incorrecta. Tómese su tiempo.

- 1.- ¿Cuál es su opinión respecto a las políticas de adopción en nuestro país?**

- 2.- ¿Según su experiencia, considera que se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de adopción?**

- 3.- ¿Cuál es su opinión sobre la regulación de la licencia por adopción en nuestro país?**

- 4.- Además, hay una Sentencia del Tribunal Constitucional donde reconoce que todos los tipos de familia tienen que ser considerados de la misma manera ¿no?**

- 5.- ¿Según su experiencia profesional, considera Ud. que se deba otorgar esta licencia al padre adoptante?**

- 6.- ¿Cree Ud. que sea beneficioso para el menor pasar mayor tiempo con su padre adoptante?**

- 7.- ¿Cuál es su opinión sobre la Ley de licencia por adopción que se otorga a la madre mas no al padre adoptante y que repercusiones considera que tendría ella?**

- 8.- ¿Recomendaría Ud. que la licencia por adopción sea otorgada de la misma forma para el padre que para la madre adoptante?**

¡Gracias por su colaboración!



Datos generales:

Nombre completo:

Cargo actual:

ESTIMADO ENTREVISTADO:

Le invito a responder el presente cuestionario. Sus respuestas, tienen por objeto recoger su valiosa opinión sobre: LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

INDICACIONES:

Al responder cada una de las preguntas según su percepción u opinión sobre los temas. No existe respuesta correcta o incorrecta. Tómese su tiempo.

- 1.- ¿Cuál es su opinión respecto a las políticas de adopción en nuestro país?**

- 2.- ¿Según su experiencia, considera que se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de adopción?**

- 3.- ¿Cuál es su opinión sobre la regulación de la licencia por adopción en nuestro país?**

- 4.- ¿Según su experiencia profesional, considera Ud. que se deba otorgar esta licencia al padre adoptante?**

- 5.- ¿Cree Ud. que sea beneficioso para el menor pasar mayor tiempo con su padre adoptante?**

- 6.- ¿Cuál es su opinión sobre la Ley de licencia por adopción que se otorga a la madre mas no al padre adoptante y que repercusiones considera que tendría ella?**

- 7.- ¿Recomendaría Ud. que la licencia por adopción sea otorgada de la misma forma para el padre que para la madre adoptante?**

¡Gracias por su colaboración!



Datos generales:

Nombre completo:

Cargo actual:

ESTIMADO ENTREVISTADO:

Le invito a responder el presente cuestionario. Sus respuestas, tienen por objeto recoger su valiosa opinión sobre: LICENCIA POR ADOPCIÓN AL PADRE ADOPTANTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

INDICACIONES:

Al responder cada una de las preguntas según su percepción u opinión sobre los temas. No existe respuesta correcta o incorrecta. Tómese su tiempo.

1.- ¿Cuál es su opinión respecto a las políticas de adopción en nuestro país?

2.- ¿Según su experiencia, considera que se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de adopción?

3.- ¿Cuál es su opinión sobre la regulación de la licencia por adopción en nuestro país?

4.- ¿Recomendaría Ud. que la licencia por adopción sea otorgada de la misma forma para el padre que para la madre adoptante?

¡Gracias por su colaboración!



2.2.- FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL	
Nombre del documento	
Autor	
Referencia bibliográfica según normas APA	
Palabras claves del texto	
Ubicación (Dirección electrónica específica) y/o clasificación topográfica de la biblioteca donde se encuentra.	
Descripción del aporte al tema seleccionado (Descripción argumentada de aportes pertinentes para el tema).	
Conceptos ahondados (Conceptos claves que le aporta a su tema explicando el porqué).	



ANEXO N° 3: PROPUESTA LEGISLATIVA

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 27409 SOBRE LA LICENCIA LABORAL POR ADOPCIÓN

“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

PROYECTO DE LEY N° 01- 2022

Los ciudadanos que suscriben a iniciativa de Yremy Vanessa Galindo Luque, identificada con DNI 73047852, en pleno ejercicio de su derecho de iniciativa legislativa reconocido en el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú y de los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, proponemos el siguiente Proyecto de Ley.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 377° del Código Civil establece que gracias a la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea; siendo además que, esta institución consiste en un acto jurídico especial en el que, por un lado, el adoptante, manifiesta la voluntad que tiene de unir a un tercero a su familia consanguínea, quien tomará la calidad de hijo; y por otro lado, se tiene al adoptado, quien manifestará su voluntad de soltar a su familia consanguínea para unirse a la familia del adoptante.

Dicha interpretación debe realizarse en concordancia con lo señalado por el Código de los niños y adolescentes, que señala expresamente en su artículo 115° lo siguiente:



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

Es decir, conforme al Código de niños y adolescentes, la adopción consiste en una medida que busca proteger al adoptado hasta que cumpla su mayoría de edad y consiste en aquella decisión por la cual el adoptante – voluntariamente- incorpora a un tercero a su familia consanguínea y se otorga a este último la calidad de hijo.

Por ende, nuestra legislación nacional, se inclina hacia que el objeto y la naturaleza de la adopción es otorgar al menor (niño, niña o adolescente) una familia con la que pueda desarrollarse en un ambiente de respeto integral de sus derechos y desarrollo emocional; dejando de lado un concepto por el cual la adopción pueda considerarse como un medio de los adultos para conseguir la tenencia de un menor.

De esta forma, advertimos que la adopción de menores tiene como finalidad generar un vínculo entre el menor adoptado y sus padres adoptantes, tomando en cuenta el especial apoyo que deben recibir los primeros y considerando su vulnerabilidad al haber sido declarados en abandono por las circunstancias que atravesaron.

Tanto más, tomando en consideración la naturaleza jurídica de esta institución, según la teoría institucional desde la Perspectiva del Niño como Sujeto de Derecho avalada por la Convención de los derechos del niño, la adopción es una institución de derecho del niño y adolescente y se basa en la integración familiar, es de carácter público e interés social y se constituye en un proceso jurídico judicial o administrativo, que tiene por principal objetivo la creación de un vínculo de filiación adoptiva a través de una



Sentencia Judicial o Resolución Administrativa, priorizando, en todos los aspectos, el bienestar del menor y la protección de la familia, en concordancia con el artículo 4° de nuestra Constitución, que señala: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”*

Por otro lado, tomando en cuenta la legislación internacional y nacional, se tiene lo siguiente:

1.- Convención Internacional sobre Derechos del niño y el derecho a la igualdad

De acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se reconoce el rango supra constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; siendo parte de ellos la Convención sobre los derechos del niño, ya que el mismo fue aprobado y promulgado en nuestro país – recalcando así la obligatoriedad de cumplimiento de esta Convención realizada por las Naciones Unidas, que, además ha servido como inspiración para la incorporación legislativa de este principio en el Perú; debiendo ser interpretado, además, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos; que en su artículo 1° ha señalado lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

La Convención establece en su artículo 2°: “1. Los Estados parte 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. 2. Los Estados parte



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.”

A su vez, el principio de igualdad se encuentra escudriñado en los artículos 23° y 74° de dicho cuerpo normativo; por lo que internacionalmente, se ha demostrado siempre la atención al derecho a la igualdad y a la no discriminación, cuya definición primigenia la podemos encontrar en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (1958), sobre la discriminación; misma que fue considerada en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (1960).

Por su parte, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF, ha determinado la importancia de la protección de los derechos de la infancia, tales como la salud, educación, protección e igualdad. Asimismo, ha manifestado que el principio de no discriminación para el acceso y goce de derechos de los niños, implica una doble acción gubernamental: realizar acciones imprescindibles para impedir cualquier tipo o manifestación discriminatoria y subsanar circunstancias de desigualdad a través de acciones efectivas. (Convención sobre los derechos del niño, 2006)

Hablamos así del derecho a la igualdad; que se ve vulnerado por la Ley N° 27409; en el extremo que impide al padre adoptante gozar de la licencia por adopción, cuando ambos adoptantes son cónyuges; generando una diferenciación entre hijos adoptados e hijos biológicos, creando un escenario en el que estos últimos sí pueden gozar de un tiempo de interacción y generación del vínculo familiar; mientras los primeros no podrán gozar de dicha interacción con su padre adoptante; pese a que tanto la Convención como los demás instrumentos normativos internacionales mencionados, refieren que no se puede realizar distinción alguna entre niños por su origen.



Asimismo, se hace una diferenciación injustificada entre madre y padre adoptante, otorgando a la primera un rol trascendental en la creación y perfeccionamiento del vínculo afectivo en la familia adoptiva, pero poniendo una limitante para el padre, limitando que el mismo pueda generar y desarrollar su vínculo afectivo con el menor, a diferencia de la madre adoptante.

De esta forma, los instrumentos normativos internacionales desarrollados, amparan el derecho a la igualdad que alcanza a todos los hombres y niños, sin distinción alguna; por lo que, es necesario que la licencia por adopción sea otorgada de la misma manera tanto para el padre, como la madre adoptante; ello en vista de que al no hacerlo se genera discriminación al menor adoptado frente a un hijo biológico, que sí gozará del tiempo con ambos padres; así como la discriminación al padre adoptante, que ve limitada su posibilidad de ejercer una paternidad responsable e implicada en la crianza del menor adoptado.

2.- Constitución política del Perú y Derecho a la igualdad (2.2 Constitución)

Nuestra Constitución regula lo siguiente en su artículo 2° inciso 2:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

Queda claro que el derecho a la igualdad ante la ley se encuentra amparado constitucionalmente y tiene carácter de derecho fundamental. Este derecho constituye una de las bases primordiales de la democracia en un país, ya que refiere que todos tenemos los mismos derechos y somos iguales ante la ley, sin abrir paso a ninguna forma de



discriminación por condiciones de diversas índoles, como son la raza, sexo, idioma, entre otros.

Respecto a la licencia por adopción, es claro que el artículo 4° realiza una diferenciación entre la madre y el padre adoptante, otorgando este derecho únicamente a la madre cuando ambos son cónyuges. En este caso, se evidencia la vulneración del derecho a la igualdad por parte de esta normativa, así como de los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que protegen a todas las clases de familias no consanguíneas; indicando la importancia de que esta licencia sea otorgada tanto al padre como a la madre adoptante, en aras de favorecer el fortalecimiento del nuevo vínculo que se va a crear mediante la adopción.

Es así, que advertimos que la Ley de licencia por adopción, en su artículo 4°, colisiona el derecho a la igualdad, regulado en el artículo 2.2 de la Constitución, generando una diferenciación entre el padre y la madre adoptante, al promover un trato diferenciado entre los mismos, perjudicando además el desarrollo del vínculo afectivo entre padre e hijo; lo cual justifica totalmente, una modificación en esta Ley.

3.- Constitución política del Perú y la protección de la familia

El artículo 4° de nuestra Constitución señala lo siguiente:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)”

Tanto más, que el Tribunal Constitucional ha reconocido la protección integral que se debe otorgar a todos los tipos de familia -esto incluye familias adoptivas, ensambladas, monoparentales, entre otros- observamos que la Ley, sin embargo, otorga



un menor beneficio a una familia formada por la institución de la adopción; poniendo límites a la generación de un vínculo afectivo por ambos padres adoptantes.

Es así, que la integración al tener un hijo biológico se produce de naturalmente, lo que no ocurre con un menor adoptado, quien ya cuenta con las bases de su personalidad formados y además ha tenido que pasar por diversas circunstancias negativas que lo llevaron a ser declarado en abandono, siendo estos los retos a los que tendrá que enfrentarse la nueva familia formada por el padre, la madre y el menor; sin embargo, se está creando una brecha en la que al padre adoptante se le dificultará la complementación al momento de formar la familia, limitando así además las ganas de esta persona a ejercer una paternidad responsable, lo cual generará frustración en este y dificultades en el menor adoptado, quien podría sentirse más alejado de su figura paterna; además, al no otorgar esta oportunidad a los padres e hijos se estaría privando a estos menores de su derecho y se está limitando la posibilidad de que estos puedan conocer mejor a sus padres y generar vínculos afectivos con ellos.

Por estos motivos, se produce una afectación en la institución de la familia adoptiva, al verse esta, limitada en su posibilidad de crear y desarrollar el vínculo afectivo entre el padre adoptante y el menor adoptado; distinción que debe ser corregida con la modificación de la norma, a fin de que se otorgue la licencia a ambos padres adoptantes por igual, ya que ambos padres tomaron la decisión de conformar esta nueva familia.

4.- Ley N° 30466, Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP y el Principio de interés superior del niño

Conforme Román Riquelme, (2018) hay que recalcar y considerar que el principio de interés superior del niño, no debe ser considerado como una concepción de bienestar social o de bondad, sino como un derecho de estos a ser respetados, en tanto que cualquier



medida que se tome y afecte a los niños, considere la protección de sus intereses y no los perjudique.

Es así que, basándose en las determinaciones de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, se publicó la Ley N° 30466 que, junto a su reglamento contenido en el D.S. N° 002-2018-MIMP, establece parámetros y Garantías Procesales para la consideración primordial del Interés Superior Del Niño, que, ha enfatizado y desarrollado más profundamente la aplicación de este principio en nuestro país.

De esta manera, al realizar un análisis del artículo 4° de la Ley N° 27409, observamos la vulneración del Principio del Interés superior del niño, en tanto que, se vulnera el artículo 9.3 del reglamento de la Ley N° 30466, donde se reconoce a la familia como aquella institución indispensable de la sociedad, así como el medio de crecimiento, tanto del menor, como de los miembros en general y determina el derecho que tienen los niños y adolescentes de mantener vínculos personales y contacto directo con ambos padres o con la persona encargada de su cuidado.

Es así, que respecto a este punto, la legislación no está considerando este elemento, ya que ha descartado totalmente el derecho del menor a gozar del tiempo con su padre adoptante al igual que su madre adoptante; vulnerando y limitando la calidad de su relación intrafamiliar con este.

Por su parte, se advierte también la vulneración al artículo 4° del Reglamento donde se otorga relevancia además a la equidad, igualdad y no discriminación -en concordancia con lo señalado por la Convención; señalando que debe existir justicia en el trato diferenciado de niños(as) y adolescentes, tomando en cuenta sus necesidades; es decir, el trato diferenciado solo estará justificado para corregir desigualdades de origen,



a través de medidas conducentes a la igualdad, en lo que respecta a beneficios, obligaciones, derechos y oportunidades.

Es decir, únicamente cabría una distinción entre familias consanguíneas y adoptivas, en tanto que se busque la equidad entre ambas; sin embargo, en el presente caso, la Ley N° 27409, en su artículo 4° surge de una situación de especial vulnerabilidad ya existente en la familia adoptiva, y aun a pesar de ello, hace una diferenciación quitando un beneficio a dicha familia, que sí le es otorgado a la familia consanguínea; por ende vemos que dicha diferenciación no se encuentra justificada y peor aún, constituye una vulneración directa al principio de interés superior del niño, generando una situación de desigualdad, lo que también vulnera el artículo 3° del Reglamento, que regula el principio de equidad y no discriminación.

Por ende, es evidente la vulneración que efectúa el artículo 4° de la Ley de Licencia por adopción, ya que está limitando el derecho del menor de generar y desarrollar un vínculo afectivo con el padre adoptante; asimismo, se está realizando una diferenciación injustificada entre el menor adoptado y el hijo biológico, pues este último sí goza del derecho de crear este vínculo con su padre biológico; por ende advertimos la vulneración de la Ley N° 30466, su respectivo reglamento, razones por las cuales, debe modificarse la referida Ley y otorgarse dicha licencia tanto al padre como a la madre adoptante.

Bajo este contexto, los ciudadanos que suscriben, consideramos pertinente la modificación del artículo 4° de la Ley N° 27409 de licencia laboral por adopción. En ese sentido proponemos la siguiente modificación:

<u>Ley N° 27409</u>	<u>Propuesta legislativa</u>
ARTÍCULO 4 Adoptantes cónyuges	ARTÍCULO 4 Adoptantes cónyuges



Si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer.	Si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por ambos padres adoptantes.
---	--

Por lo tanto, la presente iniciativa legislativa es una acción positiva que, través de la modificación de una norma legal garantizaría la protección del derecho a la igualdad de los menores adoptados en lo que respecta al otorgamiento de licencia laboral por adopción para sus padres adoptivos, a fin de favorecer el desarrollo de su nuevo vínculo familiar. Dicha ley promoverá la participación activa y el involucramiento del padre adoptante dentro de la nueva familia conformada de la misma manera que la madre, así como favorecerá la cercanía del menor adoptado con el mismo, en concordancia con el artículo 4° de nuestra Constitución, que desarrolla la protección de la familia.

II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

El impacto de la presente iniciativa resulta favorable en la medida en que sin irrogar costo alguno al erario nacional, ya que muy por el contrario contribuye a solucionar el problema de discriminación contra los menores adoptados a nivel nacional provocado por la propia legislación, problemática que hasta el momento no ha sido resuelta, por lo que el presente ayudara a mitigar y solucionar esta problemática.

Los beneficios que traerá consigo esta Ley son:

- a) En cumplimiento de la Constitución y protección de los Derechos Fundamentales que asiste a toda persona, la protección de la familia y el derecho a la igualdad, así como la aplicación correcta del principio de interés superior del niño en los procesos de licencia por adopción.



- b) El mayor involucramiento de los padres adoptantes dentro de la nueva familia adoptiva que se encuentra en formación, así como el fortalecimiento de sus vínculos con el menor adoptado.
- c) El fortalecimiento y reconocimiento de las familias adoptivas como los demás tipos que existen, en tanto gocen de los mismos derechos, sin discriminación alguna.
- d) El crecimiento y desarrollo emocional más saludable y equitativo de los menores adoptados dentro de su nueva familia, en tanto que, se toma en cuenta que estos serán miembros activos dentro de la sociedad.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACION NACIONAL

La presente iniciativa legislativa busca modificar el artículo 4° de la ley N° 27409 de licencia laboral por adopción.

IV. FÓRMULA LEGAL

Propone a consideración del Congreso de la Republica el siguiente Proyecto de Ley:

EL CONGRESO:

Ha dado la siguiente Ley:

LEY MODIFICA EL ARTÍCULO 4° DE LA LEY N° 27409 SOBRE LA LICENCIA LABORAL POR ADOPCIÓN

Artículo 1°. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto la optimización de los derechos constitucionales de igualdad, protección a la familia, y la correcta aplicación del principio del interés superior del niño en la legislación que regula la licencia laboral por adopción en nuestro país. En ese sentido, se propone modificar el artículo 4° de la Ley N° 27409 de licencia por adopción, otorgando el derecho de gozar de dicha licencia tanto para el padre



adoptante, como para la madre adoptante, sin distinción de ningún tipo siempre que el adoptado no tenga más de doce años de edad.

Artículo 2°. Modificación del artículo 4° de la Ley N° 27409

Modificase el artículo 4° de la Ley N° 27409, conforme el siguiente texto: “Si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por ambos padres adoptantes, siempre que el adoptado no tenga más de doce años de edad.”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ÚNICA. Vigencia La presente Ley entra en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Cusco, abril del 2023.